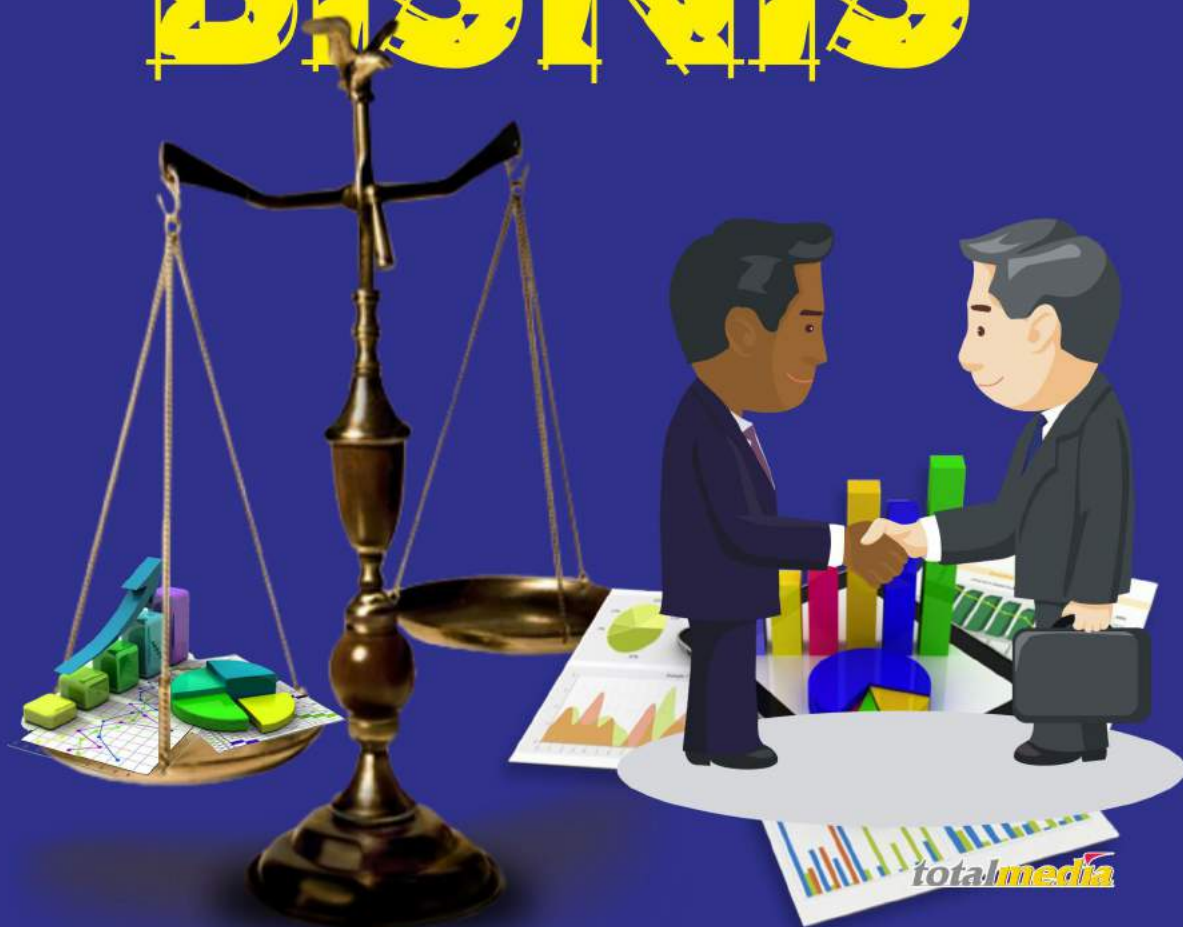


Dr. Sobirin Malian, S.H., M.Hum.

Pengantar HUKUM BISNIS



PENGANTAR HUKUM BISNIS

Sanksi Pelanggaran Pasal 113 Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, sebagaimana yang diatur dan diubah dari Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002, bahwa:

Kutipan Pasal 113

- (1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 100.000.000, 00 (seratus juta rupiah).
 - (2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 500.000.000, 00 (lima ratus juta rupiah).
 - (3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 1.000.000. 000, 00 (satu miliar rupiah).
 - (4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 4.000.000.000, 00 (empat miliar rupiah).
-

Dr. Sobirin Malian, S.H., M.Hum.

**PENGANTAR
HUKUM BISNIS**

PENGANTAR HUKUM BISNIS

Penulis : **Sobirin Malian**

ISBN : **978-602-1271-8 -**

Sampul & Layout : **Ambar Joedin**

Penerbit : **KREASI TOTAL MEDIA**

Anggota IKAPI : No. 065/DIY/09

Alamat : Kauman GM I / 332 RT 46 RW 12, Yogyakarta 55122

Telp./Faks: 0274-375314; 0812-1509-7878

Email: totalmedia_publish@yahoo.co.id

Cetakan @..... : **201**

Hak cipta © dilindungi undang-undang.

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara apa pun
tanpa izin tertulis dari penerbit.

Pengantar Penulis

Assalamualaikum wr.wb.

Bismillahirrohmanirrahim

*P*ertama, penulis mengucapkan syukur Alhamdulillah kehadiran Allah SWT, karena setelah mengampu mata kuliah Pengantar Hukum Bisnis lebih dari tujuh tahun di beberapa PTS, barulah penulis berani membuat buku teks untuk memudahkan mahasiswa belajar hukum yang terkait dengan ekonomi (bisnis). *Kedua*, buku ini semula hanyalah *out line* berupa *power point* yang kemudian penulis kembangkan menjadi naskah buku teks. *Ketiga*, buku ini lahir bukanlah tanpa ada faktor pendorong. Mahasiswa dan teman-teman dosen seringkali “berinteraksi” lalu saling mendorong dengan pertanyaan “kapan ya kita bisa menulis buku teks”... buku ini hasil interaksi itu. Faktor pendorong lain tentulah keluarga, untuk Istriku Emila Inayati tercinta, lalu anak-anak ku...Sheila Sabena, Sania Azzura Khairunnisa dan Mohammad Danish Azriel adalah mesin yang selalu menjadi energi agar ayahnya terus berkarya. *Thank's for all support*. Kolega dan teman yang layak juga mendapat ucapan terimakasih disini adalah Prof. Dr. Muhammad (STIES), ibu Wita Widyaningrum (Kaprodi FH UAD), Dra. Salamaton Asakdiyah, M.Si. (Dekan FH UAD), Tiba Sulistiyani, MM., Dyah Fitriani, SE., MM. (Ka Mnj), Dewi Amalia, SE., MM. (Ka Akt), Deny Ismanto, SE., MM. (Sekprodi Mnj), Nugraheni Rintasari, SE., M.Sc. (Sekprodi Akt) ibu Rienta (FE UAD), mas Syarief Hidayat (Bagian Keuangan FE UAD), dinda Puguh Windrawan (FH UP '45)... terimakasih atas kesempatan yang selama ini diberikan.

Pengantar Hukum Bisnis

Secara keilmuan buku ini berupaya mengikuti kurikulum yang ada. Oleh karena itu, menjadi penting mengingat kaitan antara hukum dan ekonomi sangat dekat. Bahkan, hukum dan ekonomi pada tataran implementasi bisnis senantiasa berkembang.

Akhirnya, penulis berharap buku ini dapat bermanfaat terutama bagi mahasiswa atau peminat hukum bisnis. Hanya kepada Allah SWT... hamba berserah diri, bersyukur dan berharap...

Wassalamualaikum wr.wb.

Ramadan 1438 H

SM

Daftar Isi

Pengantar Penulis	v
Daftar Isi	vii
Bab I	PENGANTAR HUKUM BISNIS..... 1
A.	Pengertian Hukum..... 1
B.	Tujuan Hukum 2
C.	Sumber Hukum 4
D.	Klasifikasi Hukum..... 5
E.	Subyek dan Obyek Hukum 8
F.	Hukum Ekonomi..... 10
BAB II	HUKUM PERSAINGAN USAHA 13
A.	Asas dan Tujuan 14
B.	Pengertian Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.... 16
C.	Pendekatan <i>Per Se Illegal</i> dan <i>Rule of Reason</i> dalam Hukum Persaingan 18
D.	Perjanjian yang Dilarang..... 43
E.	Kegiatan yang Dilarang..... 85
F.	Posisi Dominan 112
G.	Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)..... 130
H.	Penegakan Hukum dan lain-lain 141
I.	Pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999..... 143
BAB III	HUKUM PERLINDUNGAN KONSUMEN..... 161
A.	Pengertian & Asas Perlindungan Konsumen 161
B.	Sejarah Munculnya Hukum Perlindungan Konsumen..... 162
C.	Latar Belakang dan Tujuan Hukum Perlindungan Konsumen. 163
D.	Pengaturan Perlindungan Konsumen 164

E.	Konsumen, Pelaku Usaha, BPKN & BPSK	164
F.	Perlindungan konsumen terkait iklan	212
G.	Perlindungan konsumen dalam transaksi <i>e-commerce</i>	221
BAB IV	HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL (HKI)	141
A.	Obyek HKI	241
B.	Sistem HKI	273
C.	Badan HKI dan Kedudukannya di Dunia Internasional	277
D.	Sejarah Sistem Perlindungan HKI di Indonesia	278
E.	Perjanjian-perjanjian Terkait HKI	279
BAB V	PERUSAHAAN	325
A.	Pengertian Perusahaan	325
B.	Pendirian Perusahaan	328
C.	Klasifikasi Badan Usaha/Perusahaan	329
D.	Bentuk-bentuk Perusahaan	330
BAB VI	HUKUM KONTRAK/PERJANJIAN	367
A.	Pengertian & Tujuan	367
B.	Obyek	370
C.	Subyek	370
D.	Syarat Sah Kontrak	371
E.	Unsur-unsur Perjanjian	377
F.	Asas-asas Perjanjian	387
G.	Wanprestasi	389
H.	Keadaan Memaksa/Overmacht/Force Majeur/Kahar	392
BAB VII	KONTRAK BISNIS INTERNASIONAL	399
A.	Pengertian & Dasar Hukum	399
B.	GAAT	402
C.	Sistem Hukum yang Mempengaruhi Bisnis Internasional.	402
D.	<i>Common Law/Anglo Saxon Law</i>	403
E.	Beberapa Prinsip KBI	403
F.	Penyelesaian Sengketa Bisnis	407
BAB VIII	KEJAHATAN MONEY LAUNDERING	411
A.	Definisi Money Laundering	411
B.	Modus Operandi	412
C.	Pengaturan Hukum <i>Money Laundering</i>	412
	DAFTAR PUSTAKA	415

BAB I

PENGANTAR HUKUM BISNIS

A. Pengertian Hukum

Hukum adalah seperangkat aturan baik yang tertulis maupun tidak tertulis, yang berisi hak dan kewajiban, perintah dan larangan serta perkenan yang di dalamnya ada sanksi bagi mereka yang tidak mentaatinya.

Menurut Meyers, hukum adalah semua aturan yang mengandung pertimbangan kesusilaan, yang ditujukan kepada tingkah laku manusia dalam masyarakat yang menjadi pedoman bagi penguasa negara dalam melakukan tugasnya.¹

Sedangkan bisnis terdiri dari seluruh aktivitas dan usaha untuk mencari keuntungan dengan menyediakan barang dan jasa yang dibutuhkan bagi sistem perekonomian. Beberapa bisnis memproduksi barang berwujud, sedangkan yang lain memberikan jasa.²

Dengan demikian, hukum bisnis atau business law (*bestuur rechts*) adalah keseluruhan dari peraturan-peraturan hukum, baik yang tertulis maupun yang

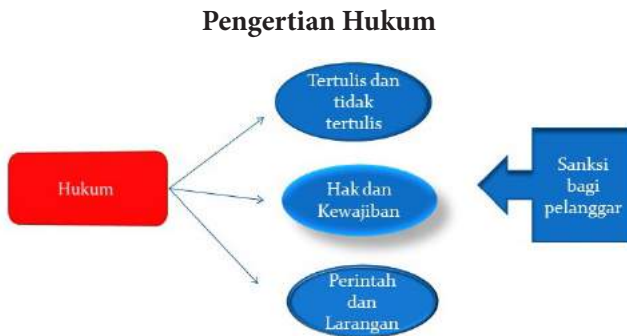
1 Abdul R. Saliman, dkk., *Esensi Hukum Bisnis Indonesia: Teori dan Contoh Kasus*, (Jakarta: Prenata Media, 2004), hlm. 5.

2 Louis E. Boone & David L. Kurtz, *Pengantar Bisnis Kontemporer*, terj. Emil Salim, dkk., (Jakarta: Salemba Empat, 2007), hlm. 5.

tidak tertulis, yang mengatur hak dan kewajiban yang timbul dari perjanjian-perjanjian maupun perikatan-perikatan yang terjadi dalam praktik bisnis.³

Hukum bisnis dapat berarti suatu perangkat kaidah hukum yang mengatur tata cara pelaksanaan urusan atau kegiatan dagang, industri atau keuangan yang dihubungkan produksi atau pertukaran barang atau jasa dengan menempatkan uang dari para entrepreneur dalam resiko tertentu dengan motif untuk mendapat keuntungan tertentu.⁴

Berikut ini bagan tentang pengertian hukum:



B. Tujuan Hukum

Negara mempunyai tujuan yang harus dicapai, dan upaya untuk mencapai tujuan dengan menggunakan hukum sebagai alat melalui pemberlakuan atau penindak-berlakuan hukum-hukum sesuai dengan tahap-tahap perkembangan yang dihadapi masyarakat dan negara.⁵ Karena itu tujuan hukum dapat dijelaskan dalam beberapa teori berikut:

1. Teori Etis

Seorang filsuf, Aristoteles memperkenalkan teori etis dalam bukunya yang berjudul “*Rhetorica & Ethica Nicomachea*”, yang menyatakan bahwa hukum memiliki tujuan suci, yaitu memberikan kepada setiap orang tentang apa yang menjadi haknya. Pernyataan tersebut sejalan dengan apa yang dikatakan Van Apeldoorn dalam bukunya yang berjudul “*Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*”, yang menyatakan bahwa tujuan hukum adalah mengatur tata tertib dalam masyarakat secara damai dan

³ Abdul. R. Saliman, dkk., *Esensi Hukum...*, hlm. 12.

⁴ Munir Fuady, *Pengantar Hukum Bisnis: Menata Bisnis Modern*, (Bandung: Chitra Aditya Bhakti, 2002), hlm. 20.

⁵ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2009), hlm. 2.

adil.⁶ Dengan demikian, tujuan hukum adalah memberikan perlindungan hak kepada setiap orang untuk menciptakan keadilan dalam masyarakat.

2. Teori Utilitarian (*Eudaemonistis*)

Berbeda dengan teori etis yang terpaku pada ajaran moral teoritis, muncul teori Utilitarian yang menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata adalah memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Dalam hal ini hukum ingin menjamin kebahagiaan yang terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya. Penanganannya dilakukan berdasarkan falsafah sosial, yaitu setiap warga negara mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya. Inti teori utilitarian ini adalah masyarakat yang mencoba memperbesar kebahagiaan dan memperkecil kesengsaraan. Jeremy Bentham dalam ajarannya mengemukakan bahwa tujuan hukum dan wujud keadilan adalah untuk mewujudkan *the greatest happiness of the greatest number* (kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk sebanyak-banyaknya orang). Ia mengemukakan bahwa tujuan perundang-undangan untuk menghasilkan kebahagiaan bagi masyarakat. Perundang-undangan harus berusaha untuk mencapai empat tujuan yaitu :

- a) *To provide subsistence* (untuk memberi nafkah hidup).
- b) *To provide abundance* (untuk memberikan makanan yang berlimpah).
- c) *To provide security* (untuk memberikan perlindungan).
- d) *To attain equity* (untuk mencapai kebersamaan).⁷

3. Teori Campuran

Teori campuran menjelaskan banyak pendapat mengenai tujuan hukum. Kusumaatmadja & Sidharta mengatakan bahwa tujuan pokok hukum adalah terpelihara dan terjaminnya keteraturan (kepastian) dan ketertiban. Tanpa keteraturan dan ketertiban kehidupan manusia yang wajar, seseorang tidak dapat mengembangkan bakatnya.⁸ Sedangkan Purnadi dan Soekanto mengatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk mencapai suatu kedamaian hidup, yang serupa dengan pendapat Apeldoorn bahwa tujuan hukum adalah mengatur pergaulan hidup manusia secara damai. Prof. Soebekti juga berpendapat bahwa tujuan hukum itu mengabdikan pada tujuan negara yang intinya adalah untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan rakyat. (Mertokusumo, 1996).⁹

⁶ Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2005), hlm. 77.

⁷ Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2012), hlm. 111-112.

⁸ Mochtar Kusumaatmadja & Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 2000), hlm. 49.

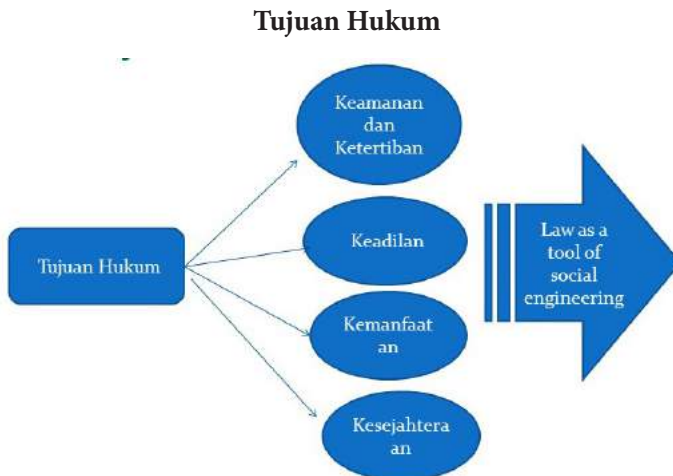
⁹ Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum ...*, hlm. 81.

Berdasarkan pada pendapat tersebut, maka tujuan hukum di Indonesia merujuk pada alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945, yaitu untuk membentuk suatu negara yang melindungi segenap bangsa, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta melaksanakan ketertiban dunia.

Menurut Roscoe Pound, tujuan hukum dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Untuk menciptakan adanya keamanan dan ketertiban
2. Untuk menciptakan adanya Keadilan
3. Untuk menciptakan adanya Kemanfaatan
4. Untuk menciptakan adanya kesejahteraan

Karena itu, hukum semestinya memiliki proses yang komprehensif yang filosofinya sebagai *law as a tool of social engineering*, sebagaimana diungkapkan dalam bagan berikut:



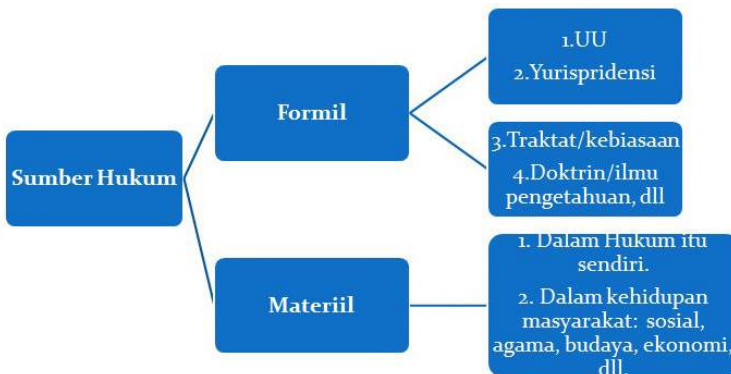
C. Sumber Hukum

Sumber hukum adalah tempat dimana kita dapat menggali, mempelajari dan menemukan suatu hukum. Berdasar ilmu pengetahuan hukum, sumber hukum dapat dibedakan dalam dua arti, yaitu:

1. Sumber hukum formiel, yaitu tempat dimana kita dapat menggali, mempelajari dan menemukan hukum berdasarkan cara aturan hukum itu dibuat, diketemukan dan berlaku. Sumber hukum formiel ini meliputi:
 - a. Undang-undang/Perundang-undangan.

- b. Yurisprudensi; keputusan hakim terdahulu yang sering diikuti dan dijadikan acuan keputusan mengenai suatu kasus .
 - c. Traktat/Perjanjian Internasional, yang meliputi bilateral (misalnya Indonesia-Malaysia), multilateral (misalnya NATO), dan kolektif (misalnya PBB).
 - d. Kebiasaan; tindakan berulang-ulang masyarakat yang dianggap sebagai hukum.
 - e. Doktrin/ajaran ilmu pengetahuan hukum.
2. Sumber hukum materiel, yaitu tempat dimana kita dapat menggali, mempelajari dan menemukan materi/substansi/isi dari suatu aturan hukum. Materi/isi hukum dapat diketemukan dalam berbagai bidang kehidupan masyarakat yang biasanya meliputi agama, sosial, budaya, dan ekonomi (tergantung dari materi hukum apa yang akan diatur).

Sumber Hukum



D. Klasifikasi Hukum

Aturan hukum dapat dibedakan atau diklasifikasikan dalam berbagai macam. Hal ini tergantung dari kriteria yang digunakan dalam pengklasifikasiannya. Misalnya;

1. Ditinjau dari sifatnya atau daya kerjanya, aturan hukum dapat diklasifikasikan menjadi dua macam yaitu:
 - a. Hukum Pemaksa
Hukum Pemaksa yaitu segala aturan hukum yang dalam keadaan konkrit tidak dapat dikesampingkan oleh adanya perjanjian yang dibuat para pihak. Di sini setiap orang mau tidak mau, suka tidak suka harus tunduk pada ketentuan yang ada dalam aturan yang telah dibuat

dan disahkan. Bila melanggar, maka ia akan dikenai sanksi/hukuman. Misalnya KUHPidana, ketentuan mengenai perkawinan, ketentuan mengenai impor barang tertentu, dan lain sebagainya.

b. Hukum Pelengkap

Hukum Pelengkap yaitu segala aturan hukum yang dalam keadaan konkret dapat dikesampingkan oleh adanya perjanjian yang dibuat oleh para pihak. Di sini setiap orang boleh menyimpangi suatu aturan yang telah dibuat dan disahkan dengan cara membuat suatu aturan yang baru dalam perjanjian berdasarkan kesepakatan para pihak. Apabila para pihak tidak mengatur/membuat aturan yang baru dalam perjanjian, maka ketentuan hukum pelengkap secara otomatis akan berlaku.

Adapun kriteria untuk menentukan suatu aturan hukum itu Pemaksa/ Pelengkap yaitu:

- a. Segala aturan yang mengatur atau berdampak pada hal-hal yang mengganggu ketertiban umum dan kesusilaan adalah aturan hukum Pemaksa.
 - b. Ditentukan sendiri dalam suatu aturan hukum apakah ia sebagai aturan pemaksa atau pelengkap.
 - c. Dengan melakukan interpretasi apabila aturan hukum itu tidak menentukan sebagai aturan hukum pelengkap atau pemaksa, dan tidak menyangkut mengenai ketertiban umum atau kesusilaan.
2. Ditinjau dari sudut fungsinya aturan hukum dapat dibedakan menjadi dua macam:
- a. Hukum materiel
Hukum materiel yaitu segala aturan hukum yang mengatur mengenai berbagai hubungan hukum dan peristiwa hukum yang dibuat dan terjadi dalam masyarakat (hak, kewajiban, perintah, larangan, perkenan dan sanksi).
 - b. Hukum formiel
Hukum formiel yaitu aturan hukum yang mengatur bagaimana cara mempertahankan hukum materiel jika dilanggar atau tidak dipenuhi. Untuk mempertahankan hukum materiel melalui hukum formiel ada berbagai macam cara, misalnya:
 - 1) Hukum acara (Hukum Acara Perdata, Hukum Acara Pidana, Hukum aAcara Tata Usaha Negara) yaitu: aturan-aturan hukum yang mengatur bagaimana cara mempertahankan hukum perdata, pidana & TUN melalui Pengadilan.

- 2) ADR (Alternative Dispute Resolution) yang bentuknya antara lain berupa Negosiasi, Mediasi & Arbitrase.
 - 3) Akta Notariel.
3. Ditinjau dari bentuknya, hukum dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu:
- a. Hukum tertulis, yaitu hukum yang telah dikodifikasi dalam peraturan perundangan, (misalnya KUHP 1 Mei 1848, KUHD 1 Mei 1848, KUHPidana 1 Januari 1918), dan ada yang tidak dikodifikasi.
 - b. Hukum tidak tertulis, yaitu hukum kebiasaan/sebagian besar hukum adat yang hidup dalam keyakinan masyarakat tapi tidak tertulis, namun ditaati pemberlakuannya sebagaimana peraturan perundangan.
4. Ditinjau dari waktu berlakunya:
- a. *Ius Constitutum* (hukum positif), yaitu aturan hukum yang berlaku pada waktu tertentu, dan tempat tertentu.
 - b. *Ius Constituendum* (hukum yang dicita-citakan) diharapkan berlaku di masa yang akan datang.
 - c. Hak asasi (hukum alam), yaitu hukum yang berlaku dalam segala waktu dan untuk segala bangsa.
5. Ditinjau dari isinya aturan, hukum dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu:
- a. Hukum Privat, yaitu segala aturan hukum yang mengatur hubungan antara orang satu dengan orang yang lain (perseorangan, baik itu antar manusia atau antar badan hukum maupun antara badan hukum dengan manusia).
 - b. Hukum Publik, yaitu segala aturan hukum yang mengatur hubungan antara negara dengan warganegara, antara negara dengan Aparat Administrasi Negara (AAN), atau antara AAN dengan AAN yang lain. Hukum publik terdiri dari:
 - 1) Hukum tata negara, yaitu hukum yang mengatur susunan pembentukan suatu negara dan hubungan kekayaan antar alat kekayaan negara (Pemda dengan Pemerintah Pusat).
 - 2) Hukum administrasi negara, yaitu hukum tata usaha negara yang mengatur cara menjalankan tugas (hak dan kewajiban) dari kekuasaan alat perlengkapan negara.
 - 3) Hukum pidana, yaitu hukum yang mengatur perbuatan apa yang dilarang dan memberikan pidana kepada setiap yang melanggar, serta mengatur bagaimana cara mengajukan perkara ke muka sidang.

4) Hukum internasional:

- (a) Hukum perdata internasional, yaitu hukum yang mengatur hubungan warga negara negara dengan warga negara lain (dalam hubungan internasional).
- (b) Hukum publik internasional, yaitu hukum yang mengatur antar negara yang satu dengan negara yang lain (dalam hubungan internasional).

Untuk mempermudah pemahaman, berikut ini persamaan dan perbedaan antara hukum publik dengan hukum privat:

- a. Keduanya merupakan norma aturan hukum yang mengatur kehidupan manusia.
- b. Keduanya mempunyai sanksi hukum.

Adapun perbedaan antara hukum publik dengan hukum privat adalah:

- a. Hukum publik lebih mengutamakan pengaturan kepentingan umum, sedangkan hukum privat/perdata lebih mengutamakan kepentingan individu.
- b. Jika terjadi pelanggaran terhadap hukum publik, maka yang berkepentingan untuk menuntut pelaku pelanggaran terhadap hukum publik adalah aparatur negara, yakni polisi, jaksa dan hakim pengadilan; sedangkan pada hukum privat yang berkepentingan untuk menuntut adalah pihak yang dirugikan.¹⁰

E. Subyek dan Obyek Hukum

Subyek hukum adalah seseorang yang dapat memiliki hak dan cakap untuk bertindak dalam hukum, atau cakap menuntut hukum sesuai hak yang dimilikinya. Subyek hukum dapat berupa:

1. Manusia (*naturalijk person*)

Manusia sebagai makhluk Allah, fitrahnya terikat oleh hukum/syariah. Ia memiliki kecakapan yang terbagi dalam 2 hal, yaitu:

- a. *Ahliyah al wujub*, yaitu untuk menerima hukum: (1) menerima tak sempurna (masih dalam kandungan); dan (2) menerima/mampu memenuhi hak dan kewajiban.
- b. *Ahliyah al ada*, yaitu kecakapan bertindak hukum secara aktif: (1) dianggap di bawah pengampuan; dan (2) sejak masuk usia baligh/dewasa.

Manusia sebagai subjek hukum diatur secara luas pada Buku I tentang orang dalam KUHPperdata. Undang-Undang untuk Orang Asing dan beberapa perundangan lain menyebutkan:

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 8-10.

- a. Pasal 2 KUHPerdata menegaskan bahwa anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan dianggap sebagai telah dilahirkan bila kepentingan si anak menghendakinya. Namun bila si anak itu meninggal dunia sewaktu dilahirkan, maka si anak dianggap tidak pernah ada.
 - b. Secara riil menurut KUHPerdata, manusia sebagai subyek hukum berlaku sejak ia lahir dan berakhir dengan kematian.
 - c. Pengecualian dari pasal 2 KUHPerdata:
 - 1) Anak yang dalam kandungan dianggap telah lahir apabila kepentingan anak menghendaki.
 - 2) Apabila anak meninggal pada saat dilahirkan atau sebelumnya, maka dianggap tidak pernah ada.
 - d. Pasal 836 tentang waris; Dengan mengingat makna ketentuan dalam pasal 2 KUHPerdata, agar dapat bertindak sebagai waris, maka seseorang harus telah lahir pada saat warisan jatuh masanya.
 - e. Pasal 1679 tentang hibah; Agar seorang cakap untuk menikmati keuntungan dari suatu hibah, maka diperlukan bahwa penerima hibah itu sudah lahir pada saat terjadiya penghibahan dengan mengindahkan aturan yang tercantum dalam pasal 2.
2. Badan hukum (*rechts person*)
- Subyek hukum berupa badan hukum dapat berlaku:
- a. Sebagai subyek hukum yang dapat bertindak sebagai manusia.
 - b. Sebagai badan hukum, yakni kumpulan manusia atau kumpulan badan hukum yang pengetahuannya menurut hukum yang berlaku.
- Badan hukum dibagi atas:
- a. Badan hak publik; sifatnya terikat unsur kepentingan publik yang ditangani oleh negara, misalnya Negara dan Kotamadya.
 - b. Badan hak privat; sifatnya terikat unsur kepentingan individu dalam badan swasta, misalnya PT, yayasan, lembaga, dan koperasi.
- Adapun obyek hukum adalah segala sesuatu yang berguna bagi subyek hukum dan dapat menjadi obyek sesuatu perhubungan dengan hukum. Obyek hukum biasanya disebut benda (*zaak*). Benda menurut KUHPerdata pasal 499 adalah:
1. Segala barang dan hak yang dapat dimiliki orang;
 2. Benda yang bersifat tidak kebendaan, yakni hanya dapat dirasakan oleh panca indra, tidak dapat dilihat dan dapat direalisasikan, misalnya merk perusahaan, paten, ciptaan musik dan lainnya.

Benda bersifat kebendaan (*zakelijk rechten* atau *materiele goedern*) dibagi menjadi dua, yaitu:

1. Benda bertubuh (berwujud) atau *licha melijk zaakan*. Benda ini dapat dilihat, diraba, dirasa dengan panca indra.
 - a. Benda bergerak (*roeren zaken*) à benda yg dapat dihabiskan (beras, minyak, uang). Benda yg tidak dapat dihabiskan (mobil, perhiasan, pulpen, arloji).
 - b. Benda tidak bergerak (*onroerende zaaken*) à benda yang tetap (tanah, rumah, pabrik, kapal, gedung, hak pakai).
2. Benda tidak bertubuh (tidak berwujud) atau *onlichamelijk zaakan*. Benda ini dapat dirasakan dengan panca indra, tapi tidak dapat dilihat dan diraba, tapi bisa direalisasikan jadi kenyataan. Misalnya, surat berharga, wesel, cek, saham, obligasi, sertifikat.

F. Hukum Ekonomi

Hukum ekonomi adalah keseluruhan kaidah hukum (nasional maupun internasional) yang mengatur dan mempengaruhi segala sesuatu yang berkaitan dengan kegiatan dan kehidupan perekonomian nasional negara, baik kaidah hukum yang bersifat publik maupun privat, dan tertulis maupun tidak tertulis.

Sumber hukum ekonomi yaitu:

1. Dalam UUD, misalnya Pasal 23 (keuangan negara), Pasal 27 ayat 2 (hak setiap warga negara memperoleh pekerjaan), Pasal 31 (hak warga negara untuk memperoleh pendidikan), Pasal 33 (demokrasi ekonomi), Pasal 34 (fakir miskin).
2. Dalam berbagai peraturan perundang-undangan lain yang mengatur tentang kegiatan perekonomian (industri, distribusi, dan keuangan/perbankan/moneter).

Di Indonesia ada beberapa Kitab Undang-undang peninggalan Belanda yang masih berlaku, yakni Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgelijke Wet Boek*) dan Kitab Undang-undang Hukum Dagang (*Wet Boek Van Koophandle*). Keberadaan kedua Undang-undang tersebut yang masih berjalan pemberlakuannya karena masih sesuai atau karena belum ada peraturan yang baru untuk menggantikannya.

Berikut ini beberapa peraturan yang terkait dengan kegiatan bisnis:

1. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, misalnya, pasal-pasal yang terkait dengan perjanjian/ kontrak, jual beli, hipotik atas kapal. Sedangkan pasal-

pasal mengenai perburuhan, perkawinan sudah ada peraturan yang baru yang dibuat Pemerintah Republik Indonesia.

2. Kitab Undang-undang Hukum Dagang; pasal-pasal yang umumnya masih berlaku tentang keagenan dan distributor (makelar dan komisioner), surat berharga (wesel, cek dan aksep), Firma dan Commanditer Venonscap, Pengangkutan laut. Sedangkan pasal-pasal mengenai pembukuan dagang, asuransi, perseroan terbatas dan kepailitan sudah ada peraturan yang baru yang dibuat Pemerintah Republik Indonesia.
3. Undang-Undang Nomor 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang mencabut Undang-undang Nomor 1 tahun 1995.
4. Undang-undang 7 tahun 1992 sebagaimana dirubah dan ditambah dengan Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perbankan, dan Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan syari'ah.
5. Undang-undang Nomor 23 tahun 1999 sebagaimana dirubah dan ditambah dengan Undang-undang Nomor 3 tahun 2004 tentang Bank Indonesia.
6. Undang-Undang Nomor 8 tahun 1995 tentang Pasar Modal.
7. Undang-Undang Nomor 19 tahun 2000 tentang Hak Cipta.
8. Undang-undang Nomor 14 tahun 2001 tentang Hak Paten.
9. Undang-undang Nomor 15 tahun 2001 tentang Hak Merk.
10. Undang-undang Nomor 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang.
11. Undang-undang Nomor 5 tahun 1999 tentang larangan praktik monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat.
12. Undang-undang Nomor 8 tahun 1999 tentang Perlindungan konsumen.
13. Undang-undang Nomor 16 tahun 2000 tentang Ketentuan Umum Perpajakan.
14. Undang-undang Nomor 18 tahun 2000 tentang Pajak Pertambahan Nilai.
15. Undang-undang Nomor 20 tahun 2000 tentang BPHTB.
16. Undang-undang Nomor 14 tahun 2002 tentang Peradilan Pajak.
17. Undang-undang Nomor 3 tahun 1992 tentang Asuransi.
18. Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Badan Arbitrasi Nasional Indonesia.
19. Undang-undang Nomor 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan kewajiban Pembayaran Utang.

Adapun asas-asas hukum ekonomi meliputi:

1. Asas keimanan dan ketakwaan terhadap Tuhan YME.
2. Asas keadilan dan pemerataan sosial.
3. Asas manfaat.

4. Asas kesejahteraan dan kemakmuran rakyat.
5. Asas perlindungan kepentingan ekonomi yang menguasai hajat hidup orang banyak.
6. Asas perlindungan terhadap fakir miskin dan anak terlantar.
7. Asas kebersamaan, kekeluargaan, keseimbangan dan kesinambungan.
8. Asas pembangunan ekonomi yang berwawasan lingkungan.
9. Asas kemandirian.
10. Asas pemanfaatan sumber daya lokal.
11. Asas pemanfaatan teknologi, dan lain-lain.

Ruang lingkup hukum ekonomi mencakup segala aturan hukum yang mengatur kegiatan dan kehidupan perekonomian yang dapat dikelompokkan atas:

1. Perundang-undangan perekonomian yang menyangkut keuangan, perbankan dan moneter.
2. Perundang-undangan yang menyangkut produksi dan perindustrian
3. Perundang-undangan perekonomian yang menyangkut distribusi, konsumsi dan perdagangan.

Secara konkret, ruang lingkup hukum bisnis/ekonomi meliputi:

1. Hukum kontrak
2. Hukum perusahaan
3. Hak Atas Intelektual
4. Hukum persaingan usaha
5. Hukum kepailitan
6. Hukum perlindungan konsumen
7. Hukum Ketenagakerjaan
8. Hukum Perbankan
9. Hukum Pertambangan
10. Hukum Pertanahan
11. Hukum Pajak
12. Hukum Lingkungan
13. Hukum Perizinan, dll.

BAB II

HUKUM PERSAINGAN USAHA

Indonesia memiliki aturan hukum dalam bidang persaingan usaha atas inisiatif DPR yang disusun dalam RUU Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. RUU tersebut akhirnya disetujui dalam Sidang Paripurna DPR pada tanggal 18 Februari 1999. Dalam hal ini, pemerintah diwakili oleh Menteri Perindustrian dan Perdagangan, Rahardi Ramelan. Setelah seluruh prosedur legislasi terpenuhi, akhirnya Undang-undang tentang larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ditandatangani oleh Presiden B.J. Habibie, dan diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 serta berlaku satu tahun setelah diundangkan.

Undang-undang No. 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat secara umum mengatur mengenai pengertian monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, posisi dominan, komisi pengawas persaingan usaha (KPPU), penegakan hukum dan lain-lain.

Lahirnya Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 sejalan dengan Pancasila dan Undang-undang Dasar Tahun Negara Republik Indonesia 1945, khususnya Pasal 27, Pasal 31, Pasal 33 dan Pasal 34. Hal ini terlihat dari Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 mengenai asas dan tujuan pembentukan Undang-undang tersebut. Pasal 2 menyatakan, “Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi

ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum”.

Sedangkan tujuan pembentukan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah sebagaimana tercantum dalam Pasal 3, yang sesungguhnya memiliki tujuan akhir yang sama, yaitu peningkatan kesejahteraan masyarakat. Dalam Pasal 3 disebutkan bahwa tujuan pembentukan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah:

1. Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
2. Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat, sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
3. Mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
4. Terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 pada dasarnya berisi larangan terhadap perjanjian, kegiatan dan posisi dominan yang bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat. Pengaturan ini dilakukan dengan sangat ketat untuk mencegah pelaku usaha melakukan persaingan usaha tidak sehat yang dipandang akan merugikan masyarakat dan bangsa Indonesia.

A. Asas dan Tujuan

Asas dari UU No. 5 tahun 1999 sebagaimana diatur pada Pasal 2 bahwa: “Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antar kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum”. Asas demokrasi ekonomi tersebut merupakan penjabaran Pasal 33 UUD 1945 dan ruang lingkup pengertian demokrasi ekonomi yang dimaksud dahulu dapat ditemukan dalam penjelasan atas Pasal 33 UUD 1945.

Demokrasi ekonomi pada dasarnya dapat dipahami dari sistem ekonominya sebagaimana diamanatkan dalam Undang-undang Dasar. Dalam Rísalah Sidang BPUPKI pada tanggal 31 Mei 1845 di Gedung Pejambon Jakarta dapat diketahui bahwa Supomo selaku Ketua Panitia Perancang UUD menolak paham individualisme, dan menggunakan semangat kekeluargaan yang terdapat dalam masyarakat pedesaan Indonesia. Ia mengikuti ajaran filsafat idealisme kekeluargaan dari Hegel, Adam Muller, dan Spinoza. Adam Muller

adalah penganut aliran Neo-Romantisisme Jerman, yaitu aliran yang timbul sebagai reaksi terhadap ekseseks individualisme Revolusi Perancis.

Adapun tujuan dari UU No. 5 tahun 1999 sebagaimana diatur pada Pasal 3 adalah untuk:

1. Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
2. Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil;
3. Mencegah praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha, dan
4. Terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Dua hal yang menjadi unsur penting bagi penentuan kebijakan (*policy objectives*) yang ideal dalam pengaturan persaingan di negara-negara yang memiliki Undang-undang Persaingan adalah kepentingan umum (*public interest*) dan efisiensi ekonomi (*economic efficiency*). Ternyata dua unsur penting tersebut (Pasal 3 [a]) juga merupakan bagian dari tujuan diundangkannya UU No. 5 Tahun 1999.

Diharapkan bahwa peraturan mengenai persaingan akan membantu dalam mewujudkan demokrasi ekonomi, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 Ayat 1 UUD 1945 (Pasal 2) menjamin sistem persaingan usaha yang bebas dan adil untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat serta menciptakan sistem perekonomian yang efisien (Pasal 3). Oleh karena itu, mereka mengambil bagian pembukaan UUD 1945 yang sesuai dengan Pasal 3 Huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1999 dari struktur ekonomi untuk tujuan perealisasi kesejahteraan nasional menurut UUD 1945 dan demokrasi ekonomi, dan yang menuju pada sistem persaingan bebas dan adil dalam pasal 3 Huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1999. Ini menandakan adanya pemberian kesempatan yang sama kepada setiap pelaku usaha dan ketiadaan pembatasan persaingan usaha, khususnya penyalahgunaan wewenang di sektor ekonomi.

Selaku asas dan tujuan, Pasal 2 dan 3 tidak memiliki relevansi langsung terhadap pelaku usaha, karena kedua pasal tersebut tidak menjatuhkan tuntutan konkret terhadap perilaku pelaku usaha. Meski demikian, kedua pasal tersebut harus digunakan dalam interpretasi dan penerapan setiap ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Peraturan persaingan usaha agar diinterpretasikan sedemikian rupa, sehingga tujuan-tujuan yang termuat dalam Pasal 2 dan 3 tersebut dapat dilaksanakan secara efisien. Misalnya, sehubungan dengan penerimaan dan jangkauan dari *rule of reason* dalam rangka ketentuan tentang

perjanjian-perjanjian yang dilarang (Pasal 4-16), maka harus diperhatikan bahwa Pasal 2 dan 3 tidak menetapkan tujuan-tujuan yang dilaksanakan dalam bidang sumber daya manusia, kebijakan struktural dan perindustrian.

B. Pengertian Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Pengertian monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dijelaskan dalam Pasal 1 ayat (1) UU No. 5 tahun 1999, bahwa:

1. Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.
2. Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Pelaku usaha diduga atau dianggap melakukan monopoli jika:

1. Barang/jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya, atau
2. Mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk dalam persaingan usaha barang/jasa yang sama, atau
3. Satu pelaku usaha atau sekelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50 % pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Suatu industri dikatakan berstruktur monopoli bila hanya ada satu produsen atau penjual (*single firm*) tanpa pesaing langsung atau tidak langsung, baik nyata maupun potensial. *Output* yang dihasilkan tidak mempunyai substitusi. Perusahaan tidak memiliki pesaing karena adanya hambatan bagi perusahaan lain untuk memasuki industri yang bersangkutan. Dilihat dari penyebabnya, hambatan masuk dikelompokkan menjadi hambatan teknis (*technical barriers to entry*) dan hambatan legalitas (*legal barrier to entry*), yang dapat dijelaskan sebagai berikut:

1. Hambatan teknis;

Ketidakmampuan bersaing secara teknis menyebabkan perusahaan lain sulit bersaing dengan perusahaan yang sudah ada (*existing firm*). Keuntungan secara teknis ini disebabkan oleh beberapa hal:

- a. Perusahaan memiliki kemampuan dan atau pengetahuan khusus yang memungkinkan berproduksi secara efisien.
- b. Tingginya tingkat efisiensi memungkinkan perusahaan monopolis mempunyai kurva biaya (MC dan AC) yang menurun. Makin besar skala produksi, maka biaya marginal makin menurun, sehingga biaya

produksi per unit (AC) makin rendah.

- c. Perusahaan memiliki kemampuan kontrol sumber faktor produksi, baik berupa sumber daya alam, sumber daya manusia maupun lokasi produksi. Kelompok konglomerat di Indonesia mempunyai kemampuan monopoli secara teknis, karena mampu mengontrol faktor produksi berupa bahan baku (misalnya batu kapur untuk pabrik semen). Selain untuk bahan baku, faktor produksi yang dimonopoli konglomerat adalah SDM berkualitas, dimana alumni-alumni universitas terpendang di Indonesia kebanyakan bekerja di perusahaan konglomerat dibanding perusahaan kecil. Lokasi produksi yang khusus juga menyebabkan perusahaan memiliki kemampuan teknis (biaya transportasi yang sangat rendah) yang menyebabkan daya monopoli.
2. Hambatan legalitas, yang meliputi Undang-undang dan hak khusus, serta hak paten atau hak cipta.

Tidak semua perusahaan mempunyai daya monopoli karena kemampuan teknis. Dalam kehidupan sehari-hari dapat ditemukan perusahaan-perusahaan yang tidak efisien, tetapi memiliki daya monopoli. Hal itu dimungkinkan karena secara hukum, mereka diberi hak monopoli (*legal monopoly*). Di Indonesia, Badan-badan Usaha Milik Negara (BUMN) banyak yang memiliki daya monopoli karena Undang-undang. Berdasarkan Undang-undang tersebut, mereka memiliki hak khusus (*special franchise*) untuk mengelola industri tertentu.

Pasar monopoli mempunyai beberapa karakteristik khusus sebagai berikut:

1. *Pasar monopoli adalah industri satu perusahaan*

Sifat ini sesuai dengan definisi dari monopoli, yaitu struktur pasar atau industri dimana terdapat hanya seorang penjual saja. Dengan demikian, barang atau jasa yang dihasilkan tidak dapat dibeli di tempat lain. Para pembeli tidak mempunyai pilihan lain, kalau mereka menginginkan barang tersebut, maka mereka harus membeli dari perusahaan tersebut. Syarat-syarat penjualan tersebut sepenuhnya ditentukan oleh pengusaha monopoli itu, dan para pembeli tidak dapat berbuat sesuatu apapun di dalam menentukan syarat jual beli.

2. *Tidak memiliki barang pengganti yang mirip*

Barang yang dihasilkan perusahaan monopoli tidak dapat digantikan oleh barang lain yang ada dalam perekonomian. Barang tersebut merupakan satu-satunya jenis barang yang seperti itu. Yang “mirip” dengannya dari segi kegunaan tidak ada sama sekali. Aliran listrik sampai saat ini adalah contoh dari barang pengganti yang “mirip”, yang ada hanyalah barang pengganti yang sangat berbeda sifatnya, yaitu lampu minyak. Lampu

minyak tidak dapat menggantikan listrik karena ia tidak dapat digunakan untuk menghidupkan televisi atau peralatan elektronik lainnya.

3. *Tidak terdapat kemungkinan untuk masuk ke dalam pasar*

Sifat ini merupakan sebab utama yang menimbulkan perusahaan yang mempunyai kekuasaan monopoli. Tanpa sifat ini, pasar monopoli tidak akan terwujud. Karena tanpa adanya hambatan tersebut pada akhirnya akan terdapat beberapa perusahaan dalam industri. Keuntungan perusahaan monopoli akan menarik pengusaha-pengusaha lain ke dalam industri tersebut. Adanya hambatan masuk yang sangat tinggi menghindarkan berlakunya keadaan yang seperti itu.

4. *Dapat menguasai penentuan harga*

Oleh karena perusahaan monopoli merupakan satu-satunya penjual di dalam pasar, maka penentuan harga dapat dikuasainya. Oleh sebab itu perusahaan monopoli dipandang sebagai penentu harga atau *price setter*. Dengan mengadakan pengendalian ke atas produksi dan jumlah barang yang ditawarkan, perusahaan monopoli dapat menentukan harga pada tingkat yang dikehendakinya.

5. *Promosi kurang diperlukan*

Oleh karena perusahaan monopoli adalah satu-satunya perusahaan di dalam industri, ia tidak perlu melakukan promosi penjualan secara iklan. Ketiadaan saingan menyebabkan semua pembeli yang memerlukan barang yang diproduksi oleh perusahaan monopoli tersebut. Kalaupun perusahaan monopoli membuat promosi/iklan, iklan tersebut bukanlah bertujuan untuk menarik pembeli, tetapi untuk memelihara hubungan baik dengan masyarakat.

C. Pendekatan *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason* dalam Hukum Persaingan

Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar Undang-undang Anti Monopoli. Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Sebaliknya, pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai

per se illegal biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali.¹¹

Kedua metode pendekatan yang memiliki perbedaan ekstrim tersebut juga digunakan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasal nya, yakni pencantuman kata-kata “yang dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Kata-kata tersebut menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktik monopoli yang bersifat menghambat persaingan.

Sedangkan penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...”. Oleh karena itu, penyelidikan terhadap beberapa perjanjian atau kegiatan usaha, misalnya kartel (Pasal 11) dan praktik monopoli (Pasal 17) dianggap menggunakan pendekatan *rule of reason*. Sedangkan pemeriksaan terhadap perjanjian penetapan harga (Pasal 5) dianggap menggunakan pendekatan *per se illegal*.

Namun demikian, perlu dipertanyakan kembali, apakah dalam pembahasan Rancangan Undang-undang tersebut juga mengkaji implikasi hukum atas kata-kata “yang dapat mengakibatkan” maupun “patut diduga” tersebut. Oleh karena itu, pencantuman kata-kata tersebut besar kemungkinannya tidak mempertimbangkan implikasi dalam penerapannya, sehingga terdapat beberapa ketentuan dalam Undang-undang yang tidak selaras dengan praktik penerapan kedua pendekatan dalam perkara-perkara anti monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Di samping itu, tim perancang undang-undang cenderung untuk lebih melimpahkan penerapan alternatif dari kedua pendekatan tersebut kepada KPPU (Komisi Pengawas Persaingan Usaha), yang dinyatakan dalam Pasal 35 UU No. 5/1999. Pada dasarnya, tugas KPPU antara lain adalah melakukan penilaian terhadap semua perjanjian dan atau kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Penggunaan kedua pendekatan secara alternatif memiliki tujuan yang sama, yakni bagaimana tindakan pelaku usaha tidak menghambat persaingan, sehingga mengakibatkan hilangnya efisiensi, yang pada akhirnya menimbulkan kerugian terhadap konsumen. Sedangkan tujuan pembentukan UU No. 5/1999, antara lain adalah menciptakan efisiensi dalam kegiatan usaha serta meningkatkan kesejahteraan rakyat (Pasal 3). Dalam pembahasan ini, akan diuraikan apakah penggunaan pendekatan secara alternatif dapat mendukung

¹¹ R. Sheyam Khemani & D. M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, (Paris: OECD, 1996), hlm. 51.

efisiensi dan kesejahteraan konsumen.

1. Pendekatan *Per Se Illegal* dan Penerapannya

Pendekatan pertama *per se illegal* oleh Mahkamah Agung Amerika diterapkan dalam perkara *United States vs. Trans-Missouri Freight Association* yang diikuti kemudian dalam *United States vs. Joint Traffic Association*.

Perkara *Trans-Missouri* menyangkut delapan belas (18) perusahaan kereta api yang membuat perjanjian pada tanggal 15 Maret 1889, dengan membentuk “*Trans-Missouri Freight Association*”, yaitu suatu asosiasi perusahaan kereta api yang berdomisili di sebelah Barat Mississippi. Para anggota asosiasi tersebut melimpahkan kewenangan kepengurusan kepada suatu komite, yang merupakan badan perwakilan para anggota. Kewenangan komite tersebut antara lain menyusun dan mengumumkan secara resmi struktur tarif angkutan, yang akan ditetapkan bagi seluruh perusahaan kereta api. Tujuan pembentukan asosiasi ini adalah untuk saling melindungi dengan cara menetapkan tarif yang menurut mereka adalah pantas, membuat aturan, dan peraturan mengenai pengangkutan setempat.¹² Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan, bahwa perjanjian di antara para anggota asosiasi tersebut adalah *per se illegal*, karena melanggar Pasal 1 the Sherman Act.

Bagian ketiga perjanjian tersebut antara lain menetapkan: “...*that’s committee shall be appointed to establish rates, rules, and regulations on the traffic subject to this association, and to consider changes therein, and makes rules for meeting the competition of outside lines. Their conclusion, when unanimous, shall be made effective when they so order; but, if they differ, the question at issue shall be referred to the managers of the lines parties hereto; and, if they disagree, it shall be arbitrated in the manner provided in Article 7...*”¹³

Pemerintah kemudian menggugat asosiasi tersebut dengan menyatakan, antara lain bahwa: “...*An agreement between railroads competing in interstate traffic, ‘for the purpose of mutual protection by establishing and maintaining reasonable rates, rules, and regulations on all freight traffic,’ and organizing an association to enforce these purpose, is an agreement in restraint of commerce, within the meaning of the anti-trust law of July 2, 1890, 15 U.S. C. A. parag. 1-7...*”¹⁴

Penggugat meminta agar pengadilan menetapkan, pembubaran asosiasi

¹² Lihat Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust*, (St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1977), hlm. 167.

¹³ Supreme Court of The United States, *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1897), hlm. 294.

¹⁴ *Ibid*, hlm. 306.

tersebut dan para tergugat dilarang, baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama, antara lain:

“...from further agreeing, combining, and conspiring and acting together to maintain rules and regulations and rates for carrying freight upon their several lines of railroad to hinder trade and commerce between the states and territories of the United States; and that all and each of them be enjoined and prohibited from entering or continuing in a combination, association, or conspiracy to deprive the people engaged in trade and commerce between and among the states and territories of the United States of such facilities and rates and charges of freight transportation as will be afforded by free and unrestrained competition between the said several lines of railroads...”¹⁵

Tergugat menolak tuduhan tersebut dengan menyatakan, antara lain: *“... they were not content with the rates and prices prevailing at the date of agreement; they deny any intent to unjustly increase rates, and deny that the agreement destroyed, prevented, or illegally limited or influenced competition; they deny that arbitrary rates were fixed or charged, or that rates have been increased...”¹⁶*

Tergugat menyatakan pula, bahwa tujuan asosiasi adalah untuk menetapkan tarif yang masuk akal, aturan mengenai semua angkutan dan mempertahankan tarif tersebut sampai ia mengalami perubahan sebagaimana yang nantinya ditetapkan oleh Undang-undang. Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan, bahwa perjanjian di antara para anggota asosiasi tersebut adalah per se illegal, karena melanggar Pasal 1 the Sherman Act.

Selanjutnya, dalam perkara *United States v. Joint Traffic*, pemerintah mengajukan gugatan di pengadilan New York Selatan, sehubungan dengan perjanjian antara 31 perusahaan kereta api yang membentuk asosiasi, antara lain bertujuan:

“...to aid fulfilling the purpose of the interstate commerce act, to cooperate with each other and adjacent transportation association to establish and maintain reasonable and just rates, fares, rules, and regulations on state and interstate traffic, to prevent unjust discrimination, and to secure the reduction and concentration of agencies, and the introduction of economies in the conduct of the freight and passenger service...”¹⁷

Untuk mencapai tujuan tersebut, 31 perusahaan itu menetapkan Anggaran Dasar asosiasi, di mana mereka setuju asosiasi dijalankan oleh beberapa dewan yang berbeda, yang memiliki yurisdiksi atas semua lalu lintas kereta api, dimana perusahaan-perusahaan seharusnya bersaing. Asosiasi akan mempublikasikan daftar tarif, harga karcis, dan biaya serta aturan-aturan yang akan diterapkan. Dari waktu ke waktu, para manajer asosiasi dapat membuat

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 300-301.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 303.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 506.

rekomendasi untuk perubahan harga karcis dan biaya serta aturan yang masuk akal dan adil untuk semua angkutan yang disebutkan dalam perjanjian guna melindungi kepentingan para pihak dalam perjanjian.

Ketidaksediaan untuk melaksanakan rekomendasi oleh pihak manapun juga yang terikat kepada perjanjian tersebut dianggap sebagai pelanggaran terhadap perjanjian. Tidak ada perusahaan yang menjadi pihak dalam perjanjian ini diijinkan untuk menyimpang atau mengubah tarif, harga karcis, biaya, atau aturan-aturan yang ditetapkan kecuali dengan persetujuan Dewan Direksi dari perusahaan tersebut, dan langkah itu tidak mempengaruhi tarif, harga karcis, serta biaya dimaksud. Perjanjian tersebut mulai berlaku tanggal 1 Januari 1896 untuk lima (5) tahun lamanya.

Pemerintah menuduh bahwa perjanjian yang dibuat oleh para tergugat tersebut adalah "...unlawfully intending to restrain commerce among the several states, and to prevent competition..."¹⁸ Tergugat the Joint Traffic Association dalam jawabannya menyatakan, menolak tuduhan bahwa kontrak itu tidak sah dan tidak merupakan konspirasi untuk menghambat perdagangan atau berusaha untuk memonopoli dan menghambat persaingan antara perusahaan-perusahaan kereta api. Tujuan dari perjanjian itu antara lain adalah dalam rangka harmonisasi dari rute yang berlainan, dan hal itu perlu baik bagi masyarakat maupun perusahaan-perusahaan kereta api yang bersangkutan.

Hakim Peckham menyatakan, bahwa perkara ini memiliki persamaan yang besar dengan *United States vs. Trans-Missouri Freight Association*, oleh karena asosiasi mempunyai kepentingan yang sama, sehingga kedua perkara tersebut menghasilkan keputusan yang sama. Tergugat berkeberatan atas pendapat ini dan memberikan alasan mengapa keputusan dalam perkara sebelumnya tidak dapat diterapkan terhadap perkara ini. Tergugat menyatakan, antara lain, terdapat perbedaan fundamental antara dua perjanjian tersebut, baik mengenai materi maupun sifatnya. Dalam perkara *Trans-Missouri*, perjanjian itu bersifat inkonstitusional, karena dianggap terlalu mencampuri kebebasan individu, dan mengabaikan hak individu untuk membuat kontrak, yang sebenarnya dijamin oleh Amandemen Kelima Konstitusi Amerika Serikat, yang menetapkan:

"...no person shall be... deprive of life, liberty or property without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation. This objection was not advanced in the arguments in the other case..."

Mahkamah Agung akhirnya kembali pada dalil hukum yang pernah disinggung pada *Trans-Missouri*. Pertama, membedakan antara pengaturan yang

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 508.

secara langsung dan segera akan mengurangi persaingan sebagai *price fixing* di antara para pesaing, dan pengaturan yang hanya berpengaruh secara tidak langsung dan insidental. Kedua, dalam menanggapi perilaku membahayakan yang secara hipotetis dilakukan oleh tergugat, maka Mahkamah Agung menyatakan bahwa beberapa pengaturan yang berdampak terhadap persaingan, seperti perjanjian untuk tidak ikut serta dalam bisnis sejenis, sama sekali bukanlah merupakan hambatan perdagangan (*restraint of trade*). Oleh karena itu, Mahkamah Agung menegaskan, bahwa suatu pengaturan yang dilakukan dengan maksud tertentu dan secara eksplisit mematikan persaingan di antara perusahaan yang beroperasi secara mandiri di pasar bersangkutan, akan dinyatakan sebagai ilegal.¹⁹

Dalam penerapan Undang-undang Antitrust di Amerika Serikat, beberapa jenis perilaku bisnis tertentu dipandang sebagai *per se illegal*, terlepas dari penilaian mengenai berbagai akibatnya terhadap persaingan, dan atau terlepas dari kondisi yang melingkupinya. Salah satu manfaat besar dari penggunaan metode *per se illegal* adalah kemudahan dan kejelasannya dalam proses administratif. Di samping itu, pendekatan ini memiliki kekuatan mengikat (*self-enforcing*) yang lebih luas daripada larangan-larangan yang tergantung pada evaluasi mengenai pengaruh kondisi pasar yang kompleks. Oleh karena itu, penggunaan pendekatan ini dapat memperpendek proses pada tingkatan tertentu dalam pelaksanaan suatu Undang-undang. Suatu proses dianggap relatif mudah dan sederhana, karena hanya meliputi identifikasi perilaku yang tidak sah dan pembuktian atas perbuatan ilegal tersebut. Dalam hal ini tidak diperlukan lagi penyelidikan terhadap situasi serta karakteristik pasar.²⁰

Suatu perilaku yang ditetapkan oleh pengadilan sebagai *per se illegal*, akan dihukum tanpa proses penyelidikan yang rumit. Jenis perilaku yang ditetapkan secara *per se illegal* hanya akan dilaksanakan, setelah pengadilan memiliki pengalaman yang memadai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial. Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah. Hal ini disebabkan karena metode ini membolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan.²¹

Oleh karena itu, pada prinsipnya terdapat dua syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*, yakni: *pertama*, harus ditujukan lebih kepada

¹⁹ Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust...*, hlm. 169.

²⁰ Carl Kaysen & Donald F. Turner, *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis*, (Cambridge: Harvard University Press, 1971), hlm. 142.

²¹ Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, (St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1993), hlm. 91.

“perilaku bisnis” dari pada situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan lebih lanjut, misalnya, mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap fair, jika perbuatan ilegal tersebut merupakan “tindakan sengaja” oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari. *Kedua*, adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktik atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan kata lain, penilaian atas tindakan dari pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meski demikian diakui bahwa, terdapat perilaku yang terletak dalam batas-batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah.²²

Pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi, bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Oleh karena itu, terdapat dua hal penting yang harus diperhatikan oleh pengadilan, pertama, adanya dampak merugikan yang signifikan dari perilaku tersebut. Kedua, kerugian tersebut harus tergantung pada kegiatan yang dilarang.

Tindakan yang dianggap merugikan konsumen dan telah diputuskan KPPU adalah perkara penetapan harga yang dilakukan oleh beberapa pengusaha Bus Kota Patas AC, yang tergabung dalam suatu asosiasi angkutan jalan raya (Organda).

Kesepakatan bersama tersebut diakomodasi melalui DPD Organda DKI Jakarta melalui Surat DPD Organda tentang Penyesuaian Tarif Angkutan Umum Bus Kota Patas AC di wilayah DKI Jakarta tanggal 5 September 2001. Kesepakatan ini dianggap merupakan pelanggaran terhadap Pasal 5 UU Nomor 5 Tahun 1999.

KPPU dalam Putusan Perkara Inisiatif Nomor: 05/KPPU-I/2003 menduga, bahwa Dewan Pimpinan Daerah Organda wilayah Jakarta melakukan penetapan tarif Bus Kota Patas AC sebesar Rp. 3.300,-. Tindakan tersebut diawali dengan cara mengajukan permohonan kepada Gubernur DKI Jakarta. Setelah melalui proses pembahasan antara beberapa pengusaha angkutan bus kota dan Dinas Perhubungan DKI Jakarta, akhirnya Pemerintah Daerah menyetujui kenaikan tarif dari Rp. 2.500,- menjadi Rp. 3.300,- per-penumpang, melalui Surat Nomor: 2640/-1.811.33 pada tanggal 4 September 2001 tentang Penyesuaian Tarif Angkutan. Berdasarkan Surat Gubernur ini, Organda menerbitkan Surat Keputusan Nomor: SKEP-115/DPD/IX/2001 tanggal 5 September 2001 tentang Penyesuaian Tarif Angkutan Umum Bus Kota Patas AC di wilayah Jakarta.

²² Carl Kaysen dkk., *Antitrust Policy...*, hlm. 143.

Dalam perkara ini, KPPU cukup membuktikan adanya perjanjian yang dilakukan oleh operator bus kota Patas AC, yang dalam hal ini disepakati secara tertulis. Kemudian surat tersebut diajukan dan disetujui Gubernur DKI Jakarta, yang ditindak-lanjuti berupa Surat Keputusan tentang Penyesuaian Tarif. Pembuktian tersebut seharusnya disertai dengan adanya pembuktian dampak negatif terhadap konsumen atau pesaingnya atas adanya kesepakatan tersebut.

Perkara serupa juga terjadi di bidang angkutan laut, di mana tujuh (7) perusahaan pelayaran di jalur pelayaran Surabaya-Makassar melakukan kesepakatan untuk menetapkan tarif dan kuota jalur Surabaya-Makassar yang dibuat dan ditanda-tangani pada tanggal 23 Desember 2002.

Perkara No.03/KPPU-I/2003 berawal dari adanya kesepakatan yang dilatarbelakangi adanya “banting-bantingan” harga di antara perusahaan pelayaran yang melayani jalur Surabaya-Makassar-Surabaya, serta adanya maksud Pelindo IV untuk menaikkan tarif THC/port charge. Perjanjian penetapan tarif dan kuota jalur Surabaya- Makassar dibuat pada tanggal 23 Desember 2002 ditandatangani oleh 7 perusahaan pelayaran. Perjanjian itu juga mengatur mekanisme penalti atau denda yang akan dikenakan jika terjadi kelebihan kuota. Apabila perusahaan pelayaran tidak membayar denda, maka perusahaan pelayaran tersebut tidak akan mendapatkan pelayanan fasilitas pelabuhan dari Pelindo IV cabang Makassar. Dalam putusannya, KPPU menyatakan bahwa kesepakatan di antara para perusahaan pelayaran tersebut merupakan pelanggaran terhadap Pasal 5 ayat (1) UU Nomor 5 Tahun 1999.

Pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 yang menggunakan pendekatan *per se illegal* lainnya adalah perkara kartel SMS (*Short Message Service*) yang dilakukan oleh para operator penyelenggara jasa telekomunikasi.

Perkara KPPU No.26/KPPU-L/2007 ini bermula dari laporan tentang adanya penetapan harga SMS off-net. Pelanggaran tersebut dilakukan oleh para operator jasa telekomunikasi pada periode 2004 sampai dengan 1 April 2008. KPPU menemukan bukti adanya klausula perjanjian kerja sama (PKS) Interkoneksi yang menyatakan bahwa harga layanan SMS off-net berkisar pada Rp. 250,00 – Rp. 350,00. Tim Pemeriksa juga menemukan beberapa klausula penetapan harga SMS tidak boleh lebih rendah dari Rp. 250,00 dalam PKS Interkoneksi. Komisi juga melihat adanya dampak atas penetapan harga yang mengakibatkan kerugian konsumen dihitung berdasarkan selisih penerimaan harga kartel dengan penerimaan harga kompetitif SMS off-net setidaknya sebesar Rp. 2.827.700.000.000. Komisi tidak berwenang untuk menjatuhkan sanksi ganti rugi untuk konsumen. Dalam putusannya, KPPU menyatakan bahwa 6 (enam) operator telekomunikasi melanggar Pasal 5 UU

Nomor 5 Tahun 1999 dengan dijatuhkan denda berkisar Rp. 4 Milyar sampai dengan Rp. 25 Milyar.

Dalam Putusan KPPU No. 26/KPPU-L/2007 tentang Penetapan Harga SMS, selain KPPU menemukan bukti adanya perjanjian tertulis di antara para operator, juga membuktikan dampak terhadap persaingan itu sendiri, yakni adanya kerugian yang dialami konsumen.

Penyelidikan terhadap ada tidaknya pelanggaran terhadap ketentuan hukum persaingan melalui pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum. Artinya, bahwa adanya larangan yang tegas dapat memberikan kepastian bagi pengusaha untuk mengetahui keabsahan suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang menimbulkan kerugian berlipat ganda. Dengan kata lain, bahwa pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan pelaku usaha sejak awal mengenai perbuatan apa saja yang dilarang, serta berusaha menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya.

Namun demikian, tidak mudah untuk membuktikan adanya perjanjian, terutama jika perjanjian tersebut dilakukan secara lisan. Dalam hal ini, hakim hanya perlu membuktikan apakah terjadi suatu perjanjian. Namun ada kesulitan untuk membuktikan suatu perjanjian yang dilakukan dengan cara lisan (tidak tertulis). Misalnya dalam perkara Barber Shop Association,²³ yakni suatu asosiasi para tukang cukur dalam Akita Prefecture, yang melakukan penelitian tentang pendapat para tukang cukur anggota asosiasi, dengan cara mengirimkan kuesioner kepada mereka dan menjawab pertanyaan mengenai dua hal: “*do you wish to raise price and if you do, what is the appropriate price level?*” Setelah kuesioner terkumpul, mereka menganalisis isi, dan mengumumkan, bahwa hampir semua anggota asosiasi menghendaki peningkatan harga, dengan tingkat harga yang diperkirakan adalah sebesar 300 yen. Kemudian asosiasi menentukan “harga standar” sebesar 300 yen, dan memerintahkan bahwa masing-masing anggota dapat menentukan harga secara independen, dengan mempertimbangkan “harga standar” tersebut. Semua anggota asosiasi akhirnya sepakat secara diam-diam untuk menetapkan harga sebesar 300 yen.

JFTC (Japan Fair Trade Commission) menggugat aktivitas asosiasi tersebut dan memutuskan adanya pelanggaran terhadap Pasal 8 (1) huruf i of the Anti Monopoly Law (AMA), yang melarang asosiasi dagang melakukan aktivitas yang secara substansial menghambat persaingan, khususnya di bidang

²³ Lihat Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, (New York: Oxford University Press, Inc., 1993), hlm. 44-145.

perdagangan. Dalam hal ini, tidak terdapat bukti langsung bahwa asosiasi menetapkan suatu “harga standar” kepada para anggotanya. Namun demikian, asosiasi melakukan tekanan kepada para anggotanya, untuk mengatur harga senilai 300 yen dengan cara mengumumkan hasil penelitian. Kegiatan asosiasi ini dapat dievaluasi sebagai sebuah bukti yang secara tidak langsung sebagai suatu bentuk penetapan harga. Melalui pengumuman tersebut, para anggota memperoleh informasi, bahwa mayoritas dari mereka mempertimbangkan, bahwa harga seharusnya ditetapkan sebesar 300 yen. Hal ini akan menyulitkan para anggota, jika melakukan “cara lain yang berbeda” dengan yang telah ditentukan secara bersama-sama.

Beberapa kasus serupa terjadi juga di Amerika Serikat, yang bertujuan mempengaruhi harga persaingan, yang ditemukan dan digunakan sebagai petunjuk analisis untuk mendukung karakterisasi suatu pengaturan atas harga. Dalam *Nationwide Trailer Rental System, Inc. vs United States*, Mahkamah Agung menetapkan bahwa pengedaran surat dalam bentuk daftar terjadwal, yang berisi penetapan tingkat harga lembur (*overtime charges*) untuk persewaan trailer kepada masing-masing anggota asosiasi, merupakan hambatan dalam bentuk harga (*price restraint*).

Bukti-bukti menunjukkan, bahwa “jadwal” tersebut hanya digunakan sebagai “pedoman”, yang tidak mengharuskan para anggota untuk mematuhi, dan secara nyata menyimpanginya. Meskipun hanya sedikit atau tidak terdapat bukti mengenai pengaruh terhadap harga yang dapat dilihat, namun pengadilan menyimpulkan, bahwa “jadwal” tersebut diedarkan dengan beberapa tujuan, dan tampaknya antara lain, adalah menyarankan “tingkat harga” lembur, walaupun harga tersebut tidak ditetapkan secara rigid.

Kasus-kasus di atas adalah contoh yang menunjukkan, bahwa *price fixing* tidak selalu lahir dari suatu perjanjian yang tertulis atau jelas. Dengan demikian, Hakim harus memiliki pandangan yang luas atau kepekaan yang dalam untuk mengetahui apakah telah terjadi suatu “perjanjian”, tanpa adanya bukti tertulis atau lisan. Ini merupakan salah satu kesulitan bagi hakim untuk membuktikan adanya perjanjian dalam menggunakan pendekatan *per se illegal*.

2. Pendekatan *Rule of Reason* dan Penerapannya

Berbeda halnya dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap Undang-undang. Misalnya, Mahkamah Agung Amerika Serikat 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 menghambat proses persaingan.²⁴

Masing-masing pola pendekatan tersebut mengandung keunggulan dan kelemahan, yang mungkin dapat menjadi bahan pemikiran untuk menerapkan salah satu pendekatan terhadap tindakan pelaku usaha yang diduga melanggar Undang-undang Anti monopoli. 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. Dengan perkataan lain, apakah suatu tindakan dianggap menghambat persaingan atau mendorong persaingan, ditentukan oleh: "... *economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources...*"²⁵ Sebaliknya, jika menerapkan *per se illegal*, maka tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar Undang-undang.

Namun pendekatan *rule of reason* juga mengandung satu kelemahan, dan mungkin merupakan kelemahan paling utama yaitu, bahwa *rule of reason* yang digunakan oleh para hakim dan juri mensyaratkan pengetahuan tentang teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks, di mana mereka belum tentu memiliki kemampuan yang cukup untuk memahaminya, guna dapat menghasilkan keputusan yang rasional. Terbatasnya kemampuan dan pengalaman hakim untuk mengatasi proses litigasi yang kompleks, seringkali menimbulkan masalah sepanjang sejarah sistem pengadilan di Amerika Serikat.²⁶ Di samping itu, tidak mudah untuk membuktikan kekuatan pasar tergugat, mengingat penggugat harus menyediakan saksi ahli di bidang ekonomi, dan bukti dokumenter yang ekstensif dari para pesaing lainnya. Padahal, biasanya pihak penggugat hanya memiliki kemungkinan yang kecil untuk memenangkan perkara, sehingga seringkali pendekatan *rule of reason* dipandang sebagai *a rule of per se legality*

Pendekatan *rule of reason* yang pertama diterapkan dalam *Standard Oil Co. of N.J. v. United States* sebagai interpretasi terhadap the Sherman Act pada tahun 1911. Interpretasi tersebut menghasilkan suatu premis, bahwa pertimbangan hukum yang utama dalam menerapkan pendekatan tersebut adalah maksimalisasi kesejahteraan atau pemuasan kebutuhan konsumen.²⁷

²⁴ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, (New York: Matthew Bender & Co., 1994), hlm. 85.

²⁵ Robert H. Bork, "The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division", dalam *The Yale Law Journal*, No. 5 vol. 74 April 1965, hlm. 781.

²⁶ The Harvard Law Review Association, "Development in the Law-The Civil Jury: The Jury's Capacity to Decide Complex Civil Cases", dalam *Harvard Law Review*, vol. 110, Mei 1997, hlm. 1489.

²⁷ Robert H. Bork, "The Rule of Reason...", hlm. 375.

Dalam hal ini, hakim Peckham, Taft dan White menunjukkan perhatian mereka, bahwa hukum tidak bertujuan untuk menghancurkan suatu bentuk kombinasi perusahaan yang efisien, namun menekan bentuk kerjasama di bidang penjualan yang bermaksud mengeliminasi persaingan.²⁸ Adanya unsur pemuasan kebutuhan konsumen sebagai pertimbangan utama dari hukum, mengharuskan pengadilan untuk menerapkan sebagai kriteria pokok, yakni apakah suatu perjanjian akan berdampak pada terwujudnya efisiensi, dan kemudian dapat meningkatkan produk, atau sebaliknya, akan berdampak pada pembatasan produksi.

Dalam perkara ini hakim Amerika Serikat menyatakan, bahwa alasan utama diterapkannya the Sherman Act adalah adanya akumulasi kekayaan yang amat besar di dalam perusahaan secara bersama maupun secara individual, mengakibatkan adanya kekuatan yang besar dari pengembangan yang luas, sehingga dapat mengakibatkan tekanan terhadap individu-individu perusahaan lainnya dan merugikan masyarakat secara umum. Undang-undang tersebut bermaksud, pertama, untuk menerapkan common law di negara-negara federal, yang menjamin bahwa masing-masing individu berhak melakukan perdagangan yang tidak dihambat dengan cara tidak wajar (*unreasonably*). Kedua adalah, bahwa masyarakat harus mendapat perlindungan dari praktik-praktik penetapan harga serta bentuk-bentuk praktik penyimpangan lainnya.²⁹

Keputusan tersebut ditetapkan oleh Hakim White yang bertindak sebagai Hakim Ketua, yang dulunya menolak penggunaan *per se illegal* dalam Trans-Missouri. Keputusan Standard Oil dengan jelas memberikan kontribusi bagi pengembangan the Sherman Act, khususnya dalam hal peranan pengadilan dan letak diskresi guna menginterpretasikan undang-undang, yakni dengan cara menerapkan suatu pendekatan yang dikenal sebagai the rule of reason.³⁰

Perkara Standard Oil bukan mengenai kartel, melainkan suatu bentuk kerjasama (*combination*) yang erat hubungannya dari 37 perusahaan industri minyak yang diatur dengan manajemen bersama dan dikontrol melalui suatu perusahaan induk (*holding company*). Kombinasi tersebut dibentuk melalui kerjasama (*partnership*), merger dan bentuk kombinasi lainnya, termasuk melalui pengembangan internal dari organisasi yang ada. Tindakan mereka dianggap sebagai merger atau konsolidasi yang digunakan untuk menghimpun kekuatan beberapa perusahaan yang menjalankan usahanya secara terpisah

²⁸ *Ibid.*, hlm. 783.

²⁹ Jerrold G. van Cise, "Antitrust Past-Present-Future", dalam Theodore P. Kovaleff. (ed.), *The Antitrust Impulse: An Economic, Historical and Legal Analysis*, vol. I, (New York: ME Sharpe, 1994), hlm. 26.

³⁰ Lawrence Anthony S., *Antitrust...*, hlm. 172.

tetapi melakukan tindakan kolusif, seperti halnya pada kartel. Namun demikian, Mahkamah Agung menemukan, bahwa bentuk kombinasi tersebut memiliki elemen komersial, merupakan bentuk lain yang paling buruk dari suatu kartel. Para tergugat melakukan potongan harga yang sifatnya merusak pasar lokal, dengan cara memaksa untuk bekerja sama, yang akhirnya bermuara pada penurunan harga secara seragam. Salah satu pertimbangan pengadilan dalam memutuskan perkara tersebut adalah:

“...it is now with much amplification or argument urged that the statute, in declaring illegal every combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce, does not mean what the language used therein plainly imports, but that it only means to declare illegal any such contract which is in unreasonable restraint of trade, while leaving all others unaffected by the provisions of the act; that the common law meaning of the term ‘contract in restraint of trade’ includes only such contracts as are in unreasonable restraint of trade; and when that term is used in the Federal statute it is not intended to include all contracts in restraint of trade, but only those which are in unreasonable restraint there of...”

Pola perilaku dari para tergugat tersebut, oleh Mahkamah Agung dianggap bertentangan baik terhadap Pasal 1 maupun Pasal 2 the Sherman Act.

Hakim White mengawali keputusannya dengan memberikan batasan pengertian tentang “...restraint of trade, attempt to monopolize, and monopolization...”. Pengertian-pengertian tersebut merupakan adopsi dari pengertian yang berasal dari common law, yang digunakan dalam pelaksanaan Undang-undang Antitrust. Selanjutnya, White juga mengemukakan konsep dasar tentang tujuan utama dari Undang-undang Antitrust di Amerika maupun di Inggris. Bagian krusial dari pandangan White menyatakan:

“...The evils which led to the public outcry against monopolies and to the final denial of the power to make them may be thus summarily stated: 1. The power which the monopoly gave to the one who enjoyed it to fix the price and thereby injure the public; 2. The power which it engendered of enabling a limitation on production; and 3. The danger of deterioration in quality of the monopolized article which it was deemed was the inevitable resultant of the monopolistic control over its production and sale...”

Dalam hal ini White menyatakan pula, bahwa pengertian “monopoli” di Inggris biasanya selalu dihubungkan dengan tindakan-tindakan merugikan yang berasal dari pemberian Raja yang sifatnya monopolis. Oleh karena itu, akhirnya pengertian monopoli berkembang menjadi “...fear as to the evil consequences which might arise from the acts of individuals producing or tending to produce the consequences of monopol.”³¹ Dengan berfokus pada akibat dari

³¹ Lihat Robert H. Bork, “The Rule of Reason...”, hlm. 802.

monopoli, maka White menyatakan suatu perubahan dan perkembangan dalam memutuskan suatu perkara antitrust:

“...a modern conditions arose the trend of legislation and judicial decision came more and more to adopt the recognized restrictions to new manifestations of conduct or of dealing which it was thought justified the inference of intent to do the wrongs which it had been the purpose to prevent from the beginning...”

Pernyataan Hakim White mengenai penggunaan *rule of reason* dalam perkara Standard Oil mengandung tiga pengujian, yaitu:

- a. adanya konsep *per se illegal*;
- b. adanya maksud para pihak; dan
- c. akibat dari suatu perjanjian.³²

Ketiga pengujian ini sebaiknya lebih dipandang sebagai suatu pedoman dalam proses litigasi, dari pada sebagai kriteria yang terpisah. Dalam pengertian yang luas, hanya terdapat satu pengujian, yakni adanya dampak (akibat) dari suatu perjanjian (unsur yang ke-3). Sedangkan kedua unsur lainnya, hanya merupakan jalan pintas untuk menemukan atau akibat dari perjanjian tersebut.

Pandangan ini didukung pula dengan adanya suatu anggapan, bahwa berdasarkan pertimbangan dalam keputusan Standard Oil tersebut, Mahkamah Agung Amerika Serikat telah menggabungkan sepenuhnya suatu gagasan, bahwa beberapa perjanjian harus dievaluasi berdasarkan Pasal 1 the Sherman Act dengan menggunakan standar kewajaran (*reasonableness*); termasuk terhadap keputusan pengadilan sebelumnya, seperti dalam Trans-Missouri, yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang menghambat perdagangan adalah ilegal. Oleh karena itu, keputusan pengadilan telah berkembang menjadi dikotomi *per se illegal* dan *rule of reason*. Artinya, pengadilan membagi praktik bisnis ke dalam dua bagian, yakni di satu pihak meletakkan perjanjian yang dikategorikan sebagai *per se illegal*. Perjanjian semacam ini, meliputi misalnya perjanjian horisontal antara pesaing untuk menetapkan harga dan pembagian wilayah, di mana para pesaing sepakat untuk membagi wilayah di antara mereka.

Namun kadangkala pengadilan menentukan bahwa suatu perjanjian tertentu yang sebelumnya telah ditetapkan secara *per se illegal*, akan diputuskan menjadi *rule of reason*. Contoh dalam hal ini adalah perjanjian vertikal, perjanjian non-price, di mana pemasok (supplier) melakukan perjanjian dengan pengecer (retailer) di suatu tempat dalam rantai distribusi untuk membatasi sesuatu selain harga. Untuk perjanjian tersebut pernah ditetapkan secara

³² *Ibid.*, hlm. 804.

per se illegal. Beberapa jenis perjanjian, seperti *tying arrangement* dan group boycotts, mungkin dapat diputuskan baik berdasarkan *per se illegal* atau *rule of reason*, tergantung kepada pemeriksaan awal dari suatu perjanjian. Suatu *tying arrangement* terjadi ketika penjual memperlakukan penjualan suatu produk tertentu (the *tying product*) dengan mensyaratkan pembelian produk lainnya (the *tied product*). *Tying arrangement* pada awalnya dianggap anti persaingan, didasarkan pada teori bahwa penjual telah menggunakan kekuatan pasarnya dalam *tying product* untuk memaksa konsumen membeli *tied product*. Hal ini dikenal sebagai *leverage theory*.

Namun demikian, *leverage theory* memerlukan suatu pemeriksaan yang teliti, seperti yang sering dipertanyakan para komentator mengenai apakah konsumen dapat dipaksa dalam pembelian *two tied product* dengan harga lebih mahal dari pada jumlah masing-masing harga produk tersebut.³³ Oleh karena itu, pengadilan menentukan *tying arrangement* secara *per se illegal* hanya jika faktor-faktor awal tertentu telah ditetapkan, seperti:

- a. kekuatan pasar *tying product*;
- b. eksistensi dua produk secara terpisah;
- c. paksaan yang nyata terhadap konsumen;
- d. dampak yang substansial terhadap perdagangan antar negara bagian.

Meskipun suatu perjanjian ditentukan dalam kategori *per se illegal*, namun jika penggugat dapat menetapkan alasan pembenar yang bersifat pro-kompetitif atas tindakannya, maka perjanjian tersebut akan diputuskan berdasar *rule of reason*.

Dalam hal tertentu, Mahkamah Agung Amerika tidak menerapkan *per se illegal* terhadap suatu perjanjian tertentu, meskipun (perjanjian tersebut) masuk dalam kategori *per se illegal*, namun tetap diperlukan suatu keputusan, meskipun hal itu akan menjadi produk di tempat yang pertama. Mahkamah Agung Amerika juga enggan menerapkan *per se illegal* terhadap perjanjian yang mencakup pengaturan suatu asosiasi profesi.

Kasus group boycotts, di mana suatu perusahaan atau pelaku usaha membatasi produk atau mengurangi pasokan barang di pasar, adalah bentuk aktivitas lain yang dipertimbangkan sebagai *per se illegal*. Namun demikian, dalam keputusan berikutnya dipertimbangkan bahwa pengadilan harus memeriksa tentang kekuatan pasar sebelum menghukum tindakan boikot tertentu.

Sekali suatu perjanjian ditetapkan secara *per se illegal*, maka akan dinyatakan secara otomatis sebagai ilegal, yang biasanya tanpa penyelidikan

³³ Ward S. Bowman Jr., "Tying Arrangement and Leverage Problem", dalam *The Yale Law Journal*, vol. 19, 1957, hlm. 67.

tambahan mengenai dampaknya secara ekonomis. Namun sebaliknya, melalui pendekatan *rule of reason*, dampak ekonomis dari suatu perjanjian harus ditetapkan dengan menggunakan faktor-faktor dan kriteria yang tertentu, seperti terdapat dalam perkara *Chicago Board of Trade*. Dalam perkara hukum yang terjadi di Amerika Serikat, terdapat evaluasi pengadilan yang berfokus pada “dampak persaingan” terhadap suatu perjanjian. Mahkamah Agung Amerika Serikat bermaksud menjelaskan mengenai bagaimana mengevaluasi secara khusus “dampak perjanjian” terhadap persaingan melalui tiga tahapan sebagai berikut:

- a. tingkat kerugian kompetitif yang berasal dari aktivitas tergugat;
- b. adanya alasan yang sah dan berguna di balik kegiatan pelaku usaha; dan
- c. jika terdapat alasan yang sah di balik aktivitas tersebut, maka adanya unsur lain, seperti pembatasan, adalah diartikan untuk menegaskan tujuan yang sah dan berguna dari aktivitas para pelaku usaha.

Dalam melakukan evaluasi mengenai “kerugian kompetitif”, pengadilan secara khusus akan membuat dua pemeriksaan secara terpisah, yakni, pertama, pengadilan memeriksa apakah suatu proses persaingan dirugikan oleh perjanjian tertentu; kedua, pengadilan akan memeriksa secara luas adanya kerugian tersebut. Dalam melakukan evaluasi tentang kerugian kompetitif, adanya penyimpangan terhadap harga dan produk di tingkat persaingan yang umum, merupakan indikasi kuat atas dampak yang bersifat anti persaingan.

Pengujian terhadap “dampak ekonomi” seperti tersebut di atas diakui oleh sementara kalangan merupakan salah satu kesulitan dari pembuktian dengan pendekatan *rule of reason*. Hal ini disebabkan karena hampir tidak mungkin untuk dapat menetapkan tingkat persaingan terlebih dahulu secara terpisah dari produk dan harga.³⁴ Apalagi, terdapat suatu kenyataan, bahwa ada beberapa transaksi bisnis yang dievaluasi berdasarkan hukum antitrust sebelum secara nyata melakukan tindakan yang berdampak anti kompetitif.

Dalam mengevaluasi mengenai luasnya “kerugian kompetitif”, biasanya akan selalu ditentukan pangsa pasar (market share) pihak tergugat di pasar terkait (relevant market). Semakin tinggi pangsa pasar suatu perusahaan di pasar,³⁵ maka semakin besar pula luasnya kerugian terhadap persaingan, karena pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar yang besar, akan dapat meningkatkan harga secara mudah dan memaksakan keuntungan monopoli, dengan biaya yang harus ditanggung oleh konsumen. Jika suatu perusahaan

³⁴ Michael S. McFalls, *The Role and Assesment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis*, (66 Antitrust 651, 1998), hlm. 658.

³⁵ David Scheffman, “The Cutting Edge of Antitrust: Market Power”, dalam *Antitrust Law Journal*, Vol. 60 1991/1992, hlm. 18.

atau pelaku usaha memiliki pangsa pasar yang tinggi, dan jika kekuatan ini digunakan untuk menetapkan harga yang lebih mahal, maka pelaku usaha akan berhasil mencapainya, paling tidak sampai terdapat pelaku usaha baru yang memasuki pasar, yang mampu menjual harga di bawah harga (monopoli) tersebut. Sebaliknya, suatu perusahaan yang hanya memiliki kekuatan pasar yang kecil, relatif tidak memiliki kemampuan untuk mengancam proses persaingan, karena jika bermaksud mencoba menetapkan harga monopoli, maka pelaku usaha lain yang memiliki pangsa besar, misalnya 90%, akan secara mudah menjual harga di bawah barang yang ditetapkan perusahaan (dengan pangsa kecil) tersebut di muka.³⁶

Dalam perkara-perkara selanjutnya, Mahkamah Agung Amerika lebih menekankan Undang-undang yang berisi pengaturan komprehensif mengenai kebebasan ekonomi yang ditujukan kepada suatu persaingan bebas dan tidak mengikat, artinya adalah suatu peraturan yang menjamin kesetaraan dalam kesempatan berusaha, dan melindungi masyarakat, serta menjamin kebebasan untuk bersaing terhadap masing-masing pelaku bisnis, dengan tidak memandang besar-kecilnya skala perusahaan tersebut.³⁷ Mahkamah Agung Amerika juga berusaha menempuh pendekatan *the rule of reason* dalam menerapkan prinsip-prinsip the Sherman Act terhadap adanya dugaan pembatasan dalam perdagangan untuk perkara yang lain, guna menentukan tujuan utama dari pembatasan perdagangan serta pengaruh yang timbul dari pembatasan tersebut sebagai tindakan yang sah (*lawful*) atau tidak sah (*unlawful*).³⁸

The rule of reason merupakan 'standar' yang membolehkan pengadilan untuk menilai ketidak-jelasan atau tingkatan-tingkatan dari pengaruh persaingan. Dalam menerapkan suatu *standard of reason* untuk menilai suatu kesepakatan terlarang yang dinyatakan sebagai hambatan dalam perdagangan, dapat dikaji antara lain melalui tujuan dari kesepakatan tersebut, karakter (misalnya kekuatan) dari para pihak, dan akibat penting yang ditimbulkan dari perbuatan tersebut.³⁹ Meskipun pada akhirnya Mahkamah Agung Amerika menggunakan pendekatan *rule of reason* yang fleksibel, yang menentukan bahwa suatu Undang-undang hanya menghukum perilaku yang unreasonable, namun belum terdapat standar yang jelas untuk menilai hal ini.⁴⁰

³⁶ Frank H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust", dalam *Texas Law Review*, Vol. 63 no. 1, 1984, hlm. 20.

³⁷ Jerrold G. van Cise, "Antitrust Past-Present-Future...", hlm. 26-27.

³⁸ *Ibid.*, 27.

³⁹ Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, (St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1994), hlm. 169.

⁴⁰ *Ibid.*, hlm.24.

Penerapan *the rule of reason* merupakan pilihan yang tepat dalam melakukan penyelidikan. Analisis diperlukan untuk menentukan praktik tertentu yang menghambat atau mendorong persaingan, atau apabila terdapat tendensi keduanya, maka pengadilan akan mengambil langkah-langkah yang pengaruhnya paling menguntungkan (efisien) bagi masyarakat secara luas. Pendekatan tersebut juga kaya akan implikasi mengenai jenis-jenis analisis yang dibutuhkan untuk menjawab permasalahan, seperti dalam *Chicago Board of Trade vs. United States*, di mana hakim Brandeis menjelaskan secara rinci mengenai permasalahan *reasonableness* yang sebelumnya tidak terpecahkan. Dalam perkara tersebut hakim menyatakan antara lain, bahwa penyelidikan berdasarkan *rule of reason* adalah berkenaan dengan apakah perjanjian yang digugat merupakan sesuatu yang memajukan persaingan atau bersifat menghilangkan persaingan.⁴¹

Chicago Board of Trade vs United States melibatkan suatu Badan Perdagangan terkemuka yang berskala nasional, meliputi para pedagang produk biji-bijian, pedagang perantara, dan pihak lainnya. Badan tersebut memiliki aturan-aturan yang mengatur Spot sales, yaitu transaksi penjualan produk yang diantar secara langsung melalui pesanan di wilayah Chicago; Future sales, yakni kontrak penjualan yang mengharuskan penjual mengantarkan produk di kemudian hari atau di bulan yang tertentu, dan Sales “to arrive”, yaitu suatu perjanjian untuk mengantar produk biji-bijian dalam perjalanan yang siap transit ke Chicago atau akan dikapalkan dalam waktu yang tertentu.

Kedua transaksi pertama (*spot dan future*) dibuka pada waktu yang sama, disebut dengan sesi reguler, yang berjalan antara pukul 9.30' sampai dengan pukul 13.30', kecuali hari Sabtu hanya sampai dengan pukul 12.00'. Di samping itu, terdapat sesi khusus disebut dengan call dalam transaksi Sales “to arrive”, yang dilakukan segera setelah selesainya sesi reguler. Sesi ini tidak dibatasi waktunya, namun biasanya berlangsung selama setengah jam. Para anggota dapat melakukan transaksi satu sama lain secara bebas baik selama berlangsungnya atau tidak sesi-sesi tersebut, bahkan dapat dilakukan sampai tengah malam.

Namun pada tahun 1906, Badan tersebut membuat aturan transaksi call yang melarang para anggota untuk membeli atau menawarkan pembelian di sesi *to arrive* dengan harga berbeda dengan saat penutupan *sesi call* terakhir di hari yang sama. Badan tersebut beralasan, bahwa tujuan dan pengaruh aturan tersebut sangat bermanfaat, karena membatasi waktu perdagangan, mengurangi kekuatan pasar dari beberapa tengkulak atau pedagang yang mencoba meraih keuntungan perdagangan di malam hari, dan membuat pasar perdagangan di

⁴¹ Lawrence Anthony S., *Antitrust...*, hlm. 166.

siang hari menjadi lebih sempurna. Pemerintah menyatakan bahwa peraturan ini bertentangan dengan Pasal 1 the Sherman Act. Pendapat pemerintah tersebut ditolak oleh Hakim Brandeis di tingkat Mahkamah Agung. Meskipun Hakim Brandeis mengakui bahwa pengaturan tersebut merupakan tindakan bersama yang mengandung sanksi komersial serta penetapan harga transaksi di luar jam kerja, namun rencana tersebut lebih cenderung dimaksudkan untuk menetapkan ‘waktu transaksi’ daripada menetapkan harga itu sendiri. Penetapan ‘waktu transaksi’ tersebut merupakan tujuan dan dampak yang riil dalam transaksi produk tersebut.

Alasan Hakim Brandeis menolak keputusan pengadilan bawahan tersebut mengandung pernyataan the rule of reason, yakni sebagai berikut:

*“...the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality of whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business...; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual and probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because good intention will save an achieved objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences...”*⁴²

Berdasarkan berbagai pertimbangan alasan yang meliputi syarat, sifat, sejarah, dampak dan tujuan dari pembatasan yang dilakukan oleh Board of Trade, maka Hakim Brandeis menolak keputusan pengadilan banding, karena pengaturan tersebut tidak bertujuan untuk membatasi persaingan.

Beberapa contoh kasus di atas menyiratkan pada suatu pemahaman, bahwa penerapan pendekatan rule of reason harus melalui prosedur pembuktian yang diawali dengan menentukan definisi relevant market. Semua perhitungan, penilaian, dan keputusan tentang implikasi persaingan akibat perilaku apapun tergantung pada ukuran (pangsa) pasar dan bentuk pasar terkait. Dalam suatu kasus yang menyangkut, misalnya penyalahgunaan posisi dominan, jika pasar yang didefinisikan adalah kecil, dan perusahaan yang berada dalam pengawasan memiliki pangsa pasar yang lebih besar pada pasar tersebut, maka perusahaan tersebut dianggap sebagai dominan. Bila hal ini berkaitan dengan merger, maka pasar terkait dapat meliputi perusahaan-perusahaan yang

⁴² *Ibid.*, hlm. 176.

melakukan merger, dimana terdapat adanya indikasi hambatan atau kerugian dalam persaingan.

Suatu pasar memiliki dua komponen, yakni Pasar Produk dan Pasar Geografik. Pasar produk menguraikan mengenai barang atau jasa yang diperjualbelikan. Sedangkan pasar geografik menguraikan lokasi produsen atau penjual produk. Proses pendefinisian terhadap kedua komponen pasar ini memiliki kesamaan, dan tugas penyelidik adalah meliputi semua produk pengganti (*close substitutes*) dan atau sumber penawaran produk yang sedang diselidiki. Fase ini dimaksud untuk menentukan sampai di mana pembeli (konsumen) dapat beralih ke produk pengganti atau tempat (sumber) penawaran lainnya.

Oleh karena itu, dalam menentukan pasar produk, terdapat tiga hal pokok yang perlu dianalisis, yakni adanya kenaikan harga, adanya reaksi pembeli, dan prinsip pasar terkecil. Kenaikan harga tersebut adalah kecil namun signifikan. Amerika Serikat dan Kanada menggunakan angka 5% untuk menentukan “kecil dan signifikan” tersebut. Kenaikan harga tersebut harus dapat membuat sebagian (meskipun kecil) pembeli beralih ke produk pengganti. Sedangkan prinsip pasar terkecil dimaksudkan untuk mencegah terbentuknya pasar yang bermacam-macam dan luas, sehingga dapat menyulitkan deteksi serta mengaburkan kegiatan anti persaingan tersebut.

Sedangkan pasar geografik didefinisikan menurut pandangan pembeli tentang ketersediaan produk pengganti yang dibuat atau dijual di berbagai lokasi. Bila pembeli suatu produk di satu lokasi harus beralih untuk membeli produk sejenis di lokasi lain, misalnya, sebagai reaksi kenaikan harga, maka kedua lokasi tersebut dianggap berada di pasar geografik yang sama. Sebaliknya, bila tidak, maka kedua lokasi tersebut berada di pasar geografik yang berbeda. Pasar geografik biasanya ditentukan dalam batas-batas, antara lain, adalah biaya angkutan, waktu angkutan, tarif, dan peraturan. Terdapat pandangan yang menyatakan, bahwa jangkauan iklan juga menentukan batas pasar geografik. Penentuan pasar ini akan terlihat jelas pada jenis produk yang “berat namun bernilai rendah”, seperti kerikil atau pasir. Biaya angkutan pasir dari tempat jauh akan jauh lebih mahal daripada dari jarak dekat.

Penentuan atas definisi pasar tersebut dapat dijadikan alasan untuk melakukan penilaian, mengenai apakah perbuatan pelaku usaha yang diselidiki berakibat menghambat atau bahkan mematikan pesaing di pasar terkait. Dalam beberapa keputusannya, KPPU melakukan penyelidikan atas perkara-perkara tertentu dengan pendekatan *rule of reason*, antara lain adalah perkara tentang Cineplex 21 dengan Putusan Nomor: 05/KPPU-L/2002.

Putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2002 ini bermula dari perkara yang me-

libatkan beberapa terlapor yang merupakan Group 21, yaitu: PT Camila Internusa Film (terlapor I), PT Satrya Perkasa Esthetika Film (terlapor II), dan PT Nusantara Sejahtera Raya (terlapor III). Pihak pelapor dalam suratnya tertanggal 5 Juli 2002 menyatakan, bahwa pada pokoknya pihak terlapor, antara lain, diduga telah melakukan praktik monopoli dan penyalahgunaan posisi dominan di bidang distribusi film-film dari major companies yang diberikan oleh pihak MPA (distributor film-film Hollywood: 21 Century Fox, Universal Studio, Warner Bross, Buena Vista International Touch Town dan Columbia Tri Star). Di samping itu, mereka diduga melakukan penguasaan saham mayoritas pada industri sejenis, sehingga secara berturut-turut dianggap melanggar ketentuan Pasal 17, Pasal 25, dan Pasal 27 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Perkara ini melibatkan beberapa terlapor yang merupakan Group 21, yaitu: PT Camila Internusa Film (terlapor I), PT Satrya Perkasa Esthetika Film (terlapor II), dan PT Nusantara Sejahtera Raya (terlapor III). Pihak pelapor dalam suratnya tertanggal 5 Juli 2002 menyatakan, bahwa pada pokoknya pihak terlapor, antara lain, diduga telah melakukan praktik monopoli dan penyalahgunaan posisi dominan di bidang distribusi film-film dari major companies yang diberikan oleh pihak MPA. Di samping itu, mereka diduga melakukan penguasaan saham mayoritas pada industri sejenis, sehingga secara berturut-turut dianggap melanggar ketentuan Pasal 17, Pasal 25, dan Pasal 27 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Pemeriksaan Komisi meliputi pasar produk, yakni jasa penayangan film-film dari major companies, dan pasar geografik yang meliputi Studio 21 yang tersebar di wilayah Jakarta, Tangerang, Bekasi (Jabotabek), dan kota-kota besar lainnya, seperti Surabaya, Semarang, Bandung, Medan, Denpasar, dan Makassar. Dalam perkara ini, KPPU memutuskan, bahwa para terlapor (terutama terlapor I dan II) dianggap menghalangi konsumen untuk memperoleh jasa penayangan film dengan cara bersaing secara sehat, atau membatasi pasar atau menghambat pelaku usaha bioskop lain, yang berpotensi menjadi pesaingnya.

Hasil penyelidikan KPPU menyimpulkan, bahwa mereka tidak melanggar Pasal 17 UU Nomor 5 Tahun 1999, karena meskipun menguasai distribusi film impor MPA, tetapi penguasaan itu kurang dari 50% dari seluruh film impor pada tahun 2001 dan 2002. Alasan yang sama juga digunakan sebagai pembuktian, bahwa para Terlapor tidak melanggar ketentuan Pasal 25 tentang Posisi Dominan.

Satu-satunya dugaan yang terbukti adalah mengenai kepemilikan saham mayoritas di beberapa perusahaan perbioskopian di pasar terkait, sehingga salah satu terlapor dianggap melanggar Pasal 27 UU Nomor 5 Tahun 1999.

Perkara yang telah diputuskan KPPU dengan menggunakan pendekatan *rule of reason* adalah tentang penguasaan pasar dan penyalahgunaan posisi dominan dalam penjualan batu baterai yang diproduksi PT Artha Boga Cemerlang (ABC).

Perkara ini berawal dari dugaan terjadi perilaku anti persaingan dalam program promosi ABC yang bertitel Program Geser Kompetitor (PGK) selama periode Maret sampai dengan Juni 2004. Dengan adanya PGK, beberapa toko grosir/semi grosir di pasar tradisional wilayah Jawa dan Bali diikat oleh ABC dengan pemberian potongan harga sebesar 2% jika bersedia memajang produk baterai ABC dan 2% lagi jika bersedia untuk tidak menjual baterai Panasonic. Potongan harga diberikan selama periode berlangsungnya PGK. Pangsa pasar baterai ABC jenis manganese AA blue secara nasional sebesar 88,73%, memiliki maksud untuk menyingkirkan pesaingnya, yakni PT Panasonic Gobel Indonesia (PGI) yang memproduksi baterai sejenis. ABC juga melarang toko grosir atau semi grosir untuk membeli baterai Panasonic. Akibatnya, terjadi penurunan volume penjualan baterai manganese AA blue milik PGI, timbulnya potensi mengurangi tingkat persaingan yang pada akhirnya akan mengurangi konsumen untuk memilih produk baterai yang sesuai. Perbuatan ini diwujudkan dalam bentuk perjanjian antara ABC dan para pemilik toko grosir/semi grosir. Komisi menyatakan, bahwa PGK terbukti melanggar Pasal 19 huruf a) dan Pasal 25 ayat (1) huruf (a) jo. Ayat (2) huruf (a) UU Nomor 5/1999. Guna menghentikan perjanjian tersebut, Komisi membatalkan PGK yang dibuat oleh ABC dengan toko grosir/semi grosir.

Untuk menentukan pasar bersangkutan dalam perkara tersebut, Komisi menetapkan PGK sebagai produk market yang meliputi wilayah (geografik) Jawa dan Bali. Penentuan pasar bersangkutan didahului dengan menghitung pangsa pasar, dimana ABC memiliki pangsa sebesar 88,73%. Melalui posisi dominannya, ABC melakukan abuse dengan cara melakukan PGK untuk menyingkirkan pesaingnya.

Perkara lain yang diperiksa dengan menentukan pasar bersangkutan adalah Perkara No. 28/KPPU-I/2007 yakni pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan tentang praktik monopoli pembagian, dan penguasaan pasar oleh sekelompok pelaku usaha yang tergabung dalam koperasi-koperasi di beberapa wilayah pelabuhan dan bandar udara Hang Nadim, Batam.

Dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5/1999 berawal dari adanya layanan jasa taksi di wilayah Batam yang dilakukan oleh pelaku usaha taksi dan pengelola wilayah pelabuhan maupun bandara. Pelaku usaha taksi yang tergabung dalam koperasi-koperasi tersebut mengatur dan membagi wilayah beroperasinya taksi di tujuh wilayah pelabuhan dan bandara. Mereka juga

melakukan pengaturan dengan cara menetapkan harga dari pelabuhan/ bandara ke tempat-tempat tujuan. Penetapan harga ini antara lain disebabkan belum diberlakukannya sistem argo meter yang seharusnya diberlakukan oleh pemerintah daerah setempat berdasarkan Surat Keputusan Walikota Batam. Pengaturan dan pembagian wilayah ini mengakibatkan taksi-taksi yang tidak mendapat ijin dan menjadi anggota di wilayah-wilayah tersebut tidak dapat mengangkut penumpang dari wilayah. Penetapan harga, pembagian dan pengaturan wilayah operasi taksi tersebut dianggap sebagai pelanggaran terhadap Pasal 5, Pasal 9, Pasal 17, dan Pasal 19 UU No. 5/1999.

Guna menerapkan pendekatan *rule of reason* dalam perkara tersebut, Komisi membagi menjadi 8 (delapan) wilayah pasar bersangkutan, dengan 1 wilayah bandara dan 7 wilayah pelabuhan yang diperlakukan sebagai wilayah pasar geografik. Sedangkan pasar produk dari perkara ini adalah jasa layanan taksi. Putusan KPPU menyatakan, bahwa terdapat pelanggaran terhadap Pasal 5 UU No. 5/1999 tentang Penetapan Harga pada Bandara Hang Nadim, Pelabuhan Internasional Sekupang, Marina City dan Harbour Bay. Selain itu terdapat pelanggaran Pasal 9 UU No. 5/1999 tentang Pembagian Wilayah di bandara Hang Nadim, Pelabuhan-pelabuhan Internasional Sekupang, Domes-tik Sekupang, Batam Center, Telaga Punggur, Domestik Sekupang, Marina City, dan Nongsa Pura. Adapun pelanggaran atas Pasal 17 UU No. 5/1999 tentang Monopoli dilakukan oleh Koperasi Karyawan Otorita Batam di bandara Hang Nadim. Sementara hampir semua wilayah pelabuhan dan bandara melakukan pelanggaran atas Pasal 19 huruf (a) dan huruf (d) UU No. 5 Tahun 1999.

3. Penerapan *Per Se Illegal* atau *Rule of Reason* secara Alternatif

Mengingat perbedaan metode pendekatan antara *per se illegal* dan the *rule of reason* demikian ekstrim, maka untuk selanjutnya, sebagian besar keputusan pengadilan menempatkan posisi di antara kedua pandangan tersebut. Meskipun kebanyakan keputusan pengadilan dan para pengamat berasumsi, bahwa pendekatan *per se illegal* serta *rule of reason* merupakan standar yang saling berlawanan untuk melakukan analisis antitrust,⁴³ namun dalam kenyataannya mereka menganggap, bahwa keduanya merupakan satu kesatuan.⁴⁴ Artinya, bahwa dalam satu kasus tertentu, pengadilan akan menetapkan keputusan dilandasi pendekatan metode *rule of reason*, tetapi dalam kasus yang sejenis lainnya digunakan pendekatan *per se illegal*, atau

⁴³ Edward Brunet, "Streamlining Antitrust Litigation by 'Facial Examination' of Restraints: The Burger Court and the *Per Se*-Rule of Reason Distinction", dalam *Washington Law Review*, Vol. 1, 1984, hlm. 22.

⁴⁴ James E. Hartley, dkk., *The Rule of Reason*, (Chicago: American Bar Association, Monograph No. 23, 1999), hlm. 9.

bahkan secara bersamaan akan digunakan kedua pendekatan tersebut.

Walaupun ada perbedaan yang jelas antara *per se illegal* dan *rule of reason*, tetapi keduanya bisa saling melengkapi dan tidak merupakan inkonsistensi. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, bahwa penggunaan pendekatan *per se illegal* lebih singkat dari pada *rule of reason*.⁴⁵

Mengingat tidak terdapat kejelasan mengenai kapan akan diterapkan pendekatan *rule of reason* atau *per se illegal*, karena tidak semua perilaku yang bersifat membatasi (*restrictive conduct*) secara inheren bersifat anti persaingan; maka guna mengatasi hal ini, pengadilan menggunakan kewenangannya untuk lebih memilih pendekatan yang satu daripada yang lain, berdasarkan pertimbangan kasus demi kasus. Namun demikian, sampai saat ini masih terdapat kesulitan untuk menerima semua preseden yang ada, karena tidak adanya konsistensi dalam keputusan pengadilan, mengingat sebagian besar hukum antitrust merupakan keputusan hakim yang dihasilkan dari interpretasi terhadap Undang-undang.⁴⁶

Guna menentukan pilihan terhadap kedua pendekatan tersebut, maka terdapat petunjuk untuk menentukan penerapan salah satu dari kedua analisis tersebut. Namun demikian, pedoman tersebut dinilai oleh sementara kalangan tidak terlalu akurat, karena Mahkamah Agung Amerika Serikat secara kontinyu dianggap masih selalu berhadapan dengan masalah karakterisasi atas kedua pendekatan tersebut.⁴⁷

Pedoman tersebut meliputi antara lain, pertama, apakah suatu perjanjian melibatkan para pesaing atau tidak. Jika demikian, maka penggunaan analisis *per se illegal* lebih dimungkinkan. Namun jika tidak, maka akan (meskipun hal ini meliputi, umpamanya, 'penetapan harga jual kembali' atau *tying arrangement*). Pedoman yang kedua, apakah rencana tersebut melibatkan suatu 'jaringan industri' atau tidak. Jika demikian, maka akan digunakan analisis *rule of reason*. Pedoman yang ketiga, apakah rencana tersebut secara 'eksplisit' berpengaruh terhadap harga atau produk. Jika demikian halnya dan jika kesepakatan tersebut meliputi para pesaing, maka pengadilan secara umum akan menerapkan analisis *per se illegal*, meskipun terdapat beberapa pengecualian. Jika rencana tersebut hanya berpengaruh secara 'implisit' terhadap harga dan produk, maka akan digunakan analisis *the rule of reason*. Pedoman yang keempat adalah, apakah perjanjian yang berpengaruh terhadap harga atau produk tersebut bersifat *naked* atau merupakan *ancillary*

⁴⁵ Thomas A. Piraino, Jr., "Making Sense of the Rule of Reason: a New Standard for Section 1 of the Sherman Act", dalam *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, November 1994, hlm. 1753.

⁴⁶ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L., *Understanding Antitrust ...*, hlm. 85.

⁴⁷ Herbert Hovenkamp, *Antitrust ...*, hlm. 92.

(tambahan) dari aktivitas lainnya, yang berakibat meningkatnya efisiensi dari para pihak yang bersaing. Jika perjanjian bersifat naked yang berdampak langsung terhadap persaingan, maka secara otomatis akan diterapkan analisis *per se illegal*. Namun, jika perjanjian tersebut merupakan ancillary terhadap conduct (tindakan) lainnya, maka pengadilan akan mempertimbangkan, apakah perjanjian yang berpengaruh terhadap harga tersebut perlu diadakan dengan cara melakukan “tindakan saling menyesuaikan” (concerted practices). Jika perjanjian tersebut telah melampaui pengujian yang kedua (merupakan ancillary terhadap concerted practices), maka tergugat harus membuktikan bahwa dampak dari perjanjian tersebut adalah untuk mengurangi harga atau meningkatkan produk dengan cara membuat pasar beroperasi lebih efisien daripada sebelumnya. Jika argumentasi itu sangat kuat dan meyakinkan, Mahkamah Agung dapat menerapkan pendekatan *rule of reason*, meskipun perjanjian di antara para pesaing tersebut secara ‘eksplisit’ berpengaruh terhadap harga atau produk.⁴⁸

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 seperti halnya Undang-undang Persaingan pada umumnya, memberikan alternatif di antara dua metode pendekatan yang ekstrim untuk menilai tindakan pelaku usaha. Dua pendekatan tersebut adalah *per se illegal* dan *rule of reason*. *Per se illegal* diketahui sebagai suatu metode pendekatan yang menganggap tindakan tertentu sebagai ilegal, tanpa menyelidiki lebih lanjut mengenai dampak tindakan tersebut terhadap persaingan. Sedangkan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang menggunakan analisis pasar serta dampaknya terhadap persaingan, sebelum dinyatakan sebagai melanggar Undang-undang.

Penentuan penggunaan salah satu pendekatan tersebut tidak semata-mata tergantung pada bunyi kata-kata dalam ketentuan Undang-undang yang menyatakan, misalnya kata “dilarang” berarti menggunakan pendekatan *per se illegal*; sedangkan kata-kata “patut diduga” atau “yang dapat mengakibatkan” berarti menggunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini mengingat adanya ketentuan Pasal 35 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan, bahwa tugas KPPU adalah menilai semua perjanjian maupun kegiatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu, KPPU memiliki kewenangan untuk menggunakan secara alternatif salah satu dari kedua pendekatan yang berbeda secara ekstrim tersebut.

Dalam menentukan salah satu dari dua pendekatan tersebut, KPPU mendasarkan pada praktik yang dianggap paling baik untuk menilai suatu perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, dengan tetap berpedoman pada tujuan

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 92-93.

pembentukan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, yang antara lain adalah efisiensi dan kesejahteraan konsumen.

D. Perjanjian yang Dilarang

Perjanjian menurut Prof. Wirjono diartikan sebagai perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak dalam hal mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan sesuatu hal atau untuk tidak melakukan suatu hal, sedang pihak lainnya berhak menuntut pelaksanaan dari perjanjian itu.⁴⁹ Dalam pandangan Prof. Subekti, perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain, atau dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.⁵⁰

Berdasarkan Pasal 1313 KUHPerdata, bahwa suatu persetujuan atau perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Selain dari perjanjian, dikenal pula istilah perikatan. Namun, Kitab Undang-undang Hukum Perdata tidak merumuskan apa itu suatu perikatan. Oleh karenanya, doktrin berusaha merumuskan apa yang dimaksud dengan perikatan, yaitu suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal (prestasi) dari pihak lain yang berkewajiban memenuhi tuntutan tersebut.⁵¹

Suatu prestasi dalam suatu perikatan menurut Pasal 1234 KUHPerdata dapat berupa 3 hal, yaitu kewajiban untuk memberikan sesuatu, kewajiban untuk berbuat sesuatu, dan kewajiban untuk tidak berbuat sesuatu.

Dalam sistem hukum perjanjian dianut sistem terbuka, yakni para pihak mempunyai kebebasan yang sebesar-besarnya untuk mengadakan perjanjian yang berisi dan berbentuk apa saja, asal tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1338 KUH Perdata, yang pada intinya menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah dan berlaku sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Selanjutnya Pasal 1320 KUH Perdata menyatakan bahwa sahnya perjanjian harus memenuhi 4 syarat. Pertama, sepakat para pihak untuk mengikatkan diri. Kedua, kecakapan untuk membuat suatu perjanjian. Ketiga, suatu hal tertentu, dan keempat, suatu sebab (causa) yang halal.

Ketentuan-ketentuan mengenai perjanjian dalam KUHPerdata ini merupakan asas-asas dan ketentuan-ketentuan umum yang berlaku untuk

⁴⁹ Wirjono Prodjodikoro, *Azas-azas Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT. Ereto, 1989), hlm. 9.

⁵⁰ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: Intermasa, 1985), hlm. 1.

⁵¹ *Ibid.*

semua perjanjian secara umum. Di samping itu, suatu Undang-undang khusus dapat saja mengatur secara khusus yang hanya berlaku untuk ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang yang khusus tersebut. Hal ini dapat ditemui dalam UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur secara khusus apa yang dimaksud dengan perjanjian dalam UU ini.

Menurut Pasal 1 ayat (7) Undang-undang No.5 Tahun 1999, perjanjian didefinisikan sebagai: “Suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.”

Pasal 4 s/d Ps 16 UU No. 5 tahun 1999 menjelaskan perjanjian-perjanjian yang dilarang, yaitu oligopoli, penetapan harga, pembagian wilayah, pemboikotan, kartel, trust, oligopsoni, integrasi vertikal, perjanjian tertutup, dan perjanjian dengan pihak luar negeri.

1. Oligopoli

Teori oligopoli memiliki sejarah yang cukup panjang. Istilah oligopoly pertama kali digunakan oleh Sir Thomas Moore dalam karyanya pada tahun 1916, yaitu *Utopia*.⁵² Dalam karya tersebut dikatakan bahwa, harga tidak harus berada pada tingkat kompetisi ketika perusahaan di pasar lebih dari satu. Sedangkan teori oligopoli pertama kali diformalkan oleh Augustin Cournot pada tahun 1838 melalui karyanya *Researches sur les Priciples Mathematiques de la Theorie des Richesses*. Lima puluh tahun kemudian, teori tersebut dibantah oleh Bertrand. Meskipun menuai banyak kritik, namun hingga kini teori Cournot tetap dianggap sebagai benchmark bagi teori-teori oligopoli lainnya.

Oligopoli terjadi hampir di semua negara. Oligopoli menurut ilmu ekonomi merupakan salah satu bentuk struktur pasar, dimana di dalam pasar tersebut hanya terdiri dari sedikit perusahaan (*few sellers*). Setiap perusahaan yang ada di dalam pasar tersebut memiliki kekuatan yang cukup besar untuk mempengaruhi harga pasar dan perilaku setiap perusahaan akan mempengaruhi perilaku perusahaan lainnya dalam pasar.⁵³

Sedikitnya jumlah perusahaan yang beroperasi di pasar dapat disebabkan oleh beberapa faktor, seperti karena adanya *barrier to entry* yang mampu menghalangi pemain baru untuk masuk ke dalam pasar. Sedikitnya jumlah pemain ini juga menyebabkan adanya saling ketergantungan antar pelaku usaha. Faktor inilah yang membedakan struktur pasar oligopoli dengan

⁵² Carl Shapiro, “Theories of Oligopoly Behavior”, dalam R. Schmalensee, and R.D Willig (eds), *Handbook of Industrial Economics*, Vol. 2, Amsterdam, 1989, hlm. 303.

⁵³ Stephen Martin, *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*, Edisi II, (Oxford: Blackwell Publishers, 1994), hlm. 150.

struktur pasar yang lain.⁵⁴

Ketentuan Hukum Persaingan dirumuskan dalam Pasal 4 ayat (1), bahwa yang disebut dengan oligopoli yaitu, “pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat”.

Sedangkan Pasal 4 ayat (2) Undang-undang No.5/1999 menyatakan bahwa: “pelaku usaha patut diduga atau dianggap secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa sebagaimana dimaksud ayat (1) apabila 2 (dua) atau 3 (tiga) pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu”.

Pasal 4 Undang-undang No.5/1999 merupakan pasal yang ditafsirkan menggunakan prinsip *Rule of Reason*. Oleh karena itu, sebenarnya pelaku usaha tidak dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa atau membuat perjanjian oligopoli selama tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, serta mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima sebagai dasar pembenar dari perbuatan tersebut.

Meski demikian, pada umumnya perjanjian oligopoli dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Hal ini disebabkan dalam oligopoli sangat mungkin terjadi pada perusahaan-perusahaan yang ada akan saling mempengaruhi untuk menentukan harga pasar, menentukan angka produksi barang dan jasa, yang kemudian dapat mempengaruhi perusahaan lainnya, baik yang sudah ada (*existing firms*) maupun yang masih di luar pasar (*potential firms*).

Terjadinya kerjasama atau kolusi pada pasar oligopoli dapat terjadi secara sengaja atau secara diam-diam tanpa adanya kesepakatan di antara para pelaku usaha (*tacit collusion*). Kolusi secara diam-diam dapat terjadi karena adanya *meeting of mind* di antara para pelaku usaha untuk kebaikan mereka bersama untuk menetapkan harga atau produksi suatu barang. Kolusi yang seperti ini disejajarkan dengan kolusi, karenanya dilarang dalam Hukum Persaingan Usaha.⁵⁵

Menurut Phillip Areeda, bahwa penetapan harga pada pasar oligopoli mempunyai beberapa elemen. *Pertama*, harga pada oligopoli tidak dapat dihentikan secara efektif tanpa merestruktisasi industri dimana harga ter-

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 150.

⁵⁵ Alan Devlin, “A Proposed Solution to Problem of Parallel Pricing in Oligopolistic Market”, dalam *Stanford Law Review*, Februari 2007, hlm. 2.

sebut terjadi. Oligopoli terjadi karena sedikit perusahaan, sehingga perlu adanya usaha agar bertambahnya pelaku usaha. *Kedua*, oligopoli sebenarnya merupakan share monopoli, karenanya perlu diperlakukan sebagai monopolisasi atau praktik monopoli. *Ketiga*, karena pasar yang oligopoli mempunyai potensi untuk mencegah masuknya pemain baru, maka proposal merger antar pelaku usaha perlu mendapat perhatian yang serius. *Keempat*, pelaku usaha dalam pasar yang oligopoli mungkin akan menerapkan langkah-langkah tambahan atau yang dikenal dengan *facilitating devices*, seperti standarisasi untuk mencegah variasi harga karena variasi produk, dan biaya-biaya angkutan atau pemberitahuan rencana kenaikan harga.⁵⁶

Contoh kasus: Putusan No. 10/KPPU-L/2005 mengenai perdagangan garam ke Sumatera Utara. Kasus ini bermula dari laporan tentang adanya kesulitan melakukan pengiriman garam bahan baku ke Sumatera Utara selain juga ada kesulitan melakukan pembelian garam bahan baku di Sumatera Utara. Dalam kasus ini, yang menjadi Terlapor adalah PT. Garam, PT Budiono, dan PT Garindo dengan PT Graha Reksa, PT Sumatra Palm, UD. Jangkar Waja, dan UD Sumber Samudera.

Dari pemeriksaan ditemukan bahwa kebutuhan garam bahan baku di Sumatera Utara hanya dipasok oleh PT Garam, PT Budiono dan PT Garindo. Sebagian besar pasokan garam bahan baku dibeli oleh G4 dari G3. Penguasaan pembelian garam bahan baku yang dipasok oleh G3 ke Sumatera Utara oleh G4 mencerminkan struktur pasar yang bersifat oligopsoni. G3 dan G4 secara bersama menguasai lebih dari 75% pangsa pasar garam di Sumatra Utara.

Bahwa jumlah garam bahan baku yang dikirim oleh G3 ke Sumatera Utara hanya disesuaikan dan atau ditentukan berdasarkan pada jumlah permintaan G4 dan sesama G3 lainnya saja. Tindakan penyesuaian jumlah pasokan garam bahan baku tersebut mengakibatkan kebutuhan garam bahan baku selalu terpenuhi oleh G4 dan sesama G3 lainnya. Juga ditemukan apabila jumlah garam bahan baku yang dikirim ke Sumatera Utara melebihi jumlah permintaan G4 dan sesama G3 lainnya, maka kelebihan tersebut selalu dititipkan ke gudang G4 (sistem titip simpan dan titip jual) karena G3 tidak dikenakan sewa gudang, dan G4 baru akan membayar kelebihan tersebut setelah garam bahan baku yang dititipkan tersebut terjual. Bahwa tindakan penyesuaian jumlah pasokan serta tindakan pengontrolan atas kelebihan jumlah pengiriman tersebut dilakukan oleh semua anggota G3 dan G4 secara sistematis, teratur dan telah berlangsung lama.

Bahwa dengan struktur pasar garam bahan baku di Sumatera Utara yang

⁵⁶ Lihat William K. Jones, "Book Review: Concerted Behavior under the Antitrust Laws", dalam *99 Harvard Law Review*, Juni 1986, hlm. 2.

bersifat oligopolistik, maka rangkaian tindakan G3 dan G4 mengakibatkan tidak mungkin ada pesaing baru di pasar bersangkutan, sehingga rangkaian tindakan tersebut merupakan perjanjian untuk secara bersama-sama mempertahankan penguasaan pemasaran garam bahan baku di Sumatera Utara.

KPPU memutuskan bahwa PT Garam, PT Budiono, PT Garindo, PT Graha Reksa, PT Sumatera Palm, UD Jangkar Waja, UD Sumber Samudera secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 4 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

2. Penetapan harga

Penetapan harga yang dilarang dalam Pasal 5 s/d Pasal 8 UU No. 5 tahun 1999 adalah:

a. Perjanjian penetapan harga atau *Price Fixing Agreement* (Pasal 5 UU No.5/1999)

Penetapan harga adalah melakukan perjanjian dengan pelaku usaha lain (pesaing) untuk menetapkan harga barang/jasa yang sama di suatu pasar, kecuali jika hal itu merupakan usaha patungan atau diijinkan oleh UU lain.

Perjanjian penetapan harga merupakan salah satu strategi yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang bertujuan untuk menghasilkan laba yang setinggi-tingginya. Dengan adanya penetapan harga yang dilakukan di antara pelaku usaha (produsen atau penjual), maka akan meniadakan persaingan dari segi harga bagi produk yang mereka jual atau pasarkan, yang kemudian dapat mengakibatkan surplus konsumen yang seharusnya dinikmati oleh pembeli atau konsumen dipaksa beralih ke produsen atau penjual. Kekuatan untuk mengatur harga, pada dasarnya merupakan perwujudan dari kekuatan menguasai pasar dan menentukan harga yang tidak masuk akal.⁵⁷

Persaingan antar pelaku usaha dapat didasarkan pada kualitas barang, pelayanan atau servis dan/atau harga. Namun demikian, persaingan harga adalah satu yang paling gampang untuk diketahui. Persaingan dalam harga akan menyebabkan terjadinya harga pada tingkat yang serendah mungkin, sehingga memaksa perusahaan memanfaatkan sumber daya yang ada seefisien mungkin.

Sebaliknya, dengan adanya perjanjian penetapan harga, para pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian penetapan harga kemungkinan dapat mendiktekan atau memaksakan harga yang diinginkan secara sepihak kepada

⁵⁷ Philip Areeda, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, (Boston: Little, Brown and Company, 1981), hlm. 315.

konsumen, dimana biasanya harga yang didiktekan kepada konsumen merupakan harga yang berada di atas kewajaran. Bila hal tersebut dilakukan oleh setiap pelaku usaha yang berada di dalam pasar yang bersangkutan, hal ini dapat membuat konsumen tidak memiliki alternatif yang luas kecuali harus menerima barang dan harga yang ditawarkan oleh pelaku usaha yang telah melakukan perjanjian penetapan harga tersebut.⁵⁸

Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No.5 Tahun 1999 dalam Pasal 5 ayat (1) merumuskan bahwa: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan/ atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”

Apabila dilihat dari rumusnya, maka pasal yang mengatur mengenai penetapan harga ini dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga penegak hukum dapat langsung menerapkan pasal ini kepada pelaku usaha yang melakukan perjanjian penetapan harga tanpa harus mencari alasan-alasan mereka melakukan perbuatan tersebut atau tidak diperlukan pembuktian perbuatan tersebut menimbulkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.

Lebih lanjut Pasal 5 ayat (2) Undang-undang No.5/1999 memberikan pengecualian-pengecualian, sehingga tidak semua perjanjian penetapan harga dilarang. Suatu perjanjian penetapan harga yang dibuat dalam suatu usaha patungan dan yang didasarkan kepada Undang-undang yang berlaku, tidak dilarang.

Misalnya Putusan KPPU No. 02/KPPU-I/2003 mengenai Kargo (Jakarta-Pontianak). PT. Perusahaan Pelayaran Nusantara Panurjwan (Terlapor I), PT. Pelayaran Tempuran Emas, Tbk. (Terlapor II), PT. Tanto Intim Line (Terlapor III) dan PT. Perusahaan Pelayaran Wahana Barunakhatulistiwa (Terlapor IV), karena telah melakukan perjanjian kesepakatan bersama besaran tarif uang tambang untuk trayek Jakarta- Pontianak-Jakarta

Dalam kasus ini dapat diketahui bahwa Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV telah menandatangani kesepakatan bersama tarif uang tambang petikemas Jakarta-Pontianak-Jakarta No: 01/ SKB/ PNP-TE-WBK-TIL/ 06/ 2002 yang diketahui dan ditandatangani juga oleh Ketua Bidang Kontainer DPP INSA dan Direktur Lalulintas Angkutan Laut Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan. Para Terlapor mendalilkan bahwa kesepakatan bersama tarif untuk menghindari perang tarif ataupun terjadinya persaingan yang sangat tajam (*cut throat competition*)

⁵⁸ Lennart Ritter & W. David Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Edisi II, (New York: Kluwer Law International, 2000), hlm.142.

antar pelaku usaha semenjak meningkatnya permintaan dan masuknya pelaku usaha baru dalam industri ini.

KPPU memutuskan bahwa penetapan tarif ini melanggar Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 karena selain akan mengurangi persaingan dan meniadakan alternatif pilihan tarif, baik yang akan ditawarkan oleh penyedia jasa sesuai dengan variasi kualitas pelayanannya maupun yang akan dipilih oleh konsumen sesuai dengan kebutuhannya. Kesepakatan ini juga akan sangat merugikan industri bersangkutan karena terciptanya hambatan masuk yang cukup besar yang akan menghambat pelaku usaha baru untuk memasuki pasar bersangkutan.

b. Diskriminasi harga atau *Price Discrimination* (Pasal 6 UU No.5/1999)

Diskriminasi harga membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar dengan harga yang berbeda dengan pembeli lainnya. Secara sederhana, suatu diskriminasi harga telah terjadi apabila terjadi perbedaan harga antara satu pembeli dengan pembeli lainnya. Namun demikian, dapat terjadi bahwa diskriminasi harga tersebut disebabkan karena adanya perbedaan biaya atau karena kebutuhan persaingan lainnya seperti biaya iklan dan lain-lain. Terdapat beberapa syarat untuk terjadinya diskriminasi harga, yaitu:

- 1) Para pihak haruslah mereka yang melakukan kegiatan bisnis, sehingga diskriminasi harga akan merugikan apa yang disebut “primary line” injury, yaitu dimana diskriminasi harga dilakukan oleh produsen atau grosir terhadap pesaingnya. Begitu pula diskriminasi harga dapat pula merugikan “secondary line” apabila diskriminasi harga dilakukan oleh suatu produsen terhadap suatu grosir, atau retail yang satu dan yang lainnya mendapatkan perlakuan khusus. Hal ini akan menyebabkan grosir atau retail yang tidak disenangi tidak dapat berkompetisi secara sehat dengan grosir atau retail yang disenangi.
- 2) Terdapat perbedaan harga, baik secara langsung maupun tidak langsung, misalnya melalui diskon, atau pembayaran secara kredit, namun pada pihak lainnya harus cash dan tidak ada diskon.
- 3) Dilakukan terhadap pembeli yang berbeda. Jadi dalam hal ini paling sedikit harus ada dua pembeli.
- 4) Terhadap barang yang sama tingkat dan kualitasnya.
- 5) Perbuatan tersebut secara substansial akan merugikan, merusak atau mencegah terjadinya persaingan yang sehat atau dapat menyebabkan monopoli pada suatu aktifitas perdagangan.⁵⁹

⁵⁹ Philip Areeda, *Antitrust Analysis...*, hlm. 1054-1059.

Terdapat tiga bentuk penerapan diskriminasi harga, seperti yang akan diuraikan berikut ini:

- 1) Diskriminasi harga tingkat pertama (1st degree). Diskriminasi tingkat pertama dilakukan dengan cara menerapkan harga yang berbeda-beda untuk setiap konsumen berdasarkan reservation price masing-masing konsumen. Strategi tingkat pertama ini sering disebut diskriminasi sempurna (*perfect price discrimination*) karena berhasil mengambil surplus konsumen paling besar. Syarat utama agar penerapan strategi diskriminasi tingkat pertama ini dapat berhasil adalah perusahaan harus mengetahui reservation price masing-masing konsumen. Misalnya seorang dokter memberlakukan tarif konsultasi yang berbeda-beda pada setiap pasiennya.
- 2) Diskriminasi harga tingkat kedua (2nd degree). Jika perusahaan tidak memiliki informasi mengenai reservation price konsumen, maka diskriminasi tetap dapat dilakukan, namun tidak mendiskriminasi konsumen secara langsung, melainkan melalui diskriminasi produk. Diskriminasi tingkat kedua ini dilakukan dengan cara menerapkan harga yang berbeda-beda pada jumlah batch produk yang dijual. Misalnya perbedaan harga per unit pada pembelian grosir dan pembelian eceran.
- 3) Diskriminasi harga tingkat ketiga (3rd degree). Pada diskriminasi tingkat pertama, perusahaan mengetahui reservation price masing-masing konsumen. Namun, apabila perusahaan tidak mengetahui reservation price masing-masing konsumen, tapi mengetahui reservation price kelompok konsumen, maka perusahaan menerapkan diskriminasi tingkat ketiga. Strategi ini dilakukan dengan cara menerapkan harga yang berbeda-beda untuk setiap kelompok/grup konsumen berdasarkan reservation price masing-masing kelompok konsumen. Kelompok konsumen dapat dibedakan atas lokasi geografis, maupun karakteristik konsumen, seperti umur, jenis kelamin, pekerjaan dan lain-lain.

Apapun bentuk strategi diskriminasi harga yang dipilih oleh perusahaan, namun terdapat syarat mutlak agar strategi tersebut dapat mencapai tujuannya, yaitu mendapatkan keuntungan yang lebih besar. Syarat utama tersebut adalah:

- 1) Perusahaan memiliki market power. Tanpa adanya market power, maka konsumen akan beralih ke produk perusahaan lain ketika strategi diskriminasi harga diberlakukan.
- 2) Perusahaan harus dapat mencegah terjadinya arbitrage atau penjualan kembali. Dengan adanya penjualan barang kembali, maka konsumen yang menikmati harga yang lebih rendah dapat memanfaatkan selisih harga tersebut untuk menjualnya kembali kepada konsumen lain yang dihadapkan pada harga yang lebih tinggi.

Pasal 6 Undang-Undang No.5/1999 melarang setiap perjanjian diskriminasi harga tanpa memperhatikan tingkatan yang ada pada diskriminasi harga, dimana bunyi dari pasal tersebut antara lain: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar dengan harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pembeli lain untuk barang dan/atau jasa yang sama.”

Dengan adanya praktik diskriminasi harga seperti dirumuskan dalam Pasal 6 Undang-undang No.5/1999, maka dapat menyebabkan pembeli tertentu (dimana pembeli tersebut merupakan pelaku usaha juga) terkena kewajiban harus membayar dengan harga yang lebih mahal dibandingkan pembeli lain (yang juga merupakan pelaku usaha) yang sama-sama berada dalam pasar yang sama, sehingga dapat menyebabkan pembeli yang mengalami diskriminasi tersebut tersingkir dari pasar, karena dia akan kalah bersaing dengan pelaku usaha lainnya yang memperoleh harga yang lebih rendah.

Apabila melihat rumusan Pasal 6 Undang-Undang No.5/1999, ketentuan yang mengatur mengenai diskriminasi harga ini diatur secara Per Se, sehingga pelaku usaha yang melakukan perbuatan yang dilarang oleh Pasal 6 tersebut dapat dijatuhi sanksi hukum oleh penegak hukum tanpa terlebih dahulu melihat bahwa yang dilakukan tersebut menimbulkan akibat tertentu atau tanpa harus memeriksa alasan-alasan dari dilakukannya diskriminasi harga tersebut.

Sebagai contoh akan dijelaskan bagaimana diskriminasi harga ini diselesaikan dalam kasus kartel perdagangan garam ke Sumatera Utara yang telah diputus oleh KPPU dengan Putusan No. 10/KPPU-L/2005.

Dalam kasus ini Terlapor adalah PT. Garam, PT Budiono, dan PT Garindo dengan PT Graha Reksa, PT Sumatra Palm, UD Jangkar Waja, dan UD Sumber Samudera. Berdasarkan hasil pemeriksaan, KPPU menyatakan bahwa Para Terlapor telah melakukan pelanggaran terhadap Ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 diantaranya Pasal 6 mengenai diskriminasi harga. Hal ini didasarkan pada hasil pemeriksaan yang menemukan adanya kesepakatan secara lisan yang dilakukan PT Garam, PT Budiono dan PT Garindo (G3) dengan PT GrahaReksa, PT Sumatra Palm, UD Jangkar Waja dan UD Sumber Samudera (G4) untuk menetapkan harga produk PT Garam lebih tinggi dibandingkan dengan harga produk PT Budiono dan PT Garindo.

Melalui kesepakatan tersebut dinyatakan bahwa G3 menetapkan harga jual garam bahan baku kepada pelaku usaha selain G3 dan G4 lebih tinggi (Rp 490 atau Rp 510) dibandingkan dengan harga jual garam bahan bakunya kepada pelaku usaha selain G3 dan G4 tidak diperlukan komponen biaya tambahan. Dengan demikian maka pada tanggal 13 Maret 2006, Majelis Komisi memutuskan sebagai berikut:

Putusan KPPU dalam perkara ini adalah tepat, karena dengan adanya diskriminasi harga tersebut, sehingga menyebabkan pembeli yang bukan merupakan anggota group membayar lebih mahal dari pada anggota.

c. Jual Rugi atau *Predatory Pricing* (Pasal 7 UU No.5/1999)

Istilah “predator” berkonotasi secara sengaja merusak persaingan atau pesaing melalui penetapan harga di bawah harga keuntungan jangka pendek (*short run profit maximizing price*) atau penetapan harga di bawah biaya dengan harapan akan tertutupi di kemudian hari melalui keuntungan monopoli yang akan diterimanya.⁶⁰

Predatory pricing adalah salah satu bentuk strategi yang dilakukan oleh pelaku usaha dalam menjual produk dengan harga di bawah biaya produksi (*average cost* atau *marginal cost*). Areeda dan Turner mengatakan bahwa, tidak merupakan *predatory pricing* apabila harganya sama atau di atas biaya marginal dari produksi suatu barang.⁶¹

Adapun tujuan utama dari *predatory pricing* untuk menyingkirkan pelaku usaha pesaing dari pasar, dan juga mencegah pelaku usaha yang berpotensi menjadi pesaing untuk masuk ke dalam pasar yang sama. Segera setelah berhasil membuat pelaku usaha pesaing keluar dari pasar dan menunda masuknya pelaku usaha pendatang baru, maka selanjutnya dia dapat menaikkan harga kembali dan memaksimalkan keuntungan yang mungkin didapatkan. Untuk dapat melakukan perbuatan tersebut, maka pelaku usaha tersebut haruslah mempunyai pangsa pasar yang besar, dan keuntungan yang akan diperoleh dapat menutupi kerugian yang diderita selama masa predator.⁶²

Alasan dan kemampuan strategi *predatory pricing* masih menjadi kontroversi. Banyak ahli ekonomi yang mempertanyakan strategi *predatory pricing* atas dasar bahwa: strategi ini bisa sama mahalannya bagi si pelaku usaha yang melakukan *predatory pricing* dan bagi korbannya. Begitu pula sasaran *predatory pricing* tidak akan mudah untuk dicapai, karena akan sangat sulit mengeluarkan pesaingnya dari pasar.

Di samping itu sebagaimana dinyatakan Areeda, bahwa *predatory pricing* ini tidaklah selalu bertentangan dengan hukum. Ia menyatakan bahwa kita harus membedakannya dengan persaingan sempurna atau persaingan yang sangat ketat, karena bisa saja dianggap predatori tapi sebenarnya adalah

⁶⁰ Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, (New York: The Foundation Press, 1993), hlm. 55-56.

⁶¹ Daniel J. Gifford & Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Material*, (Ohio: Anderson Publishing Co, 1998), hlm. 438.

⁶² Peter C. Carstensen, *Predatory Pricing in the Courts: Reflection on Two Decision*, (Notre Dame: L. Rev. 928, 1986), hlm. 2.

persaingan yang sangat kompetitif. Lebih lanjut ia menyatakan bahwa terdapat dua syarat pendahuluan sebelum melakukan predatori yaitu; pertama, pelaku usaha yakin bahwa pesaingnya akan mati lebih dulu dari pada dia. Kedua, keuntungan setelah predatori akan melebihi kerugian selama masa predatori.⁶³

Praktik *predatory pricing* sebagai salah satu strategi yang diterapkan oleh pelaku usaha untuk mengusir pesaing-pesaingnya dari pasar yang sama sebenarnya sangat sulit untuk dilakukan pada ekonomi pasar yang sehat. Karena pada pasar yang sehat, maka tidak ada hambatan untuk masuk ke pasar bagi pelaku usaha, sehingga pada awalnya (jika berhasil) *predatory pricing* memang akan mengusir pelaku usaha pesaingnya dari pasar, namun ketika si pelaku usaha yang menjalankan strategi *predatory pricing*-nya berhenti dan kemudian menaikkan harga lagi untuk mengeruk keuntungan yang sebesar-besarnya, maka pada saat itulah pelaku-pelaku usaha pesaingnya akan berusaha masuk kembali ke pasar. Oleh karena itu, dalam *predatory pricing* haruslah terdapat hambatan untuk masuk ke pasar. Tanpa hambatan itu, maka tidak akan membawa hasil. Jadi, besar kemungkinan si pelaku usaha yang melakukan *predatory pricing* tidak akan mempunyai cukup waktu untuk mengembalikan pengorbanannya selama dia melakukan praktik *predatory pricing* tersebut, karena pelaku usaha pesaingnya mungkin sudah kembali ke pasar. Bila si pelaku usaha tersebut tetap bersikeras terus menaikkan harga, konsekuensi yang mungkin didapatkan adalah produknya tidak akan laku di pasar, dan akan menderita kerugian yang lebih besar.

Dilihat dari sisi konsumen, untuk sementara waktu atau dalam jangka pendek praktik *predatory pricing* memang menguntungkan bagi konsumen karena harga produk yang dijual oleh pelaku usaha menjadi jauh lebih murah. Akan tetapi belum tentu di masa depan, ketika pelaku usaha sukses dalam menjalankan strategi *predatory pricing* dan menyebabkan dia tidak memiliki pesaing yang berarti lagi, maka pelaku usaha tersebut akan menaikkan harga kembali, bahkan mungkin setinggi-tingginya untuk mengejar keuntungan yang sebesar-besarnya agar pengorbanan yang pernah dikeluarkan selama pelaku usaha tersebut melakukan praktik *predatory pricing* terbayarkan (*recoupment test*).

Menurut R. Sheyam Khemani, *predatory pricing* biasanya dilarang bukan dikarenakan menetapkan harga yang terlalu rendah terhadap produk yang dijualnya sekarang, tetapi dikarenakan di masa yang akan datang pelaku usaha akan berusaha untuk mengurangi produksinya dan menaikkan harga. Lebih lanjut ia mengatakan bahwa hal ini bisa terjadi apabila pelaku usaha yang lain lemah, dan terdapat halangan untuk masuk ke pasar, baik bagi

⁶³ Philip Areeda, *Antitrust Analysis...*, hlm. 190-191.

perusahaan baru maupun bagi perusahaan yang dikalahkan.⁶⁴ Oleh karena itu apabila pelaku usaha yang melakukan praktik *predatory pricing*, namun tidak mengurangi produksinya dan juga tidak menaikkan harga, maka mungkin tidak akan terjadi *predatory pricing* yang bertentangan dengan hukum.

Pasal 7 Undang-undang No.5/1999 melarang pelaku usaha untuk membuat perjanjian dengan pelaku usaha lainnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena ketentuan yang mengatur mengenai *predatory pricing* dirumuskan secara *rule of reason*, maka sesungguhnya dapat dikatakan; sebenarnya pelaku usaha tidak dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar, asal tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat, atau pelaku usaha tersebut mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima.

Literatur ekonomi dan hukum secara luas telah mengembangkan standar khusus untuk menentukan apakah sebuah perusahaan sedang melakukan praktik *predatory pricing* atau tidak. Salah satu literatur yang paling berpengaruh terhadap kasus ini adalah literatur Areeda dan Turner.⁶⁵ Mereka menilai bahwa standar penentuan praktik ini dapat dilihat ketika sebuah perusahaan menetapkan harga di bawah biaya marjinal jangka pendeknya. Namun karena data mengenai biaya marjinal jangka pendek sulit diperoleh, mereka menyarankan untuk menggunakan data AVC (*average variable cost*) sebagai proksi. Logika yang mendasari adanya penentuan ini adalah bahwa belum pernah ada perusahaan yang mendapatkan untung ketika beroperasi pada kondisi dimana harga lebih rendah dari biaya marjinal jangka pendek kecuali ada kepentingan ataupun taktik atau strategi.

Penetapan harga di bawah biaya marjinal jangka pendek adalah tidak masuk akal jika tanpa prospek keuntungan dalam jangka panjang. Beberapa pihak lainnya mengembangkan studi Areeda dan Turner dengan alternatif lain. Ada yang menyarankan penentuan dengan menggunakan LRMC (*long run marginal cost*), ada juga yang menyarankan menggunakan AVC. Beberapa lainnya juga menyarankan masih perlunya untuk melakukan observasi sepanjang waktu, baik untuk harga maupun untuk kuantitas output demi meyakinkan apakah praktik *predatory pricing* ini benar-benar terjadi atau tidak.

Semua jenis tes untuk mendeteksi keberadaan praktik ini masih menimbulkan beberapa permasalahan terutama pada saat implementasi di lapangan.

⁶⁴ R. Sheyam Khemani, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, (Washington DC: World Bank and OECD, 1998), hlm. 77-78.

⁶⁵ P. Areeda & D. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", dalam *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 4, 1975, hlm. 700-703.

Pertama, untuk alasan data yang diperlukan untuk mengukur SRMC (*short run marginal cost*) atau bahkan data AVC. Kedua, permasalahan lainnya adalah, jika perusahaan tidak melakukan apa-apa tapi bisa saja dinilai telah melakukan praktik ini.

Contoh kasus di Amerika, yaitu kasus *predatory pricing* yang terjadi antara William Inglis & Son Co. vs ITT Continental Baking Co. Secara singkat, kasus ini diajukan oleh Inglis yang mendalilkan bahwa Continental berusaha menghilangkan persaingan dengan jalan menjual rugi roti dengan private label miliknya di bawah biaya tidak tetap rata-rata, sehingga menyebabkan Inglis bankrut. Inglis mendalilkan bahwa roti dengan merek pribadi berkembang di California bagian Utara kira-kira tahun 1967-1968. Hal ini menyebabkan pangsa pasar Continental untuk Wonder Rotinya menurun.

Untuk itu, Continental mulai juga menjual roti dengan merek pribadi. Inglis mendalilkan bahwa Continental menurunkan harga roti dengan merek pribadi dengan tujuan mematikan Wholeseller, seperti Inglis. Sebaliknya Continental mendalilkan bahwa dia hanya melakukan kompetisi secara ketat. Harganya adalah dapat dibenarkan mengingat kelebihan kapasitas dalam industri.

Putusan pengadilan menyatakan bahwa Continental tidak melanggar Hukum Persaingan. Ninth Circuit (Pengadilan Banding) menyatakan bahwa, apabila harga dari terlapor adalah di bawah harga total rata-rata, tetapi di atas biaya tidak tetap rata-rata, maka pelapor/ penggugat mempunyai kewajiban untuk membuktikan bahwa harga dari terlapor adalah predator. Namun apabila penggugat membuktikan bahwa harga Terlapor adalah di bawah harga tidak tetap rata-rata, maka Terlapor mempunyai kewajiban untuk membuktikan bahwa harganya tersebut adalah masuk akal terlepas dari akibatnya terhadap pesaing.

d. Pengaturan Harga Jual Kembali atau *Resale Price Maintenance* (Pasal 8 UU No.5/1999)

Pasal 8 UU No.5/1999 menyatakan bahwa: “pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan/atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan/atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Ahli hukum dan ekonomi aliran Chicago menyatakan bahwa resale price maintenance bukanlah merupakan perbuatan yang melawan hukum persaingan. Setiap pelaku usaha mempunyai hak untuk mengontrol beberapa

aspek distribusi dari produknya. Pelaku usaha dapat saja mendirikan perusahaan retail sendiri atau bekerjasama dengan pihak lain. Mendirikan retail sendiri memerlukan modal dan tenaga, sedangkan kerjasama dengan pihak lain tidak mempunyai kontrol secara langsung.⁶⁶

Terdapat dua macam resale price maintenance. Pertama, penetapan harga secara maksimum (*maximum price fixing*). Dengan penetapan harga maksimum ini, maka sebenarnya masih terdapat persaingan antara pelaku usaha yang mungkin akan menguntungkan konsumen. Karena yang diperjanjikan adalah larangan untuk menjual lebih mahal atau diatas harga maksimum yang disepakati, maka pelaku usaha masih bisa berkompetisi di harga jual sepanjang hal tersebut masih di atas harga predatori. Kedua adalah minimum resale price maintenance (*floor price*), yaitu kesepakatan antar pelaku usaha dimana pembeli akan menjual kembali barang yang dia beli pada harga dimana tidak boleh di bawah harga yang ditentukan. Dengan demikian, adanya perjanjian minimum resale price maintenance yang telah dibuat sebelumnya oleh perusahaan manufaktur dengan perusahaan penyalurnya mengakibatkan perusahaan penyaluran tidak lagi memiliki kebebasan untuk menjual produk yang disalurkaninya tersebut dengan harga yang lebih rendah dari harga yang ditetapkan perusahaan penyalur lainnya.⁶⁷

Ketentuan yang mengatur resale price maintenance oleh Undang-undang No.5/1999 ditafsirkan dan dirumuskan secara *rule of reason*, sehingga dapat diartikan bahwa pelaku usaha diperbolehkan membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan; bahwa penerima produk tidak akan menjual atau memasok kembali produk yang diterimanya dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan, asal tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Contoh kasusnya adalah mengenai distribusi Semen Gresik yang telah diputus oleh KPPU dengan Putusan No. 11/KKPU-I/2005. Kasus ini adalah mengenai distribusi Semen Gresik di Area 4 Jawa Timur yang meliputi wilayah Blitar, Jombang, Kediri, Kertosono, Nganjuk, Pare, Trenggalek, dan Tulungagung. Pelanggaran tersebut diduga dilakukan oleh PT. Bina Bangun Putra, PT. Varia Usaha, PT. Waru Abadi, PT. Perusahaan Perdagangan Indonesia (Persero), UD. Mujiarto, TB. Lima Mas, CV. Obor Baru, CV. Tiga Bhakti, CV. Sura Raya Trading, CV. Bumi Gresik yang merupakan Distributor Semen Gresik dan PT. Semen Gresik.

⁶⁶ S.G. Corones, *Competition Law in Australia*, Edisi IV, (Sydney: Thomson Lawbook, 2007), hlm. 526.

⁶⁷ Veronica G. Kayne, dkk., *Vertical Restraints: Resale Price Maintenance Territorial and Customer Restraint*, (New York: Practising Law Institute, 2007), hlm. 2.

Dalam rangka memasarkan produknya, PT. Semen Gresik, Tbk. Dalam kasus ini sebagai Terlapor XI menunjuk distributor. Kemudian PT. Semen Gresik, Tbk. dan para Distributor mengikatkan diri melalui suatu Perjanjian Jual Beli yang menempatkan para Distributor sebagai distributor mandiri/pembeli lepas.

Dalam perjanjian tersebut, para distributor yaitu Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X harus menjual Semen Gresik sesuai dengan harga yang telah ditentukan oleh Terlapor XI. Disamping itu juga terdapat ketentuan yang melarang Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X untuk memberikan potongan harga di muka. Terlapor XI juga menentukan harga tebus Distributor, harga jual Semen Gresik dari Distributor kepada LT, harga jual Semen Gresik dari Distributor dan atau LT kepada Toko dan harga jual eceran minimum. Unsur utama dalam resale price maintenance adalah adanya perjanjian antar pelaku usaha yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan/atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan/atau jasa yang diterimanya dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Dengan adanya perjanjian penetapan harga ditingkat distributor tersebut, maka Terlapor telah melanggar ketentuan dalam Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999, karena dalam kasus ini tidak ditemukan adanya alasan-alasan dilakukannya perjanjian-perjanjian tersebut yang dapat diterima, sehingga perbuatan tersebut akan menyebabkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat dan tidak membawa dampak positif bagi masyarakat.

3. Pembagian wilayah (*Market Division*)

Pasal 9 UU No. 5 tahun 1999 menjelaskan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan atau jasa, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Dengan demikian, pelaku akan mudah menaikkan harga ataupun menurunkan produksinya atau barang yang dijual untuk mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya.

Pada prinsipnya, perjanjian di antara pelaku usaha untuk membagi wilayah pemasaran di antara mereka akan berakibat pada eksploitasi terhadap konsumen, dimana konsumen tidak mempunyai pilihan yang cukup baik dari segi barang maupun harga. Undang-undang No.5/1999 melarang perbuatan

tersebut dalam Pasal 9 menyatakan:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan/atau jasa sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.”

Stephen F. Ross menyatakan, bahwa hilangnya persaingan di antara sesama pelaku usaha dengan cara melakukan pembagian wilayah bisa membuat pelaku usaha melakukan tindakan pengurangan produksi ke tingkat yang tidak efisien. Kemudian mereka juga dapat melakukan eksploitasi terhadap konsumen dengan menaikkan harga produk, dan menggunakan kekuatan yang dimiliki untuk bertindak sewenang-wenang terhadap konsumen yang sudah teralokasi sebelumnya.⁶⁸

Namun pembagian pasar tidak dapat berjalan secara efektif apabila konsumen mempunyai kemampuan yang cukup untuk berpindah dari pasar yang satu ke pasar yang lain untuk membeli kebutuhannya. Permasalahan baru timbul apabila biaya yang diperlukan untuk pindah pasar tersebut cukup mahal, juga bisa terjadi masalah apabila barang yang dibutuhkan terbatas dan tidak ada substitusinya.

Perjanjian pembagian pasar dalam perkembangannya bisa terjadi dalam bentuk suatu pelaku usaha diwajibkan untuk memasok hanya dengan kuantitas atau kualitas barang atau jasa tertentu, tidak mengiklankan produknya secara gencar, atau tidak melakukan ekspansi usaha yang berlebihan di wilayah pelaku usaha pesaingnya.

Dengan adanya perjanjian pembagian pasar ini, jelas dapat membuat pelaku usaha yang terlibat di dalam praktik ini akan berkembang dengan pesat pada wilayah tersebut, namun dia akan mengalami kesulitan dalam mengembangkan aktifitas usahanya secara lebih besar, karena wilayahnya terbatas. Namun hal ini dikompensasi dengan cara melakukan eksploitasi secara besar-besaran terhadap konsumen. Namun dalam kenyataannya, sebenarnya kerjasama antara pelaku usaha yang bersaing untuk melakukan perjanjian pembagian wilayah sebenarnya tidak hanya merugikan konsumen, tetapi juga sesungguhnya dapat merugikan bagi pelaku usaha itu sendiri dimana mereka akan dibatasi dalam mengembangkan usaha mereka dan hilangnya kesempatan mereka untuk meningkatkan kekuatan pasar yang dimilikinya.

Adapun yang menjadi tujuan dari perjanjian pembagian wilayah adalah untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar atas barang atau jasa

⁶⁸ Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust...*, hlm. 147-148.

atau yang dikenal dengan istilah *location clause*, yaitu suatu klausula yang mengatur lokasi dimana suatu pelaku usaha diberikan kewenangan untuk menjual barang atau jasa. Tujuan lebih lanjutnya adalah untuk mengontrol kepadatan distribusi dan mencegah terjadinya kelebihan barang pada lokasi tertentu. Perjanjian pembagian wilayah ini dilarang karena menyebabkan pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian menjadi memonopoli pada wilayah dimana dia dialokasikan.⁶⁹

Ketentuan yang mengatur perjanjian pembagian wilayah oleh Undang-undang No.5/1999 khususnya Pasal 9 dirumuskan secara *rule of reason*, sehingga perlu dibuktikan apakah perbuatan tersebut mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, atau apakah pelaku mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima menurut akal sehat.

Contoh kasusnya adalah Putusan KPPU No. 53/ KPPU-L/2008 mengenai Pemagian Wilayah DPP AKLI Pusat. KPPU memutuskan bahwa bahwa Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 9 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Adapun para Terlapor dalam kasus ini adalah Terlapor I adalah Dewan Pengurus Pusat Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPP AKLI), Terlapor II Dewan Pengurus Daerah Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPD AKLI) Sulawesi Selatan, Terlapor III Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Palopo, Terlapor IV Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Luwu Utara, Terlapor V Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Luwu Timur, Terlapor VI Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Tana Toraja.

Bahwa Terlapor I adalah asosiasi perusahaan yang bergerak di bidang pekerjaan elektrikal dan mekanikal yang bertujuan membina anggota-anggotanya untuk dapat memenuhi tugas dan tanggung jawab dalam proses pembangunan Indonesia di bidang ketenagalistrikan. Terlapor I memiliki 32 (tiga puluh dua) Dewan Pengurus Daerah (DPD), 121 (seratus dua puluh satu) Dewan Pengurus Cabang (DPC), dan 4806 (empat ribu delapan ratus enam) badan usaha instalatir. Terlapor II adalah pengurus daerah Terlapor I di Propinsi Sulawesi Selatan, Terlapor II membawahi 9 (sembilan) DPC dan memiliki anggota sebanyak 173 (seratus tujuh puluh tiga) badan usaha instalatir. Terlapor III adalah pengurus cabang Terlapor I di Kota Palopo, Sulawesi Selatan, dan memiliki anggota sebanyak 11 (sebelas) anggota badan

⁶⁹ Veronica G. Kayne, dkk., *Vertical Restraints...*, hlm. 9.

instalatir. Terlapor IV adalah pengurus cabang Terlapor I di Kabupaten Luwu Utara, Sulawesi Selatan, memiliki anggota sebanyak 11 (sebelas) anggota badan instalatir. Terlapor V adalah pengurus cabang Terlapor I di Kabupaten Luwu Timur, Sulawesi Selatan, memiliki anggota sebanyak 10 (sepuluh) anggota badan instalatir.

KPPU berpendapat berdasarkan bukti-bukti bahwa Terlapor I melalui Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, dan DPC-DPC lain di wilayah Sulawesi Selatan, membagi wilayah kerja PJT (Penanggung Jawab Teknik) berdasarkan wilayah cabang PT. PLN (Persero) di Sulawesi Selatan. Namun khusus di wilayah PT. PLN (Persero) Cabang Palopo, Terlapor II membagi lagi wilayah kerja PJT menjadi 4 (empat) wilayah berdasarkan tempat kedudukan DPC berada, yaitu: Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI. Pembagian wilayah PJT dalam SP-PJT oleh Terlapor I dapat dikategorikan sebagai perjanjian dilaksanakan oleh Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI.

Adapun yang menjadi alasan dari Terlapor I membagi wilayah kerja PJT melalui SP-PJT adalah untuk keselamatan dan keamanan instalasi, serta memberdayakan potensi sumber daya PJT setempat.

Pembagian wilayah kerja PJT yang dilakukan oleh Terlapor I di daerah Sulawesi Selatan melalui Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, dan DPCDPC lainnya di Sulawesi Selatan ini menimbulkan dampak bahwa badan usaha instalatir tidak dapat menggunakan PJT-nya di wilayah lain, dan harus menggunakan jasa PJT setempat yang menjadi pegawai di badan usaha instalatir.

Putusan ini menunjukkan bahwa suatu asosiasi perusahaan dapat digunakan untuk melakukan aktivitas ataupun perjanjian-perjanjian yang anti persaingan. Dengan adanya pembagian wilayah tersebut, maka jelas hal tersebut akan menyebabkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Pada sisi lain tidak ditemukan adanya alasan-alasan yang dapat membenarkan perbuatan tersebut.

4. Pemboikotan (*group boycott*)

Pasal 4 UU No. 10 tahun 1999 menjelaskan bahwa:

- a. Dilarang membuat perjanjian dengan pesaing untuk menghalangi pelaku usaha lain untuk melakukan usaha yang sama, baik untuk tujuan pasar dalam negeri maupun luar negeri.
- b. Dilarang membuat perjanjian dengan pesaing untuk menjual barang/jasa dari pelaku usaha lain, sehingga dapat:

- 1) Merugikan atau dapat diduga akan merugikan pelaku usaha lain.
- 2) Membatasi pelaku usaha lain dalam menjual atau membeli setiap barang/jasa dari pasar yang bersangkutan.

Perjanjian pemboikotan merupakan salah satu bentuk usaha yang dilakukan para pelaku usaha untuk mengeluarkan pelaku usaha lain dari pasar yang sama, atau juga untuk mencegah pelaku usaha yang berpotensi menjadi pesaing untuk masuk ke dalam pasar yang sama, yang kemudian pasar tersebut dapat terjaga hanya untuk kepentingan pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian pemboikotan tersebut.

Pemboikotan pada umumnya merupakan tindakan kolektif sekelompok pesaing. Meski demikian, boikot dapat pula merupakan tindakan sepihak atau kolektif untuk menghentikan suplai atau pembelian kepada atau dari konsumen tertentu atau penerapan syarat-syarat tertentu kepada konsumen atau supplier tertentu yang tidak melakukan tindakan yang dikehendaki oleh pemboikot. Jadi, tindakan pemboikotan bisa ditujukan untuk memaksa agar mengikuti perbuatan si pemboikot, atau bisa pula merupakan suatu hukuman bagi pelanggar.⁷⁰

Agar praktik pemboikotan yang dilakukan para pelaku usaha yang berada di pasar dapat berjalan sukses, diperlukan partisipasi yang seluas mungkin dari pelaku usaha yang ada di dalam pasar yang bersangkutan. Karena apabila tidak adanya dukungan atau keterlibatan secara luas para pelaku usaha yang ada di dalam pasar, maka pemboikotan akan sulit untuk berhasil.

Pemboikotan pada umumnya dianggap anti persaingan dan biasanya mempunyai karakteristik dengan usaha yang sungguh-sungguh untuk merugikan para pesaing, baik dengan secara langsung menolak atau memaksa supplier atau konsumen untuk menghentikan hubungan dengan kompetitornya. Boikot juga bisa dilakukan dengan menghentikan supply akan bahan pokok yang sangat diperlukan. Namun boikot dapat pula mempunyai dampak yang pro kompetisi, yaitu menimbulkan efisiensi. Misalnya, perjanjian pembelian bersama yang dilakukan oleh pengusaha-penguasa kecil mungkin akan menjadi efisien karena akan memenuhi skala ekonomi dan juga menghemat dari sisi penyimpanan.⁷¹

Dengan adanya perjanjian pemboikotan yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang ada di dalam pasar membuat jumlah pelaku usaha yang ada di pasar tidak dapat bertambah. Apabila di dalam suatu pasar hanya terdapat sedikit pelaku usaha yang menjalankan usahanya dapat berdampak

⁷⁰ Lennart Ritter & W. David Braun, *European Competition Law...*, hlm. 205.

⁷¹ R. Sheyam Khemani, *A Framework for the Design...*, hlm. 35.

terhadap berkurangnya pilihan konsumen untuk memilih pelaku usaha yang kemungkinan dapat memberikan kepuasan terbesar kepada konsumen.

Pemboikotan biasanya dilakukan untuk memaksa pelaku usaha untuk mengikuti perbuatan yang biasanya merupakan perbuatan yang anti persaingan (*predatory boycott*) atau untuk menghukum pelaku bisnis lainnya yang melanggar perjanjian yang menghambat persaingan (*defensive boycott*). Meski demikian, pemboikotan dapat juga dilakukan secara tidak langsung, misalnya dengan cara para pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian pemboikotan meminta kepada pelaku usaha yang menjadi pemasok dari produk mereka untuk tidak memasok produk yang sama kepada pelaku usaha yang menjadi target dari perjanjian pemboikotan. Jadi, apabila si perusahaan pemasok tidak mengindahkan larangan tersebut, maka para pelaku usaha yang melakukan pemboikotan akan memutuskan hubungan dengan perusahaan pemasok tersebut, dan akan mencari perusahaan pemasok lain.

Memperhatikan dampaknya yang sangat besar terhadap persaingan, maka dalam berbagai hukum persaingan usaha persaingan di banyak negara, perjanjian pemboikotan dianggap sebagai hambatan terhadap persaingan usaha yang mendapatkan perhatian yang serius. Karena dengan terjadinya praktik perjanjian pemboikotan telah menghilangkan salah satu prasyarat persaingan yang sangat penting, yaitu menghalangi pelaku usaha untuk masuk ke dalam pasar. Bahkan pasal 3 huruf e dan f UNTAD Model Law menegaskan bahwa:

“Menolak secara kolektif untuk membeli atau memasok, atau mengancam untuk melakukannya adalah termasuk cara yang paling sering dipakai untuk memaksa pihak yang tidak menjadi anggota kelompok tertentu untuk mengikuti kegiatan yang ditentukan kelompok tersebut.”

Undang-undang No. 5 Tahun 1999 mengkategorikan perjanjian pemboikotan sebagai salah satu perjanjian yang dilarang, yang diatur dalam Pasal 10 ayat (1) dan (2) Undang-undang No.5/1999, Pasal 10 ayat (1) berbunyi: “pelaku usaha dilarang membuat perjanjian, dengan pelaku usaha pesaingnya yang dapat menghalangi pelaku usaha lain untuk melakukan usaha yang sama, baik untuk tujuan pasar dalam negeri maupun pasar luar negeri”.

Pasal 10 ayat (2) nya, berbunyi: “pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menolak menjual setiap barang dan/ atau jasa dari pelaku usaha lain, sehingga perbuatan tersebut: (1). Merugikan atau dapat diduga akan merugikan pelaku usaha lain atau; (2) membatasi pelaku usaha lain dalam menjual atau membeli setiap barang dan/atau jasa dari pasar bersangkutan.”

Karena besarnya kerugian yang dapat ditimbulkan oleh suatu perjanjian pemboikotan, maka Pasal 10 ayat (1) dan (2) Undang-undang No. 5 Tahun

1999 yang mengatur mengenai perjanjian pemboikotan ini dirumuskan secara *per se illegal* oleh pembuat Undang-undang. Karena itu, jika ada pelaku usaha yang melakukan perbuatan perjanjian pemboikotan, maka tanpa memperhatikan akibat yang muncul dari perbuatan tersebut, ataupun alasan-alasan dilakukannya pemboikotan tersebut, pelaku usaha sudah dapat dijatuhi sanksi hukuman.

Contoh kasusnya adalah *Northwest Wholesale Stationers, Inc. vs. Pacific Stationery & Printing Co.* Pelapor dalam kasus ini adalah Northwest Wholesale Stationers, yaitu sebuah koperasi agen pembelian yang terdiri dari kurang lebih retailer alat-alat kantor di Pacific Northwest US. Koperasi bertindak sebagai retailer utama bagi retail-retail lainnya. Retailer yang bukan anggota dapat membeli alat-alat kantor dengan harga yang sama dengan anggota. Namun pada setiap akhir tahun, koperasi membagikan keuntungan kepada anggotanya dalam bentuk *percentase rebate* dalam pembelian, sehingga sebenarnya anggota membeli lebih rendah dari non anggota. Sementara Terlapor Pacific Stationery Co. adalah menjual alat kantor, baik retail maupun wholesale, dimana Pacific menjadi anggota Northwest sejak tahun 1958.

Pada tahun 1978 Northwest merubah anggaran dasarnya dengan melarang anggotanya menjual retail dan wholesale. Suatu klausula menjamin hak Pacific untuk menjadi anggota. Pada tahun 1977, kepemilikan Pacific berpindah tangan. Namun pemilik baru ini tidak melakukan perubahan kegiatannya, hal mana bertentangan dengan Anggaran Dasar Northwest. Pada tahun 1978, sebagian besar anggota Northwest memutuskan untuk mengeluarkan Pacific.

Pacific kemudian membawa perkara ini ke pengadilan berdasarkan group boycott yang membatasi kemampuan Pacific untuk berkompetisi karena harus dinyatakan melanggar hukum persaingan secara *per se illegal*. Pengadilan Negeri menyatakan tidak terdapat pelanggaran hukum persaingan secara *per se illegal*, karenanya harus diperiksa secara *rule of reason*. Namun Pengadilan Banding menyatakan bahwa Northwest melanggar Sherman Act secara *per se illegal*.

5. Kartel

Ketentuan mengenai kartel dijelaskan dalam Pasal 11 UU No. 5 tahun 1999, bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaing yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Struktur pasar yang kompetitif, dimana pelaku usaha yang berusaha di dalam pasar tersebut jumlahnya banyak, serta tidak ada hambatan bagi

pelaku usaha untuk masuk ke dalam pasar, membuat setiap pelaku usaha yang ada di dalam pasar tidak akan mampu untuk menyetir harga sesuai dengan keinginannya. Mereka hanya menerima harga yang sudah ditentukan oleh pasar, dan akan berusaha untuk berproduksi secara maksimal agar dapat mencapai suatu tingkat yang efisien. Namun sebaliknya, dalam pasar yang berstruktur oligopoli, dimana di dalam pasar tersebut hanya terdapat beberapa pelaku usaha saja, kemungkinan pelaku usaha berkerjasama untuk menentukan harga produk dan jumlah produksi dari masing-masing pelaku usaha menjadi lebih besar. Oleh karena itu, praktik kartel dapat tumbuh dan berkembang pada pasar yang berstruktur oligopoli, dimana lebih mudah untuk bersatu dan menguasai sebagian besar pangsa pasar.⁷²

Praktik kartel merupakan salah satu strategi yang diterapkan di antara pelaku usaha untuk dapat mempengaruhi harga dengan mengatur jumlah produksi mereka. Mereka berasumsi jika produksi mereka di dalam pasar dikurangi, sedangkan permintaan terhadap produk mereka di dalam pasar tetap, maka akan berakibat kepada naiknya harga ke tingkat yang lebih tinggi. Sebaliknya, jika di dalam pasar produk mereka melimpah, sudah barang tentu akan berdampak terhadap penurunan harga produk mereka di pasar. Oleh karena itu, pelaku usaha mencoba membentuk suatu kerjasama horizontal (pools) untuk menentukan harga dan jumlah produksi barang atau jasa. Namun pembentukan kerjasama ini tidak selalu berhasil, karena para anggota seringkali berusaha berbuat curang untuk keuntungannya masing-masing.⁷³

Membanjirnya pasokan dari suatu produk tertentu di dalam suatu pasar, dapat membuat harga dari produk tersebut di pasar menjadi lebih murah, dimana kondisi ini akan menguntungkan konsumen. Tetapi tidak sebaliknya bagi pelaku usaha (produsen atau penjual), karena semakin murah harga produk mereka di pasar akan mengurangi keuntungan yang akan diperoleh oleh pelaku usaha tersebut, atau bahkan rugi jika produk mereka tidak terserap oleh pasar.

Agar harga produk di pasar tidak jatuh dan harga produk dapat memberikan keuntungan yang sebesar-besarnya bagi pelaku usaha, pelaku usaha biasanya membuat perjanjian di antara mereka untuk mengatur mengenai jumlah produksi, sehingga jumlah produksi mereka di pasar tidak berlebih, dan tujuannya agar tidak membuat harga produk mereka di pasar menjadi lebih murah. Namun terkadang praktik kartel tidak hanya bertujuan untuk menjaga

⁷² Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Edisi II, (Saint Paul: West Academic, 1995), hlm. 144.

⁷³ Theodore P. Kovaleff. (ed)., *The Antitrust Impulse...*, hlm. 78-80.

stabilitas harga produk mereka di pasar, tetapi juga untuk mengeruk keuntungan yang sebesar-besarnya dengan mengurangi produk mereka secara signifikan di pasar, sehingga menyebabkan di dalam pasar mengalami kelangkaan. Hal ini mengakibatkan konsumen harus mengeluarkan biaya yang lebih untuk dapat membeli produk pelaku usaha tersebut di pasar. Dengan kata lain, tujuan utama dari praktik kartel adalah untuk mengeruk sebanyak mungkin surplus konsumen ke produsen. Oleh karena kartel menukar kompetisi dengan tindakan-tindakan yang kolusif di antara pesaing, maka kartel dilarang dalam hukum persaingan usaha.⁷⁴

Pada umumnya terdapat beberapa karakteristik dari kartel. Pertama, terdapat konspirasi antara beberapa pelaku usaha. Kedua, melakukan penetapan harga. Ketiga, agar penetapan harga dapat efektif, maka dilakukan pula alokasi konsumen atas produksi atau wilayah. Keempat, adanya perbedaan kepentingan di antara pelaku usaha, misalnya karena perbedaan biaya. Oleh karena itu perlu adanya kompromi di antara anggota kartel, misalnya dengan adanya kompensasi dari anggota kartel yang besar kepada mereka yang lebih kecil.⁷⁵

Praktik kartel dapat berjalan sukses apabila pelaku usaha yang terlibat di dalam perjanjian kartel tersebut haruslah mayoritas dari pelaku usaha yang berkecimpung di dalam pasar tersebut. Karena apabila hanya sebagian kecil saja, maka perjanjian kartel pelaku usaha yang terlibat di dalam perjanjian kartel biasanya tidak akan efektif dalam mempengaruhi pasokan produk di pasar, karena kekurangan pasokan di dalam pasar akan ditutupi oleh pasokan dari pelaku usaha yang tidak terlibat di dalam perjanjian kartel.

Undang-undang No. 5 Tahun 1999 mengkategorikan kartel sebagai salah satu bentuk perjanjian yang dilarang untuk dilakukan oleh pelaku usaha. Pasal 11 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan cara mengatur produksi dan/atau pemasaran suatu barang dan/atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat”.

Perumusan kartel secara *rule of reason* oleh pembentuk Undang-undang No. 5 Tahun 1999 dapat diartikan bahwa, pelaku usaha dapat membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi atau pemasaran suatu barang atau jasa, asal tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

⁷⁴ William R. Andersen & C. Paul Rogers III, *Antitrust Law: Policy and Practice*, Edisi III, (New York: Matthew Bender, 1999), hlm. 349.

⁷⁵ Philip Areeda, *Antitrust Analysis...*, hlm. 346-349.

Dalam hal ini dapat diartikan bahwa pembentuk Undang-undang Persaingan Usaha melihat sebenarnya tidak semua perjanjian kartel dapat menyebabkan persaingan usaha tidak sehat, misalnya perjanjian kartel dalam bentuk mengisyaratkan untuk produk-produk tertentu harus memenuhi syarat-syarat tertentu yang bertujuan untuk melindungi konsumen dari produk yang tidak layak atau dapat membahayakan keselamatan konsumen, serta tujuannya tidak menghambat persaingan. Dalam konteks ini, pembuat Undang-undang Persaingan Usaha mentolerir perjanjian kartel seperti itu.

Contoh kasus mengenai kartel yang pernah diputus oleh KPPU yaitu Putusan No. 03/KPPU-I/2003 mengenai Kargo Surabaya-Makasar. Tujuh perusahaan pelayaran yaitu PT. Meratus, PT. Tempuran Emas, PT. Djakarta Lloyd, PT. Jayakusuma Perdana Lines, PT. Samudera Indonesia, PT. Tanto Intim Line, dan PT. Lumintu Sinar Perkasa pada Rapat Pertemuan Bisnis di Ruang Rapat MPH I Hotel Elmi Surabaya pada hari tanggal 23 Desember 2002 yang dihadiri para Terlapor, Saksi I dan Saksi III. Rapat tersebut menyepakati penetapan tarif dan kuota yang kemudian dituangkan dalam Berita Acara Pertemuan Bisnis di Hotel Elmi Surabaya, dan masing-masing pihak mengakui dan membubuhkan tanda tangan atas dokumen kesepakatan tarif dan kuota. Pelaksanaan kesepakatan tahap I mulai berlaku sejak 1 Januari 2003 sampai dengan 31 Maret 2003.

Unsur Pasar 11 UU No. 5 Tahun 1999 pada intinya adalah adanya kesepakatan antar perusahaan yang bersaing untuk mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang atau jasa yang ditujukan untuk mempengaruhi harga dan dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat.

Dengan ditetapkannya kuota bongkar muat tersebut, para Terlapor telah mengatur produksi jasa pengangkutan laut khusus barang (kargo) dari para Terlapor yang melayani jalur Surabaya – Makassar – Surabaya dan Makassar – Jakarta – Makassar, yang bertujuan mencegah terjadinya perang harga.

Di samping itu, dengan ditetapkannya kuota bongkar muat Peti Kemas tersebut, para Terlapor telah melakukan tindakan yang meniadakan persaingan usaha antar anggota kartel. Dengan demikian, para Terlapor telah melakukan praktik usaha persaingan tidak sehat, sehingga melanggar Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

6. Trust

Pasal 12 UU No. 5 tahun 1999 menjelaskan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk melakukan kerjasama dengan membentuk gabungan perusahaan yang lebih besar, dengan tetap mempertahankan kelangsungan hidup masing-masing perusahaan ang-

gotanya, yang bertujuan untuk mengontrol produksi dan atau pemasaran atas barang/jasa, sehingga terjadi praktik monopoli/persaingan usaha tidak sehat.

Untuk dapat mengontrol produksi atau pemasaran produk di pasar ternyata para pelaku usaha tidak hanya cukup dengan membuat perjanjian kartel di antara mereka, tetapi mereka juga terkadang membentuk gabungan perusahaan atau perseroan yang lebih besar (trust), dengan tetap menjaga dan mempertahankan kelangsungan hidup masing-masing perusahaan atau perseroan anggotanya.

Trust sebenarnya merupakan wadah bagi pelaku usaha yang didesain untuk membatasi persaingan dalam bidang usaha atau industri tertentu. Gabungan antara beberapa perusahaan yang bersaing dengan membentuk organisasi yang lebih besar yang akan mengendalikan seluruh proses produksi dan atau pemasaran suatu barang. Suatu Trust terjadi dimana sejumlah perusahaan menyerahkan saham mereka pada suatu “badan trustee” yang kemudian memberikan sertifikat dengan nilai yang sama kepada anggota trust.⁷⁶

Trust pertama yang sangat terkenal adalah Standard Oil yang terbentuk pada tahun 1882, yang kemudian diikuti oleh banyak industri lainnya. Hal ini menyebabkan banyaknya kemajuan-kemajuan di Amerika. Namun, karena trust juga mengakibatkan adanya pemusatan kekuasaan, maka trust dianggap suatu yang melanggar hukum.⁷⁷

Undang-undang No.5/1999, menyatakan bahwa trust merupakan salah satu perjanjian yang dilarang untuk dilakukan. Pasal 12 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan membentuk gabungan perusahaan atau perseroan yang lebih besar, dengan tetap menjaga dan mempertahankan kelangsungan hidup masing-masing perusahaan atau perseroan anggotanya yang bertujuan untuk mengontrol produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/atau jasa, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.”

Pasal 12 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 ini dirumuskan secara *rule of reason*, sehingga dapat diketahui bahwa trust itu sendiri tidak dilarang, asal trust tersebut tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat, atau semata-mata untuk pemusatan kekuatan tanpa membawa manfaat bagi masyarakat.

Salah satu putusan landmark mengenai trust ini adalah kasus Standard Oil Company of New Jersey vs United States. Para Tergugat didakwa melakukan

⁷⁶ Theodore P. Kovaleff. (ed)., *The Antitrust Impulse...*, hlm. 80.

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 82-83.

konspirasi untuk menghambat perdagangan minyak, penyulingan minyak dan produk-produk minyak lainnya. Konspirasi telah dimulai sejak tahun 1870 oleh ketiga dari Terdakwa yaitu John D. Rockefeller, William Rockefeller dan Hendri M. Flagler. Adapun masa konspirasi ini dibagi dalam tiga periode, yaitu tahun 1870 – 1882, dari tahun 1882 – 1899 dan 1899 sampai adanya perkara.

Pada tahun 1870-1882, John D. Rockefeller dan William Rockefeller dan beberapa orang lainnya membuat tiga partnership yang bergerak di bidang perminyakan dan menyebarkannya ke beberapa Negara bagian. Pada tahun 1870 dibentuklah Standard Oil Company of Ohio. Ketiga partnership ini digabungkan dalam perusahaan ini dan menjadi milik bersama sesuai dengan sahamnya masing-masing.

Sejak tahun 1872, perusahaan tersebut telah mendapatkan pangsa pasar yang substansial kecuali 3 atau 4 dari 35 atau 40 penyulingan minyak yang berlokasi di Cleveland, Ohio. Berdasarkan pada kekuatan ini, dan sesuai dengan tujuannya untuk membatasi dan memonopoli perdagangan antar Negara bagian maupun pada Negara bagian tersebut, maka anggota mendapatkan banyak kemudahan harga dan transportasi (*railroad*) dibandingkan kompetitornya. Hal ini memaksa kopetitor untuk menjadi bagian dari perjanjian atau menjadi bangkrut. Para pihak yang tergabung pada saat itu telah menguasai 90% dari bisnis produksi, pengapalan, penyulingan dan penjualan minyak dan produknya.

Pada periode kedua, yaitu tahun 1882-1899 dimana saham dari 40 perusahaan termasuk Standard Oil Company of Ohio diletakkan pada suatu Trustee dan ahli warisnya untuk kepentingan semua pihak secara bersama. Perjanjian ini dibuat dengan mengeluarkan sertifikat Standard Oil Trust. Setelah itu, Trustee juga membuat atau mengorganisir Standard Oil Company of New Jersey dan Standard Oil Company of New York. Akhirnya MA pada tanggal 2 Maret 1892 menyatakan bahwa Trustee ini batal demi hukum, karena perjanjian tersebut menghambat perdagangan dan berpuncak pada pembentukan monopoli yang melanggar hukum.

7. Oligopsoni

Oligopsoni adalah bentuk suatu pasar yang didominasi oleh sejumlah konsumen yang memiliki kontrol atas pembelian. Struktur pasar ini memiliki kesamaan dengan struktur pasar oligopoli, hanya saja struktur pasar ini terpusat di pasar input. Dengan demikian, distorsi yang ditimbulkan oleh kolusi antar pelaku pasar akan mendistorsi pasar input.

Oligopsoni merupakan salah satu bentuk praktik anti persaingan yang cukup unik, karena dalam praktik oligopsoni yang menjadi korban adalah

produsen atau penjual, dimana biasanya untuk bentuk-bentuk praktik anti persaingan lain (seperti price fixing, price discrimination, kartel, dan lain-lainnya) yang menjadi korban umumnya konsumen atau pesaing. Dalam oligopsoni, konsumen membuat kesepakatan dengan konsumen lain dengan tujuan agar mereka secara bersama-sama dapat menguasai pembelian atau penerimaan pasokan, dan pada akhirnya dapat mengendalikan harga atas barang atau jasa pada pasar yang bersangkutan.

Ada beberapa syarat agar oligopsoni dapat berhasil. Pertama, pelaku usaha harus setuju, baik secara tegas maupun secara diam-diam untuk bertindak bersama. Kedua, mereka harus merupakan pembeli dalam jumlah yang besar atau dominan. Ketiga, adanya mekanisme agar perjanjian ditaati dan tidak ada kecurangan. Terakhir, mereka harus mampu mencegah masuknya pemain baru. Karena apabila pemain baru bisa masuk, maka perjanjian oligopsoni tidak akan efektif. Oligopsoni sebenarnya merupakan bagian dari kartel, yaitu kartel pembelian.

Seperti pada kartel, maka oligopsoni juga ada yang pro persaingan, dan ada yang merugikan persaingan. Dengan adanya praktik oligopsoni, produsen atau penjual tidak memiliki alternatif lain untuk menjual produk mereka selain kepada pihak pelaku usaha yang telah melakukan perjanjian oligopsoni. Tidak adanya pilihan lain bagi pelaku usaha untuk menjual produk mereka selain kepada pelaku usaha yang melakukan praktik oligopsoni. Kondisi ini mengakibatkan mereka hanya dapat menerima saja harga yang sudah ditentukan oleh pelaku usaha yang melakukan praktik oligopsoni.

UU No.5 Tahun 1999 memasukkan perjanjian oligopsoni ke dalam salah satu perjanjian yang dilarang untuk dilakukan oleh pelaku usaha. Pasal 13 ayat (1) UU No.5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk secara bersama-sama menguasai pembelian atau penerimaan pasokan agar dapat mengendalikan harga atas barang dan/atau jasa dalam pasar bersangkutan, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.”

Sedangkan Pasal 13 ayat (2) menambahkan bahwa:

“Pelaku usaha patut diduga atau dianggap secara bersama-sama menguasai pembelian atau penerimaan pasokan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila 2 (dua) atau 3 (tiga) pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu”.

Oligopsoni oleh Pasal 13 UU No.5 Tahun 1999 dirumuskan secara *rule of reason*, yang berarti sebenarnya oligopsoni tidak secara otomatis dilarang. Tetapi dalam oligopsoni ada beberapa hal yang perlu diperhatikan, antara lain; kemungkinan-kemungkinan perjanjian tersebut memfasilitasi kolusi penetapan harga, sehingga menimbulkan efek anti persaingan. Perjanjian tersebut tidak akan memfasilitasi kolusi harga apabila pembelian produk yang dilakukan dengan perjanjian ini hanya berjumlah relatif kecil terhadap total pembelian di pasar tersebut. Selain itu, apabila perjanjian tidak menghalangi anggotanya untuk melakukan pembelian pada pihak lain secara independen, maka joint purchasing tersebut tidak merugikan persaingan.

Contoh kasus oligopsoni adalah Assosiasi Investigator Harga Daging dan beberapa peternak sapi, mengajukan Iowa Beef Processors, Inc., Excel Corporation dan The National Provisioners, Inc. The Yellow Sheet ke Pengadilan pada tahun 1977. Adapun yang menjadi alasan adalah, bahwa retailer dan packers (pengepak) melakukan konspirasi, baik secara horisontal maupun vertikal untuk menurunkan harga dari sapi.

Mereka mendalilkan bahwa konspirasi ini mengikuti skema penetapan harga. The National Provisioner mempublikasikan setiap hari harga produk sapi pada The Yellow Sheet. The Yellow Sheet mendasarkan publikasinya laporan dari harga komoditas tersebut pada saat itu. Para pengepak menggunakan harga The Yellow Sheet untuk menentukan harga yang mereka tawarkan kepada peternak sapi.

Pengepak mendalilkan sebagaimana ditemukan oleh Pengadilan Negeri, bahwa The Yellow Sheet adalah informasi publik yang dapat dibeli dan digunakan oleh semua pihak. Mereka juga mendalilkan bahwa peternak sapi tidak mempunyai bukti bahwa telah terjadi parallel pricing oleh IBP dan Excel yang merupakan independen bisnis.

Tergugat juga mempunyai bukti yang cukup, bahwa The Yellow Sheet merupakan salah satu faktor; masih terdapat faktor-faktor lain yang menjadi pertimbangan pengepak dalam menentukan harganya. Pertama, kebutuhan pengepak itu sendiri untuk menentukan kebutuhannya akan daging setiap minggunya, termasuk dalam hal ini kontrak dengan buruh yang tetap harus dibayar terlepas ada pekerjaan atau tidak. Kedua, kondisi pasar pada saat itu apakah over supply atau tidak. Ketiga, persaingan harga antara pengepak. Keempat, harga berdasarkan pasar produk yang dapat memaksa pengepak membayar lebih mahal atau lebih murah dari daftar harga dalam The Yellow Sheet.

Berdasarkan fakta-fakta tersebut, Pengadilan Banding menolak klaim dari peternak sapi. Apabila Penggugat mendalilkan adanya conscious parellism,

maka syaratnya haruslah terdapat parralel antar tergugat. Pengadilan akhirnya menyatakan bahwa tidak terdapat paralellism antara para tergugat.

8. Integrasi Vertikal

Pasal 14 UU No. 5 tahun 1999 menjelaskan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk menguasai sejumlah produk yang termasuk dalam rangkaian produksi barang dan atau jasa tertentu, yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung, yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat.

Dalam melakukan kegiatan usahanya, pelaku usaha tentu akan melakukan hubungan-hubungan dengan pihak lainnya, baik dengan para kompetitornya maupun dengan para pemasok. Hubungan-hubungan ini adalah hal yang wajar dan memang harus dilakukan oleh pelaku usaha untuk menjalankan usahanya. Namun, ketika suatu pelaku usaha ingin pangsa pasar yang dimilikinya menjadi lebih besar, pertumbuhan perusahaan dan perolehan laba yang semakin meningkat, tingkat efisiensi yang semakin tinggi, dan untuk mengurangi ketidakpastian pasokan bahan baku yang dibutuhkan dalam berproduksi dan pemasaran hasil produksi, maka biasanya perusahaan tersebut akan melakukan penggabungan ataupun kerjasama dengan pelaku-pelaku usaha lain. Pelaku usaha yang diajak kerjasama ini secara vertikal berada pada level yang berbeda pada proses produksi. Kerjasama ini disebut dengan integrasi vertikal. Jadi, integrasi vertikal terjadi ketika perusahaan melakukan kerjasama dengan perusahaan lain yang berada pada level yang berbeda dalam suatu proses produksi, sehingga membuat seolah-olah mereka merupakan satu perusahaan yang melakukan dua aktivitas yang berbeda tingkatannya pada satu proses produksi.⁷⁸

Kalau pelaku usaha ingin meningkatkan penghasilan (*revenue*), maka yang umum dilakukan adalah dengan cara meningkatkan produksi. Namun bagi perusahaan yang sudah berproduksi dalam kapasitas penuh, rasanya sangat sulit untuk dapat meningkatkan penghasilan yang lebih tinggi lagi. Dalam hal ini, peningkatan produksi hanya dapat dilakukan pelaku usaha tersebut dengan meningkatkan skala perusahaannya. Terjadi peningkatan dalam skala perusahaan akan memberikan pengaruh terhadap peningkatan produksi, yang pada akhirnya dapat meningkatkan keuntungan yang lebih tinggi lagi dibandingkan sebelum pelaku usaha tersebut meningkatkan skala perusahaannya. Salah satu jalan yang dilakukan pelaku usaha untuk

⁷⁸ Philip Areeda, *Antitrust Analysis...*, hlm. 204.

meningkatkan skala perusahaan adalah melalui penggabungan/integrasi dengan perusahaan lain yang berada pada level yang berbeda.

Namun dalam perkembangannya ternyata penggabungan perusahaan tidak selalu menunjukkan adanya hubungan yang kuat antara terjadinya penggabungan dengan tingkat keuntungan yang akan diperoleh. Tetapi setidaknya dengan adanya penggabungan akan ada bagian-bagian perhitungan ongkos yang akan hilang atau menurun, misalnya dalam hal biaya transaksi, iklan, pemanfaatan informasi bersama, dan administrasi.

Integrasi antar pelaku usaha juga dengan sendirinya dapat juga dikaitkan dengan pengurangan resiko dalam bisnis. Dengan terjadinya integrasi vertikal, maka resiko akan kekurangan bahan baku tentunya menurun. Dari segi pengelolaan, jika sebelumnya dikelola secara terpisah, maka setelah integrasi dapat menjadi manajemen tunggal. Dengan pengelolaan di bawah manajemen tunggal, maka pengembangan pemasaran mungkin dapat dilakukan lebih baik, sehingga dengan terjadinya integrasi antar pelaku usaha dapat meningkatkan efisiensi perusahaannya, yang pada akhirnya dapat menghasilkan produk yang memiliki daya saing tinggi.

Integrasi antar pelaku usaha dapat juga dilakukan untuk saling menutupi kelemahan dari masing masing pelaku usaha yang melakukan integrasi, karena sudah pasti setiap pelaku usaha memiliki kelemahan-kelemahan tersendiri. Misalnya satu perusahaan memiliki kelemahan dalam pengelolaan sumber daya manusia tetapi unggul dalam berproduksi dapat bergabung dengan pelaku usaha lain yang mungkin memiliki kelebihan dalam pengelolaan sumber daya manusia, tetapi kurang dalam proses produksi. Kemudian diharapkan dengan terjadinya integrasi kelemahan-kelemahan yang ada dapat ditutupi atau bahkan dihilangkan. Tetapi tidak dapat dipungkiri, bahwa integrasi vertikal terkadang dapat menimbulkan efek-efek negatif bagi persaingan di antara pelaku usaha, misalnya:

- a. Integrasi vertikal ke arah hulu (*upstream*) dapat mengurangi kompetisi di antara penjual ditingkat hulu. Misalnya, seandainya pelaku usaha/perusahaan perakitan kendaraan dihadapkan pada suatu keadaan dimana pelaku usaha tersebut harus membeli bahan baku dari pelaku usaha pemasok bahan baku (perusahaan pembuat besi baja) dengan harga oligopoli (umumnya pada industri pembuatan besi baja hanya terdapat beberapa perusahaan besar saja). Dalam keadaan seperti ini perusahaan perakitan kendaraan akan lebih menguntungkan jika melakukan integrasi vertikal dengan perusahaan pembuat besi baja, sehingga perusahaan perakitan kendaraan memiliki perusahaan pembuat besi baja sendiri, yang kemudian perusahaan perakitan mobil tidak lagi menjadi korban dari

- perilaku oligopoli (yang biasanya menerapkan harga di atas kewajaran) dari perusahaan pembuat besi baja. Tetapi kemungkinan nantinya perusahaan pembuat besi baja yang melakukan integrasi vertikal dengan perusahaan perakitan kendaraan tidak bisa lagi menjual produknya ke perusahaan perakitan kendaraan lain. Akibatnya harga besi baja untuk perusahaan perakitan dapat menjadi lebih mahal lagi, karena semakin berkurangnya pemasok besi baja bagi perusahaan-perusahaan perakitan kendaraan. Ini juga dapat menjadi insentif bagi perusahaan perakitan kendaraan untuk melakukan integrasi vertikal dengan perusahaan pembuat besi baja, yang pada akhirnya semakin mengurangi persaingan di antara perusahaan pembuat besi baja yang memasok untuk industri perakitan kendaraan;
- b. Memfasilitasi kolusi di antara pelaku usaha di tingkat hulu, dimana dengan semakin meluasnya integrasi vertikal dapat memfasilitasi kolusi di antara perusahaan manufaktur karena pemotongan harga terlalu mudah dideteksi (alasan yang digunakan untuk kasus ini sama dengan yang digunakan untuk menolak *resale price maintenance*);
 - c. Integrasi vertikal ke arah hilir (*downstream integration*) dapat memfasilitasi diskriminasi harga, dimana integrasi sampai di tingkat retailer dapat memungkinkan perusahaan manufaktur mempraktikkan diskriminasi harga tanpa harus mengkhawatirkan terhadap tindakan dari perusahaan retail lainnya. Misalnya sebuah perusahaan manufaktur yang menjual produknya di boutique dan di toko diskon. Harga yang diterapkan oleh boutique terhadap produknya biasanya lebih mahal dibandingkan dengan harga yang diterapkan oleh toko diskon. Hal tersebut terjadi karena pemilik boutique melakukan mark-up yang setinggi-tingginya terhadap produk yang dijual di gerainya untuk mendapatkan keuntungan yang sebanyak-banyaknya. Memperhatikan perilaku dari boutique ini terkadang membuat tidak jarang perusahaan manufaktur juga membuat boutique sendiri yang akan menjual produk mereka dengan harga yang jauh lebih tinggi, sehingga dapat menikmati juga keuntungan sebagai pemilik boutique;
 - d. Meningkatkan hambatan masuk (*entry barriers*) dimana pelaku usaha harus melalui dua tahap jika ingin masuk ke dalam pasar. Dengan semakin meluasnya praktik integrasi vertikal membuat perusahaan manufaktur yang ingin masuk ke dalam suatu industri harus memiliki perusahaan pemasok sendiri yang menjamin pasokannya, karena perusahaan pemasok yang ada sudah terintegrasi dengan perusahaan manufaktur yang lain. Atau, perusahaan manufaktur yang memasarkan produknya terpaksa harus memiliki perusahaan ritel tersendiri, karena perusahaan ritel yang

ada juga sudah terintegrasi dengan perusahaan manufaktur yang lain.⁷⁹

Oleh karena terdapat dampak negatif yang mungkin muncul dari suatu integrasi vertikal, maka UU No. 5 Tahun 1999 memasukkan integrasi vertikal ke dalam pengaturan kelompok perjanjian yang dilarang. Pasal 14 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk menguasai produksi sejumlah produk yang termasuk dalam rangkaian produksi barang dan/atau jasa tertentu yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung, yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan/atau merugikan masyarakat.”

Dirumuskannya Pasal 14 UU No. 5 Tahun 1999 secara *rule of reason* adalah sangat tepat, karena seperti dijelaskan bahwa integrasi vertikal dapat mempunyai dampak-dampak yang pro kepada persaingan, dan dapat pula berdampak hal yang merugikan pada persaingan. Dengan kata lain, pelaku usaha sebenarnya tidak dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk menguasai produksi sejumlah produk yang termasuk dalam rangkaian produksi barang atau jasa tertentu, yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung sepanjang tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat atau merugikan kepentingan masyarakat, serta perjanjian tersebut mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima.

Contoh kasus yang pernah diputus oleh KPPU adalah apa yang dikenal dengan kasus Abacus, yaitu Putusan No. 01/KPPU-L/2003. Terlapor dalam kasus ini adalah PT. (Persero) Perusahaan Penerbangan Garuda Indonesia (disingkat “Garuda Indonesia”). Bahwa Terlapor adalah badan usaha yang berbentuk badan hukum dengan kegiatan usaha antara lain melaksanakan penerbangan domestik dan internasional komersial berjadwal untuk penumpang, serta jasa pelayanan sistem informasi yang berkaitan dengan penerbangan. Untuk mendukung kegiatan usaha penerbangannya tersebut, Terlapor mengembangkan sistem ARGAs sebagai sistem informasi pengangkutan udara domestik. Sedangkan untuk sistem informasi penerbangan internasional, Terlapor bekerjasama dengan penyedia CRS dalam bentuk perjanjian distribusi. Sistem informasi ini digunakan oleh biro perjalanan wisata untuk melakukan reservasi dan booking tiket penerbangan Terlapor secara online. Bahwa akibat krisis ekonomi yang terjadi pada tahun 1997, semakin me-

⁷⁹ Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust...*, hlm. 383-384.

nambah beban keuangan Terlapor yang memaksanya untuk melakukan pemotongan biaya-biaya.

Salah satu upaya yang dilakukan adalah menarik dumb terminal Terlapor di setiap biro perjalanan wisata, yang kemudian menyertakan sistem ARGA di dalam terminal Abacus. Bahwa pada tanggal 28 Agustus 2000, Terlapor dan Saksi I menyepakati pendistribusian tiket domestik Terlapor di wilayah Indonesia hanya dilakukan dengan dual access melalui terminal Abacus. Kebijakan dual access tersebut tidak dituangkan dalam perjanjian tertulis. Hal ini telah diakui oleh Terlapor dan dikuatkan oleh dokumen yang diserahkan oleh Saksi I kepada Majelis Komisi. Kesepakatan tersebut di atas ditempuh karena biaya transaksi penerbangan internasional dengan menggunakan sistem Abacus lebih murah. Dual access hanya diberikan kepada Saksi I sebagai penyedia sistem Abacus bertujuan agar Terlapor dapat mengontrol biro perjalanan wisata di Indonesia dalam melakukan reservasi dan booking tiket penerbangan. Semakin banyak biro perjalanan wisata di Indonesia yang menggunakan sistem Abacus untuk melakukan reservasi dan booking penerbangan internasional Terlapor yang pada akhirnya akan mengurangi biaya transaksi penerbangan internasional Terlapor.

Terlapor hanya akan menunjuk biro perjalanan wisata yang menggunakan sistem Abacus sebagai agen pasasi domestik. Posisi Terlapor yang menguasai penerbangan domestik dan kemudahan untuk menjadi agen maskapai lain, menjadi daya tarik bagi biro perjalanan wisata untuk menjadi agen pasasi domestik Terlapor. Bahwa sistem ARGA yang hanya disertakan pada terminal Abacus mengakibatkan sistem lain mengalami kesulitan untuk memasarkan ke biro perjalanan wisata karena biro perjalanan wisata lebih memilih sistem Abacus yang memberi kemudahan untuk memperoleh sambungan sistem ARGA.

Untuk mendukung kebijakan dual access, Terlapor menambahkan persyaratan bagi biro perjalanan wisata agar dapat ditunjuk sebagai agen pasasi domestik, yaitu menyediakan sistem Abacus terlebih dahulu untuk selanjutnya mendapatkan terminal ID biro perjalanan wisata yang bersangkutan/dibuka sambungan ke sistem ARGA (persyaratan Abacus connection).

KPPU Berpendapat bahwa PT Garuda Indonesia telah melanggar Pasal 14 UU NO. 5 tahun 1999 karena telah melakukan penguasaan serangkaian proses produksi atas barang tertentu, mulai dari hulu sampai hilir atau proses berlanjut atas suatu layanan jasa tertentu oleh pelaku usaha tertentu. Praktik integrasi vertikal meskipun dapat menghasilkan barang dan jasa dengan harga murah, tetapi dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat yang merusak sendi-sendi perekonomian masyarakat. Praktik seperti ini dilarang sepanjang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat.

Dengan kegiatan usaha Terlapor adalah melaksanakan penerbangan komersial berjadwal untuk penumpang domestik dan internasional dengan mengoperasikan pesawat sebagai sarana pengangkutan. Bahwa dalam perkara ini, penguasaan proses yang berlanjut atas suatu layanan jasa tertentu oleh Terlapor adalah penguasaan proses yang berlanjut atas layanan informasi dan jasa distribusi tiket penerbangan domestik dan internasional Terlapor.

9. Perjanjian Tertutup

Perjanjian tertutup atau *exclusive dealing* adalah suatu perjanjian yang terjadi antara mereka yang berada pada level yang berbeda pada proses produksi atau jaringan distribusi suatu barang atau jasa.⁸⁰ Eksklusif dealing atau perjanjian tertutup ini terdiri dari tiga jenis perjanjian, yaitu *exclusive distribution agreement* (Pasal 15 ayat (1) UU No.5/1999); *tying agreement* (Pasal 15 ayat (2) UU No.5/1999); dan *vertical agreement on discount* (Pasal 15 ayat (3) UU No.5/1999).

a. *Exclusive Distribution Agreement*

Yang dimaksud *Exclusive distribution agreements* adalah pelaku usaha membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima produk hanya akan memasok atau tidak memasok kembali produk tersebut kepada pihak tertentu atau pada tempat tertentu saja. Dengan kata lain, pihak distributor dipaksa hanya boleh memasok produk kepada pihak tertentu dan tempat tertentu saja oleh pelaku usaha manufaktur.

Permasalahan dalam *exclusive dealing* adalah kemungkinan matinya suatu pelaku usaha karena tidak mendapatkan bahan baku atau tidak mempunyai distributor yang akan menjual produknya. Selain itu, eksklusif dealing juga dapat menyebabkan meningkatnya halangan untuk masuk ke pasar. Terdapat pula beberapa akibat positif dari *exclusive dealing*, baik bagi distributor maupun bagi produsen *exclusive dealing* karena akan membuat kepastian akan distribusi dan adanya jaminan bahan baku. Hal ini akan menyebabkan terjadinya pengurangan ongkos, sehingga terjadi efisiensi. Kemudian, *exclusive dealing* juga dapat mencegah *free riding*. Misalnya perusahaan induk melakukan iklan secara besar-besaran; apabila tidak ada perjanjian eksklusif, dimana konsumen datang ke distributor karena tertarik dengan iklan, akan tetapi sesampainya di distributor, konsumen melihat dan membeli barang lain, maka iklan yang dilakukan tidak ada pengaruhnya.⁸¹

⁸⁰ Philip Clarke and Stephen Corones, *Competition Law and Policy: Cases and Materials*, (New York: Oxford University Press, 2000), hlm. 376.

⁸¹ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L., *Understanding Antitrust ...*, hlm. 176-177.

Biasanya *exclusive distribution agreement* dibuat oleh pelaku usaha manufaktur yang memiliki beberapa perusahaan yang mendistribusikan hasil produksinya, yang tidak menghendaki terjadinya persaingan di tingkat distributor, yang kemudian dapat berpengaruh terhadap harga produk yang mereka pasok ke dalam pasar. Agar harga produk mereka tetap stabil, maka pihak manufaktur membuat perjanjian dengan distributor-distributornya untuk membagi konsumen dan wilayah pasokan agar tidak terjadi bentrokan di sesama distributor atau tidak terjadi persaingan intrabrand.

Dengan berkurangnya atau bahkan hilangnya persaingan pada tingkat distributor membawa implikasi kepada harga produk yang didistribusikan menjadi lebih mahal, sehingga konsumen harus mengeluarkan biaya yang lebih dari biasanya untuk mendapatkan produk yang didistribusikan oleh distributor tersebut.

Karena dibatasinya distribusi hanya untuk pihak dan tempat tertentu saja dapat juga mengakibatkan pihak distributor menyalahgunakan kedudukan eksklusif yang dimilikinya untuk mungkin mengenakan harga yang tinggi terhadap produk yang didistribusikannya kepada pihak konsumen dan wilayah tertentu yang menjadi bagiannya tersebut.

Oleh karena itu Pasal 15 ayat (1) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 melarang pelaku usaha untuk membuat *exclusive distribution agreement* dengan pelaku usaha lain. Adapun bunyi dari Pasal 15 ayat (1) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 sebagai berikut:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa hanya akan memasok atau tidak memasok kembali barang dan/atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan/atau pada tempat tertentu.”

Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga ketika pelaku usaha membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa hanya akan memasok atau tidak akan memasok kembali barang dan atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan/atau pada tempat tertentu, tanpa harus menunggu munculnya akibat dari perbuatan tersebut, pelaku usaha yang membuat perjanjian tersebut sudah langsung dapat dikenakan pasal ini. Karena perjanjian tertutup ini, selain mempunyai dampak negatif juga mempunyai dampak yang positif bagi persaingan, maka sebaiknya dalam menangani kasus perjanjian tertutup dipakai prinsip *rule of reason*.

Salah satu Putusan KPPU mengenai masalah ini adalah Putusan No. 11/KPPU-I/2005 mengenai Distribusi Semen Gresik. Para Terlapor dalam

Kasus ini terbukti melanggar Pasal 8, Pasal 11 dan Pasal 15 ayat 1 UU No. 5 Tahun 1999. Pada kesempatan ini akan dibahas mengenai Pasal 15 ayat 1. Pada kasus ini Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X membentuk Konsorsium Distributor Semen Gresik Area 4. Konsorsium ini diduga melakukan pelanggaran atas UU No. 5 tahun 1999 dalam bentuk mewajibkan para Langganan Tetap (LT) di Area 4 untuk menjual Semen Gresik. Pelanggaran terhadap Pasal 15 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh Konsorsium dalam bentuk himbauan kepada LT untuk bersedia hanya menjual Semen Gresik saja.

Bahwa adanya aturan yang diterapkan oleh Konsorsium tentang larangan bagi LT menjual merek semen selain Semen Gresik, menyebabkan salah satu LT di Area 4 mengajukan permohonan pengunduran diri sebagai LT kepada Terlapor XI karena menjual semen merek lain selain Semen Gresik, dan dianggap oleh oknum-oknum Terlapor XI kurang menguntungkan bagi Terlapor XI. Bahwa sebelum ada Konsorsium, LT dapat membeli Semen Gresik kepada Distributor yang mana saja dan dapat melakukan negosiasi harga, namun setelah ada Konsorsium, LT hanya bisa membeli kepada Distributor tertentu dengan harga yang telah ditetapkan.

Terlapor mendalilkan bahwa maksud pembentukan Konsorsium adalah untuk menghadapi para LT dan toko yang sering “mengadu domba” Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X yang mengakibatkan terjadinya perang harga antar Distributor. Bahwa tujuan pembentukan Konsorsium adalah untuk menghilangkan perang harga di antara para Anggota Konsorsium.

Namun KPPU menyatakan bahwa Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, Terlapor X, dan Terlapor XI terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 15 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999;

b. *Tying Agreement*

Tying agreement terjadi apabila suatu perusahaan mengadakan perjanjian dengan pelaku usaha lainnya yang berada pada level yang berbeda dengan mensyaratkan penjualan ataupun penyewaan suatu barang atau jasa. Ini hanya akan dilakukan apabila pembeli atau penyewa tersebut juga akan membeli atau menyewa barang lainnya.

Melalui praktik *tying agreement*, pelaku usaha dapat melakukan perluasan kekuatan monopoli yang dimiliki pada *tying product* (barang atau jasa yang pertama kali dijual) ke *tied product* (barang atau jasa yang dipaksa harus

dibeli juga oleh konsumen). Dengan memiliki kekuatan monopoli untuk kedua produk sekaligus (*tying product dan tied product*), pelaku usaha dapat menciptakan hambatan bagi calon pelaku usaha pesaing untuk masuk ke dalam pasar. Perusahaan kompetitor agar dapat bersaing, maka mau tidak mau harus melakukan hal yang sama, yaitu melakukan praktik *tying agreement* juga.

Bagi konsumen yang tidak paham mengenai praktik *tying agreement*, mungkin ketika dia membeli suatu produk dan kemudian mendapatkan tambahan produk lain, dianggap sebagai suatu hadiah. Padahal sesungguhnya harga yang dia bayarkan merupakan harga dari kedua produk yang dia terima tersebut. Praktik *tying agreement* juga dapat membuat konsumen kesulitan dalam menentukan harga sebenarnya dari produk yang dia beli, dimana sebelumnya dia hanya ingin membeli satu produk, tetapi karena dipaksa harus membeli produk yang lain, sehingga membuat konsumen menjadi bingung berapa harga dari masing-masing produk.

Terdapat beberapa tujuan dari *tying agreement*. Pertama untuk mempersulit masuk ke pasar. Kedua, untuk meningkatkan penghasilan dengan menggunakan kekuatan monopoli pada salah satu barang atau jasa. Terakhir adalah untuk menjaga kualitas barang.

Oleh karena itu dapat disimpulkan ada dua alasan yang menyebabkan praktik *tying agreement* tersebut dilarang, yaitu: (1) pelaku usaha yang melakukan praktik *tying agreement* tidak menghendaki pelaku usaha lain memiliki kesempatan yang sama untuk bersaing secara fair dengan dia, terutama pada *tied product*; dan (2) pelaku usaha yang melakukan praktik *tying agreement* juga telah menghilangkan hak konsumen untuk memilih secara merdeka barang yang ingin mereka beli.

Dalam menghadapi *tying agreement* ini, kita perlu membedakannya dengan *bundling*, yaitu keputusan dari suatu penjual untuk mengikutkan satu atau lebih independent produk sebagai suatu paket yang akan dipasarkan. Terjadi suatu *bundling* apabila permintaan konsumen akan barang atau jasa tersebut dianggap sebagai permintaan terhadap barang atau jasa yang berbeda.⁸²

Pasal 15 ayat (2) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok.” Dari pasal 15 ayat (2) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 juga dapat dilihat defenisi dari *tying agreement*, yaitu perjanjian yang dibuat di antara pelaku usaha yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang atau jasa tertentu

⁸² Daniel J. Gifford & Leo J. Raskind, *Federal Antitrust...*, hlm. 217.

harus bersedia membeli barang atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok.

Melihat rumusan pasal di atas, diketahui bahwa Undang-undang No. 5 Tahun 1999 bersikap cukup keras terhadap praktik *tying agreement*. Hal itu dapat dilihat dari perumusan pasal yang mengatur mengenai *tying agreement* yang dirumuskan secara Per Se. Artinya, bagi pelaku usaha yang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk melakukan praktik *tying agreement* tanpa harus melihat akibat dari praktik tersebut muncul. Pasal ini sudah secara sempurna dapat dikenakan kepada pelaku usaha yang melanggarnya.

Kasus yang pernah diputuskan oleh KPPU dan dinyatakan bersalah melanggar Pasal 15 ayat 2 adalah Kasus Garuda Indonesia, Putusan No. 01/KPPUL/2003. Terlapor dalam kasus ini adalah PT. (Persero) Perusahaan Penerbangan Garuda Indonesia (disingkat Garuda Indonesia). Bahwa dalam rangka meningkatkan efisiensi, Terlapor mengembangkan *dual access system* dengan menggunakan sistem Abacus. Bahwa dalam rangka penjualan tiket, maka telah dilakukan pengangkatan keagenan pasasi domestik Terlapor dituangkan dalam bentuk perjanjian yang disebut perjanjian keagenan pasasi antara Terlapor dengan biro perjalanan wisata.

Bahwa karena Terlapor telah mengembangkan sistem ARGA untuk sistem reservasi dan sistem booking tiket penerbangan domestik, maka biro perjalanan wisata harus menggunakan sistem ARGA untuk dapat melakukan reservasi dan booking tiket penerbangan domestik Terlapor. Untuk kepentingan dimaksud, biro perjalanan wisata yang diangkat menjadi agen pasasi domestik Terlapor akan menerima sistem ARGA untuk melaksanakan pekerjaannya tersebut. Bahwa untuk reservasi dan booking tiket penerbangan domestik Terlapor, digunakan sistem ARGA. Dengan demikian biro perjalanan wisata yang menjadi agen pasasi domestik Terlapor seharusnya hanya memperoleh sistem ARGA saja. Namun untuk dapat ditunjuk menjadi agen pasasi domestik, Terlapor mempersyaratkan adanya Abacus connection.

Dengan adanya persyaratan Abacus connection mengharuskan biro perjalanan wisata menyediakan terminal Abacus yang di dalamnya terdapat sistem Abacus terlebih dahulu untuk dapat memperoleh sistem ARGA, maka untuk memperoleh terminal Abacus, biro perjalanan wisata membayar sejumlah uang kepada Saksi I. Padahal sistem Abacus tidak digunakan untuk melakukan booking tiket penerbangan domestik Terlapor. Berdasarkan pada hal-hal tersebut, maka Terlapor oleh KPPU dinyatakan melanggar Pasal 15 ayat (2) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

c. Vertical Agreement on Discount

Pasal 15 ayat (3) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan/atau jasa yang memuat persyaratan, bahwa pelaku usaha yang menerima barang dan/atau jasa dari usaha pemasok:

- 1) Harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok atau;
- 2) Tidak akan membeli barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok. Dengan kata lain, apabila pelaku usaha ingin mendapatkan harga diskon untuk produk tertentu yang dibelinya dari pelaku usaha lain. Pelaku usaha harus bersedia membeli produk lain dari pelaku usaha tersebut atau tidak akan membeli produk yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing.

Akibat yang mungkin muncul dari perjanjian di atas—khususnya mengenai adanya kewajiban bagi pelaku usaha yang menerima produk dengan harga diskon, yang kemudian diharuskan untuk membeli produk lain dari pelaku usaha pemasok—sebenarnya sama dengan akibat yang ditimbulkan oleh *tying agreement*, yaitu menghilangkan hak pelaku usaha untuk secara bebas memilih produk yang ingin mereka beli, dan membuat pelaku usaha harus membeli produk yang sebenarnya tidak dibutuhkan oleh pelaku usaha tersebut.

Sedangkan adanya kewajiban bagi pelaku usaha yang menerima produk dengan harga diskon—untuk tidak akan membeli produk yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok—dapat mengakibatkan pelaku usaha pesaing akan mengalami kesulitan dalam menjual produknya yang sejenis dengan pelaku usaha yang sebelumnya telah membuat *vertical agreement on discount* terhadap penerima produknya di pasar.

Pasal 15 ayat (3) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga ketika ada pelaku usaha membuat perjanjian yang digambarkan oleh Pasal 15 ayat (3) Undang-undang No.5/1999--tanpa harus menunggu sampai munculnya akibat dari perjanjian tersebut—pelaku usaha sudah dapat dijatuhkan sanksi hukum atas perjanjian yang telah dibuatnya tersebut oleh penegak hukum.

Salah satu kasus yang pernah diputus oleh KPPU sehubungan dengan ini adalah Kasus ABC, Putusan Perkara Nomor: 06/KPPU-L/2004 Menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (3) huruf b Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999. Adapun duduk perkara

secara singkat adalah sebagai berikut. Pada pertengahan bulan Februari 2004, PT Panasonic Gobel Indonesia (PT PGI) telah melaksanakan program “Single Pack Display” dengan ketentuan setiap toko yang mendisplay baterai single pack (baterai manganese tipe AA) dengan menggunakan standing display akan diberikan 1 (satu) buah senter yang sudah diisi dengan 4 baterai dan toko yang selama 3 (tiga) bulan mendisplay produk tersebut akan mendapatkan tambahan 1 buah senter yang sama, sedangkan untuk material promosi (standing display) diberikan gratis oleh PT PGI.

Kemudian pada bulan Maret 2004 diperoleh informasi bahwa Terlapor sedang melaksanakan Program Geser Kompetitor (PGK). Isi atau kegiatan dari program tersebut tertuang dalam suatu “Surat Perjanjian PGK Periode Maret-Juni 2004” yang berisi sebagai berikut:

- 1) Program Pajang dengan mendapatkan potongan tambahan 2%, dengan ketentuan sebagai berikut:
 - a. Toko mempunyai space/ruang pajang baterai ABC dengan ukuran minimal 0,5 x 1 meter;
 - b. Toko bersedia memajang baterai ABC;
 - c. Toko bersedia memasang POS (material promosi) ABC;
- 2) Komitmen toko untuk tidak menjual baterai Panasonic dengan mendapatkan potongan tambahan 2%, dengan ketentuan sebagai berikut:
 - a. Toko yang sebelumnya jual baterai Panasonic, mulai bulan Maret sudah tidak jual lagi;
 - b. Toko hanya menjual baterai ABC;
- 3) Mengikuti Program Pajang dan Komitmen untuk tidak jual baterai Panasonic;
 - a. Bahwa patut diduga PGK tersebut dilakukan oleh Terlapor;
 - b. Bahwa Terlapor diduga melaksanakan PGK dengan cara membuat perjanjian dengan toko untuk tidak menjual baterai Panasonic;

Berdasarkan analisis fakta-fakta di atas, Majelis Komisi berpendapat bahwa Terlapor telah membuat Perjanjian PGK yang ditanda tangani oleh toko grosir atau semi grosir peserta PGK berdasarkan hal tersebut di atas, unsur “membuat perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan atau jasa” dalam pasal 15 ayat 3 telah terpenuhi. Majelis Komisi selanjutnya berpendapat bahwa kegiatan promosi berupa PGK yang memuat ketentuan atau persyaratan yang melarang toko grosir atau semi grosir untuk menjual baterai Panasonic merupakan upaya untuk menyingkirkan atau setidaknya mempersulit pelaku usaha pesaingnya, dalam perkara ini PT PGI, untuk melakukan kegiatan usaha yang sama dalam pasar yang bersangkutan.

Sehingga unsur “menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan” pada pasal ini telah terpenuhi.

10. Perjanjian dengan pihak luar negeri

Terdapat beberapa persoalan sehubungan dengan pemberlakuan Undang-undang suatu negara terhadap orang atau badan hukum yang berada di luar negeri, yaitu; pertama, apakah KPPU dan pengadilan Indonesia dapat memeriksa pelanggaran atas UU No. 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh pelaku usaha yang berada dan melakukan kegiatan di negara lain. Apabila Hukum Persaingan Usaha dapat berlaku pada pelaku usaha yang berada pada wilayah negara lain, apakah tidak lebih baik diselesaikan secara diplomasi. Kedua, kemungkinan tidak tepatnya pengadilan untuk memeriksa hubungan antara satu negara dengan negara-negara lainnya dalam hubungannya dengan perusahaan yang melakukan kegiatannya di negara tersebut. Ketiga, kemungkinan adanya kekebalan hukum atau kedaulatan suatu negara yang mempunyai saham pada perusahaan tersebut. Keempat, kemungkinan akan menimbulkan tindakan yang tidak fair atas pelaku usaha yang bertindak dengan itikad baik dan dilakukan berdasarkan kebijakan dari negara-negara yang berbeda. Kelima, kesulitan untuk mengontrol atau mengawasi keadaan yang ada di luar negeri dengan suatu kebijakan lokal. Keenam, adanya kesulitan untuk menjatuhkan putusan yang tepat, mengingat rumitnya masalah-masalah persaingan usaha, ditambah dengan kondisi pasar internasional, perbedaan adat istiadat, dan besarnya perbedaan situasi dan kondisi ekonomi negara tersebut masing-masing.⁸³

Berdasarkan hal-hal tersebut, maka wajarlah apabila terdapat perbedaan pandangan mengenai keberlakuan Hukum Persaingan Suatu Negara pada warga Negara atau pelaku usaha Negara lainnya. Pasal 16 UU No. 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain di luar negeri yang memuat ketentuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Dapat dikatakan pasal ini mengatur suatu keadaan khusus apabila pelaku usaha di dalam negeri melakukan perjanjian dengan pihak pelaku usaha di luar negeri.

Permasalahan yang muncul dari rumusan Pasal 16 UU No.5 Tahun 1999 adalah keharusan adanya suatu perjanjian yang dibuat antar pelaku usaha di dalam negeri dengan pelaku usaha yang ada di luar negeri. Jadi, apabila tidak ada perjanjian di antara pelaku usaha tersebut, maka pelaku usaha yang melakukan praktik persaingan usaha tidak sehat kemungkinan tidak dapat diproses menggunakan pasal ini.

⁸³ Philip Areeda, *Antitrust Analysis...*, hlm. 135.

Sejak berlakunya UU No. 5 Tahun 1999 persoalan keberlakuan Hukum Persaingan Indonesia terhadap pelaku usaha yang ada di luar negeri dan didirikan berdasarkan hukum negara yang bersangkutan baru terdapat dua kasus, yaitu dalam kasus Very Large Crude Carrier (VLCC) dan kasus Temasek. Namun demikian untuk pada kesempatan ini akan dijelaskan mengenai kasus Temasek.

Kasus Temasek ini merupakan kasus kedua yang memberlakukan Hukum Persaingan Usaha Indonesia terhadap perusahaan yang didirikan, berkedudukan dan melakukan kegiatan bisnisnya melalui wilayah di luar negara Republik Indonesia adalah perkara No. 07/KPPU-L/2007 atau yang lebih dikenal dengan Kasus Temasek.

Dalam kasus ini yang menjadi terlapor dan berada di luar negeri adalah delapan perusahaan yang berada di Singapore dan satu perusahaan yang berada di Mauritius yaitu; Temasek Holding Pte.Ltd., Singapore, Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd., Singapore, STT Communications Ltd, Singapore, Asia Mobile Holding Pte. Ltd., Singapore, Asia Mobile Holding Pte. Ltd., Singapore, Indonesian Communication Limited, Mauritius, Indonesian Communication Pte.Ltd., Singapore, Singapore Telecommunication Ltd., Singapore, dan Singapore Telecom Mobile Pte.Ltd., Singapore. Kesemua perusahaan ini dikenal dengan Temasek Group atau Kelompok Temasek.

Kelompok Temasek melalui anak perusahaannya, yaitu STT memiliki saham sebesar 41,94% saham pada PT. Indosat, dan melalui Singtel memiliki saham sebesar 35% pada PT. Telkomsel. Kelompok Temasek oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha kemudian dinyatakan bersalah melanggar Pasal 27 a) karena telah melakukan kepemilikan silang terhadap Telkomsel dan Indosat, sehingga mengakibatkan dampak anti persaingan usaha dalam pelayanan telekomunikasi seluler di Indonesia. Temasek juga dinyatakan melanggar Pasal 17 ayat 1 karena melaksanakan hambatan interkoneksi dan mempertahankan harga tinggi, sehingga menyebabkan dampak anti persaingan usaha.

Kelompok Temasek mendalilkan bahwa KPPU tidak berwenang memeriksa Kelompok Temasek karena didirikan bukan berdasarkan Hukum Indonesia dan tidak melakukan aktifitasnya di Indonesia. Hal ini diperkuat dengan pendapat Hikmahanto Juwana yang menyatakan bahwa KPPU tidak dapat menggunakan yurisdiksi teritorial karena hukum Indonesia tidak mengakui konsep ekonomi tunggal. Lebih lanjut beliau menyatakan bahwa KPPU juga tidak dapat menggunakan yurisdiksi personal karena STT tidak didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan bukanlah suatu entitas Indonesia. KPPU juga tidak dapat menggunakan yurisdiksi universal karena yurisdiksi tersebut hanya berlaku terbatas pada kejahatan internasional.

Namun KPPU berpendapat bahwa KPPU berwenang melakukan pemeriksaan terhadap Kelompok Temasek yang pada intinya dengan alasan, diantaranya; bahwa Kelompok Temasek adalah badan usaha sehingga memenuhi unsur setiap orang atau badan usaha sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 poin 5 UU No. 5 Tahun 1999, yang berdasarkan pada prinsip “single economic entity doctrine” dinyatakan bahwa hubungan induk perusahaan dengan anak perusahaan dimana anak perusahaan tidak mempunyai independensi untuk menentukan arah kebijakan perusahaan. Konsekuensi dari prinsip ini, maka pelaku usaha dapat dimintakan pertanggung jawaban atas tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha lain dalam satu kesatuan ekonomi, meskipun pelaku usaha yang pertama beroperasi di luar yurisdiksi Hukum Persaingan Usaha suatu negara, sehingga hukum persaingan usaha dapat bersifat extra-territorial.

E. Kegiatan yang Dilarang

Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk melakukan monopoli, monopsoni, penguasaan pasar, kecurangan dalam menetapkan biaya produksi, dan persekongkolan.

1. Monopoli

Monopoli merupakan masalah yang menjadi perhatian utama dalam setiap pembahasan pembentukan Hukum Persaingan Usaha. Monopoli itu sendiri sebetulnya bukan merupakan suatu kejahatan atau bertentangan dengan hukum, apabila diperoleh dengan cara-cara yang fair dan tidak melanggar hukum. Oleh karenanya monopoli itu sendiri belum tentu dilarang oleh hukum persaingan usaha, akan tetapi justru yang dilarang adalah perbuatan-perbuatan dari perusahaan yang mempunyai monopoli untuk menggunakan kekuatannya di pasar bersangkutan yang biasa disebut sebagai praktik monopoli atau monopolisasi. Suatu perusahaan dikatakan telah melakukan monopolisasi jika pelaku usaha mempunyai kekuatan untuk mengeluarkan atau mematikan perusahaan lain; dan syarat kedua, pelaku usaha tersebut telah melakukannya atau mempunyai tujuan untuk melakukannya.

Istilah monopoli berasal dari bahasa Inggris, yaitu *monopoly*. Istilah tersebut menurut sejarahnya berasal dari bahasa Yunani, yakni “*monos polein*” yang berarti sendirian menjual.⁸⁴ Kebiasaan masyarakat di Amerika menyebut monopoli sebagai “*antitrust*” untuk antimonopoli atau istilah “*dominasi*” yang banyak digunakan oleh orang Eropa untuk menyebut istilah monopoli. Istilah

⁸⁴ H. Kusnadi, *Ekonomi Mikro*, (Malang: FE Unbraw, 1977), h 1 m. 70.

monopoli harus dibedakan dengan istilah monopolis yang berarti orang yang menjual produknya secara sendirian (monopolist).

Pengertian monopoli selalu dikaitkan dengan monopoli dalam perspektif ekonomi, tetapi monopoli dalam perspektif hukum pun juga sering digunakan dalam literatur. Sebetulnya pasar persaingan sempurna dapat ditempatkan pada satu sisi dan sekaligus disebut sebagai sisi yang ekstrim, dan posisi monopoli merupakan sisi sebaliknya dari pasar persaingan sempurna.

Di satu sisi, pada pasar persaingan jumlah penjual sangat banyak dan tidak dapat mempengaruhi harga pasar suatu produk tertentu, sehingga para penjual hanya sebagai pengikut harga saja (*price taker*). Sedangkan sisi lain pada pasar monopoli, jumlah penjual hanya dikuasai oleh satu atau sekelompok/group pelaku usaha, dan mereka dapat menentukan harga pasar. Oleh karenanya, kelompok monopolis ini disebut sebagai penentu harga/penetapan harga (*price setter*).

Pengertian monopoli secara umum adalah jika ada satu pelaku usaha (penjual) ternyata merupakan satu-satunya penjual bagi produk barang dan jasa tertentu, dan pada pasar tersebut tidak terdapat produk substitusi (pengganti). Akan tetapi karena perkembangan jaman, maka jumlah satu (dalam kalimat satu-satunya) kurang relevan dengan kondisi riil di lapangan, karena ternyata banyak usaha industri yang terdiri lebih dari satu perusahaan mempunyai perilaku seperti monopoli.

Berdasarkan kamus Ekonomi Collins, yang dimaksud dengan monopoli adalah:

“Salah satu jenis struktur pasar yang mempunyai sifat-sifat, bahwa satu perusahaan dengan banyak pembeli, kurangnya produk substitusi atau pengganti serta adanya pemblokiran pasar (*barrier to entry*) yang tidak dapat dimasuki oleh pelaku usaha lainnya”.

Pengertian monopoli yang diberikan oleh Pass dan Bryan Lowes ini ternyata, bahwa penyebab timbulnya monopoli itu sendiri adalah adanya hambatan untuk bisa memasuki pasar lain. Hal ini bisa saja terjadi dikarenakan:

- a. Sumber kunci, misalnya pelaku adalah merupakan satu-satunya pemilik sumber utama (resources);
- b. Monopoli yang diciptakan oleh pemerintah. Misalnya adanya pemberian hak tertentu kepada salah satu pelaku usaha yang dekat dengan penguasa untuk mengimpor atau mengeksport produk barang dan jasa tertentu. Atau bisa juga pemerintah memberikan hak paten atau copyright kepada salah satu pelaku usaha;
- c. Terjadi monopoli alamiah. Monopoli ini terjadi karena penyediaan barang

dan jasa akan lebih murah jika dilaksanakan oleh satu pihak dari pada oleh beberapa pihak. Misalnya PDAM, Perum PLN, Pertamina dan sebagainya.

Demikian pula Black's Law Dictionary memberikan definisi tentang monopoli dari segi yuridis sebagai berikut:⁸⁵

“Monopoly is a privilege or peculiar advantage vested in one or more persons or companies, consisting in the exclusive right (or power) to carry out on a particular business or trade, manufacture a particular article, or control the sale of the whole supply of a particular commodity“.

Sedangkan berdasarkan Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang dimaksud dengan monopoli adalah: “penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha “.

Apabila istilah monopoli tersebut hanya mencakup struktur pasar dengan satu pemasok atau penerima di pasar bersangkutan, dan dengan mengingat jumlah kecil monopoli jenis tersebut dalam ekonomi secara riil/nyata, maka ketentuan Pasal 1 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 tidaklah begitu berarti dan kurang penting.

Akan tetapi sebetulnya istilah monopoli dalam Undang-undang tersebut mempunyai makna yang lebih luas. Hal ini dari satu sisi dapat disimpulkan dari ciri-ciri dalam definisi struktur pasar, perilaku pasar, pangsa pasar, harga pasar serta konsumen (lihat Pasal 1 angka 11 s.d. 15). Sedangkan di sisi lain dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 17 ayat (2) c, yaitu bahwa seorang monopolis hanya membutuhkan penguasaan lebih dari 50 % pangsa pasar pada satu jenis barang maupun jasa tertentu. Dengan adanya pernyataan tersebut, selain pihak yang telah disebut sebagai monopolis, ternyata masih ada pesaing lain di pasar bersangkutan.

Alasan selanjutnya mengapa pengaturan antimonopoli begitu penting adalah, bahwa penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau penggunaan jasa tertentu yang notabene merupakan ciri monopoli justru merupakan syarat pembuktian utama bagi beberapa ketentuan lainnya, seperti ketentuan Pasal 4 (oligopoli), Pasal 12 (trust), Pasal 13 (oligopsoni), Pasal 17 (monopoli) serta Pasal 18 (monopsoni) ditambah dengan berbagai pengaturan standar yang lazim disebut sebagai penguasaan pasar (lihat Pasal 19, 20 dan 21) UU No. 5 Tahun 1999.

Dari pengertian dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 ini terdapat unsur-unsur yang dapat dikategorikan sebagai monopoli,

⁸⁵ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, Edisi VI, (St. Paul–Minnesota: West Publishing Co., 1990), hlm. 52.

yaitu adanya penguasaan atas produksi, dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu; serta dilakukan oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.

Kemudian mengenai larangan kegiatan monopoli itu sendiri diatur dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999, yang menyatakan bahwa: (1) Pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan atas produksi dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat; (2) Pelaku usaha patut diduga atau dianggap melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila:

- a. Barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya; atau
- b. Mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan atau jasa yang sama; atau
- c. Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Adapun unsur-unsur yang terdapat dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 adalah sebagai berikut:

- a. Melakukan perbuatan penguasaan atas suatu produk.
- b. Melakukan perbuatan atas pemasaran suatu produk.
- c. Penguasaan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli.
- d. Penguasaan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik persaingan usaha tidak sehat.

Untuk membuktikan unsur-unsur perbuatan di atas maka kriteria ini harus dipenuhi:

- a. Tidak terdapat produk substitusinya.
- b. Pelaku usaha lain sulit masuk ke dalam pasar persaingan terhadap produk yang sama dikarenakan hambatan masuk yang tinggi.
- c. Pelaku usaha lain tersebut adalah pelaku usaha yang mempunyai kemampuan bersaing yang signifikan dalam pasar bersangkutan.
- d. Satu atau satu kelompok pelaku usaha telah menguasai lebih dari 50% pangsa pasar suatu jenis produk.

Dalam berbagai literatur disebutkan, bahwa banyak pengaruh/dampak negatif sehubungan dengan dilakukannya monopoli oleh pelaku atau sekelompok pelaku usaha yang dapat merugikan konsumen maupun pelaku usaha lainnya, yaitu antara lain:

- a. Adanya peningkatan harga produk barang maupun jasa tertentu sebagai

- akibat tidak adanya persaingan sehat, sehingga harga yang tinggi dapat memicu/penyebab terjadinya inflasi yang merugikan masyarakat luas;
- b. Pelaku usaha mendapatkan keuntungan secara tidak wajar, dan dia berpotensi untuk menetapkan harga seenaknya guna mendapatkan keuntungan yang berlipat, tanpa memperhatikan pilihan-pilihan konsumen, sehingga konsumen mau tidak mau tetap akan mengkonsumsi produk barang dan jasa tertentu yang dihasilkannya;
 - c. Terjadi eksploitasi terhadap daya beli konsumen dan tidak memberikan hak pilih pada konsumen untuk mengkonsumsi produk lainnya, sehingga konsumen tidak peduli lagi pada masalah kualitas serta harga produk. Eksploitasi ini juga akan berpengaruh pada karyawan serta buruh yang bekerja di perusahaan tersebut dengan gaji dan upah yang ditetapkan sewenang-wenang, tanpa memperhatikan aturan main yang berlaku;
 - d. Terjadi inefisiensi dan tidak efektif dalam menjalankan kegiatan usahanya yang pada akhirnya dibebankan pada masyarakat luas/konsumen berkaitan dengan produk yang dihasilkannya, karena monopoli tidak lagi mampu menekan AC (average cost) secara minimal;
 - e. Terjadi entry barrier, dimana tidak ada perusahaan lain yang mampu menembus pasar monopoli untuk suatu produk yang sejenis, sehingga pada gilirannya perusahaan kecil yang tidak mampu masuk ke pasar monopoli akan mengalami kesulitan untuk dapat berkembang secara wajar dan pada akhirnya akan bangkrut;
 - f. Menciptakan pendapatan yang tidak merata, dimana sumber dana serta modal akan tersedot ke perusahaan monopoli, sehingga masyarakat/konsumen dalam jumlah yang besar terpaksa harus berbagi pendapatan yang jumlahnya relatif kecil dengan masyarakat lainnya, sementara segelintir (dalam jumlah kecil) monopoli akan menikmati keuntungan yang lebih besar dari yang diterima oleh masyarakat.⁸⁶

UU No. 5 Tahun 1999 melarang monopoli secara *rule of reason* yang berarti bahwa monopoli akan dilarang jika monopoli tersebut merusak persaingan secara signifikan dan dengan pertimbangan monopoli tersebut nantinya akan mengakibatkan praktik monopoli. Perbedaan UU No. 5 Tahun 1999 dengan Sherman Act 1890 ini dijumpai hampir seluruh bagian dari UU No. 5 Tahun 1999, sehingga timbul kesan bahwa Sherman Act melarang segala bentuk monopoli secara per se, sedangkan UU No. 5 Tahun 1999 hanya melarang praktik monopoli. Namun dalam pelaksanaannya ternyata Sherman Act juga tidak melarang bentuk monopoli meskipun pada section 2 yang disebutkan

⁸⁶ Ahmad Yani dan Gunawan Wijaya, *Anti Monopoli*, (Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 1998), hlm. 30.

di atas seolah-oleh dinyatakan demikian. Pada pelaksanaannya di Amerika Serikat, para hakim yang menangani antitrust juga menerapkan *rule of reason* dan banyak sekali kasus yang membuktikan bahwa tidak semua tindakan monopoli itu dilarang.

Praktik Monopoli

Lantas bagaimana dengan istilah praktik monopoli itu sendiri, karena ternyata istilah praktik monopoli itu lain dengan istilah monopoli. Jika diamati, sebetulnya kegiatan yang merupakan pokok dari berbagai larangan yang terdapat dalam UU No. 5 Tahun 1999 adalah praktik monopoli. Pada dasarnya praktik monopoli ini merupakan pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan/atau pemasaran barang atau jasa tertentu, sehingga dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.

Berdasarkan uraian di atas dapat kita ambil unsur-unsur dari praktik monopoli, yaitu:

- a. Terjadinya pemusatan kekuatan ekonomi pada satu atau lebih pelaku usaha;
- b. Terdapat penguasaan atas produksi atau pemasaran barang atau jasa tertentu;
- c. Terjadi persaingan usaha tidak sehat, serta
- d. Tindakan tersebut merugikan kepentingan umum.

Pemusatan kekuatan ekonomi adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar barang atau jasa tertentu oleh satu atau lebih pelaku usaha yang dengan penguasaan itu pelaku usaha tersebut dapat menentukan harga barang atau jasa (*price fixing*). Sedangkan persaingan tidak sehat dapat terjadi bila persaingan yang terjadi di antara para pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang atau jasa dilakukan dengan tidak jujur atau melawan hukum serta dapat menghambat persaingan usaha.

Jika diperhatikan dengan seksama mengenai pengertian praktik monopoli di dalam UU No. 5 Tahun 1999 seperti yang disebutkan di atas, maka penguasaan yang dilarang adalah penguasaan yang mengakibatkan persaingan tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum. Hal ini sejalan dengan tujuan UU No. 5 Tahun 1999 ini yang menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional. Hanya saja pengertian kepentingan umum dalam kaitannya dengan masalah monopoli ini tidak dijelaskan lebih lanjut, sehingga masih diperlukan penafsiran dalam penerapan Undang-undang ini.

Dengan demikian, tidak semua tindakan penguasaan atas produksi atau pemasaran merupakan pelanggaran. Monopoli yang terjadi karena keunggulan

produk, atau perencanaan dan pengelolaan bisnis yang baik, atau terjadi melalui perjuangan dalam persaingan jangka panjang, sehingga menghasilkan suatu perusahaan yang kuat dan besar serta mampu menguasai pangsa pasar yang besar pula, tentu saja bukan merupakan tindakan penguasaan atas produksi dan pemasaran barang dan jasa (monopoli) yang dilarang.

Seperti halnya monopolisasi di Amerika Serikat, menurut ketentuan Section 2 The Sherman Act 1890 tidak semua monopoli dilarang, yang dilarang adalah justru “monopolization” (praktik monopoli). Praktik monopoli menurut pengertian the Sherman Act ini adalah tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan menggunakan kekuatan monopoli (monopoly power) atas suatu pasar produk dan atau pasar geografis (pasar yang bersangkutan) tersebut. Jadi, dalam hal ini Sherman Act menekankan adanya niat untuk menguasai (melakukan praktik monopoli) dalam penerapan Section 2 The Sherman Act 1890 ini.

Dalam kasus berikut ini menetapkan tahapan seberapa besar perkembangan ajaran monopolisasi dan seberapa besar hukum antitrust berkembang pada saat itu. Terdapat kepentingan yuridis yang perlu diperhatikan, yakni untuk mengkarakterisasi tujuan dari Section 2 The Sherman Act 1890 dan pengujian yang digunakan dalam kasus Standard Oil dan American Tobacco, dimana awalnya Standard Oil Company di New Jersey tersebar di 33 perusahaan yang secara geografis telah berkembang menjadi perusahaan yang dikenal hingga saat ini. Kemudian ada lagi American Tobacco Company yang terbagi menjadi 16 perusahaan, yang saat ini menjadi perusahaan milik R.J. Reynold sang pewaris American Tobacco Company.

a. Standard Oil Co. vs United States.

Standard Oil (sebagai tergugat/terlapor) melakukan monopoli illegal, ternyata tergugat sebelumnya telah mendominasi produksi minyak domestik serta distribusi melalui serangkaian merger yang telah dilakukannya (termasuk dengan merger secara terpaksa/force merger), dan melakukan penindasan (dengan cara menghambat/barrier to entry) terhadap para pesaingnya, pemaksaan terhadap supplier serta konsumen dari perusahaan saingannya. Jika dilihat sepintas, ternyata tergugat memiliki kemampuan dan bertindak secara tidak benar serta menyimpang dari aturan antitrust. Pada akhirnya, Hakim Justice White memberikan penjelasan terhadap Section 2 The Sherman Act 1890 sebagai berikut; bahwa dugaan utama terhadap niat untuk membatasi perdagangan, untuk memonopoli dan untuk menimbulkan monopolisasi dapat dilakukan secara konklusif dengan mempertimbangkan:

- 1) Perbuatan seseorang atau perusahaan yang secara instrumental dalam menghasilkan pengembangan kekuatan di perusahaan New Jersey sebelum perwujudan hasil tersebut dan sebelum perumusan perjanjian trust tahun 1879 dan 1882;
 - 2) Dengan mempertimbangkan bukti tentang apa yang telah dilakukan di bawah perjanjian tersebut dan tindakan yang mendahului pemberian kemampuan di perusahaan New Jersey dan juga menekankan bentuk kemampuan yang diberikan pada perusahaan itu telah digunakan dan hasilnya telah timbul dari tindakan tersebut.
- b. *American Tobacco Co. vs United States* (1911)
- Keputusan pengadilan dalam kasus *Standard Oil* kemudian segera diikuti dengan adanya monopoli yang sama dalam industri tembakau. Di antara penemuan fakta-fakta yang ditekankan oleh Pengadilan terkait tujuan yang melanggar Undang-Undang dan penggabungan yang ilegal adalah sebagai berikut:
- 1) Perbuatan yang paling awal adalah perbuatan penggabungan (*merger*) organisasi perusahaan yang didorong oleh perang dagang yang terjadi sebelumnya, yang diilhami oleh satu atau beberapa pemikiran yang muncul dari pihak-pihak yang terlibat dalam penggabungan tersebut;
 - 2) Perbuatan awal tersebut dilakukan untuk mendukung kesimpulan, bahwa niatan tersebut ada untuk mendukung kekuatan penggabungan sebagai landasan untuk melakukan monopolisasi perdagangan tembakau yang diawali dengan sengketa perdagangan yang dibuat untuk merugikan pihak lain, baik dengan mengarahkan competitor/pesaing untuk keluar dari bisnis tersebut atau dengan memaksa mereka untuk menjadi pihak yang terlibat dalam penggabungan sebagai target merger.
 - 3) Kontrol terhadap semua elemen penting atas keberhasilan produksi tembakau, serta meletakkan kontrol tersebut di tangan perusahaan yang mandiri yang bertindak sebagai penghambat masuknya competitor lain (*barrier to entry*) dalam perdagangan tembakau;
 - 4) Apabila ini terjadi dengan biaya jutaan dollar untuk membeli pabrik, namun bukan dilihat fungsi dan tujuannya, melainkan semata-mata untuk mendekatkan mereka dengan upaya mengurangi tingkat persaingan serta mengubahnya selain demi tujuan perdagangan;
 - 5) Akibat penggabungan (*merger*) tersebut adalah bahwa banyak persoalan legalitas yang dipertanyakan, kemudian bagaimana nasib aset/modal dan kepentingan produsen, pemegang saham, atau pegawai yang dibutuhkan pada perusahaan baru hasil merger yang terikat

dalam jangka waktu lama dengan meninggalkan prinsip bersaing secara sehat di masa mendatang.

Berdasarkan keempat kasus tersebut, untuk meneliti apakah pelaku usaha/pengusaha mempunyai niat untuk melakukan praktik monopoli atau tidak, maka di Amerika Serikat terdapat dua jenis tes yang dapat digunakan, yaitu *general intent test* dan *specific intent test*. Dalam *general intent test*, pengadilan cukup menguji apakah dalam praktik monopoli yang dilakukan pelaku usaha terdapat usaha “adanya kemungkinan yang jelas bahwa tindakan tersebut akan mengakibatkan terjadinya monopoli”. Sedangkan dalam *specific intent test*, pengadilan harus menguji apakah tindakan yang dilakukan pelaku usaha mempunyai tujuan kongkrit yang mencerminkan adanya kehendak atau niatan untuk melakukan praktik monopoli atau tidak. Meski demikian, untuk menjerat pelaku usaha berdasarkan section 2 The Sherman Act 1890 ini, pengadilan tidak diharuskan untuk membuktikan adanya *specific intent*. Dengan adanya *general intent* saja sebenarnya pengadilan sudah cukup mampu untuk menjerat apakah seorang pelaku usaha berbuat curang atau tidak.

2. Monopsoni

Jika dalam hal monopoli, seorang atau satu kelompok usaha menguasai pangsa pasar yang besar untuk menjual suatu produk, maka istilah monopsoni dimaksudkan sebagai seorang atau satu kelompok usaha yang menguasai pangsa pasar yang besar untuk membeli suatu produk. Monopsoni itu identik dengan pembeli tunggal atas produk barang maupun jasa tertentu. Dalam teori ekonomi disebutkan, bahwa monopsoni merupakan sebuah pasar dimana hanya terdapat seorang pembeli atau pembeli tunggal. Dalam pasar monopsoni, biasanya harga barang atau jasa akan lebih rendah dari harga pada pasar yang kompetitif.⁸⁷

Biasanya pembeli tunggal ini pun akan menjual dengan cara monopoli atau dengan harga yang tinggi. Pada kondisi inilah potensi kerugian masyarakat akan timbul karena pembeli harus membayar dengan harga yang mahal dan juga terdapat potensi persaingan usaha yang tidak sehat.

Meskipun kasus monopsoni sangat jarang terjadi, akan tetapi dalam satu waktu atau suatu daerah tertentu hal ini bisa terjadi. Contoh kasus monopsoni yang banyak terjadi di negara-negara berkembang adalah masalah hubungan antara petani dengan pabrik. Biasanya pada suatu wilayah tertentu hanya terdapat satu pabrik yang akan menampung seluruh hasil produksi pertanian. Dalam kondisi seperti ini biasanya petani sangat tergantung kepada produsen.

⁸⁷ R. Sheyam Khemani, *A Framework for the Design...*, hlm. 30.

Sebaliknya, produsen akan berusaha menekan petani. Pada kondisi inilah kemudian kita menyaksikan ada salah satu pihak yang dirugikan, karenanya hukum harus mengatur dengan tegas kondisi yang menyebabkan turunnya kesejahteraan secara agregat.

Kasus serupa juga dapat terjadi jika ada serikat pekerja yang sangat solid, sehingga mereka memiliki nilai tawar yang sangat tinggi. Suatu organisasi pekerja yang mempunyai kemampuan mengorganisir tenaga kerja yang dapat meliputi dan mewakili sebagian besar atau seluruh tenaga kerja dalam sebuah industri, dalam kondisi tertentu mereka, bahkan bisa merugikan perusahaan dengan:

- a. Menuntut upah yang lebih tinggi dari yang dicapai pada keseimbangan penawaran dan permintaan pasar tenaga kerja. Dengan ancaman mogok yang sangat merugikan perusahaan dan lain sebagainya, mereka menjadi punya kekuatan untuk merubah.
- b. Membatasi penawaran tenaga kerja. Ketika buruh bisa melakukan pembatasan tenaga kerja. Pembatasan penawaran juga akan berimplikasi pada tuntutan peninggian upah.

Untuk kasus Indonesia beberapa tahun lalu kita juga melihat ada kasus monopsoni yang terjadi pada beberapa pasar. Di antaranya pada pasar cengkeh, dimana Badan Penyangga Pemasaran Cengkeh (BPPC) di bawah koordinasi Tommy Suharto memaksa semua petani untuk menjual cengkeh mereka pada BPPC dengan harga murah yang disertai dengan berbagai alasan yang dipaksakan.

UU No. 5 Tahun 1999 mengatur monopsoni ini secara khusus dalam Pasal 18 yang menyatakan, bahwa:

- a. Pelaku usaha dilarang menguasai penerimaan pasokan atau menjadi pembeli tunggal atas barang dan atau jasa dalam pasar bersangkutan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- b. Pelaku usaha patut diduga atau dianggap menguasai penerimaan pasokan atau menjadi pembeli tunggal sebagaimana dimaksud dalam ayat (1); apabila satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Berdasarkan pada Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999, maka monopsoni merupakan suatu keadaan dimana suatu kelompok usaha menguasai pangsa pasar yang besar untuk membeli suatu produk, sehingga perilaku pembeli tunggal tersebut akan dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli

dan atau persaingan tidak sehat, dan apabila pembeli tunggal tersebut juga menguasai lebih dari 50% pangsa pasar suatu jenis produk atau jasa. Syarat-syarat pembuktian adanya monopsoni adalah sebagai berikut:

- a. Dilakukan oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok usaha.
- b. Telah menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis produk tertentu.

Monopsoni dalam UU No. 5 Tahun 1999 dilarang secara *rule of reason* yang artinya bahwa monopsoni tersebut harus memenuhi syarat-syarat tertentu yang harus dipenuhi, sehingga berakibat terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Praktik monopsoni yang dilarang oleh hukum persaingan usaha adalah monopsoni yang mengakibatkan terjadinya praktik monopoli serta persaingan usaha tidak sehat.

Namun demikian tidak semua monopsoni dilarang oleh Undang-undang. Misalnya kondisi yang terjadi bila di satu daerah/wilayah hanya terdapat sebuah pabrik pengolahan rotan milik pabrik mebel yang berbahan baku rotan dan di sekitarnya terdapat penduduk yang menanam rotan, sehingga pabrik tersebut penerima pasokan atau sebagai pembeli tunggal hasil perkebunan rakyat. Kondisi seperti ini tidak dilarang, karena memang tidak ada persaingan yang terjadi di daerah tersebut. Jika dicermati, maka si pemilik pabrik mebel tersebut merupakan seorang monopsonis (pembeli tunggal) dan berpotensi menimbulkan monopoli. Akan tetapi yang dilakukan oleh monopsonis tadi bukan merupakan bentuk pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999, karena apa yang telah dilakukannya merupakan bentuk/jenis monopoli alamiah (*natural monopoly*) dan tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat.

3. Penguasaan Pasar

Penguasaan pasar atau dengan kata lain menjadi penguasa di pasar merupakan keinginan dari hampir semua pelaku usaha, karena penguasaan pasar yang cukup besar memiliki korelasi positif dengan tingkat keuntungan yang mungkin bisa diperoleh oleh pelaku usaha. Untuk memperoleh penguasaan pasar ini, pelaku usaha kadang melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan hukum. Kalau hal ini yang terjadi, maka mungkin saja akan berhadapan dengan para penegak hukum karena melanggar ketentuan-ketentuan yang ada dalam Hukum Persaingan Usaha.

Meskipun pasal ini tidak merumuskan berapa besar penguasaan pasar atau berapa pangsa pasar suatu pelaku usaha, namun suatu perusahaan yang menguasai suatu pasar pasti mempunyai posisi dominan di pasar.⁸⁸

⁸⁸ Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ, *Undang-Undang Larangan Praktek*

Oleh karena itu, penguasaan pasar yang cukup besar oleh pelaku usaha biasanya selalu menjadi perhatian bagi penegak hukum persaingan usaha untuk mengawasi perilaku pelaku usaha tersebut di dalam pasar, karena penguasaan pasar yang besar oleh pelaku usaha tertentu biasanya dimanfaatkan untuk melakukan tindakan-tindakan anti persaingan yang bertujuan agar dia dapat tetap menjadi penguasa pasar dan mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya.

Dalam Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999 disebutkan, bahwa:

“Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa:

- a. Menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk dapat melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar yang bersangkutan; atau
- b. Menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha pesaingnya itu; atau
- c. Membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar bersangkutan; atau
- d. Melakukan praktik diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu”.

Pihak yang dapat melakukan penguasaan pasar adalah para pelaku usaha yang mempunyai market power, yaitu pelaku usaha yang dapat menguasai pasar, sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa yang di pasar yang bersangkutan. Wujud penguasaan pasar yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999 tersebut dapat terjadi dalam bentuk penjualan barang dan/atau jasa dengan cara:

- a. Jual rugi (*predatory pricing*) dengan maksud untuk “mematikan” pesaingnya;
- b. Melalui praktik penetapan biaya produksi secara curang serta biaya lainnya yang menjadi komponen harga barang, serta
- c. Perang harga maupun persaingan harga.

Berbagai wujud penguasaan pasar seperti ini hanya dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai market power, yaitu pelaku usaha yang dapat menguasai pasar, sehingga dapat menentukan harga barang dan/atau jasa di pasar bersangkutan. Kriteria penguasaan pasar tersebut tidak harus 100%, penguasaan sebesar 50% atau 75% saja sudah dapat dikatakan mempunyai market power.

Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, (Jakarta: Deperindag, 2000), hlm. 273.

Pasal 19 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 ini dirumuskan secara *Rule of Reason*, sehingga penguasaan pasar itu sendiri menurut pasal ini tidak secara mutlak dilarang. Penguasaan pasar dilarang apabila dari penguasaan pasar yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat atau mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima. Perlu disimak, bahwa penguasaan pasarnya sendiri belum tentu bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999, yang kemungkinan bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999 adalah jenis-jenis kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha perusahaan yang menguasai pasar yang pada akhirnya anti terhadap persaingan usaha yang sehat.

Kasus yang pernah ditangani oleh KPPU (Komisi Pengawas Persaingan Usaha) mengenai penguasaan pasar ini di antaranya adalah kasus Carrefour. Persaingan di pasar ritel untuk kurun waktu beberapa tahun belakangan ini terlihat semakin berat khususnya bagi peritel kecil, terutama sejak kehadiran peritel yang berskala usaha sangat besar, seperti Carrefour, Giant, Hypermart, Super Alfa, Makro, dan lain-lain, atau yang lebih dikenal dengan sebutan hypermarket. Terdapat beberapa hypermarket yang ada, akan tetapi Carrefour yang paling sukses dalam mengembangkan usahanya di Indonesia, dan hal itu ditunjukkan dengan jumlah gerai terbanyak yang dimilikinya dibandingkan hypermarket lain, serta lokasi gerai yang strategis dengan tingkat kenyamanan dan kelengkapan fasilitas yang tinggi. Carrefour memiliki gerai pertama di Cempaka Putih pada bulan Oktober 1998, kini gerai Carrefour telah mencapai 17 gerai, dimana 11 gerai terdapat di hampir setiap tempat strategis Ibu Kota Jakarta, dan sisanya tersebar di beberapa kota utama di Indonesia, seperti Bandung, Surabaya, Palembang dan Medan.

Keberhasilan Carrefour dalam menamkan image di masyarakat sebagai tempat berbelanja murah merupakan suatu prestasi yang luar biasa, dan tidak mudah untuk diraih, dengan tempat berbelanja yang nyaman, kelengkapan produk yang ditawarkan dengan harga yang bersaing merupakan kunci sukses yang dimiliki hypermarket asal Perancis ini, yang juga menempati kedudukan terhormat sebagai grup ritel terbesar di dunia setelah Wal Mart. Kemampuan akses lebih besar dalam menjual produk ke konsumen yang dimiliki Carrefour, memungkinkan pemasok Carrefour dapat menjual lebih banyak produknya di gerai-gerai Carrefour, sehingga kondisi itu menciptakan ketergantungan dari para pemasok Carrefour agar produknya dapat dijual di gerai Carrefour. Kemudian mereka sadar akan ketergantungan yang sangat tinggi dari pemasok kepada Carrefour, membuat Carrefour memiliki bargaining power yang besar untuk menyalahgunakan kekuatannya tersebut untuk memaksakan syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) yang terkadang

kurang begitu menguntungkan para pemasoknya.

Terdapat beberapa syarat perdagangan yang diberlakukan Carrefour kepada pemasoknya, antara lain: listing fee, fixed rebate, minus margin, term of payment, regular discount, common assortment cost, opening cost/new store dan penalty. Pemasok menganggap listing fee dan minus margin merupakan syarat perdagangan yang dianggap paling memberatkan mereka. Trading terms mengenai listing fee tersebut mensyaratkan pemasok wajib membayar biaya dalam memasok produk baru ke per-gerei Carrefour, yang berfungsi sebagai jaminan apabila barang tidak laku dan hanya diterapkan sekali, dan tidak dikembalikan (not refundable) yang besarnya berbeda antara pemasok kecil dan pemasok besar.

Istilah *Listing Fee* atau *slotting allowances* sebenarnya merupakan istilah yang tidak asing lagi bagi kalangan yang bergerak di pasar ritel, dan praktik listing fee ini sesungguhnya bukanlah monopoli Carrefour saja yang mempraktikannya, karena ditemukan beberapa peritel besar lainnya pun menerapkan hal yang sama seperti Carrefour. Sayangnya, pemasoknya mungkin belum ada yang mempermasalahkannya. Merujuk kepada survey yang dilakukan Paul N. Bloom, Gregory T. Gundlach dan Joseph P. Canon diidentifikasi beberapa fakta menarik bahwa peritel besar lebih sering memberlakukan listing fee dibandingkan peritel kecil.

Kemudian masih dari hasil survey yang sama, ternyata ditemukan bahwa peritel besar begitu diuntungkan dengan pemberlakuan listing fee dibandingkan peritel kecil. Dari temuan tersebut, disebutkan adanya hubungan yang positif antara listing fee dengan kekuatan pasar peritel. Hal ini mudah dipahami, karena hanya peritel besar saja yang mungkin mampu menerapkan tarif listing fee yang tinggi dikarenakan mereka memiliki daya tawar yang tinggi pula di pasar ritel.

Listing fee juga merupakan salah satu metode yang digunakan oleh peritel besar untuk meningkatkan market power yang dimilikinya. Listing fee sebenarnya tidak hanya pengalihan keuntungan pemasok kepada peritelnya, tetapi juga suatu cara untuk menekan peritel kecil yang menjadi pesaing untuk meningkatkan biaya marjinalnya (*marginal cost*). Jadi, di satu sisi listing fee dapat meningkatkan keuntungan dan pangsa pasar bagi peritel besar, tetapi di sisi lain keuntungan dan pangsa pasar peritel kecil juga akan semakin berkurang.

Kemudian syarat perdagangan yang dianggap cukup memberatkan bagi pemasok juga adalah minus margin, dimana minus margin merupakan jaminan pemasok Carrefour bahwa harga jual produk mereka adalah harga jual yang paling murah. Apabila Carrefour mendapatkan bukti tertulis bahwa pesaingnya dapat menjual produk yang sama dengan harga yang lebih rendah

daripada harga pembelian Carrefour, maka Carrefour meminta kompensasi dari pemasok sebesar selisih antara harga beli Carrefour dengan harga jual pesaingnya.

Karena itu pantaslah dengan pemberlakuan minus margin ini membuat produk-produk yang dijual di setiap gerai Carrefour terkadang dapat lebih murah dibandingkan produk-produk sama yang dijual di tempat lain. Hal tersebut rupanya membuat Carrefour sangat percaya diri untuk menggunakan slogan “Ada yang lebih murah, kami ganti selisihnya”. Karena yang akan dibebani tanggung jawab atas slogan itu adalah para pemasoknya.

PT. Sari Boga Snack, merupakan salah satu pemasok dari Carrefour, melaporkan mengenai permasalahan penerapan syarat-syarat perdagangan yang dianggap memberatkan pemasok tersebut kepada KPPU khususnya mengenai permasalahan listing fee dan minus margin. Akhirnya KPPU memproses perkara ini dengan dugaan awal terjadinya pelanggaran terhadap Pasal 19 huruf a (menolak dan atau menghalangi pelaku usaha untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan), Pasal 19 huruf b (menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya), dan Pasal 25 ayat (1) huruf a (posisi dominan dalam menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas) dari UU No. 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh Carrefour dalam menetapkan syarat-syarat perdagangan kepada pemasoknya.

Berdasarkan hasil pemeriksaan yang dilakukan dan bukti-bukti yang ditemukan selama persidangan berlangsung, KPPU memutuskan Carrefour terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 dan memerintahkan kepada Carrefour untuk menghentikan kegiatan pengenaan persyaratan minus margin kepada pemasok, serta membayar denda sebesar Rp. 1.500.000.000,- (satu miliar lima ratus juta rupiah), yang kebetulan Carrefour sedang dalam rangka perayaan ulang tahunnya yang ketujuh, sehingga dapat dikatakan ini merupakan salah satu kado istimewa yang diberikan KPPU kepada Carrefour. Berdasarkan putusan KPPU tersebut, diharapkan Carrefour tidak mencoba menyalahgunakan kembali market power yang dimilikinya kepada para pemasoknya. Bagi hypermarket lain, putusan KPPU haruslah dipandang sebagai peringatan/warning agar tidak mengikuti jejak Carrefour yang harus berurusan dengan KPPU.

Kasus penyalahgunaan market power oleh Carrefour terhadap pemasoknya bukan yang pertama kali, tetapi tahun 2000 Carrefour pernah juga dijatuhi hukuman sanksi administratif sebesar NT\$ 4.000.000,- oleh Fair Trade

Commission Taiwan karena telah melanggar hukum persaingan usaha Taiwan untuk permasalahan yang hampir sama. Kemudian Fair Trade Commission Taiwan menyusun guideline yang mengatur mengenai permasalahan penerapan tambahan biaya yang memberatkan kepada pemasok.

Oleh karena itu, Komisi Pengawas Persaingan Usaha harus memonitor semua gerak langkah yang diperbuat oleh pelaku usaha yang mempunyai market power, karena pelaku usaha seperti inilah yang dapat melakukan penguasaan pasar, seperti yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999.

4. Kecurangan dalam Menetapkan Biaya Produksi

UU No. 5 Tahun 1999 juga menganggap salah satu aspek yang dapat dipersalahkan sebagai penguasaan pasar yang dilarang adalah kecurangan dalam menetapkan biaya produksi. Pasal 21 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa pelaku usaha dilarang melakukan kecurangan dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya yang menjadi bagian dari komponen harga barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Lebih lanjut penjelasan terhadap Pasal 21 tersebut menyatakan, bahwa kecurangan dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya merupakan bentuk pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk memperoleh biaya faktor-faktor produksi yang lebih rendah dari seharusnya.

Sebagai bagian dari penguasaan pasar, maka kecurangan dalam menentukan biaya adalah salah satu strategi yang dijalankan oleh pelaku usaha untuk mematikan pesaingnya, yaitu dengan jalan menyatakan biaya produksinya tidak sesuai dengan biaya yang sesungguhnya. Secara akal sehat, tentu harga yang disampaikan adalah di bawah harga yang sesungguhnya, dengan demikian dia bisa menjual barang atau jasanya lebih rendah dari para pesaingnya.

Sebetulnya Pasal 21 ini berbeda dengan Pasal 20, walaupun keduanya pada prinsipnya sama, yaitu akhirnya menjual barang dengan harga di bawah biaya produksi. Namun dalam Pasal 21 yang penekanannya adalah pada kecurangan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang berhubungan dengan biaya produksinya. Berdasarkan rumusan Pasal 21 UU No. 5 Tahun 1999, maka dapat kita ketahui bahwa pasal ini menganut prinsip *rule of reason*. Dengan demikian, walaupun telah terjadi kecurangan, si pelaku tidak otomatis melanggar UU No. 5 Tahun 1999. Untuk dinyatakan bersalah, harus dibuktikan terlebih dahulu bahwa kecurangan tersebut tidak mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima dan juga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat.

5. Persekongkolan (*Conspiracy*)

Persekongkolan mempunyai karakteristik tersendiri, karena dalam persekongkolan terdapat kerjasama yang melibatkan dua atau lebih pelaku usaha yang secara bersama-sama melakukan tindakan melawan hukum. Istilah persekongkolan pertama kali ditemukan pada Antitrust Law di USA yang didapat melalui Yurisprudensi Mahkamah Tertinggi Amerika Serikat, berkaitan dengan ketentuan Pasal 1 The Sherman Act 1890, dimana dalam pasal tersebut dinyatakan; “...*conspiracy in restraint of trade...*”, yaitu persekongkolan untuk menghambat perdagangan. Mahkamah Tertinggi USA juga menciptakan istilah “concerted action” untuk mendefinisikan istilah persekongkolan dalam hal menghambat perdagangan, dan kegiatan saling menyesuaikan berlandaskan pada persekongkolan guna menghambat perdagangan serta pembuktiannya dapat disimpulkan dari kondisi yang ada. Berdasarkan pengertian di USA itulah, persekongkolan merupakan suatu perjanjian yang konsekuensinya adalah perilaku yang saling menyesuaikan (*conspiracy is an agreement which has consequence of concerted action*).⁸⁹

Namun demikian ada juga yang menyamakan istilah persekongkolan dengan istilah Collusion (kolusi), yakni sebagai: “*A secret agreement between two or more people for deceitful or produlent purpose*”. Artinya, bahwa dalam kolusi tersebut ada suatu perjanjian rahasia yang dibuat oleh 2 (dua) orang atau lebih dengan tujuan penipuan atau penggelapan yang sama artinya dengan konspirasi dan cenderung berkonotasi negatif/buruk.⁹⁰

Secara yuridis, pengertian persekongkolan usaha ini diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5 Tahun 1999, yakni “sebagai bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol”. Bentuk kegiatan persekongkolan ini tidak harus dibuktikan dengan adanya perjanjian, tetapi bisa dalam bentuk kegiatan lain yang tidak mungkin diwujudkan dalam suatu perjanjian.

Terdapat 3 (tiga) bentuk kegiatan persekongkolan yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999, yaitu persekongkolan tender (Pasal 22), persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang (Pasal 23), serta persekongkolan untuk menghambat perdagangan (Pasal 24). Untuk itu, di bawah ini akan diuraikan satu-persatu mengenai berbagai kegiatan persekongkolan yang secara *per se illegal* dan *rule of reason* dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999.

⁸⁹ Knud Hansen, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Jakarta: Katalis Publishing Media Services, 2002), hlm. 323-324.

⁹⁰ Elyta Ras Ginting, *Hukum Antimonopoli...*, hlm. 72.

a. Persekongkolan Tender (Pasal 22)

Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa tender merupakan tawaran untuk mengajukan harga, untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Kegiatan bersekongkol menentukan pemenang tender jelas merupakan perbuatan curang, karena pada dasarnya tender dan pemenangnya tidak diatur dan bersifat rahasia.⁹¹

Dalam hukum persaingan usaha salah satu hal yang menjadi obyek persekongkolan adalah masalah tender, dimana pengertian tender atau lelang dapat diketemukan dalam berbagai sumber:

- 1) Berdasarkan Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (yang mencabut Keppres No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang/jasa Instansi Pemerintah), tender atau pengadaan barang/jasa adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa.
- 2) Tender (*to put out contract*) adalah memborongkan pekerjaan/menyuruh pihak lain untuk mengerjakan atau memborong pekerjaan pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan sesuai dengan perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pekerjaan pemborongan itu dilakukan.
- 3) Dalam Memori Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, tender adalah tawaran mengajukan sebuah harga untuk memborong suatu pekerjaan, maupun untuk pengadaan barang-barang atau untuk menyediakan jasa-jasa tertentu. Berdasar pada pengertian tersebut, maka cakupan tawaran pengajuan harga dalam tender meliputi: (1) memborong/melaksanakan suatu pekerjaan tertentu, (2) pengadaan barang dan atau jasa, (3) membeli barang dan atau jasa, serta (4) menjual barang dan atau jasa.
- 4) Dalam praktik pengertian tender sama dengan pengertian “lelang” yang secara tidak langsung telah disebutkan dalam Keppres No. 80 tahun 2003, misalnya dalam metode pemilihan penyedia barang/jasa, dapat dilakukan dengan cara pelelangan umum dan pelelangan terbatas. Dalam Keppres tersebut yang dimaksud dengan, pelelangan umum adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum, sehingga masyarakat luas, dunia usaha yang memenuhi kualifikasi dapat mengikuti lelang tersebut. Sedangkan pelelangan terbatas

⁹¹ Ayudha D. Prayoga, dkk., *Persaingan Usaha dan Hukum yang Mengatur di Indonesia*, (Jakarta: Proyek ELIPS, 2000), hlm. 122.

adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman resmi dengan mencantumkan penyedia barang/jasa yang telah diyakini mampu, guna memberi kesempatan kepada penyedia barang/jasa lainnya yang memenuhi kualifikasi.

Jika pengertian tender atau lelang dari berbagai sumber ini disimpulkan, maka tender itu sendiri mempunyai cakupan yang lebih luas, karena tender merupakan serangkaian kegiatan atau aktivitas penawaran mengajukan harga untuk: memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan, mengadakan/menyediakan barang-barang dan/atau jasa, membeli barang dan atau jasa, menjual barang dan/atau jasa, menyediakan kebutuhan barang dan/atau jasa secara seimbang dengan berbagai syarat yang harus dipenuhi, berdasarkan peraturan tertentu yang ditetapkan oleh pihak terkait.

Dalam pelaksanaan penawaran tender, tujuan utama yang ingin dicapai adalah memberikan kesempatan yang seimbang bagi semua penawar, sehingga menghasilkan harga yang paling murah dengan output/keluaran yang optimal dan berhasil guna. Diakui bahwa harga murah bukanlah semata-mata ukuran untuk menentukan kemenangan dalam pengadaan barang dan/jasa. Melalui mekanisme penawaran tender sedapat mungkin dihindarkan kesempatan untuk melakukan konspirasi di antara para pesaing, atau antara penawar dengan panitia penyelenggara lelang. Dalam Pasal 3 Keppres No. 80 Tahun 2003 yang mengatur tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan pula, bahwa dalam rangka pengadaan barang/jasa wajib diterapkan berbagai prinsip, antara lain Efisiensi, Efektif, Terbuka dan bersaing, Transparan, Adil/tidak diskriminatif, serta Akuntabel.

Suasana bersaing secara sehat harus diciptakan, dan suasana seperti ini harus mulai nampak dalam proses tender, prosedur tender yang kompetitif, terbuka dan tidak terbatas untuk memberikan peluang sebesar mungkin bagi para peserta yang berkeinginan mengikuti kegiatan pengadaan/ tender. Oleh karena itu, panitia pengadaan diwajibkan untuk menyebarluaskan informasi pengadaan barang/jasa secara terbuka dalam proses pengadaan. Publikasi adanya kegiatan pengadaan barang/jasa secara terbuka oleh panitia ini meliputi publikasi/ pengumuman mengenai tanggal batas akhir, syarat-syarat serta ketentuan kontrak beserta spesifikasi teknis dan prosedur secara terinci.

Baik UNCITRAL maupun Bank Dunia juga mensyaratkan prinsip transparansi dan non diskriminatif dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa. Kedua prinsip tersebut wajib diterapkan pada setiap kegiatan pengadaan barang/jasa. Prinsip transparansi merupakan suatu tujuan yang ingin dicapai dalam proses pengadaan barang/jasa. Oleh karenanya, prinsip transparansi ini kemudian dijadikan pedoman/landasan dalam menjabarkan setiap aturan

serta prosedur pengadaan. Bank Dunia pun juga melihat bahwa pentingnya prinsip transparansi tersebut diterapkan dalam proses pengadaan, guna menekan inefisiensi serta ketidakefektifan setiap proses pengadaan untuk mendapatkan kualitas serta kuantitas barang dan/jasa yang sesuai dengan jumlah uang/dana yang dibelanjakan.⁹²

Dalam Keppres inipun juga diatur tentang kebijakan pemerintah sehubungan dengan pengadaan/tender barang dan atau jasa, yaitu untuk meningkatkan penggunaan produksi dalam negeri, rancang bangun serta rekayasa nasional yang sarasannya adalah dalam rangka memperluas kesempatan/lapangan kerja dan mengembangkan industri dalam negeri, meningkatkan peran serta usaha kecil dan menengah, meningkatkan profesionalisme, kemandirian serta tanggung jawab bagi pengguna dan penyedia barang/jasa serta panitia/pejabat pengadaan. Kebijakan pemerintah lainnya yang perlu ditempuh dalam rangka pengadaan barang/ jasa adalah untuk meningkatkan penerimaan negara melalui sektor perpajakan, menumbuh kembangkan peran serta usaha nasional serta perlunya publikasi secara terbuka dan transparan rencana pengadaan kepada masyarakat maupun pelaku usaha yang berminat dalam kegiatan pengadaan barang/jasa.

Hal lain yang perlu diperhatikan sehubungan dengan kegiatan pengadaan/tender barang maupun jasa adalah adanya kemungkinan terjadinya persekongkolan dalam proses tender tersebut. Banyak dijumpai dalam praktiknya, bahwa kegiatan tender barang/jasa selalu dikaitkan dengan persekongkolan. Nuansa persekongkolan senantiasa menyertai pada setiap kegiatan tender barang/jasa. Persekongkolan mempunyai karakteristik tersendiri, karena dalam persekongkolan terdapat kerjasama yang melibatkan dua atau lebih pelaku usaha yang secara bersama-sama melakukan tindakan melawan hukum.

Dengan demikian persekongkolan dalam tender merupakan suatu bentuk kerjasama yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Kegiatan bersekongkol dalam tender ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta yang menyetujui satu peserta dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan paling efisien. Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan para penawar yang beriktikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan.

⁹² Ayudha D. Prayoga, dkk., *Persaingan Usaha...*, hlm. 102-104.

Persekongkolan tender secara khusus diatur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, yang berbunyi: “bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Oleh karena itu yang dilarang dalam Pasal 22 UU No 5 Tahun 1999 adalah persekongkolan antara pelaku usaha dengan pihak lain dalam penentuan pemenang tender, yakni melalui pengajuan untuk menawarkan harga dalam memborong suatu pekerjaan atau juga pengajuan penawaran harga untuk pengadaan barang dan jasa-jasa tertentu. Akibat dari persekongkolan dalam menentukan siapa pemenang tender ini, seringkali timbul suatu kondisi “barrier to entry” yang tidak menyenangkan/merugikan pelaku usaha lain yang sama-sama mengikuti tender (peserta tender) yang pada gilirannya akan mengurangi, bahkan meniadakan persaingan itu sendiri.

Dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 juga dicantumkan adanya pihak lain selain pelaku usaha dalam persekongkolan, dimana dalam ketentuan Pasal 22 tersebut persekongkolan tender terdiri atas beberapa unsur, yakni unsur pelaku usaha, bersekongkol, adanya pihak lain, mengatur dan menentukan pemenang tender, serta persaingan usaha tidak sehat.

Istilah “pelaku usaha” diatur dalam Pasal 1 angka 5 UU Nomor 5 Tahun 1999 yaitu, bahwa pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara RI, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

Adapun istilah “bersekongkol” diartikan sebagai kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Istilah tersebut mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- kerjasama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya,
- membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan,
- menciptakan persaingan semu, menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan,
- tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu,
- pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak

terkait secara langsung/tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.

Kerjasama antara dua pihak atau lebih dengan diam-diam biasanya dilakukan secara lisan, sehingga membutuhkan pengalaman dari lembaga pengawas persaingan usaha guna membuktikan adanya kesepakatan yang dilakukan secara diam-diam. Dalam penawaran tender yang dikuasai oleh kartel akan semakin mempersulit upaya penyelidikan ini, kecuali terdapat anggota yang “berkhianat” membongkar adanya persekongkolan tersebut.

Adanya unsur “pihak lain” menunjukkan bahwa persekongkolan selalu melibatkan lebih dari satu pelaku usaha. Pengertian pihak lain dalam hal ini meliputi para pihak yang terlibat, baik secara horizontal maupun vertikal dalam proses penawaran tender. Berdasarkan keterlibatan pihak lain tersebut, maka ada 3 bentuk persekongkolan, yaitu:

- 1) Bentuk pertama adalah persekongkolan horizontal, yakni tindakan kerjasama yang dilakukan oleh para penawar tender, misalnya mengupayakan agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran. Dalam kerjasama semacam ini, pihak yang kalah diperjanjikan akan mendapatkan sub kontraktor dari pihak yang menang atau dengan mendapatkan sejumlah uang sebagai sesuai kesepakatan diantara para penawar tender.
- 2) Bentuk kedua adalah persekongkolan tender secara vertikal, artinya bahwa kerjasama tersebut dilakukan antara penawar dengan panitia pelaksana tender. Dalam hal ini, biasanya panitia memberikan berbagai kemudahan atas persyaratan-persyaratan bagi seorang penawar, sehingga dia dapat memenangkan penawaran tersebut.
- 3) Bentuk ketiga adalah persekongkolan horizontal dan vertikal, yakni persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender, misalnya tender fiktif yang melibatkan panitia, pemberi pekerjaan, dan pelaku usaha yang melakukan penawaran secara tertutup.

Sehubungan dengan ketiga pola di atas, maka UNCTAD telah menetapkan, bahwa “Tender kolusif pada dasarnya bersifat anti persaingan, karena dianggap melanggar tujuan penawaran tender yang sesungguhnya, yaitu mendapatkan barang atau jasa dengan harga dan kondisi yang paling menguntungkan pihak penyelenggara.”⁹³

⁹³ Sacker & Lohse, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Busi-*

Unsur bid rigging yang lain adalah “mengatur dan atau menentukan pemenang tender”. Unsur ini diartikan sebagai suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol, yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan/atau penentuan pemenang tender tersebut meliputi, antara lain menetapkan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya. Pengaturan dan penentuan pemenang tender dapat dilakukan secara horizontal maupun vertikal, artinya baik dilakukan oleh para pelaku usaha atau panitia pelaksana.

Unsur yang terakhir dari ketentuan tentang persekongkolan adalah terjadinya “persaingan usaha tidak sehat”. Unsur ini menunjukkan bahwa persekongkolan menggunakan pendekatan *rule of reason*, karena dapat dilihat dari kalimat “... sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Pendekatan *rule of reason* merupakan suatu pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan usaha (seperti KPPU di Indonesia) untuk 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.

Terdapat beberapa Putusan KPPU dalam perkara pengadaan maupun penjualan barang dan atau jasa, dimana dalam bagian ini dikemukakan perkara persekongkolan tender tersebut dalam 2 (dua) bagian, yaitu perkara/kasus persekongkolan tender yang disebabkan adanya tawaran mengajukan harga terbaik untuk pengadaan (membeli) barang-barang dan atau jasa serta tawaran mengajukan harga terbaik untuk menjual barang-barang dan atau jasa. Kebanyakan perkara persekongkolan tender tersebut (baik itu untuk pengadaan maupun penjualan barang-barang dan atau jasa) telah diputus oleh KPPU dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*.

- 1) Terdapat beberapa Perkara Persekongkolan Tender Pengadaan/Pembelian Barang atau Jasa yang disebabkan adanya tawaran mengajukan harga terbaik untuk pengadaan/ pembelian barang atau jasa, yakni antara lain:
 - a) Putusan No. 01/KPPU-L/2000: Perkara Tender Pengadaan Cashing dan Tubing di PT Caltex Pacific Indonesia (PT CPI)
 - b) Putusan No. 07/KPPU-L-I/2000: Perkara Tender Pengadaan Bakalan Sapi Impor di oleh Dinas Peternakan Jawa Timur
 - c) Putusan No. 08/KPPU-L/2001: Perkara Tender Pengadaan Barite &

ness Competition, (Jakarta: GTZ-Katalis Publishing, 2000), hlm. 313.

Bentonite di YPF Maxus Southeast Sumatra B.V. (YPF MSS B.V.)

- d) Putusan No. 06/KPPU-I/2005: Perkara Persekongkolan Tender Proyek Multi Years di Riau.

Keempat perkara tersebut menarik untuk dicermati, karena untuk perkara tender pengadaan casing dan tubing di PT CPI ini merupakan perkara persekongkolan tender yang pertama kali diputus oleh KPPU yang melibatkan para pelaku usaha serta merupakan jenis persekongkolan tender horizontal. Sedangkan untuk perkara tender pengadaan bakalan sapi impor di Dinas Peternakan Jawa Timur dan perkara tender pengadaan barite dan bentonite di Sumatera ini merupakan perkara persekongkolan tender yang berasal dari laporan pelaku usaha peserta tender yang dirugikan. Khusus dalam perkara tender/Pengadaan Bakalan Sapi Impor oleh Dinas Peternakan Jawa Timur ini merupakan jenis persekongkolan tender vertikal. Sedangkan untuk perkara persekongkolan dalam pelaksanaan tender pengadaan barang/jasa pemerintah program pembangunan jalan/jembatan Multi Years di Propinsi Riau tersebut termasuk dalam jenis persekongkolan tender kombinasi antara horizontal dan vertikal.

- 2) Terdapat Perkara Persekongkolan Tender Penjualan Barang atau Jasa, yaitu:
- a) Putusan No. 03/KPPU-I/2002 : Perkara Tender Penjualan Saham PT. Indomobil Sukses Internasional (PT IMSI), dan
 - b) Putusan No. 07/KPPU-L/2004 : Perkara Tender Penjualan 2 (dua) Unit Tanker Very Large Crude Carrier (VLCC) milik PT. Pertamina (Persero).

Kedua perkara tersebut merupakan perkara persekongkolan tender penjualan barang atau jasa yang sering menjadi pembicaraan hangat di kalangan pebisnis, pengamat bisnis, akademisi dan pihak KPPU sendiri sebagai suatu perkara yang menarik untuk diamati lebih lanjut. Di samping itu, berdasarkan putusan KPPU para juga telah mengajukan keberatan ke Pengadilan Negeri, hingga akhirnya perkara tersebut dibawa ke tingkat kasasi di Mahkamah Agung RI.

b. Persekongkolan Membocorkan Rahasia Dagang/Perusahaan (Pasal 23)

Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 menyebutkan, bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Sebutan rahasia dagang merupakan terjemahan dari istilah “*undisclosed information*”, “*trade secret*”, atau “*know how*”. Rahasia dagang tidak boleh diketahui umum, karena

selain mempunyai nilai teknologis juga mempunyai nilai ekonomis yang berguna dalam kegiatan usaha serta dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya.

Bagi Indonesia, pengaturan mengenai rahasia dagangnya diatur secara tersendiri, tidak dimasukkan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Dewasa ini pengaturannya dapat dijumpai dalam UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang. Pengertian rahasia dagang dikemukakan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000 yang menyatakan bahwa rahasia dagang adalah informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh pemilik rahasia dagang. Rahasia dagang tersebut termasuk juga informasi industrial know how, seperti yang dianut oleh hukum Amerika Serikat. Dalam Pasal 2 UU No. 30 Tahun 2000 dinyatakan, bahwa lingkup perlindungan rahasia dagang meliputi metode produksi, metode pengolahan, metode penjualan, atau informasi lain di bidang teknologi dan/ atau bisnis yang memiliki nilai ekonomi dan tidak diketahui masyarakat umum.

Kemudian jenis-jenis rahasia dagang yang secara yuridis akan mendapat perlindungan terbatas adalah informasi yang bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomis, dan dijaga kerahasiaannya melalui upaya-upaya sebagaimana mestinya, yaitu semua langkah yang memuat ukuran kewajaran, kelayakan, dan kepatutan yang harus dilakukan. Misalnya, di dalam suatu perusahaan harus ada prosedur baku berdasarkan praktik umum yang berlaku di tempat-tempat lain dan/atau yang dituangkan ke dalam ketentuan internal perusahaan itu sendiri. Dalam ketentuan internal perusahaan juga ditetapkan bagaimana rahasia dagang itu dijaga dan siapa yang bertanggung jawab atas kerahasiaan itu.

Di Amerika Serikat, secara yuridis ruang lingkup rahasia dagang meliputi: informasi teknik dan informasi non teknik, yang seluruhnya mencakup informasi teknikal penelitian dan pengembangan, informasi proses produksi, informasi pemasok, informasi penjualan dan pemasaran, informasi keuangan, dan informasi administrasi internal.⁹⁴

Satu contoh yang berkaitan dengan kasus persekongkolan dalam rangka membocorkan rahasia dagang/perusahaan (Pasal 23) yang pernah dilakukan oleh perusahaan EMI Music South East Asia, Arnel Effendi, SH, DEWA 19 (group musik) dan Iwan Sastra Wijaya. Kasus ini terjadi ketika DEWA 19 memutuskan untuk pindah dari PT. Aquarius Musikindo ke EMI Music South East Asia. Pada awal DEWA 19 membuat perjanjian dengan PT Aquarius Musikindo dengan No. 001/JS/DW/07/04, tertanggal 12 Juli 2004 yang secara garis besar menyatakan, bahwa artis secara bersama-sama (group) maupun

⁹⁴ Ahmad M. Ramli, *Hak Atas Kepemilikan Intelektual: Teori Dasar Perlindungan Rahasia Dagang* (Bandung: Mandar Maju, 2000), hlm. 45-46.

perseorangan akan terikat secara formal kepada PT Aquarius untuk menjual master rekaman artis secara eksklusif sebanyak 1 (satu) album, yaitu album Laskar Cinta (Vol 4) yang ditambah dengan 4 (empat) lagu baru lainnya yang akan digabungkan dengan lagu-lagu artis yang telah pernah beredar untuk kepentingan pembuatan album-album kompilasi atau The Best (Repackage), dengan jangka waktu keterikatan secara eksklusif sebagai berikut:

- 1) Artis akan menyerahkan 4 (empat) lagu baru kepada PT Aquarius dalam jangka waktu selambat-lambatnya 12 bulan sejak album artis "Laskar Cinta" diedarkan oleh PT Aquarius;
- 2) Apabila di dalam jangka waktu tersebut dalam point a, si artis belum menyerahkan 4 (empat) lagu baru, maka artis masih terhitung terikat dalam perjanjian secara eksklusif dengan PT Aquarius.

Pada saat belum menyerahkan keempat lagu baru sebagaimana telah diperjanjikan, ternyata DEWA 19 telah memutuskan untuk pindah ke EMI Music South East Asia karena alasan ingin go internasional. Bukti yang dapat menguatkan terjadi persekongkolan dalam kasus ini adalah peran Jusak Irwan dan Arnel Affandi, SH ketika turut serta mengubah beberapa paragraf kontrak antara EMI South East Asia dengan DEWA 19. Posisi Jusak Irwan yang saat itu sebagai Managing Director PT EMI Indonesia tidak dapat dibenarkan ikut serta dalam proses penandatanganan kontrak.

Sebagai anggota Asosiasi Industri Rekaman Indonesia (ASIRI), Jusak seharusnya memberitahu EMI South East Asia bahwa DEWA 19 sudah terlebih dahulu terikat perjanjian dengan PT Aquarius Musikindo. Tindakannya justru menguatkan, bahwa penandatanganan kontrak DEWA 19 dengan PT EMI South East Asia untuk menghindari pasal 7 dan 9 Buku Putih ASIRI. Apalagi Arnel Affandi, S.H. adalah mantan konsultan hukum PT Aquarius Musikindo yang tentunya mengetahui sebagian besar isi kontrak antara DEWA 19 dengan PT Aquarius Musikindo, karena terjadinya penandatanganan perjanjian DEWA 19 dengan PT Aquarius Musikindo (12 Juni 2004) hanya selang lebih kurang satu bulan sebelum penandatanganan perjanjian DEWA 19 dengan PT EMI SEA, yaitu pada tanggal 19 Juli 2004.

Persekongkolan yang dilakukan oleh EMI Music South East, PT EMI Indonesia serta DEWA 19, Iwan Sastra Wijaya dan Arnel Effendi merupakan tindakan melanggar Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999, sehingga dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, dan pada akhirnya membuat iklim usaha tidak kondusif serta merugikan pihak lain (pelaku usaha peasing), yaitu PT Aquarius Musikindo. Dalam perkara ini yang menderita kerugian atas berpindahnya DEWA 19 adalah PT Aquarius Musikindo, yaitu sebesar Rp. 4.295.627.881,00, namun KPPU menilai, bahwa kerugian wajar dan riil yang

diderita oleh PT Aquarius Musikindo hanya sebesar Rp. 3.814.749.520,00.

Berdasarkan adanya indikasi persaingan usaha tidak sehat tersebut, maka Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) melakukan pemeriksaan terhadap EMI Music South East Asia, Arnel Affandy,S.H., Dewa 19 dan Iwan Sastra Wijaya, yang menghasilkan putusan perkara dengan Nomor: 19/ KPPU-L/2007 yang isinya menghukum pihak EMI Music South East Asia untuk membayar denda serta ganti rugi.

Akan tetapi pihak EMI Music South East, PT EMI Indonesia serta DEWA 19, Iwan Sastra Wijaya dan Arnel Affandi mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat atas putusan KPPU tersebut. Selanjutnya dalam putusannya Pengadilan Negeri Jakarta Pusat justru menguatkan putusan KPPU yang menghukum EMI Music South East dan PT EMI Indonesia untuk membayar ganti rugi sebesar Rp. 3.814.749.520,00 kepada PT Aquarius Musikindo. Dalam pertimbangan hukumnya, majelis hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sependapat dengan putusan KPPU. Menurut majelis hakim PN Jakarta Pusat, KPPU memiliki kewenangan memeriksa dan mengadili perkara tersebut karena terdapat pelanggaran terhadap larangan persekongkolan antara pelaku usaha dan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya, yang dapat menimbulkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Dengan demikian EMI Music South Asia, PT EMI Indonesia, DEWA 19, Iwan Sastra Wijaya, serta Aarnel Affandi telah terbukti melanggar pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

c. Persekongkolan Menghambat Perdagangan (Pasal 24)

Pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999 terdapat larangan untuk melakukan persekongkolan yang dapat menghambat produksi, pemasaran, atau produksi dan pemasaran atas produk. Dinyatakan dalam Pasal 24 tersebut, bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi dan/ atau pemasaran barang dan/atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan tujuan barang dan/atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang, baik dari kualitas maupun ketepatan waktu yang dipersyaratkan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 24 ini jelas bahwa pelaku usaha dilarang untuk bersekongkol dengan pihak lain untuk:

- a) Menghambat pelaku usaha pesaing dalam memproduksi,
- b) Menghambat pemasaran, atau memproduksi dan memasarkan barang, jasa, atau barang dan jasa dengan maksud agar barang, jasa, atau barang dan jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang atau menurun kualitasnya;

- c) Bertujuan untuk memperlambat waktu proses produksi, pemasaran, atau produksi dan pemasaran barang, jasa, atau barang dan jasa yang sebelumnya sudah dipersyaratkan, serta
- d) Kegiatan persekongkolan seperti ini dapat menimbulkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha yang tidak sehat.

F. Posisi Dominan

Posisi dominan atau menjadi lebih unggul di pasar menjadi salah satu tujuan pelaku usaha. Oleh karena itu, setiap pelaku usaha berusaha menjadi yang lebih unggul (market leader) pada pasar yang bersangkutan. Penguasaan posisi dominan di dalam hukum persaingan usaha (HPU) tidak dilarang, sepanjang pelaku usaha tersebut dalam mencapai posisi dominannya atau menjadi pelaku usaha yang lebih unggul (market leader) pada pasar yang bersangkutan atas kemampuannya sendiri dengan cara yang fair. Konsep HPU adalah menjaga persaingan usaha yang sehat tetap terjadi di pasar yang bersangkutan dan mendorong pelaku usaha menjadi pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan melalui persaingan usaha yang sehat dan efektif.

Dalam UU No. 5/1999, posisi dominan didefinisikan sebagai suatu keadaan dimana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti, atau suatu pelaku usaha mempunyai posisi lebih tinggi daripada pesaingnya pada pasar yang bersangkutan dalam kaitan pangsa pasarnya, kemampuan keuangan, akses pada pasokan atau penjualan serta kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

Ketentuan Pasal 1 angka 4 UU No. 5/1999 tersebut menetapkan syarat atau parameter posisi dominan. Dari ketentuan Pasal 1 angka 4 tersebut dapat disimpulkan adanya 4 syarat yang dimiliki pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan, yaitu pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti, atau pelaku usaha mempunyai posisi yang lebih tinggi dibandingkan dengan pelaku usaha pesaingnya di pasar yang bersangkutan dalam kaitan: 1) pangsa pasarnya; 2) kemampuan keuangan; 3) kemampuan akses pada pasokan atau penjualan; dan 4) kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

1. Pangsa pasar

Pangsa pasar adalah persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu (Pasal 1 Angka 13 UU N. 5/1999). Pangsa pasar adalah salah satu elemen penting dalam menetapkan, apakah suatu pelaku usaha mem-

punyai posisi dominan atau tidak.

Pasal 25 ayat 2 UU No. 5/1999 menetapkan bahwa satu pelaku usaha dinyatakan mempunyai posisi dominan, apabila satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% atau lebih pangsa pasar atas jenis barang atau jasa tertentu.

Dua atau tiga pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha dinyatakan mempunyai posisi dominan apabila menguasai 75% atau lebih pangsa pasar atas satu jenis barang atau jasa tertentu. Ketentuan posisi dominan mengenai penguasaan pangsa pasar yang ditetapkan oleh Pasal 25 ayat 2 tersebut mensyaratkan bahwa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut dapat mendistorsi pasar, baik secara langsung maupun tidak langsung.

Hal ini ditetapkan di dalam Pasal 25 ayat 1 yang menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan, baik secara langsung maupun tidak langsung untuk:

- a. Menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas; atau
- b. Membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau
- c. Menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan.

Secara normatif, ketentuan Pasal 25 ayat 2 bersifat *per se*. Artinya, apabila suatu pelaku usaha sudah menguasai pangsa pasar 50% untuk satu pelaku usaha, dan 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha, maka penguasaan pangsa pasar tersebut langsung dilarang. Kalau pendekatan *per se illegal* diterapkan kepada Pasal 25, maka sama dengan menghambat tujuan UU No. 5/1999, yaitu mendorong pelaku usaha berkembang berdasarkan persaingan usaha yang sehat.

Akan tetapi dalam praktiknya, KPPU telah menerapkan ketentuan Pasal 25 ayat tersebut dengan pendekatan *rule of reason*. Hal ini untuk menyesuaikan dengan ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17 dan Pasal 18 UU No. 5/1999 yang menggunakan pendekatan *rule of reason* dalam penerapannya. Secara praktis, jika Pasal 25 diterapkan dengan pendekatan *per se*, maka akan membatasi pertumbuhan (perkembangan) pelaku usaha yang efisien dan inovatif serta kompetitif di pasar yang bersangkutan.

Penafsiran serta penerapan seperti ini memang akan memicu perdebatan di antara KPPU dengan praktisi hukum yang menginginkan ketentuan Pasal 25 diterapkan sesuai dengan ketentuan Pasal 25 tersebut tanpa perlu menginterpretasikan lebih lanjut. Akan tetapi harus dilihat prinsip dan tujuan hukum persaingan usaha, yaitu bukan untuk menghambat persaingan tetapi

untuk mendorong persaingan usaha. Jadi, pelaku usaha yang dapat bersaing dengan sehat dan melakukan efisiensi dan inovasi serta dapat menjadi lebih unggul atau mempunyai posisi dominan lebih dari pada yang ditetapkan di dalam Pasal 25 tidak seharusnya dilarang.

Ketentuan Pasal, 4, Pasal 13, Pasal 17, dan Pasal 18 menetapkan diduga dapat melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, apabila satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai pangsa pasar lebih dari 50%, dan apabila dua atau tiga pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar. Ketentuan-ketentuan tersebut bersifat rebuttable. Ketentuan ini tidak melarang satu pelaku usaha untuk meningkatkan usahanya (pencapaian pangsa pasarnya) kalau sudah mencapai pangsa pasar lebih dari 50%, misalnya menguasai pangsa pasar 55% dan untuk dua atau tiga pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha mencapai lebih dari 75% (sekitar 80%), asal pencapaian pangsa pasar tersebut dicapai dengan persaingan usaha yang sehat atau fair.

Karena ketentuan Pasal 4, 13, 17 dan Pasal 18 menggunakan pendekatan *rule of reason*, maka ketentuan Pasal 25 harus diterapkan dengan pendekatan *rule of reason*. Kalau tidak demikian, maka prinsip ketentuan Pasal 25 bertentangan dengan ketentuan Pasal 4, 13, 17, dan Pasal 18 UU No. 5/1999. Sebaliknya, jika suatu pelaku usaha tidak menguasai pangsa pasar lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha (monopoli), tetapi dalam praktiknya dapat melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Hal ini dapat terjadi tergantung korelasi penguasaan pangsa pasar suatu pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi dibandingkan dengan sisa pangsa pasar yang dimiliki oleh pesaing-pesaingnya.

Misalnya, kalau pelaku usaha A mempunyai pangsa pasar 40%, sementara pangsa pasar pesaingnya tersebar kecil-kecil dikuasai oleh 6 pelaku usaha dengan penguasaan pangsa pasar masing-masing 10%, yaitu pelaku usaha B menguasai 10%, C10%, D 10%, E 10%, F 10% dan Pelaku usaha G menguasai 10%. Jadi, jika struktur pasar yang demikian, maka Pelaku usaha A yang mempunyai pangsa pasar 40% dapat dikatakan sebagai pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dibandingkan dengan penguasaan pangsa pasar pesaingnya masing-masing menguasai 10%.⁹⁵

Dalam hal ini, jika pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar 40% tersebut bersedia, dia dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat di pasar yang bersangkutan. Dengan demikian, ketentuan penetapan penguasaan pasar lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha dan

⁹⁵ Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*, (Jakarta: Elex Media Komputindo, 2007), hlm. 196.

penguasaan pangsa pasar lebih dari 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha tidak berlaku mutlak, karena penguasaan pangsa pasar di bawah 50% untuk pasar monopoli dan di bawah 75% untuk pasar oligopoli yang ditetapkan oleh Pasal 25 ayat 2 UU No. 5 dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat, tergantung berapa sisa pangsa pasar yang dimiliki oleh pesaing-pesaingnya. Oleh karena itu, Heermann mengatakan bahwa posisi dominan tidak harus berarti pangsa pasar paling sedikit 50% atau 75%.⁹⁶

2. Kemampuan keuangan

Salah satu unsur yang menyatakan bahwa suatu pelaku usaha mempunyai posisi dominan adalah apabila pelaku usaha mempunyai keuangan yang lebih besar (kuat) dibandingkan dengan keuangan pelaku usaha pesaingnya. Pengertian kemampuan keuangan suatu pelaku usaha dapat dipahami khususnya kemampuan ekonomi pelaku usaha tersebut yang pada pokoknya mempunyai kemungkinan keuangan. Artinya, kemampuan keuangan yang dimiliki sendiri, untuk melakukan investasi sejumlah uang tertentu dan mempunyai akses menjual kepada pasar modal.⁹⁷

Secara sederhana, dilihat dari keberadaan pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi (besar) dibandingkan dengan pelaku usaha pesaingnya, pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi akan mempunyai keuangan yang lebih besar dibandingkan dengan pelaku usaha pesaingnya. Karena presentase nilai jual atau beli yang lebih tinggi atas suatu barang atau jasa tertentu dibandingkan dengan nilai jual atau beli pesaing-pesaingnya akan menunjukkan ke kemampuan keuangan yang lebih kuat atau lebih besar.

Salah satu tanda yang paling penting untuk meneliti kemampuan keuangan suatu pelaku usaha adalah yang disebut dengan cash flow. Artinya, jumlah keuntungan suatu pelaku usaha dalam suatu periode tertentu. Juga yang sangat signifikan adalah omset pelaku usaha serta perbandingan modal dasarnya.⁹⁸ Kemampuan keuangan pelaku usaha tersebut harus dibandingkan dengan data-data kemampuan keuangan pesaing-pesaingnya pada pasar yang bersangkutan untuk menetapkan, bahwa pelaku usaha tersebut mempunyai kemampuan keuangan yang lebih kuat.

Jadi, faktor-faktor menetapkan pelaku usaha mempunyai keuangan yang kuat dapat dilihat dari:⁹⁹

⁹⁶ Lihat Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 41.

⁹⁷ Emmerich Voelker, *Kartellrecht 8. Auflage*, (Muenchen: C.H. Beck Verlag, 2001), hlm. 189.

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 190.

⁹⁹ Lihat Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 42.

- a. Modal dasar;
- b. Cash flow;
- c. Omset;
- d. Keuntungan;
- e. Batas kredit; dan
- f. Akses ke pasar keuangan nasional dan internasional.

3. Kemampuan akses pada pasokan atau penjualan

Unsur kemampuan mengatur pasokan atau penjualan adalah salah satu ciri pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan. Kemampuan ini dapat dilakukan oleh suatu pelaku usaha biasanya, apabila pelaku usaha tersebut mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi dibandingkan dengan pangsa pasar pesaing-pesaingnya. Oleh karena itu penilaian atau penetapan pangsa pasar pelaku usaha pada pasar bersangkutan sangat penting. Untuk itu, pengertian pangsa pasar harus dimengerti terlebih dahulu, yaitu persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu.

Jika pangsa pasar pelaku usaha sudah ditetapkan mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi daripada pesaingnya, maka dapat ditentukan apakah pelaku usaha yang menguasai pangsa pasar dalam persentase tertentu dapat melakukan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan, yaitu melalui kemampuan pengaturan jumlah pasokan atau penjualan barang tertentu di pasar yang bersangkutan. Kemampuan pengaturan pasokan atau penjualan barang atau jasa tertentu menjadi salah satu bukti bentuk penyalahgunaan posisi dominan yang dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan. Akibatnya adalah pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan menguasai pasar dan pesaingnya tidak dapat bersaing pada pasar yang bersangkutan.

4. Kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan

Kemampuan pelaku usaha untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu pada pasar yang bersangkutan menjadi salah satu unsur dalam pengertian posisi dominan yang ditetapkan di dalam Pasal 1 angka 4. Pada prinsipnya kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan atas suatu barang atau jasa tertentu pada pasar yang bersangkutan mempunyai kesamaan dengan kemampuan mengatur pasokan atau penjualan barang atau jasa tertentu. Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan mempunyai kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan pada pasar yang bersangkutan. Oleh karena itu, penetapan siapa pelaku usaha yang mempunyai

posisi dominan pada pasar yang bersangkutan penting untuk dilakukan.

Tabel Posisi Dominan Menurut Pasal 1 Angka 4 UU No.5 Tahun 1999

Pasal 1 Angka 4	Perusahaan A	Perusahaan B	Perusahaan C	Perusahaan D	Perusahaan E	Perusahaan F	Perusahaan G
Pangsa Pasar	40%	10%	10%	10%	10%	10%	10%
Kemampuan Keuangan	Lebih besar daripada semua pesaingnya	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G
Akses Pasokan atau Penjualan	Lebih besar daripada masing-masing pesaingnya	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G
Kemampuan Pasokan/ Mempengaruhi Penjualan	Lebih besar dan dapat mempengaruhi penjualan bahkan dapat menentukan harga	Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G	Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G
Penilaian atau hasil	Mempunyai posisi dominan	Tak mampu bersaing dengan perusahaan A	Tak mampu bersaing dengan perusahaan A	Tak mampu bersaing dengan perusahaan A	Tak mampu bersaing dengan perusahaan A	Tak mampu bersaing dengan perusahaan A	Tak mampu bersaing dengan perusahaan A

Syarat yang ditetapkan oleh Pasal 1 angka 4 U No. 5/1999 yang penting adalah, bahwa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya dalam kaitan pangsa pasar, kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, dan kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu. Oleh karena itu menurut hukum hanya satu pesaing (yang mempunyai posisi dominan) yang dapat menguasai posisi dominan di pasar bersangkutan.¹⁰⁰

Namun UU No. 5/1999 tidak menjelaskan apakah syarat-syarat tersebut harus dipenuhi oleh suatu pelaku usaha secara kumulatif atau tidak. Artinya, apakah jika salah satu syarat tersebut dimiliki oleh pelaku usaha dapat dinyatakan bahwa pelaku usaha tersebut sudah mempunyai posisi dominan. Akan tetapi salah satu ciri-ciri pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah, jika pelaku usaha tersebut dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat pada pasar

¹⁰⁰ Lihat Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 41.

yang bersangkutan secara mandiri/individu tanpa memperhitungkan pesaing-pesaingnya. Kedudukan seperti ini karena kepemilikan pangsa pasarnya, atau karena kepemilikan pangsa pasar ditambah dengan kemampuan pengetahuan teknologinya, bahan baku atau modal, sehingga pelaku usaha tersebut mempunyai kekuasaan untuk menentukan harga atau mengontrol produksi atau pemasaran terhadap bagian penting dari produk-produk yang diminta. Karenanya, keadaan suatu pasar yang dapat dipengaruhi oleh satu pelaku usaha secara mandiri, karena pelaku usaha tersebut mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi daripada pesaingnya dan kemampuan keuangan yang lebih kuat dari pada pesaingnya, serta mampu menetapkan harga dan mengatur pasokan barang di pasar yang bersangkutan. Dengan demikian, akibat tindakan pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut pasar menjadi terdistorsi. Pelaku usaha tersebut secara independen dapat mempengaruhi pasar akibat penyalahgunaan posisi dominannya.¹⁰¹

Posisi dominan dapat dimiliki oleh satu pelaku usaha sebagaimana disebut di atas, yaitu yang disebut dengan monopolist (Pasal 25 Ayat (2) huruf a UU No. 5/1999), jika satu pelaku usaha tidak pesaing pada pasar yang bersangkutan atau jika pelaku usaha tersebut mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi daripada pesaingnya. Posisi dominan dapat juga dikuasai oleh dua atau lebih pelaku usaha yang disebut dengan oligopoli (Pasal 25 Ayat (2) huruf b UU No. 5/1999).

Oligopoli adalah dimana keadaan suatu pasar tertentu terdapat dua atau lebih pelaku usaha yang mempunyai kekuatan pasar yang hampir sama atau seimbang. Para oligopolist tersebut secara bersama-sama dapat menyalahgunakan posisi dominannya, sehingga mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan. Dengan demikian, para oligopolist tersebut tidak saling bersaing pada pasar yang bersangkutan. Sebaliknya, bahkan mereka menciptakan suatu kondisi dan menikmati, dimana mereka dapat mendominasi atau menjalankan pasar dalam perilaku yang sama, seperti seorang monopolist.

Adapun kriteria struktur oligopolist tersebut dapat ditinjau dari dua aspek, yaitu dari aspek obyektif dan subyektif:

Dari aspek obyektif, bahwa para oligopolist tersebut perilakunya satu sama lain saling tergantung. Ketergantungan ini khususnya berdasarkan terbatasnya (sedikitnya) jumlah pelaku usaha pada pasar yang bersangkutan. Pada struktur pasar yang oligopolis, jika suatu perubahan perilaku mempengaruhi, khususnya dalam masalah harga, tidak hanya permintaan terhadap pelaku usaha yang berubah dapat terpenuhi, tetapi juga terhadap anggota oligopolist.

¹⁰¹ Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Edisi VII, (Portland: Oxford, 2000), hlm. 81.

Dari aspek subyektif, tergantung dari suatu pelaku usaha, apakah pelaku usaha tersebut tergantung kepada pelaku usaha lain. Dalam hal ini, jika pelaku usaha tersebut mempertimbangkan keputusan mengenai harga jual, jumlah penawaran, peningkatan kapasitas produksi atau kegiatan perusahaan, bagaimana pesaing-pesaingnya nantinya memberikan reaksi terhadap keputusannya. Dalam hal ini para oligopolist tidak melakukan tindakannya berdasarkan suatu perjanjian, melainkan suatu tindakan paralel yang murni tanpa perjanjian. Demikian ditetapkan di dalam salah satu keputusan Komisi Uni Eropa dalam menetapkan pentingnya ciri-ciri perilaku yang saling menyesuaikan berdasarkan Pasal 81 ayat 1 EEC Treaty, yaitu bukan suatu perjanjian yang rahasia yang menentukan, tetapi kebersamaan kemauan para pelaku usaha untuk membatasi persaingan di antara mereka. Jadi, pertama-tama ada kesadaran para oligopolist dari ketergantungan yang satu dengan yang lain, keputusan kebijakan pasar mereka mengarah kepada perilaku oligopolistik.¹⁰²

Oleh karena itu, salah satu kriteria apakah para oligopolist mempunyai posisi dominan atau tidak, dapat dilihat dari jumlah penguasaan pangsa pasarnya dan produknya. Pada produk yang homogen, para pelaku usaha cenderung melakukan penyesuaian koordinasi perilaku, khususnya dalam menetapkan harga jualnya kepada konsumen. Perilaku ini dianggap seperti perilaku pasar monopolis yang menghambat persaingan usaha di pasar yang bersangkutan. Oleh karena itu, pengertian posisi dominan Pasal 1 angka 4 menetapkan unsur-unsur yang perlu diteliti apakah pelaku usaha mempunyai posisi dominan atau tidak.

Sebelum pelaku usaha ditetapkan mempunyai posisi dominan, KPPU terlebih dahulu harus melakukan investigasi terhadap pasar yang bersangkutan. KPPU dalam melakukan investigasi tersebut harus melakukan pembatasan pasar bersangkutan. Pembatasan pasar ada tiga; 1) pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan produk (market product) atau disebut juga secara obyektif atau faktual; 2) pembatasan pasar bersangkutan secara geografis atau menurut wilayah; dan 3) pembatasan pasar menurut waktu.

Metode pertama dan kedua merupakan satu kesatuan dalam pelaksanaan investigasi pasar bersangkutan sedangkan pembatasan pasar bersangkutan menurut waktu, dilakukan hanya pada waktu tertentu, yaitu pada even-even tertentu. Misalnya pada pekan raya, pada saat penyelenggaraan olimpiade, dan lainnya. Metode yang ketiga hampir tidak pernah dilakukan, karena hanya bersifat sementara, yaitu hanya selama even tertentu berlangsung.

¹⁰² *Ibid.*, hlm. 45.

a. Pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan produk

Pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan produk atau secara obyektif adalah di mana terdapat barang dan atau jasa yang sama atau sejenis, termasuk substitusinya. Pasal 1 angka 10 UU No. 5/1999 tidak memberikan penjelasan dan tidak ada petunjuk khusus mengenai barang yang sama atau sejenis serta barang substitusi. Untuk dapat menentukan, apakah suatu barang dengan barang yang lain dapat dinyatakan sama atau dapat dinyatakan menjadi substitusi terhadap barang tertentu, perlu dilihat dari 4 aspek, yaitu a) bentuk lahiriah dan sifat barang tersebut; b) fungsi barang tersebut, c) harga barang tersebut; dan d) fleksibilitas barang tersebut bagi konsumen.

1) Bentuk dan sifat barang

Bentuk dan sifat fisik suatu barang merupakan petunjuk pertama dalam mengidentifikasi apakah suatu produk satu pasar atau satu produk secara obyektif. Dikatakan secara objektif, karena produk yang berbeda tersebut dilihat secara fisik apakah bentuk dan sifat barang tersebut sama atau tidak. Misalnya apakah soft drink Coca Cola dapat dianggap barang yang sama dengan Pepsi? Kalau ya, maka Coca Cola dengan Pepsi adalah produk yang saling bersaing. Dalam hal ini Coca Cola dengan Pepsi adalah satu pasar, karena dilihat dari aspek sifat minumannya.

2) Fungsi barang

Dilihat dari fungsi barang, apakah suatu barang atau produk dengan barang atau produk yang lain (berbeda) tersebut mempunyai fungsi yang sama bagi konsumen. Misalnya Coca Cola dan Pepsi mempunyai fungsi yang sama bagi konsumen, yaitu untuk menghilangkan rasa haus. Dilihat dari aspek fungsi barang tersebut, maka Coca Cola dengan Pepsi adalah satu produk. Artinya, satu pasar bersangkutan.

3) Harga

Unsur yang paling penting dalam menentukan apakah suatu produk dengan produk yang lain dinyatakan sama atau dapat sebagai barang pengganti adalah harga. Misalnya harga Coca Cola satu botol Rp 4000, sedangkan harga Pepsi satu botol Rp 3900, maka Coca Cola dengan Pepsi dapat dikatakan satu barang yang sama atau sebagai barang pengganti. Akan tetapi kalau harga Coca Cola satu botol Rp 10.000, sedangkan harga Pepsi satu botol hanya Rp 5.000, maka Coca Cola dengan Pepsi bukan satu barang yang sama, atau Pepsi tidak dapat disebut sebagai barang Coca Cola.

4) Fleksibilitas barang bagi konsumen

Unsur keempat dalam menentukan apakah suatu produk dapat dinyatakan sebagai barang yang sama atau pengganti bagi produk yang lain adalah fleksibilitas kebutuhan barang tersebut bagi konsumen. Ini disebut juga konsep kebutuhan konsumen. Misalnya, apakah mie dapat menjadi barang substitusi terhadap beras. Artinya jika beras habis di pasar, apakah konsumen bersedia beralih otomatis membeli mie sebagai penggantinya (*interchangeable*). Apakah dengan demikian kebutuhan konsumen dapat dipuaskan oleh mie tersebut. Oleh karena itu, apakah suatu barang tertentu sama dengan barang yang lain, atau sejenis atau dapat sebagai barang substitusi biasanya dilihat dari aspek kebutuhan konsumen yang diselidiki kasus per kasus. Dalam hal ini aspek penilaian konsumen sangat penting, karena konsumen membeli suatu produk untuk kebutuhannya.

b. Pembatasan pasar bersangkutan secara geografis

Selain pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan produk atau secara obyektif, untuk menentukan apakah suatu perusahaan mempunyai posisi dominan, penilaian pembatasan pasar bersangkutan secara geografis merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan. Menurut pasal 1 No. 10 UU No. 5/1999, pasar bersangkutan dari segi daerah adalah jangkauan atau daerah pemasaran tertentu. Pembatasan pasar bersangkutan secara geografis ditentukan sejauh mana produsen memasarkan produknya seluas itulah dihitung produsen yang memasarkan barang/produk di wilayah tersebut. Fungsi pembatasan pasar secara geografis adalah untuk menghitung pangsa pasar bersangkutan secara obyektif di sekitar wilayah di mana barang tersebut dipasarkan.

Oleh karena itu dapat terjadi, bahwa pasar suatu barang tertentu dapat mencapai pasar regional, nasional, internasional, dan bahkan pasar global. Akan tetapi UU No. 5/1999 sudah membatasi penerapannya hanya di dalam negeri saja. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 1 No. 5: "Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan berbagai kegiatan usaha dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia". Dari ketentuan pasal 1 No. 5 tersebut dapat disimpulkan, bahwa jangkauan penerapan UU Antimonopoli tersebut maksimum seluas wilayah Indonesia saja.

Namun demikian, KPPU telah menetapkan bahwa jangkauan penerapan UU No. 5/1999 tidak terbatas seluas wilayah Indonesia dimana pelaku usaha mempunyai kedudukan hukumnya, tetapi juga pelaku usaha

yang mempunyai kedudukan hukum di luar wilayah Indonesia, tetapi perilaku pelaku usaha tersebut mempunyai dampak terhadap persaingan usaha di pasar Indonesia.

Misalnya dalam kasus Temasek Group, KPPU memutuskan bahwa Temasek Holdings dan anak perusahaannya dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar UU No. 5/1999 walaupun Temasek Group tersebut tidak melakukan kegiatan usaha di Indonesia, tetapi mempunyai dampak persaingan di pasar Indonesia (Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007).

Setelah ditetapkan pasar produk suatu barang tertentu, kemudian ditetapkan pasar geografis produk tersebut, yaitu seluas mana produk-produk yang sama dan barang penggantinya dipasarkan, maka seluas wilayah itulah dihitung berapa jumlah pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha di wilayah tersebut, dan berapa pangsa pasar masing-masing pelaku usaha. Dari pasar geografis ini dapat disimpulkan bahwa pelaku usaha yang mana yang menguasai pangsa pasar di wilayah tersebut itulah yang mempunyai posisi dominan di wilayah tersebut (*geographic market*).

Penyalahgunaan Posisi Dominan

Pelaku usaha mempunyai posisi dominan tidak dilarang oleh UU No. 5/1999, asalkan pencapaian posisi dominan tersebut dilakukan melalui persaingan usaha yang sehat atau fair. Yang dilarang oleh UU No. 5/1999 adalah apabila pelaku usaha tersebut menyalahgunakan posisinya.

Bentuk-bentuk penyalahgunaan posisi dominan atau hambatan-hambatan persaingan usaha yang dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah ditetapkan di dalam Pasal 25 ayat 1 dan Pasal 19. Meskipun ada yang berpendapat bahwa Pasal 19 dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang tidak mempunyai posisi dominan, tetapi ketentuan Pasal 19 mempunyai kesamaan dengan ketentuan Pasal 25 ayat 1 UU No. 5/1999.

Pasal 25 ayat 1 menetapkan, bahwa pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan, baik secara langsung maupun tidak langsung untuk: 1) mencegah atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing dari segi harga maupun kualitas; atau 2) membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau 3) menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar yang bersangkutan.

1. Mencegah atau menghalangi konsumen

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat melakukan suatu tindakan untuk mencegah atau menghalangi konsumen untuk memperoleh

barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas dengan menetapkan syarat perdagangan. Syarat utama yang harus dipenuhi oleh ketentuan Pasal 25 ayat 1 huruf a adalah syarat perdagangan yang dapat mencegah konsumen memperoleh barang yang bersaing baik dari segi harga maupun dari segi kualitas.¹⁰³ Dapat disimpulkan bahwa konsumen telah mempunyai hubungan bisnis dengan pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan.

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat mengontrol konsumen atau pembeli untuk tidak membeli barang dari pesaingnya. Biasanya konsumen tersebut ada ketergantungan terhadap pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan. Posisi dominan pelaku usaha yang dapat mencegah konsumen untuk tidak memperoleh barang atau jasa dari pesaing pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah sangat kuat. Dikatakan sangat kuat, karena pelaku usaha tersebut dapat mengontrol perilaku konsumen tersebut untuk tidak membeli barang yang bersaing dari pesaing pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut.

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan juga dapat mengontrol konsumen/pembeli tersebut karena pelaku usaha tersebut menetapkan syarat-syarat perdagangan di depan, yaitu pada waktu konsumen/pembeli mengadakan hubungan bisnis dengan pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut. Hal ini memang agak jarang ditemukan di dalam aturan hukum persaingan usaha negara lain. Yang sering terjadi adalah bahwa pelaku usaha posisi dominan menolak pelaku usaha yang lain (pembeli) untuk mendapatkan barang dari pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut (*refusal to deal*).

Satu contoh dalam Putusan KPPU Perkara No. 06/KPPU-L/2004 ditetapkan bahwa PT ABC ditetapkan menyalahgunakan posisi dominannya dengan melakukan program geser kompetitor (PGK). PT Arta Boga Cemerlang (PT ABC) ditetapkan mempunyai posisi dominan karena menguasai 88,73% pangsa pasar baterai manganese AA secara nasional.

Contoh lain dalam kasus Carrefour, KPPU menetapkan dalam putusannya bahwa Carrefour terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a UU No. 5/1999, karena menetapkan syarat perdagangan yang mengakibatkan pelaku usaha pemasok tidak dapat memasok produknya ke Carrefour.

2. Membatasi pasar dan pengembangan teknologi

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat membatasi pasar. Pengertian membatasi pasar di dalam ketentuan ini tidak dibatasi.

¹⁰³ Lihat Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 357.

Pengertian membatasi pasar yang dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan sebagai penjual atau pembeli dapat diartikan dimana pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan mempunyai kemungkinan besar untuk mendistorsi pasar yang mengakibatkan pelaku usaha pesaingnya sulit untuk dapat bersaing di pasar yang bersangkutan. Bentuk-bentuk membatasi pasar dapat dilakukan berupa melakukan hambatan masuk pasar (*entry barrier*), mengatur pasokan barang di pasar atau membatasi peredaran, dan atau penjualan barang dan atau jasa di pasar yang bersangkutan dan melakukan jual rugi yang akan menyingkirkan persaingnya dari pasar. Termasuk melakukan perjanjian tertutup dan praktik diskriminasi dapat dikategorikan suatu tindakan membatasi pasar.

Misalnya definisi diskriminasi tidak ada ditetapkan di dalam UU No. 5/1999. Secara umum tindakan diskriminasi dapat diartikan bahwa seseorang atau pelaku usaha memperlakukan pelaku usaha lain secara istimewa, dan pihak lain pelaku usaha lain tidak boleh menikmati keistimewaan tersebut, atau ditolak. Atau pelaku usaha yang menguasai suatu fasilitas jaringan teknologi tertentu (*essential facilities doctrine*) yang seharusnya dapat dibagikan kepada pelaku usaha pesaingnya asal tidak mengganggu sistem jaringan teknologi tersebut jika dibagikan kepada pelaku usaha pesaingnya. Tentu pelaku usaha yang menikmati jaringan teknologi harus membayar sejumlah uang sebagai ganti rugi penggunaan jaringan tersebut.

Penyalahgunaan yang lain yang diatur di dalam 25 ayat 1 b adalah membatasi pengembangan teknologi. Sebenarnya pengembangan teknologi merupakan hak monopoli pelaku usaha tertentu yang menemukannya menjadi hak atas kekayaan intelektual penemunya.¹⁰⁴ Hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5/1999 yang mengecualikan hak atas kekayaan intelektual. Oleh karena itu, pengertian pembatasan pengembangan teknologi harus diinterpretasikan sebagai upaya pelaku usaha tertentu terhadap pengembangan teknologi yang dilakukan oleh pelaku usaha pesaingnya untuk meningkatkan produksi barang baik segi kualitas maupun kuantitas.

3. Menghambat pesaing potensial

Bentuk penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah menghambat pelaku usaha yang lain yang berpotensi menjadi pesaing di pasar yang bersangkutan. Ketentuan ini ada kesamaan dengan larangan Pasal 19 huruf a yang menetapkan menolak dan atau menghalangi pelaku usaha

¹⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 359.

tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan. Di dalam hukum persaingan usaha dikenal apa yang disebut dengan pesaing faktual dan pesaing potensial.¹⁰⁵ Pesaing faktual adalah pelaku usaha-pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha yang sama di pasar yang bersangkutan. Sedangkan pesaing potensial adalah pelaku usaha yang mempunyai potensi yang ingin masuk ke pasar yang bersangkutan, baik oleh pelaku usaha dalam negeri maupun pelaku usaha dari luar negeri. Hambatan masuk pasar bagi pesaing potensial yang dilakukan oleh perusahaan swasta dan hambatan masuk pasar oleh karena kebijakan-kebijakan Negara atau pemerintah.

Hambatan masuk pasar oleh pelaku usaha posisi dominan swasta adalah penguasaan produk suatu barang, mulai proses produksi dari hulu ke hilir hingga pendistribusian, sehingga perusahaan tersebut demikian kokoh pada sektor tertentu mengakibatkan pelaku usaha potensial tidak mampu masuk ke pasar yang bersangkutan.

Sedangkan hambatan masuk pasar akibat kebijakan negara atau pemerintah ada dua, yaitu hambatan masuk pasar secara struktur dan strategis. Hambatan masuk pasar secara struktur adalah dalam kaitan sistem paten dan lisensi. Sedangkan hambatan masuk pasar secara strategis adalah kebijakan-kebijakan yang memberikan perlindungan atau perlakuan khusus bagi pelaku usaha tertentu. Akibatnya, pesaing potensial tidak dapat masuk ke dalam pasar.¹⁰⁶ Jadi, di dalam hukum persaingan usaha ukuran yang sangat penting adalah bahwa pesaing potensial bebas keluar masuk ke pasar yang bersangkutan.

Selain pelaku usaha yang dominan dapat melakukan penyalahgunaan posisi dominannya sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 25 ayat 1 tersebut, pelaku usaha tersebut dapat juga melakukan perilaku yang diskriminatif, baik diskriminasi harga dan non harga dan jual rugi (*predatory pricing*).

Sedangkan larangan Pasal 19 disebut dengan penguasaan pasar. Penguasaan pasar adalah suatu proses pelaku usaha untuk menguasai pasar, baik yang dilakukan secara sendirian maupun secara bersama dengan pelaku usaha yang lain. Akibat dari pencapaian terhadap penguasaan pasar, maka pelaku usaha tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa:

- a. Menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan yang sama pada pasar yang bersangkutan; atau

¹⁰⁵ Udin Silalahi, *Perusahaan Saling...*, hlm. 220.

¹⁰⁶ *Ibid.*, hlm. 223.

- b. Menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan dengan pelaku usaha pesaingnya itu; atau membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar yang bersangkutan; atau
- c. Melakukan praktik diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.

Hambatan persaingan usaha sebagaimana dimaksud Pasal 19 sebagian sudah diatur di dalam Pasal 25 ayat 1 UU No. 5/1999, seperti ketentuan Pasal 19 huruf a telah diatur di dalam Pasal 25 ayat 1 huruf c. Ketentuan Pasal 19 huruf b melarang pelaku usaha menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya itu. Hal yang hampir sama juga diatur di dalam Pasal 25 ayat 1 huruf a yang menetapkan, bahwa pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan, baik secara langsung maupun tidak langsung untuk menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas.

Demikian juga tentang pembatasan pasar diatur di dalam Pasal 19 huruf c, yaitu pelaku usaha dilarang melakukan suatu kegiatan untuk membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan jasa pada pasar yang bersangkutan, diatur hal yang hampir sama di dalam Pasal 25 ayat 1 huruf b, yang berbunyi: “pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominannya untuk membatasi pasar dan pengembangan teknologi”.

Hubungan Afiliasi dengan Pelaku Usaha lain

Salah satu penilaian posisi dominan suatu pelaku usaha dapat juga dinilai dari afiliasi suatu pelaku usaha dengan pelaku usaha yang lain. Hubungan terafiliasi ini diatur didalam Pasal 26 tentang jabatan rangkap dan Pasal 27 tentang Kepemilikan Saham Silang UU No. 5/1999.

1. Jabatan rangkap

Hubungan afiliasi melalui jabatan rangkap ini dapat memberikan pengaruh terhadap perilaku pelaku usaha yang diafiliasi. Pasal 26 melarang komisaris dan direksi suatu perusahaan merangkap jabatan di perusahaan yang lain apabila perusahaan-perusahaan tersebut;

- a) berada dalam pasar bersangkutan yang sama; atau
- b) memiliki keterkaitan yang erat dalam bidang dan atau jenis usaha; atau
- c) secara bersama dapat menguasai pangsa pasar barang dan atau jasa tertentu, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Prinsip ketentuan Pasal 26 tersebut tidak melarang mutlak jabatan

rangkap. Jabatan rangkap baru dilarang apabila akibat jabatan rangkap tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (rule of reason).

Penilaian terhadap jabatan rangkap biasanya dilakukan pada proses merger atau akuisisi saham perusahaan. Jika perusahaan melakukan pengambilalihan saham perusahaan yang lain, dan akibat pengambilalihan saham tersebut ditempatkan Komisaris atau Direksi, maka penempatan tersebut dapat dinilai, apakah nanti dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat di pasar yang bersangkutan atau tidak, maka dinilai kembali melalui besarnya saham yang dimiliki dan pangsa pasar yang dikuasai oleh pelaku usaha yang mengambilalih dan pangsa pasar yang diambilalih (secara horizontal). Artinya, pelaku usaha yang mengambilalih dan yang diambilalih berada pada pasar bersangkutan yang sama (Pasal 26 huruf a UU No. 5/1999).

Selain itu, jabatan rangkap juga dapat terjadi di dua perusahaan yang tidak bergerak di bidang usaha yang sama, melainkan adanya keterkaitan usaha dalam proses produksi barang tersebut dari pasar hulu sampai ke pasar hilir. Ini disebut perusahaan-perusahaan memiliki keterkaitan yang erat dalam bidang dan atau jenis usaha (Pasal 26 huruf b UU No. 5/1999).

Contoh jabatan rangkap: PT Garuda Indonesia mempunyai saham 95% di PT Abacus, maka PT Garuda Indonesia menempatkan dua orang direksinya merangkap jabatan di PT Abacus, yaitu Emirsyah Satar dan Wiradharma Bagus Oka sebagai Komisaris di PT Abacus Indonesia. PT Garuda dinyatakan sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 26 UU No. 5/1999, karena keberadaan Emirsyah Satar dan Wiradharma ikut menentukan kebijakan *dual access* yang mengharuskan travel agent untuk mengakses sistem Abacus untuk pasar domestik, padahal Abacus adalah untuk pasar internasional (Putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2003 tentang Garuda Indonesia).

Selain itu, jabatan rangkap tersebut juga ditentukan oleh pangsa pasar perusahaan-perusahaan dimana seseorang merangkap jabatan sebagai Direksi atau sebagai Komisaris (Pasal 26 huruf c UU No. 5/1999). Ketentuan pangsa pasar pelaku usaha dua atau tiga pelaku usaha ditetapkan mempunyai posisi dominan jika dua atau tiga pelaku usaha secara bersama-sama menguasai pangsa pasar lebih dari 75%. Penerapan Pasal 26 juga tergantung penguasaan pangsa pasar atau posisi dominan pelaku usaha tersebut dimana seseorang menduduki jabatan secara bersamaan sebagai Direksi atau Komisaris.

Seseorang yang menjabat di suatu perusahaan sebagai Komisaris atau Direktur dan pada waktu bersamaan menjabat juga di perusahaan yang lain baik sebagai Komisaris atau Direktur, maka jabatan rangkap tersebut (*interlocking directors*) yang demikian dapat mempengaruhi persaingan usaha dalam berbagai cara. Misalnya, akibat seseorang menduduki jabatan rangkap di dua perusahaan, maka orang tersebut dapat melakukan pengawasan administratif dimana keputusan sehubungan dengan investasi dapat melahirkan strategi bersama terhadap kedua perusahaan sehubungan dengan harga, alokasi pasar dan kegiatan lainnya.¹⁰⁷

Jadi, jabatan rangkap Direksi atau Komisaris oleh seseorang dapat menimbulkan hambatan persaingan usaha bagi pelaku usaha pesaingnya, karena para pelaku usaha yang dipimpin oleh orang tersebut akan menimbulkan perilaku yang sama ke pasar yang mengakibatkan pelaku usaha tersebut dapat bertindak sebagai satu pelaku usaha. Perilaku seperti ini dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat di pasar yang bersangkutan, bahkan merugikan pesaing-pesaingnya.

2. Kepemilikan saham silang

Hubungan afiliasi pelaku usaha yang satu dengan yang lain dapat dilihat dari aspek kepemilikan saham suatu pelaku usaha di dua atau lebih pelaku usaha yang bergerak di bidang usaha yang sama atau dengan pelaku usaha yang lain.

Ketentuan Pasal 27 menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas¹⁰⁸ pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar yang bersangkutan yang sama, atau mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan yang apabila mengakibatkan: a) Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; b) Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Berdasarkan ketentuan Pasal 27 tersebut, pelaku usaha yang menguasai saham mayoritas di beberapa pelaku usaha dan mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% untuk monopolis dan lebih dari 75% untuk oligopolis dapat mengakibatkan posisi dominan. Kepemilikan saham mayoritas yang dimiliki oleh satu pelaku usaha di beberapa perusahaan

¹⁰⁷ Lihat Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 366.

¹⁰⁸ Konsep dasar saham mayoritas adalah penguasaan saham lebih dari 50%. Akan tetapi di dalam Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 saham mayoritas diartikan jika pemegang saham tersebut dapat mengendalikan suatu perusahaan.

harus dibuktikan terlebih dahulu,¹⁰⁹ kemudian dengan pembuktian penguasaan pangsa pasar di pasar yang bersangkutan. Setelah pelaku usaha menguasai saham mayoritas, baru dibuktikan apakah menguasai pangsa pasar lebih dari 50% atau lebih dari 75%, yaitu apa yang disebut dengan posisi dominan. Jika pelaku usaha sudah terbukti mempunyai posisi dominan, maka langkah berikutnya adalah membuktikan apakah posisi dominan tersebut disalahgunakan yang mengakibatkan pasar menjadi terganggu.

Contoh kasus yang paling tepat yang diputuskan oleh KPPU dalam kasus kepemilikan saham silang adalah dalam Putusan Perkara No. 05/KPPU-L/2002 tentang Kasus Cineplex 21, di mana induk perusahaan, yaitu PT Nusantara Sejahtera Raya mempunyai hubungan terafiliasi dengan anak perusahaannya, karena mempunyai saham lebih dari 50%, yaitu 98% di PT Intra Mandiri dan 70% di PT Wedu Mitra.

Oleh karena itu, KPPU menetapkan PT Nusantara Sejahtera Raya terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 27 UU No. 5/1999, yaitu memiliki saham mayoritas: a.) Di 8 (delapan) perusahaan perbioskopian, yaitu PT Kartika Insani Raya, PT Gading Adi Permai, PT Sanggar Usaha Mandiri, PT Pan Mitra Sembada, PT LIA Anugrah Semesta, PT Perisai Permata Buana, PT Kharisma Maju Abadi, dan PT Intra Mandiri dan melalui 2 dari 8 perusahaan tersebut adalah memiliki saham mayoritas di 3 perusahaan perbioskopian lainnya. b.) Di dua perusahaan perbioskopian di Surabaya yaitu di PT Intra Mandiri sebesar 98% dan PT Wedu Mitra sebesar 70%. Akibat kepemilikan saham mayoritas tersebut PT Nusantara Sejahtera Raya mempunyai posisi dominan di pasar bersangkutan dan KPPU memerintahkan kepada PT Nusantara Sejahtera Raya untuk mengurangi kepemilikan sahamnya di PT Intra Mandiri dan atau di PT Wedu Mitra.

Jadi, suatu posisi dominan suatu pelaku usaha tidak saja ditentukan sebagaimana oleh Pasal 25, tetapi juga dapat ditentukan oleh karena jabatan rangkap sebagaimana diatur di dalam Pasal 26 dan kepemilikan saham silang sebagaimana diatur di dalam Pasal 27 UU No. 5/1999. Oleh karena itu, ketiga pasal ini ditempatkan pada Bab Posisi Dominan di dalam struktur ketentuan UU No. 5/1999. Penilaian terhadap Pasal 26 dan Pasal 27 apakah jabatan rangkap dan kepemilikan saham silang, tetap dipengaruhi struktur pasar yang bersangkutan, yaitu apakah akibat jabatan rangkap dan kepemilikan silang mempunyai posisi dominan,

¹⁰⁹ Hikmahanto Juwana, *Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi Dominan dan Kepemilikan Silang*, (Jakarta: CSIS, 2008), hlm. 211.

sehingga akibat posisi dominan yang dimiliki adalah penyalahgunaan posisi dominannya melalui jabatan rangkap dan kepemilikan saham silang lebih efektif untuk mendistorsi pasar yang bersangkutan.

Jadi, ketentuan Pasal 27 UU No. 5/1999 walaupun menurut ketentuan UU No. 5/1999 bersifat *per se illegal*, maka sebaiknya dalam penerapannya digunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini untuk memberikan konsistensi di antara ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17, Pasal 18 dengan Pasal 25 dan Pasal 27 UU No. 5/1999.¹¹⁰ Demikian juga Hikmahanto berpendapat bahwa larangan dalam Pasal 27 termasuk dalam kategori larangan berdasarkan *rule of reason*, dan bukan *per se illegal*.¹¹¹

Jadi, walaupun ketentuan Pasal 27 secara normatif bersifat *per se*, tetapi di dalam praktiknya bersifat *rule of reason* sebagaimana telah diterapkan oleh KPPU pada kasus Temasek Group.

G. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)

Komisi Pengawasan Persaingan Usaha (KPPU) adalah lembaga independen yang dibentuk untuk mengawasi pelaksanaan Undang-Undang tentang Larangan Praktik Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Untuk mengawasi pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999 (UU Antimonopoli) dibentuklah KPPU yang didasarkan pada Pasal 34 UU No. 5 Tahun 1999 yang menginstruksikan bahwa pembentukan susunan organisasi, tugas, dan fungsi komisi ditetapkan melalui Keputusan Presiden. Komisi ini kemudian dibentuk berdasarkan Keppres No 75 Tahun 1999.

KPPU adalah komisi negara yang turut berperan mewujudkan perekonomian Indonesia yang efisien melalui penciptaan iklim usaha yang kondusif, yang menjamin adanya kepastian berusaha. Namun demikian, tidak berarti bahwa tidak ada lembaga lain yang berwenang menangani perkara monopoli dan persaingan usaha. Pengadilan Negeri (PN) dan Mahkamah Agung (MA) juga diberi wewenang untuk menyelesaikan perkara tersebut. PN diberi wewenang untuk menangani keberatan terhadap putusan KPPU dan menangani pelanggaran hukum persaingan yang menjadi perkara pidana karena tidak dijalkannya putusan KPPU yang sudah *in kracht*. MA diberi kewenangan untuk menyelesaikan perkara pelanggaran hukum persaingan apabila terjadi kasasi terhadap keputusan PN tersebut.

Sebagai suatu lembaga independen, dapat dikatakan bahwa kewenangan yang dimiliki Komisi ini sangat besar yang meliputi juga kewenangan yang

¹¹⁰ *Ibid.*, hlm. 137.

¹¹¹ *Ibid.*, hlm. 211.

dimiliki oleh lembaga peradilan. Kewenangan tersebut meliputi penyidikan, penuntutan, konsultasi, memeriksa, mengadili, dan memutus perkara.

1. Kedudukan KPPU dalam Sistem Ketatanegaraan

Dalam konteks ketatanegaraan, KPPU merupakan lembaga negara komplementer (*state auxiliary organ*)¹¹² yang mempunyai wewenang berdasarkan UU No 5 Tahun 1999 untuk melakukan penegakan hukum persaingan usaha. Secara sederhana, *state auxiliary organ* adalah lembaga negara yang dibentuk di luar konstitusi, dan merupakan lembaga yang membantu pelaksanaan tugas lembaga negara pokok (Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif)¹¹³ yang sering juga disebut dengan lembaga independen semu negara (quasi). Peran sebuah lembaga independen semu negara menjadi penting sebagai upaya responsif bagi negara-negara yang tengah transisi dari otoriterisme ke demokrasi.

Lembaga quasi tersebut menjalankan kewenangan yang sebenarnya sudah diakomodasi oleh lembaga negara yang sudah ada. Tetapi dengan keadaan ketidakpercayaan publik (*public distrust*) kepada eksekutif, maka dipandang perlu dibentuk lembaga yang sifatnya independen, dalam arti tidak merupakan bagian dari tiga pilar kekuasaan. Lembaga-lembaga ini biasanya dibentuk pada sektor-sektor cabang kekuasaan, seperti yudikatif (quasi-judicial), eksekutif (quasi-public) yang fungsinya bisa berupa pengawasan terhadap lembaga negara yang berada di sektor yang sama atau mengambilalih beberapa kewenangan lembaga negara di sektor yang sama.

Jika dibandingkan dengan *state auxiliary organ* lainnya, seperti KPK, maka terdapat persamaan dan perbedaan antara KPK dengan KPPU. Beberapa persamaan antara keduanya adalah: kedua komisi ini dibentuk berdasarkan ketentuan Undang-undang. KPK dibentuk dengan UU No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sedangkan KPPU dibentuk dengan UU No 5 tahun 1999. Namun demikian, sejalan dengan pemikiran Jimly Asshiddiqie, kedua komisi ini berbeda dalam hal kedudukan. KPK disebut sebagai Komisi Negara yang independen berdasarkan konstitusi atau yang memiliki *constitutional importance*. Hal ini dikarenakan meskipun pembentukan KPK dengan UU, namun keberadaan KPK memiliki sifat *constitutional importance* berdasarkan Pasal 24 ayat (3) UUD NRI 1945. Sedangkan KPPU merupakan lembaga independen lain yang dibentuk berdasarkan Undang-undang.¹¹⁴

¹¹² Budi L. Kagramanto, "Implementasi UU No 5 Tahun 1999 Oleh KPPU", dalam *Jurnal Ilmu Hukum Yustisia*, 2007, hlm. 2.

¹¹³ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, (Jakarta: Konpress, 2006), hlm. 24.

¹¹⁴ *Ibid.*, hlm. 24-26.

Perbedaan yang lain berkaitan dengan latar belakang pembentukan kedua komisi ini. KPK dibentuk sebagai respon tidak efektifnya Kepolisian dan Kejaksaan dalam memberantas korupsi yang semakin merajalela. Diharapkan dengan adanya KPK dapat mendorong penyelenggaraan Good Governance, sehingga keberadaan komisi sangat penting. Hanya saja perlu ada koordinasi dengan instansi yang memiliki kewenangan yang serupa. Sedangkan pembentukan KPPU bertujuan untuk menjamin iklim usaha yang kondusif dengan adanya persaingan yang sehat, sehingga ada kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil. Selain itu, komisi ini dibentuk juga untuk mendorong terciptanya efisiensi dan efektivitas dalam kegiatan usaha.

Selanjutnya, KPPU merupakan suatu organ khusus yang mempunyai tugas ganda selain menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha juga berperan untuk menciptakan dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif. Meskipun KPPU mempunyai fungsi penegakan hukum khususnya Hukum Persaingan Usaha, namun KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha. Dengan demikian, KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administratif karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif.

KPPU diberi status sebagai pengawas pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999. Status hukumnya adalah sebagai lembaga yang independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah dan pihak lain. Anggota KPPU diangkat dan diberhentikan oleh Presiden atas persetujuan DPR. Anggota KPPU dalam menjalankan tugasnya bertanggung jawab kepada Presiden. Hal ini sejalan dengan praktik di Amerika dimana FTC bertanggung jawab kepada Presiden. Ketentuan ini wajar karena KPPU melaksanakan sebagian dari tugas-tugas pemerintah, sedangkan kekuasaan tertinggi pemerintahan ada di bawah Presiden. Meski demikian, tidak berarti KPPU dalam menjalankan tugasnya dapat tidak bebas dari campur tangan pemerintah. Independensi tetap dijaga dengan keterlibatan DPR untuk turut serta menentukan dan mengontrol pengangkatan dan pemberhentian anggota KPPU.

Di samping tugas dan wewenang yang dimiliki KPPU yang begitu penting, dalam kenyataannya KPPU masih mengalami kendala dalam pelaksanaan tugasnya. Kendala tersebut mengakibatkan KPPU belum dapat menjalankan tugasnya secara optimal. Contoh kendala yang dihadapi oleh KPPU adalah:

- a. Walaupun KPPU berwenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan, namun KPPU tidak mempunyai wewenang untuk melakukan penggeledahan terhadap pelaku usaha yang diindikasikan melakukan

pelanggaran terhadap UU No 5 Tahun 1999.

- b. Dalam melakukan penelitian dan penyelidikan, KPPU seringkali terkendala dengan sifat kerahasiaan perusahaan, sehingga KPPU tidak bisa mendapatkan data perusahaan yang diperlukan.
- c. Walaupun KPPU berwenang untuk meminta keterangan dari instansi Pemerintah, namun sampai sekarang belum terjalin kerjasama yang baik antara KPPU dengan instansi pemerintah dalam hal penyelidikan terhadap dugaan persaingan usaha tidak sehat, sehingga KPPU seringkali mengalami kesulitan dalam melakukan tugasnya karena kurangnya data pendukung.
- d. Walaupun KPPU berwenang untuk memanggil pelaku usaha atau saksi, tetapi KPPU tidak bisa memaksa kehadiran mereka.

Adanya kendala tersebut mengakibatkan KPPU belum dapat secara optimal melaksanakan kewenangan yang dimilikinya. Selain mengatasi permasalahan-permasalahan di atas, tantangan yang harus dijawab selanjutnya adalah memperjelas status kelembagaan KPPU dalam sistem ketatanegaraan. Hal ini penting karena ketidakjelasan status KPPU dalam sistem ketatanegaraan menyebabkan Komisi ini menjadi rentan untuk diperdebatkan keberadaannya, utamanya ketika komisi ini menjalankan tugas dan fungsinya.

2. Tugas dan Wewenang KPPU

Pasal 35 UU No.5 Tahun 1999 menentukan bahwa tugas tugas KPPU terdiri dari:

- a. Melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- b. Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- c. Melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha.
- d. Mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36.
- e. Memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- f. Menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan UU No.5/1999.
- g. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada

Presiden dan DPR.

Dalam menjalankan tugas tugasnya tersebut, Pasal 36 UU No. 5/1999 memberi wewenang kepada KPPU untuk:

- a. Menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- b. Melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- c. Melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan komisi sebagai hasil penelitiannya.
- d. Menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- e. Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan UU No.5/1999.
- f. Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran ketentuan UU No.5/1999.
- g. Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli atau setiap orang yang dimaksud dalam nomor 5 dan 6 tersebut di atas yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi.
- h. Meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No.5/1999.
- i. Mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen atau alat bukti lain untuk keperluan penyelidikan dan atau pemeriksaan.
- j. Memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat.
- k. Memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- l. Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No.5/1999.

Jadi, KPPU berwenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan, dan akhirnya memutuskan apakah pelaku usaha tertentu telah melanggar UU No.5/1999 atau tidak. Pelaku usaha yang merasa keberatan terhadap Putusan KPPU tersebut diberikan kesempatan selama 14 hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut untuk mengajukan keberatan ke Pengadilan Negeri.

KPPU merupakan lembaga administratif. Sebagai lembaga semacam ini, KPPU bertindak demi kepentingan umum. KPPU berbeda dengan pengadilan perdata yang menangani hak-hak subyektif perorangan. Oleh karena itu, KPPU harus mementingkan kepentingan umum dari pada kepentingan perorangan dalam menangani dugaan pelanggaran hukum antimonopoli.¹¹⁵ Hal ini sesuai dengan tujuan UU No.5/1999 yang tercantum dalam Pasal 3 huruf a UU No.5/1999 yakni untuk “menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat”.

3. Hukum Acara di KPPU

Hukum Acara di KPPU ditetapkan oleh KPPU dan berdiri pada tahun 2000. Hukum acara tersebut telah mengalami satu kali perubahan dari SK No 05/KPPU/KEP/IX/2000 tentang tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran Terhadap UU No. 5 Tahun 1999 (SK 05) menjadi Peraturan Komisi No 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU (Perkom 1/2006) yang mulai efektif berlaku 18 Oktober 2006.

Memahami hukum acara yang berlaku akan memudahkan pemahaman terhadap isi putusan karena putusan KPPU mencoba untuk menggambarkan tahapan-tahapan yang dilalui di dalam hukum acara yang berlaku, sehingga berpengaruh terhadap struktur putusan KPPU. Namun demikian, hukum acara untuk permasalahan hukum persaingan hanya diatur dalam UU Antimonopoli dan Keputusan KPPU No 5 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran terhadap UU No 5 Tahun 1999. Tidak dijelaskan apakah jika dalam praktik ketentuan tersebut tidak memadai dapat digunakan hukum acara berdasar ketentuan KUHAP.

KUHAP dirujuk dalam hal ini karena fungsi penyelidikan dan pemeriksaan tidak dikenal dalam Hukum Acara Perdata. Selain itu, juga karena yang ingin dicari oleh KPPU adalah kebenaran materiil, sedangkan yang akan dicari dalam Hukum Perdata adalah kebenaran formil. Dalam mencari kebenaran materiil, diperlukan keyakinan KPPU bahwa pelaku usaha melakukan atau tidak melakukan perbuatan yang menyebabkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.¹¹⁶

Untuk menimbulkan keyakinan, maka Komisi harus memastikan ada tidaknya perbuatan yang menyebabkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha. Dalam proses mencari kepastian tersebut, Komisi berwenang

¹¹⁵ Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 389.

¹¹⁶ Destivanov Wibowo dan Harjon Sinaga, *Hukum Acara Persaingan Usaha*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2005), hlm. 365.

memanggil pelaku usaha yang dengan alasan yang cukup diduga telah melakukan pelanggaran. Yang dimaksud dengan dugaan yang cukup beralasan adalah dugaan yang dihasilkan dari proses penyelidikan yang dilakukan oleh Komisi.¹¹⁷ Pelaku usaha diberi hak untuk mengemukakan pendapatnya sebagai upaya pembelaan diri terhadap tuduhan Komisi. Setelah adanya dugaan dan mendengarkan pembelaan pelaku usaha, demi mendapatkan kebenaran materiil, maka Komisi dapat melakukan pembuktian dengan cara memanggil saksi, saksi ahli dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran. Di samping itu, akta juga dapat dipergunakan sebagai alat bukti.

Setelah melakukan penyelidikan, mendengarkan pembelaan dari pelaku usaha dan melakukan pembuktian, maka Komisi dapat mengambil keputusan. Keputusan berupa ada tidaknya pelanggaran yang dilakukan pelaku usaha yang diperiksa serta ada tidaknya kerugian di pihak pelaku usaha lain sebagai akibat dari pelanggaran tersebut. Dengan melihat pada proses penyelidikan sampai dengan pengambilan keputusan yang dilakukan oleh Komisi, maka jelas bahwa kebenaran yang dicari dalam perkara monopoli dan persaingan usaha adalah kebenaran materiil yang berdasar pada bukti bukti yang nyata, serta keyakinan Komisi yang tidak terbantahkan.

4. Pemeriksaan oleh KPPU

Dalam melaksanakan tugasnya mengawasi pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999, KPPU berwenang untuk melakukan penyelidikan dan pemeriksaan kepada pelaku usaha, saksi ataupun pihak lain baik karena adanya laporan (Pasal 39), maupun melakukan pemeriksaan berdasarkan inisiatif KPPU sendiri (Pasal 40) terhadap pelaku usaha yang diduga melakukan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

a. Pemeriksaan atas Dasar Laporan

Pemeriksaan atas dasar laporan adalah pemeriksaan yang dilakukan karena adanya laporan dari masyarakat yang dirugikan atau atas dasar laporan dari pelaku usaha yang dirugikan oleh tindakan pelaku usaha yang dilaporkan. Setelah menerima laporan, KPPU menetapkan majelis komisi yang akan bertugas memeriksa dan menyelidiki pelaku usaha yang dilaporkan. Dalam menjalankan tugasnya, majelis komisi dibantu oleh staf komisi.

Untuk mengetahui apakah pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU karena adanya laporan ataupun atas dasar inisiatif dari KPPU dapat dilihat dari nomor perkaranya. Untuk perkara atas dasar laporan nomor perkara tersebut adalah: Nomor perkara/KPPU-L (laporan)/Tahun.

¹¹⁷ Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 384.

b. Pemeriksaan atas Dasar Inisiatif KPPU

Pemeriksaan atas dasar inisiatif adalah pemeriksaan yang dilakukan atas dasar inisiatif dari KPPU sendiri karena adanya dugaan atau indikasi pelanggaran terhadap UU No 5 Tahun 1999. Untuk perkara atas dasar inisiatif dari KPPU nomornya adalah sebagai berikut: Nomor perkara/ KPPU-I (Inisiatif)/Tahun.

Dalam pemeriksaan atas inisiatif, KPPU pertama-tama akan membentuk suatu Majelis Komisi untuk melakukan pemeriksaan terhadap pelaku usaha dan saksi. Dalam menjalankan tugas ini, majelis komisis dibantu oleh staf komisi. Selanjutnya majelis komisi menetapkan jadwal dimulainya pemeriksaan pendahuluan.

c. Jenis Pemeriksaan oleh KPPU

1) Pemeriksaan Pendahuluan

Pemeriksaan pendahuluan dapat dimulai setelah KPPU mengeluarkan surat penetapan atau keputusan tentang dapat dimulainya pemeriksaan pendahuluan. Pasal 39 ayat 1 UU No.5/1999 menentukan bahwa jangka waktu pemeriksaan pendahuluan adalah tiga puluh hari sejak tanggal surat penetapan dimulainya suatu pemeriksaan pendahuluan. Untuk pemeriksaan berdasarkan inisiatif, jangka waktu pemeriksaan pendahuluan dihitung sejak tanggal surat penetapan Majelis Komisi untuk memulai pemeriksaan pendahuluan.

Sedangkan untuk pemeriksaan berdasarkan laporan, KPPU terlebih dahulu wajib melakukan penelitian terhadap kejelasan laporan. Apabila laporan telah lengkap, KPPU akan mengeluarkan penetapan yang bersisi tentang dimulainya waktu pemeriksaan pendahuluan dan jangka waktu pemeriksaan pendahuluan. Jangka waktu pemeriksaan dihitung sejak tanggal surat penetapan Komisi.

2) Pemeriksaan Lanjutan

Tahap berikutnya setelah tahap pemeriksaan pendahuluan adalah tahap pemeriksaan lanjutan. Sebelum dilakukan pemeriksaan lanjutan, KPPU mengeluarkan surat keputusan untuk dimulainya pemeriksaan lanjutan. Pemeriksaan lanjutan dilakukan oleh KPPU bila telah ditemukan adanya indikasi praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat. Atau, apabila KPPU memerlukan waktu yang lebih lama untuk melakukan penyelidikan dan pemeriksaan secara lebih mendalam mengenai kasus yang ada. Pasal 43 UU Antimonopli menentukan bahwa jangka waktu pemeriksaan lanjutan adalah 60 hari sejak berakhirnya pemeriksaan pendahuluan, dan dapat diperpanjang paling lama 30 hari.

Pelaku usaha yang sedang diperiksa oleh KPPU mempunyai status hukum yang berbeda tergantung jenis perkaranya apakah laporan atau inisiatif. Apabila pemeriksaan perkara berdasarkan adanya laporan, maka pelaku usaha yang diperiksa disebut sebagai “terlapor”, sedangkan untuk perkara yang berdasar inisiatif, pelaku usaha yang diperiksa disebut “saksi”.

d. Tahap Pemeriksaan Oleh KPPU

1) Panggilan

Sebelum proses pemeriksaan dilaksanakan, KPPU terlebih dahulu menyampaikan panggilan kepada pelaku usaha, saksi atau pihak lain untuk hadir dalam proses pemeriksaan. Surat panggilan dari KPPU biasanya memuat tanggal, hari, jam sidang serta tempat persidangan yang akan dilaksanakan.¹¹⁸

Pelaku usaha atau saksi yang telah dipanggil namun tidak hadir dalam persidangan di KPPU dapat diancam dengan tindakan tidak kooperatif yang melanggar Pasal 42 UU No.5/1999, kemudian perkara diserahkan kepada kepolisian (Pasal 41 ayat 3 UU No.5/1999). Ini berarti bahwa perkara berubah menjadi perkara pidana.

2) Pemeriksaan

a) Administratif

Prosedur administratif meliputi pemeriksaan identitas dan pembacaan hak yang dimiliki oleh pelaku usaha, saksi atau pihak lain. Menurut Pasal 39(3), Komisi wajib menjaga kerahasiaan informasi yang diperoleh dari pelaku usaha apabila memang informasi tersebut termasuk rahasia perusahaan. Menurut Pasal 39(5), dalam melakukan pemeriksaan, anggota Komisi dilengkapi dengan surat tugas. Menurut ketentuan Pasal 20 Keputusan KPPU No 05 Tahun 2000, pihak yang diperiksa tersebut berhak didampingi oleh kuasa hukumnya, yaitu advokat sebagaimana diatur dalam UU Advokat No 18 Tahun 2003.

b) Pokok permasalahan

Dalam memeriksa pokok permasalahan, terdapat dua tahap, yaitu pemeriksaan oleh KPPU dan pemberian kesempatan pada pelaku usaha untuk menyampaikan keterangan atau dokumen. Pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU sifatnya searah, artinya KPPU memberikan pertanyaan-pertanyaan kepada pelaku usaha, sedangkan pelaku usaha tidak diberi kesempatan memberikan

¹¹⁸ Destivanov Wibowo dan Harjon Sinaga, *Hukum Acara ...*, hlm. 27.

tanggapan atas dokumen yang diperoleh KPPU atau saksi yang telah diperiksa.¹¹⁹

Pelaku usaha diberi kesempatan untuk memeriksa dan membaca BAP pemeriksaan. Apabila diperlukan dan disetujui KPPU, pelaku usaha dapat memberikan koreksi atas BAP tersebut. Sebelum sidang ditutup, baik dalam pemeriksaan pendahuluan maupun pemeriksaan lanjutan, KPPU memberikan kesempatan pada pelaku usaha atau saksi untuk memberikan keterangan atau dokumen tambahan. Bagi pelaku usaha, keterangan atau dokumen tambahan ini berfungsi sebagai bentuk pembelaan.

c) Pembuktian

Pasal 42 UU No.5/1999 menentukan bahwa yang dapat dijadikan alat bukti dalam pemeriksaan oleh KPPU terdiri dari: keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan atau dokumen, petunjuk, keterangan terlapor/saksi pelaku usaha. Keterangan ahli diperlukan dalam pemeriksaan perkara yang rumit. Saksi ahli dapat dihadirkan atas inisiatif pelaku usaha maupun KPPU. Walaupun tidak ada definisi yang pasti tentang saksi ahli dalam perkara monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, dapat disimpulkan bahwa pengertian ahli di sini adalah orang yang mempunyai keahlian di bidang praktik monopoli dan persaingan usaha, dan memahami bidang usaha yang dilakukan oleh pelaku usaha yang sedang diperiksa.¹²⁰

Pelaku usaha maupun saksi dapat memberikan dokumen untuk menguatkan posisinya/keterangannya. Setiap dokumen yang diserahkan akan diterima oleh KPPU. Majelis KPPU kemudian akan memberikan penilaian terhadap dokumen tersebut. Dokumen pelaku usaha dianggap mempunyai sifat yang obyektif. Karena itu dalam perkara monopoli dan persaingan usaha, dokumen pelaku usaha mempunyai kekuatan pembuktian yang khusus.

Petunjuk dapat dijadikan sebagai alat bukti asalkan petunjuk itu mempunyai kesesuaian dengan petunjuk lainnya atau sesuai dengan perbuatan atau perjanjian yang diduga melanggar UU Antimonopoli. Suatu petunjuk yang didapat dalam bentuk tertulis, kekuatan pembuktiannya dikategorikan sama dengan kekuatan pembuktian surat atau dokumen. Penggunaan alat bukti petunjuk dalam perkara monopoli dan persaingan usaha tidak dapat disama

¹¹⁹ *Ibid.*, hlm. 36.

¹²⁰ *Ibid.*, hlm. 46.

ratakan, melainkan ditentukan kasus per kasus.¹²¹

Alat bukti petunjuk merupakan indirect evidence yang dapat diterima dalam hukum persaingan. Di negara lain juga demikian. Misalnya di Australia, untuk menentukan adanya kesepakatan (*meeting of the minds*) yang diharuskan dalam pembuktian adanya perjanjian yang melanggar hukum persaingan, bukti situasional (*circumstantial evidence*) bisa dipakai, yakni yang berupa petunjuk perbuatan yang paralel, petunjuk tindakan bersama-sama, petunjuk adanya kolusi, petunjuk adanya struktur harga yang serupa (dalam kasus price fixing), dan lain sebagainya.¹²²

e. Pembacaan Putusan

Pasal 43 ayat (3) UU No.5/1999 mensyaratkan setelah 30 hari pemeriksaan maka KPPU wajib memutuskan apakah telah terjadi pelanggaran ataupun tidak. Dalam penjelasan Pasal 43 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999 disebutkan bahwa pengambilan keputusan itu diambil dalam suatu sidang Majelis yang beranggotakan sekurang-kurangnya 3 orang anggota Komisi.

Putusan komisi tersebut harus dibacakan dalam sidang yang terbuka untuk umum dan segera diberitahukan kepada pelaku usaha (Pasal 43 ayat (4) UU No 5 Tahun 1999). Berdasarkan penjelasan Pasal 43 ayat (4) UU ini yang dimaksudkan dengan pemberitahuan kepada pelaku usaha tersebut adalah penyampaian petikan putusan komisi kepada pelaku usaha atau kuasa hukumnya.

UU No. 5/1999 tidak menyebutkan secara rinci apakah petikan putusan tersebut harus disampaikan secara langsung kepada pelaku usaha (in person) atau dapat dilakukan dengan metode lain. Dengan berpegang pada asas efisiensi serta keterbukaan, maka pada dasarnya Komisi harus berusaha memberitahukan putusannya pada pelaku usaha yang bersangkutan pada hari yang sama dengan hari pembacaan putusan yang terbuka untuk umum.¹²³ Dengan mengingat pendeknya waktu (yakni 14 hari) yang dimiliki oleh pelaku usaha untuk mengajukan upaya hukum keberatan terhadap putusan Komisi, maka selayaknyalah pemberitahuan putusan tidak harus dilakukan dengan in person melainkan dapat dilakukan dengan bantuan sarana komunikasi yang modern seperti e-mail atau fax.

¹²¹ Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 395.

¹²² Terry A. dan Giugni D., *Business, Society and the Society*, (Australia: Harcourt Brace & Company, 1997), hlm. 678 – 679.

¹²³ Knud Hansen, *Undang-undang Larangan...*, hlm. 396.

H. Penegakan Hukum dan lain-lain

UU No 5 Tahun 1999 menetapkan 2 macam sanksi. yaitu sanksi administratif dan sanksi pidana yang terdiri dari pidana pokok dan pidana tambahan.

1. Sanksi administratif

Sanksi administratif merupakan satu tindakan yang dapat diambil oleh Komisi terhadap pelaku usaha yang melanggar UU No. 5 Tahun.1999. Sanksi administratif ini diatur dalam Pasal 47, yang berupa:

- a. Penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai 13, Pasal 15 dan Pasal 16;
- b. Perintah untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14;
- c. Perintah untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan;
- d. Penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28;
- e. Penetapan pembayaran ganti rugi;
- f. Pengenaan denda minimal Rp 1.000.000.000,- (satu miliar rupiah) dan setinggi tingginya Rp 25.000.000.000,- (dua puluh lima miliar rupiah).

Komisi dapat menjatuhkan sanksi administratif tersebut secara kumulatif ataupun alternatif. Keputusan mengenai bentuk sanksi tergantung pada pertimbangan Komisi dengan melihat situasi dan kondisi masing masing kasus.

Untuk mengatasi hal tersebut, KPPU menerbitkan aturan teknis soal denda dan ganti rugi. Peraturan ini tercantum dalam keputusan KPPU No. 252/ KPPU/Kep/VII/2008 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 47 UU 5/1999, tanggal 31 Juli 2008.

Ketentuan soal denda sebenarnya sudah diatur dalam Pasal 47 UU No. 5/1999. Namun, Pasal tersebut tidak merinci secara teknis penghitungan besarnya yang dapat dijatuhkan KPPU. Penghitungan atas kerugian ekonomis yang ditimbulkan karena pelanggaran hukum persaingan memerlukan banyak pertimbangan dan harus mendasarkan pada unsur kehati-hatian.

Kalau tidak ada pedoman penghitungan, KPPU dalam menetapkan denda tidak didasarkan atas suatu dasar yang akurat. Dapat terjadi untuk suatu kasus pelanggaran yang kecil KPPU memberikan sanksi denda atau ganti rugi dalam jumlah yang terlampau besar. Akibatnya, pelaku usaha terbebani oleh jumlah denda atau ganti yang terlalu besar yang tidak sebanding dengan pelanggaran yang telah dilakukan. Oleh karena itu, keputusan KPPU No. 252/2008 tersebut diharapkan bisa mengatasi masalah ini.

Ketentuan yang diatur dalam Keputusan tersebut di antaranya adalah penentuan nilai dasar denda. Dalam lampiran Keputusan KPPU No 252/2008 disebutkan bahwa nilai dasar denda akan terkait dengan tiga hal, yakni proporsi dari nilai penjualan, tingkat pelanggaran, dikalikan dengan jumlah tahun pelanggaran. Penentuan tingkat pelanggaran dilakukan kasus per kasus untuk setiap tipe pelanggaran dengan mempertimbangkan seluruh situasi yang terkait dengan kasus tersebut.

Proporsi dari nilai penjualan yang diperhitungkan adalah maksimal 10% dari nilai penjualan tersebut. Untuk menentukan apakah proporsi nilai penjualan yang dipertimbangkan dalam suatu kasus seharusnya berada dalam titik tertinggi atau terendah dalam skala tersebut, KPPU akan mempertimbangkan berbagai macam faktor, yakni skala perusahaan, jenis pelanggaran, gabungan pangsa pasar dari para pelaku usaha, cakupan wilayah geografis pelanggaran dan telah atau belum dilaksanakannya pelanggaran tersebut.

Dalam pedoman itu juga dinyatakan bahwa perjanjian penetapan harga horizontal (*horizontal price fixing*), pembagian pasar dan pembatasan produksi yang biasanya dilakukan secara rahasia, serta persekongkolan tender adalah pelanggaran yang berat dalam persaingan usaha. Dengan demikian, perjanjian tersebut akan memperoleh denda yang berat. Untuk itu, proporsi nilai penjualan yang akan dihitung untuk pelanggaran tersebut merupakan proporsi tertinggi pada skala tersebut.

2. Sanksi pidana pokok

Pasal 48 UU No. 5/1999 menentukan bahwa sanksi pidana pokok meliputi pidana denda minimal Rp 25.000.000.000,- dan maksimal Rp 100.000.000.000,-. Pidana denda tersebut dapat diganti dengan pidana kurungan selama-lamanya 6 bulan. Sanksi pidana ini diberikan oleh pengadilan (bukan merupakan kewenangan Komisi) apabila:

- a. Terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 4, 9-14, 16-19, 25,27, dan 28. Pelaku diancam dengan pidana serendah rendahnya Rp 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp 100.000.000.000 (seratus miliar rupiah) atau pidana kurungan pengganti denda selama lamanya 6 bulan.
- b. Terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5-8, 15, 20-24 dan 26. Pelaku diancam pidana denda serendah rendahnya Rp 5.000.000.000,- dan setinggi tingginya Rp 25.000.000.000,- atau pidana kurungan pengganti denda selama lamanya 5 bulan.
- c. Terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 41. Ancaman pidananya adalah serendah-rendahnya Rp 1.000.000.000,- dan setinggi tingginya Rp

5.000.000.000,- atau pidana kurungan pengganti denda selama lamanya 3 bulan.

3. Sanksi pidana tambahan

Pasal 49 UU No. 5 tahun 1999 menjelaskan tentang Pidana Tambahan, bahwa dengan menunjuk ketentuan Pasal 10 Kitab Undang-undang Hukum Pidana, terhadap pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 48 dapat dijatuhkan pidana tambahan berupa:

- a. Pencabutan izin usaha; atau
- b. Larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap UU ini untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun dan selama-lamanya 5 (lima) tahun; atau
- c. Penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

Di dalam penjelasan umum UU No. 5 Tahun 1999 disebutkan bahwa Komisi hanya berwenang menjatuhkan sanksi administratif, sedangkan yang berwenang menjatuhkan sanksi pidana adalah pengadilan. Suatu perkara yang ditangani oleh KPPU dapat kemudian diserahkan kepada penyidik, dan karenanya dapat dijatuhi pidana dalam hal:

1. Pelaku usaha tidak menjalankan putusan Komisi yang berupa sanksi administratif (Pasal 44 ayat (4)).
2. Pelaku usaha menolak untuk diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan (Pasal 41 ayat (2)).

Terhadap kedua pelanggaran tersebut, Komisi menyerahkan kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan. Putusan Komisi merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan (Pasal 41 ayat (3) jo Pasal 44 ayat (5)).

I. Pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999

Persaingan dalam dunia usaha dimengerti sebagai kegiatan positif dan independen dalam upaya mencapai equilibrium. Dalam kehidupan sehari-hari, setiap pelaku ekonomi yang masuk dalam pasar akan melalui proses persaingan dimana produsen mencoba memperhitungkan cara untuk meningkatkan kualitas dan pelayanan dalam upaya merebut pasar dan konsumen. Ketika keadaan ini dapat dicapai, maka produsen atau pelaku usaha tersebut akan berupaya untuk mempertahankan kondisi tersebut paling tidak tetap bertahan

menjadi incumbent dengan pangsa pasar tertentu pada pasar bersangkutan. Dilema yang terjadi adalah ketika ada pelaku usaha yang berhasil menjadi seorang monopoli di pasar yang mengakibatkan produsen atau pelaku usaha tersebut menjadi tidak efisien dan mampu meningkatkan hambatan masuk pasar (*barrier to entry*) bagi pesaingnya. Bila kondisi ini terjadi maka efeknya adalah penggunaan sumber daya yang tidak efektif dan bahkan mampu mengakibatkan pasar terdistorsi.¹²⁴

Untuk memahami konsep persaingan serta alokasi sumber daya yang efisien maka Ilmu Ekonomi menguraikan beberapa hal mengenai sumber daya yaitu: adanya sumber daya yang dikonsumsi atau dipergunakan manusia, alternatif pengalokasian yang dipergunakan untuk memenuhi kebutuhan dan kepuasan manusia.¹²⁵ Sumber daya tidak selamanya merupakan sesuatu yang bebas dan ketersediaannya yang terbatas menjadikannya masuk dalam kategori sumber daya ekonomi, misalnya tanah, tenaga kerja atau modal.

Dalam pengaturan sumber daya ini implementasinya dapat dilihat dari cara memproduksi dan pendistribusiannya dalam masyarakat. Karena pada dasarnya tidak semua sumber daya ini bebas, maka regulasi ataupun peraturan yang diciptakan pemerintah sangat menentukan agar terdapat keseimbangan bagaimana dan kepada siapakah pengaturan sumber daya tersebut dapat dialokasikan atau didistribusikan. Di samping itu, dalam upaya mencapai tujuan ekonomi, yang dapat dilakukan melalui proses mekanisme pasar akan dapat diawasi melalui adanya Hukum Persaingan.

Persaingan dalam mekanisme pasar adalah berlaku bagi setiap pelaku pasar tanpa terkecuali. Hukum Persaingan melindungi mekanisme proses persaingan tanpa mempertimbangkan siapakah yang menjadi pelakunya dengan tujuan yang baik agar alokasi sumber daya menjadi efisien. Mekanisme pasar yang berjalan melalui persaingan yang sehat dan fair serta konsisten dengan tujuan distribusi yang adil diharapkan mampu mencapai efisiensi nasional serta kesejahteraan umum. Di samping itu, Hukum Persaingan diharapkan mampu mengawasi terjadinya diskriminasi harga, pemerataan informasi pasar bagi yang kurang mampu mempunyai akses, kesempatan atau akses kepada modal, teknologi dan berbagai kesempatan berusaha lainnya. Tetapi bila berbagai tujuan yang baik untuk mendukung mekanisme pasar ini tidak berhasil dicapai, maka dapat berakibat pada kegagalan mekanisme pasar yang kemungkinan dilakukan oleh pelaku pasar yang bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat.

¹²⁴ *Ibid.*, hlm. 8-9.

¹²⁵ Giles H. Burgess Jr., *The Economic of Regulation and Antitrust*, (New York: Harper Collins College Publishers, 1995), hlm. 18.

Hukum Persaingan berupaya mengawasi agar perbuatan atau perjanjian yang bersifat anti persaingan, seperti kartel, monopoli, penggunaan posisi dominan, monopsoni dan lainnya dapat dicegah. Tetapi pada kenyataannya ada juga berbagai kegagalan pasar yang terjadi, tetapi tidak dapat dijangkau, dicegah atau diatur melalui Hukum Persaingan. Oleh sebab itu, ada kebutuhan yang mendasar terhadap pentingnya pengaturan atau regulasi yang jelas mengenai jenis tindakan atau kegiatan, industri ataupun pelaku usaha tertentu yang tidak termasuk dalam pengaturan Hukum Persaingan. Sebagai contoh, dibutuhkan adanya regulasi terhadap industri yang masuk dalam kategori kepentingan umum (misalnya monopoli alamiah dalam penyediaan air bersih, listrik atau telekomunikasi).

Bila diperhitungkan secara ekonomi, maka proses produksi yang dilakukan oleh hanya satu perusahaan akan mampu mengurangi biaya produksi secara keseluruhan. Ada juga keadaan dimana akibat penggunaan sumber daya yang tidak diatur dengan baik terhadap sumber daya yang sifatnya universal akan mengakibatkan terjadinya externalities¹²⁶ atau pengalokasian sumber daya yang tidak pada tempatnya. Misalnya, bilamana cara memproduksi tidak tunduk pada ketentuan undang-undang lingkungan hidup, maka akan berakibat pada kerusakan lingkungan yang sukar diperbaiki. Akibat yang mungkin terjadi ini dapat dimitigasi ataupun dielakkan bila pengaturannya diatur dengan regulasi yang baik. Dengan demikian, sebenarnya adanya regulasi atau pengaturan dalam pasar persaingan dianggap sebagai alternatif yang dapat dipergunakan untuk mengurangi pemakaian sumber daya yang kurang efisien.

Pada dasarnya tidak semua regulasi dipersiapkan dengan tujuan untuk menyelesaikan masalah alokasi sumber daya (*allocative efficiency*).¹²⁷ Regulasi yang dibuat harus juga difokuskan pada aspek lainnya, seperti perlindungan terhadap pihak ekonomi lemah dalam proses persaingan yang akhirnya dapat mengakibatkan pelaku usaha tersingkir dari pasar. Atau pertimbangan dapat juga difokuskan pada industri yang memang sebelumnya sudah diproteksi terlebih dahulu melalui undang-undang, misalnya adanya UU yang mengatur mengenai transportasi, air, telekomunikasi atau listrik. Keseluruhan unsur dan pertimbangan ini haruslah dipikirkan secara matang oleh pemerintah, sehingga justru tidak berakibat pada kesenjangan kesempatan pada yang kurang mampu dalam pasar, proteksi yang berlebihan pada suatu industri atau bahkan pelaku tertentu menjadi sekedar proteksi yang tidak efektif

¹²⁶ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, (New York: Basic Books Inc, 1978), hlm. 114-155.

¹²⁷ R.S. Khemani & D. M. Shapiro, *Glossary of Industrial...*, hlm. 24.

pada suatu kelompok ekonomi tertentu.¹²⁸ Tetapi apapun argumentasi yang dikemukakan, terlepas dibutuhkan atau tidak, maka regulasi dalam proses persaingan diyakini sebagai salah satu jalan untuk mengatur mekanisme pasar dan menyeimbangkan berbagai faktor, misalnya antara dampak persaingan dengan kepentingan sosial atau umum. Dengan kata lain, mekanisme pasar tidaklah memerlukan berbagai regulasi bila berjalan dan berfungsi dengan baik. Sebaliknya, bila kegagalan atau distorsi pasar terjadi maka melalui regulasi merupakan salah satu cara terbaik untuk memperbaikinya.

Di negara yang dalam proses mengadopsi sistem ekonomi pasar ataupun sedang dalam proses transisi menuju ekonomi pasar, dirasakan adanya kepentingan pembatasan terhadap perilaku yang bertujuan mengeksploitasi pasar. Di samping itu perlu juga menciptakan mekanisme pengontrolan di industri yang secara ekonomi tidak kompetitif, sehingga eksploitasi pasar dapat dihindarkan. Oleh sebab itu, harus ada pengaturan terhadap kondisi yang menghambat persaingan dengan jalan mengontrol perilaku pelaku usaha, melalui regulasi yang mengatur industri apa sajakah yang dikategorikan sebagai *competitive* dan *non-competitive*, ataupun regulasi yang jelas mengenai industri yang diproteksi atau dikecualikan dari pengaturan Undang-undang. Keseluruhan ini sangat ditentukan oleh kebijakan persaingan serta peraturan pelaksanaannya.¹²⁹

Keputusan untuk memberlakukan regulasi juga dipengaruhi oleh berbagai faktor misalnya kepentingan sosial, politik dan kondisi perekonomian suatu negara. Oleh sebab itu, bentuk, tujuan, karakter dan ruang lingkup pengaturan tersebut dapat saja berubah sesuai kondisi yang ada pada saat itu. Sebagai contoh, selama beberapa dekade pasar di Indonesia sangat dipengaruhi oleh pemberian hak khusus kepada sekelompok pengusaha tertentu dan demikian juga pada saat yang bersamaan pemerintah mempunyai kebijakan untuk memproteksi usaha kecil dan menengah yang didasarkan pada interpretasi Pasal 33 UUD 1945. Kebijakan ini melahirkan konglomerasi ataupun pada kesempatan lain menciptakan mekanisme *bapak angkat* untuk koperasi dan UKM. Sesudah terjadinya krisis ekonomi pada tahun 1998, terjadi perubahan yang cukup signifikan saat pemerintah melakukan deregulasi di berbagai bidang. Berbagai faktor kegagalan perekonomian saat itu dianggap berasal dari ketidakjelasan kebijakan persaingan yang diterapkan oleh pemerintah, sehingga mendorong kebutuhan lahirnya Undang-undang Anti Monopoli

¹²⁸ Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, (St. Paul, Minnesota: West Group, 2000), hlm. 698-699.

¹²⁹ Corwin D. Edwards, *Maintaining Competition Requisites of a Governmental Policy*, Edisi I, (New York: McGraw Hill Book Company, Inc, 1949), hlm. 14-15.

beserta peraturan lainnya.¹³⁰

Di samping itu, ada 2 ketentuan MPR yang mengisyaratkan juga selama ini telah terjadi distorsi ekonomi yang mengakibatkan ekonomi Indonesia tidak berjalan kompetitif. Untuk itu, MPR mengeluarkan dua ketentuan untuk mengatur tentang kebijakan ekonomi yang lebih kompetitif, yaitu: Ketentuan MPR RI No X/MPR/1998 dan Ketentuan MPR RI No XVI/MPR/1998. Tap MPR RI No. X/MPR/1998 mengatur tentang Pokok-pokok Reformasi Pembangunan dalam rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional sebagai Haluan Negara, dalam Bab II Kondisi Umum Bagian A. Ekonomi yang menyebutkan:

“Keberhasilan pembangunan yang telah dicapai selama 32 tahun Orde Baru telah mengalami kemerosotan yang memprihatinkan, karena terjadinya krisis moneter pada pertengahan tahun 1997, dan berlanjut menjadi krisis ekonomi yang lebih luas. Landasan ekonomi yang dianggap kuat, ternyata tidak berdaya menghadapi gejolak keuangan eksternal dan kesulitan-kesulitan makro dan mikro ekonomi. Hal ini disebabkan karena penyelenggaraan perekonomian nasional kurang mengacu pada amanat pasal 33 UUD 1945 dan cenderung menunjukkan corak yang sangat monopolistik. Para pengusaha yang dekat dengan elit kekuasaan mendapatkan prioritas khusus yang berdampak timbulnya kesenjangan sosial. Kelemahan fundamental itu juga disebabkan pengabaian perekonomian kerakyatan yang sesungguhnya bersandar pada basis sumber daya alam dan sumber daya manusia sebagai keunggulan komparatif dan kompetitif. Munculnya konglomerasi dan kelompok kecil pengusaha kuat yang tidak didukung oleh semangat kewirausahaan sejati mengakibatkan ketahanan ekonomi menjadi sangat rapuh dan tidak kompetitif”.

Berdasarkan uraian di atas, maka kebijakan persaingan dapat dilakukan melalui 2 cara, yaitu:

1. Melalui regulasi yang bertujuan untuk menjaga kelangsungan mekanisme pasar. Bahwa peraturan yang dibuat adalah untuk mencapai tujuan sebagaimana diamanatkan dalam persaingan, tetapi peraturan tersebut diberlakukan khusus untuk industri yang diproteksi. Regulasi ini sejalan dengan peraturan lainnya yang bertujuan meningkatkan kinerja industri, tetapi melalui adanya pembatasan masuk ke pasar (*new entry to market*), termasuk regulasi mengenai harga atau pelayanan. Misalnya, industri atau pasar yang diatur vital dalam memenuhi kebutuhan rakyat banyak, seperti air, listrik atau telekomunikasi. Dengan dibatasinya *entry* atau pelaku lain masuk ke pasar, maka pelaku yang telah ada di pasar (*incumbent*) wajib untuk menjadi efisien, inovatif dan meningkatkan pelayanan sebab tidak

¹³⁰ Lihat Hall Hill, *The Indonesian Economy Since 1966*, Edisi II, (Cambridge :Cambridge University Press, 2000), hlm. 93.

perlu lagi mengalokasikan sumber dayanya atau kemampuannya untuk bersaing, kecuali hanya fokus pada untuk tujuan-tujuan yang diatur dalam regulasi atau peraturan dimaksud.

2. Memberlakukan Hukum Persaingan untuk mengatur perilaku dan kegiatan dalam persaingan atau bahkan untuk mengganti atau mendukung peraturan yang telah ada sebelumnya.

Bagaimanakah pasal dalam Undang-undang Hukum Persaingan dapat dipersiapkan untuk mengatasi kegagalan pasar dengan tidak bertentangan dengan tujuan undang-undang itu sendiri, misalnya dengan cara memberlakukan pengecualian (*exemption*) dalam Undang-undang tersebut. Sementara itu di lain pihak, bahwa Undang-undang Hukum Persaingan ditujukan untuk mengawasi proses persaingan yang berlaku bagi semua pelaku usaha tanpa terkecuali. Oleh karena itu, harmonisasi berbagai regulasi yang dibuat harus mempertimbangan bahwa peraturan pengecualian tersebut tidak akan berbenturan dengan persaingan usaha, sistem ekonomi yang dianut maupun peraturan yang lebih tinggi di atasnya. Di antaranya dengan melihat pada pertimbangan norma hukum yang berlaku serta aspirasi kepentingan umum, sehingga peraturan pengecualian itu dapat merasionalisasi berbagai kepentingan yang ada.

Pada umumnya, kebijakan persaingan dipengaruhi oleh berbagai pertimbangan, misalnya adanya perlindungan terhadap hak kekayaan intelektual (HAKI), perdagangan, perlindungan terhadap usaha kecil atau menengah serta kepentingan nasional terhadap perekonomian yang dikelola oleh badan-badan usaha milik negara (BUMN). Hukum Persaingan juga mengenal adanya pengecualian untuk menegaskan bahwa suatu aturan hukum dinyatakan tidak berlaku bagi jenis pelaku tertentu ataupun perilaku/kegiatan tertentu. Oleh sebab itu, diperlukan adanya suatu acuan yang dipergunakan untuk pengecualian apakah suatu kegiatan, industri/badan, pelaku usaha yang bagaimanakah yang dikecualikan dari pengaturan hukum persaingan. Pemberian pengecualian dalam Hukum Persaingan umumnya didasarkan pada beberapa pertimbangan, antara lain:

1. Adanya instruksi atau perintah dari UUD
2. Adanya instruksi atau perintah dari UU ataupun peraturan perundangan lainnya;
3. Instruksi atau pengaturan berdasarkan regulasi suatu badan administrasi.

Untuk itu perlu diketahui alasan yang menjadi dasar pertimbangan diberikannya pengecualian dalam Undang-undang Hukum Persaingan. Pada umumnya pengecualian yang diberikan berdasarkan 2 alasan, yaitu:

1. Industri atau badan yang dikecualikan telah diatur oleh peraturan per-

undang atau diregulasi badan pemerintah yang lain dengan tujuan memberikan perlindungan khusus berdasarkan kepentingan umum (public interests), misalnya: transportasi, air minum, listrik, telekomunikasi, dan lain-lain.

2. Suatu industri memang membutuhkan adanya perlindungan khusus karena praktik kartelisme tidak dapat lagi dihindarkan, dan dengan pertimbangan ini maka akan lebih baik memberikan proteksi yang jelas kepada suatu pihak daripada menegakkan Undang-undang Hukum Persaingan itu sendiri.¹³¹

Berdasarkan pertimbangan dan alasan ini, umumnya berbagai negara memberikan atau mengatur tentang pengecualian di dalam Undang-undang Hukum Persaingan mereka. Dengan kata lain, pengecualian merupakan hal yang umum dalam Undang-undang Hukum Persaingan, dan tidak dianggap sebagai hal yang dirasa dapat menghambat persaingan usaha itu sendiri.

Pengecualian dan Pertimbangannya

Pengecualian dari diberlakukannya aturan Hukum Persaingan dapat ditemukan dalam berbagai bentuk. Salah satu di antaranya adalah proteksi yang disebut dengan Monopoli Alamiah (*natural monopoly*). Keadaan ini diberlakukan untuk sesuatu yang bersifat dan berhubungan dengan sarana publik (public utilities) dimana upaya masuk pasar (entry), tarif dan pelayanan akan diatur dalam regulasi. Pertimbangan dan alasan pembenaran ini dilakukan jika produksi dilakukan oleh satu pelaku saja yang akan jauh lebih efisien, dimana biaya rata-rata produksi (average cost) akan menurun bila output ditingkatkan, sehingga lebih efisien kalau industri dimonopoli oleh satu pelaku usaha saja. Regulasi dibutuhkan karena ada kemungkinan dalam sesuatu yang dimonopoli, maka pelaku monopoli alamiah mungkin memberlakukan harga monopoli yang dapat mengakibatkan terjadinya *deadweight loss*¹³² dan mengakibatkan perpindahan *consumer surplus* kepada *producer surplus*.¹³³

Regulasi dibutuhkan untuk menentukan industri mana yang akan dilakukan oleh hanya satu perusahaan, kemudian baru diatur mengenai tarif, harga, pelayanan serta nilai investasinya. Secara ekonomi dasar, untuk memberikan monopoli alamiah dalam suatu industri adalah; bila biaya investasi (*sunk cost*) yang dibutuhkan cukup besar, sehingga pengelolaannya diputuskan

¹³¹ Thomas Jorde, dkk., *Gilbert Law Summaries: Antitrust*, Edisi IX, (Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications. Inc, 1996), hlm. 114.

¹³² Lihat Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Edisi IV, (New York: Little Brown and Company, 1992), hlm. 277-279.

¹³³ Lawrence Anthony S., *Antitrust...*, hlm. 10-16.

untuk diberikan kepada badan badan usaha milik Negara (BUMN),¹³⁴ misalnya untuk sarana publik, seperti air, listrik atau telekomunikasi.¹³⁵ Oleh sebab itu, pelaku usaha yang mendapat kesempatan “monopoli alamiah” wajib mendapat pengontrolan dalam hal kinerja dan pelayanan yang diharapkan.¹³⁶

Pada umumnya, pemberian status pengecualian ini diberikan kepada industri strategis yang dikelola oleh negara melalui badan usaha milik negara. Kinerja BUMN banyak ditentukan oleh birokrasi dan kurang terbiasa dengan persaingan akan sangat berpengaruh terhadap efektifitas dari pemberian hak monopoli alamiah ini. Pelaku monopoli alamiah memang tidak akan menemukan pesaing, sehingga besar kemungkinan mereka akan bertindak tidak efisien, dan justru menimbulkan kerugian bagi negara dan masyarakat umum sebagai konsumen. Oleh sebab itu, argumentasi mengenai monopoli alamiah lebih ditentukan dari kinerja pelaku yang memperoleh statusnya dibandingkan bila industri tersebut diserahkan kepada mekanisme pasar.

Khusus mengenai pemberian status pengecualian yang berkaitan dengan negara dalam Hukum Persaingan dikenal adanya “State Action Doctrine” dimana perbuatan atau tindakan yang dilakukan oleh pemerintah (atau yang diberikan kewenangan) dari atau mewakili pemerintah akan dikecualikan dari ketentuan Undang-undang Hukum Persaingan. Doktrin yang dikenal di Amerika Serikat ini berasal dari putusan MA AS dalam kasus Parker vs Brown tahun 1943 sebagai respon terhadap upaya untuk memberlakukan aturan hukum persaingan terhadap usaha atau kegiatan yang dilakukan oleh pemerintah yang sebelumnya tidak terbayangkan ketika Amerika Serikat mengundangkan Sherman Act 1890.

Mahkamah Agung Amerika Serikat berpendapat bahwa, doktrin ini sesuai dengan keinginan Kongres bahwa tujuan Undang-undang Hukum Persaingan adalah untuk memproteksi persaingan tetapi dengan tidak membatasi kewenangan Negara. Berdasarkan pemahaman ini, terdapat beberapa kegiatan yang dikecualikan dari pengaturan Undang-undang Hukum Persaingan. Sejak saat itu, ruang lingkup doktrin ini diperluas dengan pertimbangan tujuan dari peraturan perundang-undangan yang dimaksud. Doktrin ini kemudian diperluas lagi dengan mengizinkan pemberian status pengecualian yang lebih

¹³⁴ Lihat UU No.1/1995 Tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN).

¹³⁵ Monopoli alamiah juga sering diberlakukan untuk infrastruktur umum dengan pengaturan pemerintah karena jauh lebih efisien, misalnya untuk listrik, telekomunikasi atau transportasi. Pertimbangannya adalah sunk cost yang tinggi akan merugikan bila banyak pesaing dalam satu pasar. Lihat William W. Sharkey, *The Theory of Natural Monopoly*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), hlm. 25-26.

¹³⁶ Edward M. Graham dan J. David Richardson, *Global Competition Policy*, (Washington DC: Institute for International Economics, 1997), hlm. 21.

luas kepada badan badan usaha yang dibentuk pemerintah, yang bahkan bukan sepenuhnya merupakan badan yang dibentuk pemerintah.

Doktrin ini terbukti banyak memberikan keuntungan kepada pemerintah sepanjang status ini dipergunakan sesuai dengan tujuannya, terutama dari pendekatan efisiensi pada level nasional. Sejak itu, berbagai putusan pengadilan di Amerika menetapkan beberapa kriteria untuk menentukan siapa saja yang dapat dikecualikan menurut doktrin ini, yaitu:¹³⁷

1. pihak yang melakukannya adalah Negara (state) itu sendiri;
2. pihak yang mewakili Negara atau institusi;
3. pihak ketiga atau swasta atau privat yang ditunjuk dan diberikan kewenangan oleh Negara.

Di samping dampak positif, perlu diingatkan adanya dampak negatif bila pengawasan tidak dijalankan dengan baik sesuai dengan kebijakan persaingan yang bahkan dapat berdampak juga terhadap ekonomi secara nasional. Oleh sebab itu, memberlakukan State Action Doctrine ini harus dibatasi agar pemerintah tidak bertindak oportunistis, misalnya dengan memastikan apakah kegiatan tersebut benar-benar bertujuan untuk kepentingan umum, hajat hidup orang banyak atau memang diperintahkan oleh konstitusi (*active supervision*). Dalam implementasinya, pengawasan juga penting dilakukan untuk menghindari terjadinya perilaku anti persaingan yang bersifat privat (bukan Negara), tetapi dengan menggunakan alasan doktrin ini.

Pengecualian dalam Hukum Persaingan juga dapat diberikan dengan alasan proteksi kepada suatu industri atau pelaku usaha tertentu yang dianggap masih memerlukan perlindungan. Pemerintah merasa perlu memberikan proteksi dengan alasan industri ini belum mampu menghadapi persaingan yang disebabkan faktor, misalnya keterbatasan modal, belum mampu efisien, kendala distribusi, kurang inovatif, sehingga tidak akan mampu bertahan di pasar. Jenis pelaku usaha yang masuk dalam kategori seperti ini adalah koperasi¹³⁸ dan usaha kecil dan menengah¹³⁹ yang masuk dalam usaha industri kecil rumah tangga dalam skala sederhana. Sedangkan pemberian proteksi terhadap jenis pelaku usaha tertentu pada umumnya bukan saja diberikan berdasarkan kemampuan, tetapi juga dengan melihat jumlah mereka dalam perekonomian nasional apakah jumlahnya signifikan atau mayoritas dalam suatu pasar atau tidak.

¹³⁷ Jeffery D. Schwartz, "The Use of the Antitrust State Doctrine in the Deregulated Electric Utility", dalam *American University Law Review*, Vol. 49, h1m. 1999.

¹³⁸ Lihat UU Koperasi No.25/1992.

¹³⁹ Lihat UU UMKM No.20/2008 Tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah.

Di samping itu, Undang-undang Hukum Persaingan umumnya memberikan pengecualian atas dasar perjanjian, misalnya perjanjian HAKI ataupun keagenan. Kedua masalah ini sering kontradiktif karena aspek HAKI dan keagenan telah diatur dan berperan penting dalam proses persaingan. HAKI merupakan insentif dan alasan diberikan hak memonopoli dan proteksi karena HAKI membutuhkan sumber daya dan waktu dalam upaya mendapatkannya. Undang-undang HAKI sendiri menjamin bahwa penemuan paten dan lain-lain akan diberikan perlindungan sebelum dapat menjadi milik public (public domain). Faktor ini menjadi penentu bagi perusahaan, karena insentif ini dianggap sebagai jalan menguasai pasar, tetapi tidak merupakan pelanggaran Undang-undang. Perlakuan yang sama berlaku dalam perjanjian waralaba, sedangkan dalam perjanjian keagenan, maka analisis ekonomi menunjukkan bahwa dampak dari perjanjian ini diyakini memberikan efisiensi dan menguntungkan dari segi ekonomi.

Pengecualian Dalam UU No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan atas ketentuan UU No.5 Tahun 1999, berdasarkan ketentuan Pasal 30 ayat (1) ditentukan pula pembentukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha dengan Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha. UU No.5 Tahun 1999 mengatur beberapa ketentuan antara lain yang berkaitan dengan:

1. Perjanjian yang dilarang;
2. Kegiatan yang dilarang;
3. Posisi dominan; dan
4. Sanksi terhadap pelanggaran ketentuan yang diatur.

Salah satu kewenangan dari KPPU adalah mengeluarkan Pedoman yang berisikan tentang bagaimana menyamakan penafsiran dan bagaimana interpretasi KPPU terhadap isi pasal UU No.5 Tahun 1999 tersebut. KPPU bukan hanya bertindak mengawasi penegakan hukum saja, tetapi juga memastikan pengawasan terhadap pengecualian yang diatur dalam pasal-pasal UU No.5 Tahun 1999.

UU No. 5 Tahun 1999 juga memberikan beberapa pengecualian dalam pengaturan pasal-pasalnya. Pengecualian diberikan kepada pelaku usaha tertentu, kegiatan usaha tertentu serta perjanjian tertentu. Banyak pertimbangan yang dijadikan alasan pemberian status ini di antaranya yang paling kuat adalah alasan latar belakang philosophis yuridis berdasarkan Pasal 33 ayat (1) UUD RI dimana dikatakan bahwa:

”Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan”.

Dalam ayat (4) dinyatakan bahwa: “Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional”.

Oleh sebab itu, demokrasi ekonomi dalam pemahaman Indonesia adalah berdasarkan perekonomian yang disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan, dimana:

1. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
2. Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat;
3. Potensi, inisiatif dan daya kreasi setiap warga negara dikembangkan sepenuhnya dalam batas-batas yang tidak merugikan kepentingan umum;

Dari pemahaman di atas, maka sudah jelas bahwa UUD’45 secara tegas sejak awalnya telah menginstruksikan diakui dan harus dilakukannya proteksi terhadap bidang-bidang usaha atau perekonomian tertentu. Dalam implementasi pengertian dan pemberian proteksi ini pemerintah Indonesia mengacu kepada beberapa aspek dalam upaya menegakkan demokrasi ekonomi dengan menghindari hal-hal yang dianggap bertentangan dengan sistem perekonomian yang berorientasi pada Pancasila dan ekonomi kerakyatan, yaitu:

1. Sistem *Free Fight Liberalism* yang menimbulkan eksploitasi terhadap manusia dengan hanya mengandalkan tujuan ekonomi;
2. Dominasi negara dan aparaturnegara yang mematikan potensi dan daya kreasi unit-unit ekonomi di luar sektor negara;
3. Persaingan tidak sehat dan pemusatan kekuatan ekonomi pada satu kelompok dalam berbagai bentuk monopoli dan monopsoni yang merugikan masyarakat dan bertentangan dengan cita-cita keadilan sosial.

Dengan adanya instruksi UUD 45 yang jelas, maka dengan diberlakukannya UU No.5 Tahun 1999 terdapat pengecualian yang diberlakukan sebagai bagian dari Undang-undang yang melingkupi berbagai aspek:

1. Pengaturan monopoli alamiah yang dikelola oleh negara (Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.).
2. Pengecualian terhadap perbuatan atau kegiatan (Pasal 50 ayat (a) UU No. 5 Tahun 1999).
3. Pengecualian terhadap perjanjian tertentu (Pasal 50 ayat (b-g) UU No. 5 Tahun 1999).
4. Pengecualian terhadap pelaku usaha tertentu (Pasal 50 ayat (h) UU No. 5 Tahun 1999.).

Pengaturan mengenai pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999 diatur dalam Bab IX, Pasal 50 yang dikecualikan dari Undang-undang ini adalah:

1. Perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku;

KPPU telah mengeluarkan Pedoman No.253/KPPU/Kep/VII/2008 Tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 50 huruf (a) yang menegaskan mengenai jenis perbuatan atau kegiatan dan perjanjian apa saja yang dapat dikecualikan. Pada dasarnya, ekonomi memang dilakukan oleh berbagai jenis pelaku usaha dengan kemampuan berbeda. Di samping itu, ada juga berbagai regulasi sektoral yang berkaitan dengan peraturan lainnya, bahkan peraturan tersebut telah ada jauh sebelum UU No. 5 Tahun 1999 diundangkan. Bila terdapat suatu Undang-undang yang mewajibkan seorang pelaku usaha untuk melakukan suatu tindakan atau melaksanakan perjanjian, maka tindakan atau perjanjian tersebut akan dikecualikan.

Dalam mencerna pasal ini perlu diperhatikan Undang-undang apakah yang dimaksud, karena dalam tingkatan perundang-undangan yang berlaku,¹⁴⁰ kedudukan Undang-undang adalah setara. Karena itu perlu diteliti lebih lanjut maksud dari isi pasal ini yang menyatakan Undang-undang yang bagaimanakah yang dapat mengecualikan UU No. 5 Tahun 1999. Undang-undang sifatnya memaksa dan berlaku umum kepada publik, sehingga memerlukan pengaturan yang lebih tinggi ataupun Undang-undang juga untuk mengecualikan berlakunya ataupun dinyatakan dengan jelas apa dan siapa yang dikecualikan dalam pengaturan pemberlakuan Undang-undang tersebut.

Dalam UU No.5 Tahun 1999 ada perjanjian yang dikecualikan yang disebutkan dalam Pasal 50 huruf a: ”melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku”, sehingga pengertiannya luas, dan Pasal 5 ayat (2) yang hanya didasarkan pada undang-undang.

KPPU berpendapat bahwa tujuan pengecualian dalam Pasal 50 huruf (a) ditujukan untuk:

- a. Menyeimbangkan kekuatan ekonomi yang tidak sama, misalnya kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha kecil dalam rangka meningkatkan kekuatan penawarannya ketika menghadapi pelaku usaha yang memiliki kekuatan ekonomi lebih kuat. Dalam kasus yang demikian, terhadap pelaku usaha kecil dapat diberikan pengecualian dalam penerapan hukum persaingan usaha.

¹⁴⁰ Lihat UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan pada Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4).

- b. Menghindari terjadinya kerancuan dalam penerapan UU No.5 Tahun 1999 apabila terjadi konflik kepentingan yang sama-sama ingin diwujudkan melalui kebijakan yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.
- c. Mewujudkan kepastian hukum dalam penerapan peraturan perundang-undangan, misalnya pengecualian bagi beberapa kegiatan lembaga keuangan untuk mengurangi resiko dan ketidakpastian. Sektor keuangan perlu dijaga stabilitasnya, mengingat pentingnya peran sektor keuangan dalam proses pengembangan ekonomi.
- d. Melaksanakan ketentuan Pasal 33 ayat (2), (3) dan ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pedoman ini juga menjelaskan mengenai peraturan perundang-undangan yang mengacu pada Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Dalam Pasal 1 angka 2 UU No. 10/2004, perundang-undangan diartikan sebagai peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum. Pasal 50 (a) merupakan ketentuan yang bersifat "pengecualian" (exceptions) atau "pembebasan" (exemptions) yang dimaksudkan untuk menghindari terjadinya konflik berbagai kebijakan yang saling tolak belakang namun sama-sama diperlukan dalam perekonomian nasional. Ketentuan ini sering juga timbul karena kondisi perekonomian yang dinamis menuntut Pemerintah menetapkan pengecualian yang bertujuan menyeimbangkan antara penguasaan bidang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak dan pemberian perlindungan pada pengusaha berskala kecil. Pemberian perlakuan khusus bagi cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak untuk dikuasai oleh negara, secara tegas diatur dalam Pasal 33 ayat (2), dan ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Ketentuan dalam Pasal 33 ayat (2), dan ayat (3) sejalan dengan yang diatur dalam Pasal 51 UU No.5 Tahun 1999.

Meskipun berdasarkan ketentuan dalam Pasal 176, Pasal 177, dan Pasal 178 Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, daerah diberi kewenangan ekonomi untuk mengatur dan mengurus perekonomian daerah, namun pengaturan dan pengurusan di bidang ekonomi harus tetap berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, kebijakan otonomi daerah di bidang perekonomian tidak boleh bertentangan dengan kebijakan perekonomian nasional, karena materi peraturan perundang-undangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sistem hukum nasional. Jadi, kedudukan

Pasal 50 huruf a) merupakan ketentuan peraturan perundang-undangan yang mempunyai daya laku secara nasional, dan peraturan yang dibuat di daerah tidak boleh bertentangan dengan ketentuan tersebut.

Beberapa unsur yang terdapat dalam ketentuan Pasal 50 huruf (a) yang berbunyi: “Perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku”, adalah: 1) perbuatan; 2) perjanjian; 3) bertujuan melaksanakan; dan 4) peraturan perundang-undangan yang berlaku:

a. Perbuatan

Pedoman menetapkan bahwa perbuatan dalam hal ini dianalogikan dengan kegiatan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 17 sampai 24 UU No. 5 Tahun 1999. Bila pelaku usaha dalam melakukan perbuatan tersebut berdasarkan kewenangan Undang-undang atau dari peraturan perundang-undangan yang secara tegas mendapat delegasi dari Undang-undang. Peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar bagi pelaku usaha untuk melakukan perbuatan dan atau perjanjian, misalnya dalam bentuk Peraturan Menteri sekalipun. Namun bila Peraturan Menteri tersebut ditetapkan atas delegasi langsung dari Undang-Undang, maka perbuatan dan atau perjanjian tersebut meski akibatnya tidak sejalan dengan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, namun pelaku usaha yang bersangkutan tidak dapat dikenakan sanksi hukum. Sebaliknya, bila materi peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang tersebut bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999, maka tidak dapat diterjemahkan sebagai pengecualian, sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf a UU No.5 Tahun 1999.

b. Perjanjian

Definisi Perjanjian yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7 diartikan sama dengan perbuatan, yaitu perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha.

c. Bertujuan melaksanakan

Pedoman menetapkan bahwa ”perbuatan dan atau perjanjian” yang dikecualikan dalam ketentuan Pasal 50 huruf a) adalah perbuatan dan atau perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha karena berdasarkan perintah dan kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang atau oleh peraturan perundang- undangan di bawah Undang-undang, tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari Undang-undang untuk dilaksanakan.

Contoh I; Melaksanakan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku (Pemberian Kewenangan).

Contoh II; Tindakan Berdasarkan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku (bukan merupakan pemberian kewenangan).

Peraturan perundang-undangan yang berlaku berupa pemberian kewenangan dan tindakan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang bukan merupakan pemberian kewenangan membatasi, bahwa peraturan perundang-undangan selain Undang-undang (misalnya Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Menteri) dapat dijadikan dasar pemberian kewenangan. Tetapi untuk ketentuan Pasal 50 huruf a) harus dibatasi pada kewenangan yang didasarkan pada ketentuan Undang-undang, atau pada peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang, tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari Undang-undang.

d. Peraturan Perundang-undangan yang berlaku

Peraturan perundang-undangan yang berlaku harus mengacu pada ketentuan Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4) (beserta penjelasannya). Pedoman menetapkan bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 56 Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 ditegaskan bahwa: Semua Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, Keputusan Gubernur, Keputusan Bupati/Walikota, atau Keputusan Pejabat lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 yang sifatnya mengatur, yang sudah ada sebelum Undang-Undang ini berlaku, harus dibaca sebagai peraturan, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini.

Pedoman juga menetapkan bahwa pelaksanaan Pasal 50 (a) dalam sistem peraturan perundang-undangan di Indonesia berdasarkan beberapa prinsip dalam sistem peraturan perundang-undangan yang harus ditaati, yakni:

- 1) setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus mempunyai landasan hukum yang jelas;
- 2) tidak semua peraturan perundang-undangan dapat dijadikan landasan hukum, tetapi hanya peraturan yang sederajat atau yang lebih tinggi tingkatannya;
- 3) adanya prinsip hanya peraturan yang lebih tinggi atau sederajat dapat menghapuskan atau mengesampingkan berlakunya peraturan yang sederajat tingkatannya atau lebih rendah tingkatannya;
- 4) harus ada kesesuaian antara jenis peraturan perundang-undangan dengan materi muatan yang harus diatur.

Pedoman menetapkan juga bahwa pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf a hanya berlaku bagi pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah dan tidak dapat diterapkan kepada semua

pelaku usaha. Pengecualian tidak berlaku jika pelaku usaha melakukan perbuatan dan atau perjanjian untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari Undang-undang kecuali peraturan yang dilaksanakan tersebut berdasarkan delegasi secara tegas dari Undang-undang yang bersangkutan. Ketentuan Pasal 50 huruf a) hanya dapat diterapkan jika:

- 1) pelaku usaha melakukan perbuatan dan atau perjanjian karena melaksanakan ketentuan Undang-Undang atau peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari Undang-Undang;
- 2) pelaku usaha yang bersangkutan adalah pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah.

Ketentuan Undang-undang yang dikecualikan dari Penerapan Ketentuan Larangan dalam UU No. 5 Tahun 1999 karena substansi yang diatur sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 Huruf a), misalnya: Undang-undang Nomor 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika dan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara, Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (SJSN).

2. Perjanjian yang berkaitan dengan hak atas kekayaan intelektual, seperti lisensi, paten, merek dagang, hak cipta, desain produk industri, rangkaian elektronik terpadu, dan rahasia dagang, serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba.

Perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7 diartikan sama dengan perbuatan. Dalam pasal pengecualian ini ada dua perjanjian yang harus diperhatikan untuk dikecualikan, yaitu berkaitan dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI) serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba. Dalam Hukum Persaingan HAKI maupun waralaba sering dianggap bersifat paradoks karena memberikan hak untuk memonopoli secara eksklusif, bahkan dilindungi pula oleh Undang-undang. Sementara itu Undang-undang Hukum Persaingan berupaya mengatur agar monopoli yang diijinkan haruslah seimbang dan tidak dieksploitasi. Prinsip dasarnya adalah HAKI bertujuan untuk peningkatan kualitas kehidupan manusia, dan untuk mendapatkannya harus melalui penelitian, waktu dan biaya yang tidak murah. Karena itu wajar memberikan insentif untuk menikmati hasil temuannya dan mendapatkan keuntungan secara ekonomi melalui pemberian monopoli dalam kurun waktu tertentu sebelum menjadi milik publik (public domain).

Pada intinya HAKI mengatur tentang penghargaan atas karya orang lain yang berguna bagi masyarakat banyak. Ini merupakan titik awal dari pengembangan lingkungan yang kondusif untuk pengembangan inovasi, kreasi, desain dan berbagai bentuk karya intelektual lainnya. HAKI bersifat privat, namun HAKI hanya akan bermakna jika diwujudkan dalam bentuk produk di pasaran, digunakan dalam siklus permintaan, penawaran, dan sesudah itu barulah akan berperan penting dalam ekonomi yang memberikan insentif kepada pelaku usaha yang mewujudkannya untuk menikmati hasilnya.¹⁴¹

¹⁴¹ Zen Umar Purba, *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia*, (Jakarta: Ditjen HAKI, Departemen Kehakiman dan HAM, 2000), hlm. 1.

BAB III

HUKUM PERLINDUNGAN KONSUMEN

A. Pengertian & Asas Perlindungan Konsumen

Perlindungan konsumen itu sendiri menurut Pasal 1 ayat (1) UUPK menyebutkan, bahwa perlindungan konsumen adalah segala upaya yang menjamin adanya kepastian hukum untuk memberi perlindungan kepada konsumen.

Pasal 2 UUPK menyebutkan bahwa perlindungan konsumen berasaskan manfaat, keadilan, serta keseimbangan, keamanan dan keselamatan konsumen serta kepastian hukum. Di dalam penjelasan pasal 2 UUPK menyebutkan, bahwa perlindungan konsumen diselenggarakan sebagai usaha bersama berdasarkan 5 (lima) asas yang relevan dalam pembangunan nasional, yaitu:

- a. Asas manfaat; dimaksudkan untuk mengamankan bahwa segala upaya dalam penyelenggaraan perlindungan konsumen harus memberi manfaat sebesar-besarnya bagi kepentingan konsumen dan pelaku usaha secara keseluruhan.

- b. Asas keadilan; dimaksudkan agar partisipasi seluruh rakyat dapat diwujudkan secara maksimal dan memberikan kesempatan kepada konsumen dan pelaku usaha untuk memperoleh haknya dan melaksanakan kewajibannya secara adil.
- c. Asas keseimbangan; dimaksudkan untuk memberikan keseimbangan antar kepentingan konsumen, pelaku usaha, dan pemerintah dalam arti materiil maupun spirituil.
- d. Asas keamanan dan keselamatan konsumen; dimaksudkan untuk memberikan jaminan atas keasmanan dan keselamatan kepada konsumen dalam penggunaan, pemakaian, dan pemanfaatan barang dan/atau jasa yang dikonsumsi atau digunakan.
- e. Asas kepastian hukum; dimaksudkan agar baik pelaku usaha maupun konsumen menaati hukum dan memperoleh keadilan dalam penyelenggaraan perlindungan konsumen, serta negara menjamin kepastian hukum.

B. Sejarah Munculnya Hukum Perlindungan Konsumen

Pada tanggal 11 Mei 1973 berdiri suatu organisasi perintis advokasi konsumen, yaitu Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia (YLKI). Hal tersebut mendorong munculnya organisasi lain yang serupa di provinsi Indonesia. Tujuan lembaga-lembaga ini adalah melakukan penelitian atau pengujian, penerbitan dan menerima pengaduan, dan mengadakan upaya advokasi langsung melalui jalur pengadilan.

Setelah melakukan upaya perancangan Undang-undang akhirnya dapat disahkan oleh presiden pada era tersebut, yaitu oleh BJ. Habibie yaitu UU No. 8 Tahun 1999 yang mengatur Perlindungan Konsumen. Dengan lahirnya UU tersebut, iklim persaingan usaha diharapkan lebih sehat dan tangguh dalam menghadapi persaingan dengan menyediakan barang dan atau jasa.

Di luar negeri, awalnya muncul hukum untuk melindungi konsumen di dunia, yaitu pada tahun 1891 terbentuk Liga Konsumen New York. Pada tahun 1898 terbentuk gerakan pada tingkat nasional AS, yaitu Liga Konsumen Nasional (*The National Consumer's League*).

Berbagai hambatan dihadapi organisasi ini, yang pada akhirnya terlahirlah Undang- undang tentang Perlindungan Konsumen, yaitu *The Meat Inspection Act* dan *The Food and Drugs Act*. Pada tahun 1938, UU ini diamandemen menjadi *The Food, Drug and Cosmetics Act* karena adanya tragedi *Elixir Sulfanilamide* yang menewaskan 93 konsumen di AS tahun 1937.

Beberapa negara mulai membentuk semacam Undang-undang Perlindungan Konsumen, yaitu:

1. Amerika Serikat: *The Uniform Trade Practices and Consumer Protection Act (UTPCP)* tahun 1967, yang kemudian diamandemen pada tahun 1969 dan 1970; *Unfair Trade Practices and Consumer Protection (Louisiana) Law*, tahun 1973.
2. Jepang: *The Consumer Protection Fundamental Act* (tahun 1968).
3. Inggris: *The Consumer Protection Act* (tahun 1970), yang diamandemen pada tahun 1971.
4. Kanada: *The Consumer Protection Act* dan *The Consumer Protection Amandment Act* (tahun 1971).
5. Singapura: *The Consumer Protection (Trade Description and Safety Requirement Act)*, tahun 1975.
6. Finlandia: *The Consumer Protection Act* (tahun 1978).
7. Irlandia: *The Consumer Information Act* (tahun 1978).
8. Australia: *The Consumer Affairs Act* (tahun 1978).
9. Thailand: *The Consumer Act* (tahun 1979).

C. Latar Belakang dan Tujuan Hukum Perlindungan Konsumen

Tujuan perlindungan konsumen, sebagaimana tercantum dalam Pasal 3 UU No. 8 Tahun 1999, adalah:

1. Meningkatkan kesadaran, kemampuan, dan kemandirian konsumen untuk melindungi diri.
2. Mengangkat harkat dan martabat konsumen dengan cara menghindarkannya dari eksek negatif pemakaian barang dan/atau jasa;
3. Meningkatkan pemberdayaan konsumen dalam memilih, menentukan dan menuntut hak-haknya sebagai konsumen;
4. Menciptakan sistem perlindungan konsumen yang mengandung unsur kepastian hukum dan keterbukaan informasi serta akses untuk mendapatkan informasi;
5. Menumbuhkan kesadaran pelaku usaha mengenai pentingnya perlindungan konsumen, sehingga tumbuh sikap yang jujur dan bertanggungjawab dalam berusaha; dan
6. Meningkatkan kualitas barang dan/atau jasa yang menjamin kelangsungan usaha produksi barang dan/atau jasa, kesehatan, kenyamanan, keamanan, dan keselamatan konsumen.

D. Pengaturan Perlindungan Konsumen

1. Pengaturan terdapat dalam UU No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.
2. Materi yang diatur:
 - a. Asas dan tujuan perlindungan konsumen.
 - b. Hak dan kewajiban konsumen.
 - c. Perbuatan yang dilarang bagi pelaku usaha.
 - d. Ketentuan pencantuman klausula baku.
 - e. Tanggung jawab pelaku usaha.
 - f. Pembinaan dan penyelenggaraan perlindungan konsumen.
 - g. Badan Perlindungan Konsumen.
 - h. Lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat.
 - i. Penyelesaian sengketa konsumen.
 - j. Badan penyelesaian sengketa konsumen.
 - k. Penyelidikan tindak pidana dibidang perlindungan konsumen.
 - l. Sanksi administratif dan pidana.

E. Konsumen, Pelaku Usaha, BPKN & BPSK

1. Konsumen

Konsumen adalah setiap orang pemakai barang dan/atau jasa yang tersedia dalam masyarakat, baik bagi kepentingan diri sendiri, keluarga, orang lain, maupun makhluk hidup lain dan tidak diperdagangkan. (Pasal 1 angka 2 UU No. 8 th 1999).

Di dalam penjelasan Pasal 1 angka (2), disebutkan bahwa di dalam kepustakaan ekonomi dikenal dengan istilah konsumen akhir dan konsumen antara. Konsumen akhir adalah pengguna atau pemanfaat akhir dari suatu produk. Sedangkan konsumen antara adalah konsumen yang menggunakan suatu produk sebagai bagian dari proses produksi suatu produk lainnya. Pengertian konsumen dalam Undang-undang ini adalah konsumen akhir.

Adapun batasan-batasan tentang konsumen akhir yaitu setiap orang yang mendapatkan barang atau jasa yang tersedia dalam masyarakat, yang digunakan untuk memenuhi kebutuhan hidup pribadi, keluarga atau rumah tangganya, dan tidak untuk kepentingan komersial.¹⁴²

Di USA, istilah perlindungan consumer/pemakai diartikan secara luas, yaitu; "Korban pemakaian produk yang cacat", baik itu korban pembeli, bukan

¹⁴² Az. Nasution, *Konsumen dan Hukum*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995), hlm. 3.

pembeli tetapi pemakai, bahkan korban yang bukan pemakai. Oleh karena itu, perlindungan hukum konsumen dapat dinikmati pula bahkan oleh korban yang bukan pemakai.

Menurut Presiden JF Kennedy, konsumen mempunyai 4 hak dasar, yaitu:

- a. Hak memperoleh keamanan (*the right to safety*)
- b. Hak memilih (*the right to choose*)
- c. Hak mendapat Informasi (*the right to be informed*)
- d. Hak untuk didengar (*the right to be heard*)

LB Jonhson menyempurnakan pendapat dari JF Kennedy dengan menyatakan perlunya pengembangan konsep *product warranty* dan *product liability*.

Hak-hak konsumen menurut Masyarakat Ekonomi Eropa (MEE) ada lima hak dasar, yaitu:

- a. Hak perlindungan kesehatan dan keamanan.
- b. Hak perlindungan kepentingan ekonomi.
- c. Hak mendapat ganti rugi.
- d. Hak atas penerangan.
- e. Hak untuk didengar.

Hak-hak konsumen yang ada dan diakui sekarang bermula dari perkembangan hak-hak konsumen yang ditegaskan dalam resolusi PBB Nomor 39/248 Tahun 1985 tentang perlindungan konsumen dan di Indonesia direalisasikan dalam UUPK No 8 Tahun 1999.

Resolusi Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) Nomor 39/248 Tahun 1985 tentang Perlindungan Konsumen (*Guidelines for Consumer Protection*) juga merumuskan berbagai kepentingan konsumen yang perlu dilindungi, yang meliputi:

- a. Perlindungan Konsumen dari bahaya-bahaya terhadap kesehatan dan keamanannya.
- b. Promosi dan perlindungan kepentingan ekonomi sosial konsumen.
- c. Tersedianya informasi yang memadai bagi konsumen untuk memberikan kemampuan mereka melakukan pilihan yang tepat sesuai kehendak dan kebutuhan pribadi.
- d. Pendidikan konsumen.
- e. Tersedianya upaya ganti rugi yang efektif.
- f. Kebebasan untuk membentuk organisasi konsumen atau organisasi lainnya yang relevan dan memberikan kesempatan kepada organisasi tersebut untuk menyuarakan pendapatnya dalam proses pengambilan keputusan

yang menyangkut kepentingan mereka.¹⁴³

Adapun hak-hak Konsumen berdasar pasal 4 UU No. 8 tahun 1999 yaitu:

- a. Hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa. Konsumen berhak mendapatkan keamanan dari barang dan jasa yang ditawarkan kepadanya. Produk barang dan jasa itu tidak boleh membahayakan jika dipakai atau dikonsumsi, sehingga konsumen tidak dirugikan, baik secara jasmani dan rohani.
- b. Hak untuk memilih barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/atau jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi, serta jaminan yang dijanjikan. Konsumen tidak boleh mendapat tekanan dari pihak luar, sehingga ia tidak lagi bebas untuk membeli atau tidak membeli. Seandainya ia jadi membeli, ia juga bebas menentukan produk mana yang akan dibeli.
- c. Hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa. Informasi ini diperlukan agar konsumen tidak mempunyai gambaran yang keliru atas produk barang dan jasa. Informasi ini dapat disampaikan dengan dengan berbagai cara, seperti secara lisan kepada konsumen, melalui iklan di berbagai media, atau mencantumkan dalam kemasan produk.
- d. Hak untuk didengar pendapat dan keluhannya atas penggunaan barang/jasa. Ini disebabkan oleh informasi yang diberikan pihak yang berkepentingan atau berkompeten sering tidak cukup memuaskan konsumen. Untuk itu konsumen berhak mengajukan permintaan informasi lebih lanjut. Dalam tata krama dan tata cara periklanan Indonesia disebutkan, bila diminta oleh konsumen, maka baik perusahaan periklanan, media, maupun pengiklan harus bersedia memberikan penjelasan mengenai suatu iklan tertentu.¹⁴⁴
- e. Hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut. Jika permintaan yang diajukan konsumen dirasakan tidak mendapat tanggapan yang layak dari pihak-pihak terkait dalam hubungan hukum dengannya, maka konsumen berhak mendapatkan penyelesaian hukum, termasuk advokasi. Dengan kata lain, konsumen berhak menuntut pertanggungjawaban hukum dari pihak-pihak yang dipandang merugikan karena mengonsumsi produk itu.
- f. Hak untuk mendapatkan pendidikan dan pembinaan. Masalah perlindungan konsumen di Indonesia termasuk masalah yang baru. Oleh karena itu,

¹⁴³ Gunawan Widjaja dan Ahmad Yani, *Hukum tentang Perlindungan Konsumen*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2001), hlm. 27-28.

¹⁴⁴ Celina Tri S.W., *Hukum Perlindungan Konsumen*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm. 35.

wajar bila masih banyak konsumen yang belum menyadari hak-haknya. Kesadaran akan hak tidak dapat dipungkiri sejalan dengan kesadaran hukum. Makin tinggi tingkat kesadaran hukum masyarakat, makin tinggi penghormatannya pada hak-hak dirinya dan orang lain. Upaya pendidikan konsumen tidak selalu harus melewati jenjang pendidikan formal, tetapi dapat melewati media massa dan kegiatan lembaga swadaya masyarakat.¹⁴⁵

- g. Hak untuk dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif.
- h. Hak untuk mendapat kompensasi/ganti rugi apabila barang/jasa yang diterimanya tidak sesuai yang diperjanjikan. Jika konsumen merasakan kuantitas dan kualitas barang dan/atau jasa yang dikonsumsi tidak sesuai dengan nilai tukar yang diberikannya, maka ia berhak mendapatkan ganti kerugian yang pantas. Untuk menghindari dari kewajiban memberikan ganti kerugian, sering terjadi pelaku usaha mencantumkan klausula-klausula eksonerasi di dalam hubungan hukum antara produsen/penyalur produk dan konsumennya. Pencantuman secara sepihak demikian tetap tidak dapat menghilangkan hak konsumen untuk mendapatkan ganti kerugian.
- i. hak-hak yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lainnya.

Setiap konsumen yang dirugikan dapat menggugat pelaku usaha melalui lembaga yang bertugas menyelesaikan sengketa antara konsumen dan pelaku usaha atau melalui peradilan yang berada di lingkungan peradilan umum. Penyelesaian sengketa konsumen dapat ditempuh melalui pengadilan atau di luar pengadilan berdasarkan pilihan sukarela para pihak yang bersengketa (Pasal 45 Ayat (1) dan ayat (2)).

Penyelesaian sengketa konsumen tidak menutup kemungkinan penyelesaian damai oleh para pihak yang bersengketa. Pada setiap tahap diusahakan untuk menggunakan penyelesaian damai oleh kedua belah pihak yang bersengketa. Penyelesaian Secara damai adalah penyelesaian yang dilakukan oleh kedua belah pihak yang bersengketa (pelaku usaha dan konsumen) tanpa melalui pengadilan atau badan penyelesaian sengketa konsumen dan tidak bertentangan dengan Undang-undang ini (Penjelasan Pasal 45 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 8 Tahun 1999).

Menurut Johanes Gunawan, perlindungan hukum terhadap konsumen dapat dilakukan pada saat sebelum terjadinya transaksi (*no conflict/pre purchase*) dan/atau pada saat setelah terjadinya transaksi (*conflict/post purchase*). Perlindungan hukum terhadap konsumen yang dapat dilakukan pada saat sebelum terjadinya transaksi dapat dilakukan dengan beberapa cara, antara lain:¹⁴⁶

¹⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 40.

¹⁴⁶ Johanes Gunawan, *Hukum Perlindungan Konsumen*, (Bandung: Universitas Katolik

- a. *Legislation*, yaitu perlindungan hukum terhadap konsumen yang dilakukan pada saat sebelum terjadinya transaksi dengan memberikan perlindungan kepada konsumen melalui peraturan perundang-undangan yang telah dibuat. Dengan adanya peraturan perundang tersebut diharapkan konsumen memperoleh perlindungan sebelum terjadinya transaksi, karena telah ada batasan-batasan dan ketentuan yang mengatur transaksi antara konsumen dan pelaku usaha.
- b. *Voluntary Self Regulation*, yaitu perlindungan hukum terhadap konsumen yang dilakukan pada saat sebelum terjadinya transaksi, dimana dengan cara ini pelaku usaha diharapkan secara sukarela membuat peraturan bagi dirinya sendiri agar lebih berhati-hati dan waspada dalam menjalankan usahanya.

Sedangkan untuk perlindungan hukum terhadap konsumen pada saat setelah terjadinya transaksi (*conflict/post purchase*) dapat dilakukan melalui jalur Pengadilan Negeri (PN) atau di luar Pengadilan oleh Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) berdasarkan pilihan para pihak yang bersengketa.

Adapun kewajiban Konsumen diatur dalam Pasal 5 UU No. 8 tahun 1999, yaitu:

- a. Membaca dan mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan/jasa, demi keamanan dan keselamatan.
- b. Beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan/atau jasa.
- c. Membayar sesuai dengan nilai tukar yang telah disepakati.
- d. Mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut.

Dalam hal ini ada dua jenis transaksi, yaitu transaksi konsumen dan transaksi komersial. Transaksi konsumen adalah transaksi yang dilakukan oleh konsumen antara dengan pembeli dimana barang tersebut dibeli dengan tujuan untuk dikonsumsi sendiri dan tidak tujuan untuk dijual kembali, sehingga terjadi suatu peralihan barang atau jasa, termasuk di dalamnya peralihan kenikmatan dalam menggunakannya dari penjual (pelaku usaha) ke pembeli (konsumen). Sedangkan transaksi komersial biasanya dilakukan oleh produsen sebagai principal dengan pedagang perantara. Pihak yang disebut terakhir ini yang menjembatani antara produsen dan konsumen akhir (*ultimate consumer*). Itulah sebabnya, para pedagang perantara disebut juga dengan konsumen antara (*intermediate consumer*) dimana UU No. 8 Tahun 1999 tidak mengkategorikan “konsumen antara” ini sebagai konsumen yang

Parahyangan, 1999), hlm. 3-4.

dilindungi oleh Undang-undang.

Konsumen antara (*intermediate consumer*) dapat berupa distributor atau agen. Kedua istilah ini memiliki sejumlah perbedaan. Distributor bertindak atas namanya, sementara agen melakukan transaksi atas nama principalnya. Dengan demikian, dalam pelunasan harga /barang atau jasa, pembeli dapat saja tidak membayar melalui perantara agen tapi langsung kepada pihak principal. Hal ini tidak terjadi pada distributor karena produk yang diperjualbelikan menjadi miliknya. Karakteristik yang berbeda ini tentu mempengaruhi konstitusi hukum dalam transaksi konsumen diantara para pihak terkait.

Perlindungan Konsumen terkait Disclaimer dalam Website

Terdapat empat prinsip dasar dari *Good Corporate Governance* (GCG), yaitu *fairness*, *transparency*, *accountability* dan *responsibility*. *Coorporate Social Responsibility* (CSR) merupakan penerapan dari prinsip pertanggungjawaban (*responsibility*). Keempat prinsip tersebut dijelaskan oleh *Forum Corporate Governance in Indonesia* (FCGI) sebagai berikut.¹⁴⁷

- a. Transparansi (*transparency*), yaitu keterbukaan dalam melaksanakan proses pengambilan keputusan dan keterbukaan dalam mengemukakan informasi materiil dan relevan mengenai perusahaan.
- b. Akuntabilitas (*accountability*), yaitu kejelasan fungsi, pelaksanaan dan pertanggungjawaban manajemen perusahaan, sehingga pengelolaan perusahaan terlaksana secara efektif.
- c. Responsibilitas (*responsibility*), yaitu kesesuaian di dalam pengelolaan perusahaan terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- d. Kewajaran (*fairness*), yaitu keadilan dan kesetaraan di dalam memenuhi hak-hak *stakeholder* yang timbul berdasarkan perjanjian dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam memberikan perlindungan hukum bagi konsumen dalam situs internet (*website*) dapat disesuaikan dengan keempat prinsip GCG tersebut, yang terpenting berkaitan dengan pencantuman *disclaimer* website adalah prinsip kewajaran (*fairness*). Berdasarkan prinsip kewajaran tersebut harus dilindungi dan dipenuhi. Oleh karena itu, pencantuman syarat-syarat baku yang sepihak dalam bentuk *disclaimer* harus disesuaikan dengan hak-hak konsumen sebagai *stakeholder* dari pelaku usaha yang menjalankan usahanya dengan media situs internet berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku agar tercipta keadilan dan keseimbangan bagi masing-masing pihak (konsumen dan pelaku usaha). Perlindungan tidak hanya berdasarkan pada

¹⁴⁷ Lihat Busyra Azheri, *Corporate Social Responsibility: Dari Voluntary Menjadi Mandatory*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2011), hlm. 12.

hukum tertulis, tetapi juga hukum tidak tertulis dengan harapan ada jaminan terhadap benda yang dimiliki dalam menjalankan hak dan kewajiban.¹⁴⁸

Dalam kaitannya dengan perlindungan hukum bagi konsumen internet tersebut, menurut Philipus M. Hadjon dapat diuraikan menurut jenis perlindungan hukum ada 2 bentuk, yaitu:¹⁴⁹

a. Perlindungan Hukum Preventif

Perlindungan hukum secara preventif diberikan oleh pemerintah yang bertujuan untuk mencegah sebelum terjadinya pelanggaran. Hal ini terdapat di dalam peraturan perundang-undangan dengan tujuan untuk mencegah pelanggaran yang dilakukan oleh pelaku usaha dan dapat memberikan aturan-aturan sebagai batasan kepada pelaku usaha dalam melakukan kewajibannya. Permasalahan pencantuman *disclaimer* yang isinya sebagian besar membebaskan pelaku usaha internet dari tanggung jawab yang termasuk dalam klausula eksonerasi tentu saja semakin memperlemah posisi konsumen. Di sini nampak jelas terdapat ketimpangan posisi konsumen dengan pelaku usaha yang menjalankan bisnisnya di internet.

Perlindungan preventif dalam hal pencantuman *disclaimer* ini berfungsi untuk mencegah agar konsumen berada di pihak yang lemah dan tidak semata-mata dirugikan. Bentuk perlindungan hukum secara preventif bagi konsumen internet dapat sebaiknya diwujudkan dengan pengaturan mengenai kriteria-kriteria isi dari *disclaimer* yang berbentuk perjanjian baku dalam suatu situs internet agar konsumen sebagai pengguna internet dapat terlindungi. Mengenai letak pencantuman *disclaimer* juga perlu diperhitungkan dengan menampilkannya di halaman utama dari *website*, sehingga disadari keberadaan *disclaimer* tersebut oleh konsumen sebelum memutuskan untuk membaca substansi situs dan melakukan transaksi barang dan/atau jasa.

Dalam Undang-undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik diatur dalam BAB III mengenai Informasi, dokumen dan tanda terima elektronik, yaitu dalam mengatur mengenai kewajiban pelaku usaha dalam menawarkan produknya melalui sistem elektronik (dalam hal ini internet) harus menyediakan secara lengkap dan benar berkaitan dengan syarat kontrak, produsen dan produk yang ditawarkan (Pasal 9 UU ITE). Selanjutnya, setiap pelaku usaha yang menyelenggarakan transaksi elektronik dapat disertifikasi oleh Lembaga Sertifikasi Keandalan (Pasal 10 UU ITE).

¹⁴⁸ Jimly Asshiddiqie, *Pergeseran-pergeseran Kekuatan Legislatif Eksekutif*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2000), hlm. 97.

¹⁴⁹ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, (Surabaya: M2 Print, 2007), hlm. 2.

Lembaga Sertifikasi Keandalan (LSK) ini diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 82 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik (PP PSTE). Lembaga Sertifikasi Keandalan (LSK) adalah lembaga independen yang dibentuk oleh profesional yang diakui, disahkan, dan diawasi oleh pemerintah dengan kewenangan mengaudit dan mengeluarkan Sertifikat Keandalan dalam Transaksi Elektronik (Pasal 1 angka 24 PP PSTE).

Di Indonesia secara formal belum ada satupun LSK yang diakui dan disahkan oleh pemerintah. Beberapa contoh LSK asing yang telah ada secara resmi adalah *GeoTrust*, *Hacker Safe*, *Trust Guard*, *VerySign*, *McAfee Secure* dan *Trustweb*. Tentu saja jika LSK ini terwujud dan sistem transaksi elektronik di dunia maya (*cyber space*) tetap diawasi dengan jujur, maka konsumen akan merasa lebih tenang untuk memanfaatkan dunia internet untuk bertransaksi dan mencari informasi. Selanjutnya dalam Bab VII UU ITE juga diatur mengenai perbuatan yang dilarang berkaitan dengan larangan daripada muatan yang ada di dalam suatu situs internet, yaitu berkaitan dengan aktivitas informasi dan transaksi elektronik di media internet, antara lain; setiap orang dilarang dengan sengaja menyebarkan berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam Transaksi Elektronik (Pasal 28 UU ITE).

Di Indonesia, seleksi terhadap pelaku usaha *online* sangat penting dilakukan untuk transaksi melalui internet agar hak-hak konsumen dilindungi, khususnya untuk menghindari adanya pelaku usaha *online* yang palsu, fiktif dan juga agar lebih menjamin agar barang yang dikirim ke konsumen sesuai dengan spesifikasi yang ditawarkan melalui internet.

Undang-undang No. 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik telah mengatur, bahwa pemerintah atau masyarakat dapat membentuk lembaga sertifikasi keandalan yang berfungsi memberikan sertifikasi terhadap pelaku usaha dan produk yang ditawarkannya secara elektronik (Pasal 10 ayat 1). Sertifikasi keandalan tersebut dapat sebagai bukti bahwa pelaku usaha yang melakukan perdagangan secara elektronik layak melakukan usahanya setelah melalui penilaian dan audit dari suatu badan yang berwenang. Telah dilakukannya sertifikasi keandalan atas sebuah website tersebut ditunjukkan dengan adanya logo sertifikasi berupa *trust mark* pada home page pelaku usaha tersebut.

b. Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan hukum represif adalah perlindungan hukum yang bertujuan untuk menyelesaikan suatu sengketa yang terjadi di dalam kehidupan masyarakat akibat perbedaan kepentingan. Bentuk perlindungan hukum

represif adalah untuk para pihak, baik pemilik situs sebagai pelaku usaha maupun konsumen. Pola penyelesaian sengketa dapat dibagi menjadi dua, yaitu melalui jalur Pengadilan (Litigasi) dan melalui jalur penyelesaian sengketa di luar Pengadilan / alternatif penyelesaian sengketa (non litigasi).

1) Jalur Litigasi

a) Berdasarkan Undang-undang No.11 tahun 2008 tentang UU ITE

Sebagai bentuk perlindungan hukum yang diberikan pemerintah dalam hal pengembangan teknologi Informasi melalui infrastruktur hukum dan pengaturannya, sehingga pemanfaatan Teknologi Informasi dilakukan secara aman dengan memperhatikan nilai-nilai agama dan sosial budaya masyarakat Indonesia.

Perlindungan dalam hukum diperlukan pada setiap perbuatan yang merugikan pihak lainnya harus bertanggung jawab dengan membayar ganti rugi/kompensasi.¹⁵⁰ UU ITE memuat sanksi yang diberlakukan kepada penyelenggara sistem elektronik (pemanfaatan sistem elektronik oleh penyelenggara negara, orang, badan usaha, dan/atau masyarakat) pada bab VIII Pasal 38 dan 39 UU ITE, yaitu dalam Pasal 38 ayat (1) yang menyatakan:

“Setiap orang dapat mengajukan gugatan terhadap pihak yang menyelenggarakan sistem elektronik dan/atau menggunakan Teknologi Informasi yang menimbulkan kerugian”.

Dapat diartikan bahwa, setiap orang tersebut sebagai konsumen internet yang mengalami kerugian dapat mengajukan gugatan terhadap penyelenggara sistem elektronik, yaitu pelaku usaha yang memiliki situs internet sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Jika yang dirugikan adalah masyarakat, maka sesuai Pasal 38 ayat (2) UU ITE juga diperbolehkan untuk diadakannya gugatan secara perwakilan terhadap pihak penyelenggara sistem elektronik yang berakibat merugikan masyarakat. Pasal 45 UU ITE memberikan ancaman pidana paling lama 6 (enam) tahun, dan denda paling banyak Rp.1.000.000.000,- (satu miliar rupiah) terhadap setiap orang yang melanggar ketentuan Pasal 28 ayat (1) mengenai penyebaran berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik.

Sejak diberlakukannya UU ITE, untuk *website* yang isinya mengenai opini, berita, diskusi dan lain sebagainya harus me-

¹⁵⁰ Huala Adolf, *Apek-aspek Negara dalam Hukum Internasional*, cetakan III (Jakarta: Rajawali Pers, 2002), hlm. 87.

nyesuaikan dengan aturan yang ada dalam UU ITE. Pemilik situs internet yang dianggap menghina orang atau institusi dapat dijerat dengan Pasal 27 UU ITE tentang Pencemaran Nama Baik melalui media elektronik. Pelaku dapat terkena hukuman penjara selama enam tahun dan denda maksimal satu miliar rupiah. Dengan adanya Pasal 27 UU ITE ini tentu saja harus lebih diperhatikan oleh pemilik situs yang tidak bisa kabur dari tanggung jawab hanya dengan mencantumkan *disclaimer* yang menyatakan tidak bertanggung jawab atas keakuratan isi websitenya.¹⁵¹

Tahap-tahap penyidikan terhadap kasus pidana yang berkaitan dengan transaksi elektronik juga diatur dalam pada pasal 43 UU ITE. Penyidikan dapat dilakukan oleh Penyidik Pejabat Polisi Negara Republik Indonesia, Pejabat Pegawai Negeri Sipil tertentu di lingkungan Pemerintah yang lingkup tugas dan tanggung jawabnya di bidang Teknologi Informasi dan Transaksi Elektronik. Dalam Pasal 43 ayat (5) diatur mengenai wewenang penyidik yang di antaranya adalah:

- menerima laporan atau pengaduan dari seseorang tentang adanya tindak pidana berdasarkan ketentuan Undang-undang ini;
- memanggil setiap barang atau pihak lainnya untuk didengar dan/atau diperiksa sebagai tersangka atau saksi sehubungan dengan adanya dugaan tindak pidana di bidang terkait dengan ketentuan Undang-undang ini;
- melakukan pemeriksaan atas kebenaran laporan atau keterangan berkenaan dengan tindak pidana berdasarkan ketentuan Undang-undang ini;
- melakukan pemeriksaan terhadap Orang dan/atau Badan Usaha yang patut diduga melakukan tindak pidana berdasarkan Undang-undang ini;
- melakukan pemeriksaan terhadap alat dan/atau sarana yang berkaitan dengan kegiatan Teknologi Informasi yang diduga digunakan untuk melakukan tindak pidana berdasarkan Undang-undang ini;
- melakukan penggeledahan terhadap tempat tertentu yang diduga digunakan sebagai tempat untuk melakukan tindak pidana berdasarkan ketentuan Undang-undang ini;

¹⁵¹ Merry Magdalena, *UU ITE: Don't Be the Next Victim*, (Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, 2009, hlm. 29.

- melakukan penyegelan dan penyitaan terhadap alat dan atau sarana kegiatan Teknologi Informasi yang diduga digunakan secara menyimpang dari ketentuan Peraturan Perundang-undangan;
- meminta bantuan ahli yang diperlukan dalam penyidikan terhadap tindak pidana berdasarkan Undang-undang ini; dan/ atau
- mengadakan penghentian penyidikan tindak pidana berdasarkan Undang-undang ini sesuai dengan ketentuan hukum acara pidana yang berlaku.

Ayat (6); Dalam hal melakukan penangkapan dan penahanan, penyidik melalui penuntut umum wajib meminta penetapan ketua Pengadilan Negeri setempat dalam waktu satu kali dua puluh empat jam.

Ayat (7); Penyidik Pegawai Negeri Sipil sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berkoordinasi dengan Penyidik Pejabat Polisi Negara Republik Indonesia memberitahukan dimulainya penyidikan dan menyampaikan hasilnya kepada penuntut umum.

Ayat (8); Dalam rangka mengungkap tindak pidana Informasi Elektronik dan Transaksi Elektronik, penyidik dapat bekerja sama dengan penyidik negara lain untuk berbagi informasi dan alat bukti.

b) Secara Perdata

Jenis-jenis gugatan yang lazim diajukan di Peradilan Umum yaitu gugatan wanprestasi dan gugatan Perbuatan Melawan Hukum (PMH). Dalam gugatan wanprestasi dan PMH terdapat perbedaan prinsip, yaitu:

(1) Gugatan wanprestasi (ingkar janji)

Ditinjau dari sumber hukumnya, wanprestasi menurut Pasal 1243 Kitab Undang-undang Hukum Perdata timbul dari perjanjian (*agreement*). Oleh karena itu, wanprestasi tidak mungkin timbul tanpa adanya perjanjian yang dibuat terlebih dahulu di antara para pihak. Hak menuntut ganti kerugian karena wanprestasi timbul dari Pasal 1243 KUHPerdata, yang pada prinsipnya membutuhkan pernyataan lalai dengan surat peringatan (*somasi*). KUHPerdata juga telah mengatur tentang jangka waktu perhitungan ganti kerugian yang dapat dituntut, serta jenis dan jumlah ganti kerugian yang dapat dituntut dalam wanprestasi.

(2) Gugatan Perbuatan Melawan Hukum

Menurut Pasal 1365 KUH Perdata, PMH timbul karena perbuatan seseorang yang mengakibatkan kerugian pada orang lain. Hak menuntut ganti kerugian karena PMH tidak perlu somasi. Apabila terjadi PMH, pihak yang dirugikan langsung mendapat hak untuk menuntut ganti rugi tersebut. KUH Perdata tidak mengatur bagaimana bentuk dan rincian ganti rugi. Dengan demikian, bisa digugat ganti kerugian yang nyata-nyata diderita dan dapat diperhitungkan (*material*) dan kerugian yang tidak dapat dinilai dengan uang (*immaterial*).

Perlindungan hukum secara perdata untuk melindungi hak konsumen dalam kaitannya dengan pencantuman klausula baku yang dilarang oleh Undang-undang. Hukum Indonesia yang menjadi dasar hukum tata cara pengajuan gugatan yaitu berdasarkan Gugatan Perbuatan Melawan Hukum (PMH), yaitu gugatan ganti rugi karena adanya suatu Perbuatan Melawan Hukum yang mengakibatkan kerugian pada orang lain. Untuk dapat menuntut ganti rugi berdasarkan PMH, maka unsur yang harus dipenuhi adalah:

- (a) Harus ada perbuatan, yang dimaksud perbuatan ini baik yang bersifat positif maupun bersifat negatif, yaitu setiap tingkah laku berbuat atau tidak berbuat;
- (b) Perbuatan tersebut harus melawan hukum. Istilah Melawan Hukum telah diartikan secara luas, yaitu tidak hanya melanggar peraturan perundang-undangan tetapi juga dapat berupa:
 - Melanggar hak orang lain.
 - Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku.
 - Bertentangan dengan kesusilaan.
 - Bertentangan dengan kepentingan umum.
- (c) Adanya kesalahan;
- (d) Ada kerugian, baik materil maupun immaterial;
- (e) Adanya hubungan sebab-akibat antara perbuatan melawan hukum tersebut dengan kerugian.

c) Secara Pidana

Perlindungan secara pidana dari adanya penipuan yang dilakukan oleh pelaku usaha/pemilik website juga dapat dikenakan sanksi pidana jika terbukti adanya penipuan tersebut sesuai pasal 378

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Penipuan secara *online* pada prinsipnya sama dengan penipuan konvensional. Yang membedakannya hanyalah pada sarana perbuatannya, yakni menggunakan Sistem Elektronik (komputer, internet, perangkat telekomunikasi). Dengan sanksi pidana diharapkan pelaku jera dan terjadi keseimbangan hukum karena pelaku diberikan sanksi. Sanksi pidana sangat diperlukan, tetapi harus diikuti peraturan-peraturan lain yang efektif untuk mengatur kegiatan ekonomi.¹⁵²

Tindak pidana penipuan berdasarkan Pasal 378 KUHP yang berbunyi: “Barangsiapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum dengan menggunakan nama palsu atau martabat (*hoedaningheid*) palsu; dengan tipu muslihat, ataupun rangkaian kebohongan, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang sesuatu kepadanya, atau supaya memberi utang maupun menghapuskan piutang, diancam, karena penipuan, dengan pidana penjara paling lama empat tahun.”

Kepolisian Republik Indonesia (Polri), khususnya Unit *Cyber Crime*, telah memiliki Standar Operasional Prosedur (SOP) dalam menangani kasus terkait *Cyber Crime*. Standar yang digunakan telah mengacu kepada standar internasional yang telah banyak digunakan di seluruh dunia, termasuk oleh *Federal Bureau of Investigation* (FBI) di Amerika Serikat. Oleh karena terdapat banyak perbedaan antara *cyber crime* dengan kejahatan konvensional, maka Penyidik Polri dalam proses penyidikan di Laboratorium Forensik Komputer juga melibatkan ahli digital forensik, baik dari Polri sendiri maupun pakar digital forensik di luar Polri.

Mekanisme kerja dari seorang Digital Forensik antara lain:

(1) Proses *Acquiring* dan *Imaging*

Setelah penyidik menerima barang bukti digital, maka harus dilakukan proses *Acquiring* dan *Imaging*, yaitu mengkopi (mengkloning/menduplikat) secara tepat dan presisi 1:1. Dari hasil kopi tersebut, seorang ahli digital forensik dapat melakukan analisis. Analisis tidak boleh dilakukan dari barang bukti digital yang asli karena dikhawatirkan akan mengubah barang bukti.

(2) Melakukan Analisis

Setelah melakukan proses *Acquiring* dan *Imaging*, maka

¹⁵² Supanto, *Kejahatan Ekonomi Global & Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: PT. Alumni, 2010), hlm. 162.

dapat dilanjutkan untuk menganalisis isi data, terutama yang sudah dihapus, disembunyikan, dienkripsi, dan jejak *log file* yang ditinggalkan. Hasil dari analisis barang bukti digital tersebut akan dilimpahkan penyidik kepada Kejaksaan untuk selanjutnya dibawa ke pengadilan.

Dalam menentukan *tempus delicti* atau waktu kejadian perkara suatu tindakan *cyber crime*, maka penyidik dapat mengacu pada *log file*, yaitu sebuah file yang berisi daftar tindakan dan kejadian (aktivitas) yang telah terjadi di dalam suatu sistem komputer. Aparat Penegak Hukum di Indonesia saat ini memiliki kendala dalam penyelidikan maupun penyidikan kasus-kasus penipuan (*fraud*) secara *online*. Kendala tersebut terkadang bersifat teknis, keterbatasan sumber daya, maupun kesulitan mengidentifikasi pelaku yang berada di luar wilayah Indonesia. Langkah yang biasanya dilakukan oleh penyidik adalah berkoordinasi dengan aparat penegak hukum negara setempat. Dalam hal penyidikan dilakukan oleh penyidik Indonesia, maka penyidik melalui Interpol akan meminta bantuan kepada aparat setempat dalam proses penyidikan.

Misalnya penanganan pengaduan (*complaint*) pada *Serious Fraud Office* (SFO) di Inggris didasarkan pada kriteria kecukupan informasi (*suffecient information*) yang diperoleh dari laporan maupun klarifikasi pelapor. Jika laporan memenuhi kriteria kecukupan informasi untuk ditindaklanjuti, maka laporan tersebut akan ditangani sesuai prosedur SFO. Jika laporan mengarah pada kriminal, SFO akan menunjuk *reviewer* independen yang berasal dari luar SFO untuk melakukan investigasi. Jika memungkinkan dilakukan di luar jalur pidana, SFO akan mengusahakan penyelesaian secara informal. Apabila cara tersebut tidak memuaskan pelapor, pengaduan tersebut akan diteruskan kepada Kejaksaan (*the Attorney General's Office /AGO*). Lamanya waktu respon atas pengaduan tergantung jenis pengaduan; jika yang berkaitan dengan dugaan kriminal dan ditangani oleh *reviewer* independen, maka waktu respon yang dibutuhkan adalah 40 (empat puluh) hari setelah surat pengaduan diterima. Meski demikian, dalam praktiknya mungkin saja terdapat kendala teknis maupun non teknis untuk menindaklanjuti suatu laporan/pengaduan.

d) Secara Gabungan pidana dan perdata

Pengertian ganti rugi dapat dilihat dari sudut pandang hukum pidana dan hukum perdata. Dalam hukum pidana, makna ganti

rugi dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 22 Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 Tentang Hukum Acara Pidana / Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, yang isinya:

“Ganti kerugian adalah hak seorang untuk mendapat pemenuhan atas tuntutananya yang berupa imbalan sejumlah uang karena ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan Undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya, atau hukum yang diterapkan menurut cara yang diatur dalam Undang-undang ini”.

Adapun Hukum Perdata tidak memberikan definisi tegas mengenai arti ganti rugi, namun Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) menjelaskan ganti kerugian sebagai berikut:

“Penggantian biaya, rugi, dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya”.

Berdasarkan kedua pasal mengenai ganti kerugian tersebut di atas, maka jelas bahwa hukum pidana mengarahkan ganti kerugian untuk kepentingan tersangka. Sedangkan hukum perdata mengarahkan ganti kerugian untuk kepentingan pihak yang dirugikan atas terjadinya tindakan melawan hukum atau ingkar janji. Berkaitan dengan konsumen yang hendak mengajukan ganti kerugian kepada tersangka, ada 2 (dua) cara, yaitu:

- (1) Mengajukan gugatan ganti kerugian (perdata) yang terpisah dari perkara pidana; Jika ingin mengajukan gugatan ganti kerugian yang terpisah dengan perkara pidana, maka sebaiknya konsumen menunggu terlebih dahulu putusan terhadap perkara pidana tersebut. Apabila terdakwa terbukti bersalah, maka putusan tersebut adalah dasar yang kuat bagi konsumen untuk mengajukan gugatan ganti kerugian. Namun konsumen juga dapat mengajukan gugatan ganti kerugian tanpa menunggu putusan terhadap perkara pidana. Konsumen harus memiliki alasan-alasan yang kuat dan nyata bahwa konsumen telah mengalami kerugian akibat tindakan yang dilakukan oleh orang lain.
- (2) Menggabungkan gugatan ganti kerugian (perdata) dengan perkara pidana. KUHP memberikan dasar hukum melalui ketentuan Pasal 98, yang isinya sebagai berikut:

- (a) Jika suatu perbuatan yang menjadi dasar dakwaan di dalam suatu pemeriksaan perkara pidana oleh Pengadilan Negeri menimbulkan kerugian bagi orang lain, maka Hakim Ketua sidang atas permintaan orang itu dapat menetapkan untuk menggabungkan perkara gugatan ganti kerugian kepada perkara pidana itu.
- (b) Permintaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat diajukan selambat-lambatnya sebelum penuntut umum mengajukan tuntutan pidana. Dalam hal penuntut umum tidak hadir, permintaan diajukan selambat-lambatnya sebelum hakim menjatuhkan putusan.

Berdasarkan pasal 98 tersebut, maka konsumen dapat menggabungkan gugatan ganti kerugian dengan perkara pidana yang sedang berjalan. Penggabungannya wajib dimintakan Kepada Majelis Hakim yang mengadili perkara *a quo* paling lambat sebelum penuntut umum mengajukan tuntutan pidana. Mengingat perkara pidana tersebut masih dalam tahap pemeriksaan Kepolisian, maka konsumen harus menunggu hingga pemeriksaan dilakukan di Pengadilan untuk dapat mengajukan gugatan tersebut. Sekalipun melalui proses yang berbeda, kedua cara tersebut didasarkan pada satu dasar hukum yang sama, yaitu Pasal 1365 KUHPerdara. Asas tanggung jawab ini dapat diterima karena adil bagi orang yang berbuat salah untuk mengganti kerugian bagi pihak konsumen yang dalam hal ini menjadi korban.

Keberadaan lembaga litigasi yang juga disebut *first and the last resort* dalam penyelesaian sengketa diharapkan keberadaannya sebagai pengadilan yang menjadi tujuan utama pencarian keadilan, dan dapat menghasilkan kepastian hukum dalam menyelesaikan sengketa yang ada. Peran hakim di pengadilan, maupun lembaga yang bergerak di bidang penyelesaian sengketa kontrak elektronik adalah penting.

Keberadaan pedoman putusan hakim ini juga dipandang dapat memberikan pembaruan atas hukum yang ada, termasuk manakala belum ada peraturan hukum yang secara spesifik mengatur tentang hal yang ada. Namun demikian, dalam model penyelesaian sengketa jalur litigasi ini belum dapat mengakomodasi efektivitas dan efisiensi dalam proses penyelesaian sengketa, karena lambatnya proses penyelesaian sengketa, dan biaya yang mahal khususnya dalam sengketa transaksi perdagangan. Namun hukum tetap memiliki kewajiban dalam mengakomodasikan terpenuhinya perlindungan hukum, sebagai bentuk dari

tanggung jawab hukum terhadap hak subjek hukum, dimana dalam hal ini adalah para pelaku kontrak elektronik dalam penyelesaian sengketa kontrak elektronik.

Oleh karena terdapat keprihatinan atas persoalan yang dihadapi, lembaga litigasi melatarbelakangi adanya lembaga non litigasi alternatif penyelesaian sengketa, yang menggunakan mekanisme yang hidup dalam masyarakat dimana bentuk dan macamnya bervariasi, baik secara musyawarah, perdamaian, penyelesaian adat dan cara-cara lain yang disesuaikan dengan wilayah masyarakat tersebut berada.

2) Jalur Non Litigasi

Penyelesaian sengketa transaksi bisnis secara elektronik di Indonesia menggunakan beberapa prinsip yang diatur dalam peraturan Perundang-undangan, yaitu:

- a) Prinsip kesepakatan para pihak; tercantum dalam Pasal 4 ayat (1) UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, bahwa dalam hal para pihak telah menyetujui sengketa di antara mereka akan diselesaikan melalui arbitrase, dan para pihak telah memberikan wewenang, maka arbiter berwenang menentukan dalam putusannya mengenai hak dan kewajiban para pihak jika hal ini tidak diatur dalam perjanjian mereka. Pasal 56 ayat (2) UU No. 30 Tahun 1999 menyatakan bahwa para pihak berhak menentukan pilihan hukum yang akan berlaku terhadap penyelesaian sengketa yang mungkin atau telah timbul di antara para pihak.
- b) Prinsip kebebasan memilih cara-cara penyelesaian sengketa; terdapat dalam Pasal 18 ayat (4) UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) yang menyatakan bahwa, para pihak memiliki kewenangan untuk menetapkan forum atau lembaga penyelesaian sengketa alternatif. Penerapan pilihan hukum tersebut adalah tidak mungkin dilakukan mengingat sifat dasar dari transaksi elektronik yang secara mayoritas menggunakan jenis kontrak baku.
- c) Prinsip kebebasan memilih hukum; terdapat dalam Pasal 18 ayat (2) UU No.11 Tahun 2008 menyatakan bahwa para pihak memiliki kewenangan untuk memilih hukum yang berlaku bagi Transaksi Elektronik internasional yang dibuatnya.
- d) Prinsip pengedepanan penyelesaian sengketa menggunakan Hukum Nasional; terdapat dalam Pasal 2 Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik yang menyatakan bahwa Undang-

undang Informasi dan Transaksi Elektronik berlaku untuk setiap orang yang melakukan perbuatan hukum sebagaimana diatur dalam Undang-undang ini, baik yang berada di wilayah hukum Indonesia maupun di luar wilayah hukum Indonesia, yang memiliki akibat hukum di wilayah hukum Indonesia dan/atau di luar wilayah hukum Indonesia, dan merugikan kepentingan Indonesia.

Sengketa dapat terjadi karena ada pihak yang dirugikan dapat juga karena wanprestasi maupun perbuatan melawan hukum. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan berkaitan dengan transaksi elektronik di dunia maya lebih banyak dipilih karena tidak terlalu banyak memakan waktu, biaya dan tidak terlalu banyak formalitas-formalitas yang pada hakikatnya merupakan suatu model penyelesaian sengketa yang diharapkan oleh para pihak yang terlibat dalam transaksi elektronik.

Adapun penyelesaian sengketa secara damai antara lain melalui negosiasi, mediasi dan konsiliasi. Negosiasi adalah penyelesaian sengketa secara damai dimana para pihak berhadapan langsung tanpa ada keikutsertaan pihak ketiga. Sedangkan mediasi dan konsiliasi adalah penyelesaian sengketa secara damai dimana ada turut campur pihak ketiga. Perbedaan antara konsiliasi dan mediasi terletak pada aktif tidaknya pihak ketiga dalam mengusahakan para pihak untuk menyelesaikan sengketa. Apabila dilihat dari sifatnya, penyelesaian sengketa secara damai ini merupakan hal yang ideal mengingat keadilan muncul dari para pihak.

Sengketa pada transaksi elektronik cenderung berkaitan dengan masalah harga, kualitas barang dan jangka waktu pengiriman. Produk yang menjadi obyek sengketa apabila jumlahnya relatif kecil, maka para pihak cenderung tidak memerlukan bantuan pihak ketiga untuk penyelesaiannya mengingat biaya yang dikeluarkan untuk membayar jasa pihak ketiga akan lebih besar daripada obyek yang disengketakan. Dalam hal ini, proses negosiasi tepat digunakan dan dilakukan secara langsung antara penjual dan pembeli, baik melalui pertemuan secara fisik jika domisili keduanya saling berdekatan maupun melalui surat menyurat (*e-mail*) jika kedua belah pihak berjauhan. Penyelesaian sengketa secara damai harus disertai kesukarelaan dari para pihak. Tanpa kesukarelaan tidak mungkin penyelesaian sengketa secara damai dapat berjalan lancar.

Penyelesaian sengketa juga dapat dilakukan melalui lembaga arbitrase, hal ini termasuk dalam penyelesaian sengketa secara adversarial yang melibatkan suatu lembaga. Arbitrase pada dasarnya berbentuk

lembaga non negara atau swasta untuk menyelesaikan sengketa secara cepat. Hukum di Indonesia yang mengatur tentang Arbitrase adalah Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Arbitrase dapat didefinisikan sebagai “...a procedur whereby a controversy is a submitted to a person or person other than courts of a final, a binding decision”.¹⁵³

Pengertian arbitrase adalah prosedur dimana sebuah sengketa itu diserahkan penyelesaiannya kepada seseorang atau orang lain, bukan melalui keputusan pengadilan yang final dan mengikat. Arbitrase juga merupakan penyerahan sengketa secara sukarela kepada pihak ketiga yang netral. Pihak ketiga ini bisa individu, arbitrase terlembaga atau arbitrase sementara (*ad hoc*). Badan arbitrase dewasa ini semakin populer dan semakin banyak digunakan dalam menyelesaikan sengketa dagang nasional maupun Internasional.

Pada prinsipnya, pemeriksaan perkara di arbitrase melalui 3 tahapan, yaitu: *pertama*, tahap persiapan untuk mempersiapkan segala sesuatunya guna sidang pemeriksaan perkara. *Kedua*, tahap pemeriksaan tahap mengenai jalannya sidang pemeriksaan perkara, mulai dari awal pemeriksaan peristiwa, proses pembuktian sampai dijatuhkan putusan oleh arbiter. *Ketiga*, pelaksanaan tahap untuk merealisasikan putusan arbiter yang final dan mengikat.¹⁵⁴

Kekurangan dari digunakannya penyelesaian sengketa melalui arbitrase diantaranya adalah biaya yang mahal. Hal ini disebabkan pihak yang bersengketa harus membayar honor dari arbiter yang menyelesaikan sengketa. Proses dan prosedur arbitrase tidaklah mudah, oleh karena itu hanya masyarakat pada stratifikasi sosial tertentu yang dapat memanfaatkan jasa arbiter. Di Indonesia penyelesaian sengketa melalui arbitrase hanya bisa dilakukan pada sengketa yang bersifat dagang (*commercial dispute*). Hal ini ditegaskan dalam Pasal 5 ayat (1) UU No.30 Tahun 1999.

Lembaga alternatif penyelesaian sengketa di Indonesia yang dapat digunakan adalah Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK). Penyelesaian sengketa selain melalui arbitrase juga dapat dilakukan melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen sebagaimana di-

¹⁵³ Corley Holmes & Robert, *Fundamentals of Business Law*, Edisi III, (New Jersey: Prentice-Hall, Inc, 1982), hlm. 16.

¹⁵⁴ Bambang Sutiyoso, *Penyelesaian Sengketa Bisnis*, (Yogyakarta: Citra Media, 2006), hlm.120.

atur dalam UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) yang merupakan salah satu senjata sah konsumen yang paling kuat selain UU ITE. BPSK dibentuk oleh pemerintah tetapi bukan merupakan bagian dan institusi kekuasaan kehakiman.

Di dalam transaksi elektronik selalu berkaitan dengan pelaku usaha dan konsumen. BPSK merupakan salah satu model penyelesaian sengketa yang cenderung digunakan dalam hal sengketa konsumen. Dalam menyelesaikan sengketa konsumen dibentuk Majelis minimal 3 (tiga) dengan dibantu seorang panitera dan putusan BPSK yang bersifat final dan mengikat. BPSK wajib menjatuhkan putusan selamalamanya 21 (duapuluh satu) hari sejak gugatan diterima. Keputusan BPSK wajib dilaksanakan pelaku usaha dalam jangka waktu 7 (tujuh) hari setelah putusan diterimanya. Apabila merasa keberatan, ia dapat mengajukan kepada Pengadilan Negeri dalam jangka waktu 14 (empat belas hari). Pengadilan Negeri yang menerima keberatan pelaku usaha memutuskan perkara tersebut dalam jangka waktu 21 hari sejak diterimanya keberatan tersebut. Selanjutnya kasasi pada putusan pengadilan negeri ini diberi jangka waktu 14 hari untuk mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung. Keputusan Mahkamah Agung wajib dikeluarkan dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari sejak permohonan kasasi.¹⁵⁵

Pemberian sanksi administratif diatur dalam Pasal 60 UUPK yang merupakan suatu hak khusus yang diberikan UUPK kepada BPSK atas tugas dan/atau kewenangan yang diberikan untuk menyelesaikan sengketa konsumen di luar pengadilan. Menurut ketentuan Pasal 60 ayat (2) jo Pasal 60 ayat (1) UUPK, sanksi administratif yang dapat dijatuhkan oleh BPSK berupa penetapan ganti rugi sampai setinggi-tingginya Rp.200.000.000,- (dua ratus juta rupiah). Pelaku usaha melakukan pelanggaran salah satunya karena tidak dilaksanakannya pemberian ganti rugi oleh pelaku usaha kepada konsumen dalam bentuk pengembalian uang atau penggantian barang dan/jasa yang sejenis, maupun perawatan kesehatan atau pemberian santunan atas kerugian yang diderita konsumen.

Dalam dunia internasional juga terdapat arbitrase institusional yang berada di luar negeri, diantaranya adalah *International Chamber of Commerce* (ICC) yang berkedudukan di Paris, *London Court of International Arbitration* (LCIA), *America Arbitration Association* (AAA), dan *Singapore International Center for Arbitration* (SIAC).

¹⁵⁵ Gunawan Widjaja, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, (Jakarta, PT.Raja Grafindo Persada, 2002), hlm. 79.

Pelaksanaan putusan arbitrase di dalam negeri (nasional/domestik) berlaku ketentuan Pasal 59 sampai dengan Pasal 64 UU No.30 Tahun 1999. Sementara untuk putusan arbitrase internasional berlaku ketentuan Pasal 65 sampai dengan Pasal 69 UU No.30 Tahun 1999. Diakuinya putusan internasional di Indonesia didasarkan pada keikutsertaan Indonesia dalam sebuah perjanjian internasional, yaitu Konvensi New York 1959. Konvensi ini menegaskan bahwa Negara yang menjadi peserta harus mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase yang dibuat di luar negeri sepanjang Negara tempat dimana arbitrase dilangsungkan termasuk juga menjadi peserta konvensi.

Untuk mempermudah penyelesaian sengketa dalam transaksi elektronik dalam perkembangan saat ini juga muncul penyelesaian sengketa secara *online* (*online dispute resolution/ODR*). ODR pada dasarnya sama dengan mekanisme arbitrase secara konvensional, namun medianya saja yang berbeda, yaitu menggunakan media internet sebagai media untuk menyelesaikan sengketa. Demi kelancaran atau keadaan tertentu, ODR dapat mempertemukan para pihak yang bersengketa. Contoh ODR yang telah ada adalah *The Virtual Magistre* yang dilahirkan oleh para akademisi hukum dunia maya yang bekerja untuk *National Center for Automated Information Research* (NCAIR) dan *Cyberspace Institute* yang didirikan oleh asosiasi arbitrase Amerika.

Arbitrase *online* bekerja seperti persidangan, dimana arbiter bertindak seperti hakim yang didahului dengan mendengarkan keterangan kedua belah pihak dan kemudian menjatuhkan putusan. Mengikat dan tidaknya suatu putusan arbitrase online itu tergantung dari kesepakatan kedua belah pihak.¹⁵⁶

Teknis penyelesaian sengketa dilakukan secara online menggunakan media *e-mail*, *video conferencing*, *radio button electronic fund transfer*, *web conference* maupun *online chat*. Meskipun dalam UU No. 30 Tahun 1999 tidak secara tegas diatur mengenai prosedur arbitrase online. Pasal 4 ayat (3) UU No. 30 Tahun 1999 menyatakan:

“Dalam hal disepakati penyelesaian sengketa melalui arbitrase terjadi dalam bentuk pertukaran surat, maka pengiriman teleks, telegram, faksimili, *e-mail*, atau dalam bentuk sarana komunikasi lainnya wajib disertai dengan suatu catatan penerimaan oleh para pihak”.

Jadi, berdasarkan UU No. 30 Tahun 1999 diberikan kemungkinan dipergunakannya *e-mail* dalam proses penyelesaian sengketa meskipun

¹⁵⁶ Bambang Sutiyo, “Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Online Dispute Resolution dan Pemberlakuannya di Indonesia”, dalam *Mimbar Hukum*, Vol. 20, No.2, 2008, hlm. 238.

baru dalam tahap penyampaian surat. Selain kata “*e-mail*”, adanya kata “*bentuk sarana komunikasi lainnya*” dalam ketentuan tersebut dapat dijadikan dasar hukum pelaksanaan arbitrase secara online. Namun di Indonesia sampai saat ini belum diterapkan arbitrase *online* sesuai yang tersirat dalam Pasal 4 ayat (3) UU No. 30 Tahun 1999 tersebut.

2. Pelaku usaha

Pasal 1 angka 3 UUPK No. 8 tahun 1999 menerangkan bahwa pelaku usaha adalah setiap orang perseorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian menyelenggarakan kegiatan usaha dalam berbagai bidang ekonomi.

Menurut penjelasan pasal 1 angka (3) UUPK, bahwa yang termasuk pelaku usaha dalam pengertian ini adalah perusahaan, korporasi, BUMN, koperasi, importir, pedagang, distributor, dan lain-lain.

Hak-hak pelaku usaha meliputi:

- a. Hak untuk menerima pembayaran sesuai dengan kesepakatan mengenai kondisi dan nilai tukar barang/jasa.
- b. Hak mendapat perlindungan hukum dari konsumen yang beritikad tidak baik.
- c. Hak untuk melakukan pembelaan diri dalam sengketa konsumen.
- d. Hak untuk rehabilitasi nama baik.
- e. Hak-hak lain yang diatur dalam per-UU-an lainnya.

Adapun kewajiban pelaku usaha meliputi:

- a. Beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya
- b. Memberikan informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang/jasa serta memberikan penjelasan penggunaan, perbaikan dan pemeliharaan
- c. Melayani konsumen secara benar, jujur dan tidak diskriminatif
- d. Menjamin mutu barang/jasa yang diproduksi sesuai dengan standar mutu barang/jasa yang berlaku.
- e. Memberi kesempatan pada konsumen untuk menguji dan atau mencoba barang/jasa tertentu serta memberi jaminan/garansi atas barang yang dibuat/ diperdagangkan
- f. Memberikan kompensasi ganti rugi atas kerugian akibat penggunaan barang/jasa yang dipergangkan.

- g. Memberikan kompensasi dan atau ganti rugi atas penggantian barang/jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian.

Dalam perjanjian jual beli, kewajiban-kewajiban pelaku usaha sebagai penjual ada 2 (dua), yaitu:¹⁵⁷

- a. Menyerahkan hak milik atas barang yang diperjualbelikan.

Kewajiban menyerahkan hak milik meliputi segala perbuatan yang menurut hukum diperlukan untuk mengalihkan hak milik atas barang yang diperjualbelikan itu dari pelaku usaha kepada konsumen.

- b. Kewajiban menanggung kenikmatan tenteram dan menanggung cacat-cacat tersembunyi (*vrijwaring, warranty*).

Kewajiban untuk menanggung kenikmatan merupakan konsekuensi dari jaminan yang diberikan oleh penjual kepada pembeli, bahwa barang yang dijual dan diserahkan itu sungguh-sungguh miliknya sendiri yang bebas dari sesuatu beban atau tuntutan dari sesuatu hak apapun. Kewajiban tersebut dalam realisasinya memberikan penggantian kerugian kepada pembeli karena suatu gugatan pihak ketiga. Penanggungan (*vrijwaring, warranty*) dimaksudkan bahwa ketentuan yang perlu diperhatikan oleh pembeli adalah sebagaimana disebutkan dalam pasal 1503 KUHPerdara.

Kewajiban untuk menanggung cacat-cacat tersembunyi (*verborgen gebreken, hidden defects*) artinya bahwa penjual diwajibkan menanggung cacat-cacat tersembunyi pada barang yang dijualnya, yang membuat barang tersebut tidak dapat dipakai oleh pembeli atau mengurangi kegunaan barang itu, sehingga akhirnya pembeli mengetahui cacat-cacat tersebut. Jika si penjual sudah mengetahui cacat barang, maka penjual diwajibkan mengembalikan harga pembelian dan mengganti semua kerugian yang diderita oleh pembeli akibat produk yang cacat tersebut. Dalam hal penjual tidak mengetahui adanya cacat tersebut, penjual hanya diwajibkan mengembalikan harga pembelian dan mengganti kepada si pembeli biaya yang telah dikeluarkan untuk penyelenggaraan pembelian dan penyerahan sesuai dengan bunyi pasal 1508 KUHPerdara dan pasal 1509 KUHPerdara.

Pelaku usaha dalam konteks penyelenggara transaksi elektronik memiliki kewajiban-kewajiban berdasarkan Pasal 49 Peraturan Pemerintah tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik yang menyatakan bahwa:

- a. Pelaku usaha yang menawarkan produk melalui Sistem Elektronik wajib menyediakan informasi yang lengkap dan benar berkaitan dengan syarat kontrak, produsen, dan produk yang ditawarkan;
- b. Pelaku usaha wajib memberikan kejelasan informasi tentang penawaran

¹⁵⁷ Subekti, *Aneka Perjanjian*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1995), hlm. 8.

kontrak atau iklan;

- c. Pelaku usaha wajib memberikan batas waktu kepada konsumen untuk mengembalikan barang yang dikirim apabila tidak sesuai dengan perjanjian atau terdapat cacat tersembunyi;
- d. Pelaku usaha wajib menyampaikan informasi mengenai barang yang telah dikirim;
- e. Pelaku usaha tidak dapat membebani konsumen mengenai kewajiban membayar barang yang dikirim tanpa dasar kontrak.

UU No. 8 Tahun 1999 merumuskan sejumlah larangan yang ditujukan kepada para pelaku usaha, terkait dengan perlindungan konsumen ke dalam beberapa pasal, seperti Pasal 8 sampai Pasal 17. Ketentuan Pasal 8 ayat (1), (2), (3), dan (4) yang berbunyi sebagai berikut:

- “(1) Pelaku usaha dilarang memproduksi dan/atau memperdagangkan barang dan/atau jasa yang:
- a. Tidak memenuhi atau tidak sesuai dengan standar yang dipersyaratkan dan ketentuan peraturan perundang-undangan;
 - b. Tidak sesuai dengan berat bersih, isi bersih atau netto, dan jumlah dalam hitungan sebagaimana yang dinyatakan dalam label atau etiket barang tersebut;
 - c. Tidak sesuai dengan ukuran, takaran, timbangan, dan jumlah dalam hitungan menurut ukuran yang sebenarnya;
 - d. Tidak sesuai dengan kondisi, jaminan, keistimewaan atau kemanuran sebagaimana dinyatakan dalam label, etiket atau keterangan barang dan/atau jasa tersebut;
 - e. Tidak sesuai dengan janji yang dinyatakan dalam label, etiket, keterangan, iklan atau promosi penjualan barang dan/atau jasa tersebut;
 - f. Tidak mencantumkan tanggal kadaluwarsa atau jangka waktu penggunaan/pemanfaatan yang paling baik atas barang tertentu;
 - g. Tidak mengikuti ketentuan berproduksi secara halal, sebagaimana pernyataan “halal” yang dicantumkan dalam label;
 - h. Tidak memasang label atau membuat penjelasan barang yang memuat nama barang, ukuran, berat/isi bersih atau netto, komposisi, aturan pakai, tanggal pembuatan, akibat sampingan.
 - i. Nama dan alamat pelaku usaha serta keterangan lain untuk penggunaan yang menurut ketentuan harus dipasang/dibuat;
 - j. Tidak mencantumkan informasi dan/atau petunjuk penggunaan barang dalam bahasa Indonesia sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

Ketentuan Pasal 9 ayat (1), (2), dan (3) UU No.8/1999 berbunyi:

- “(1) Pelaku usaha dilarang menawarkan, memproduksi, mengiklankan suatu barang dan/atau jasa secara tidak benar, dan/atau seolah-olah:
- a. barang tersebut telah memenuhi dan/atau memiliki potongan harga, harga khusus, standar mutu tertentu, gaya atau mode tertentu, karakteristik tertentu, sejarah atau guna tertentu;
 - b. barang tersebut dalam keadaan baik dan/atau baru;
 - c. Barang dan/atau jasa tersebut telah mendapatkan dan/atau memiliki sponsor, persetujuan, perlengkapan tertentu, keuntungan tertentu, ciri-ciri kerja atau aksesori tertentu;
 - d. Barang dan/atau jasa tersebut dibuat oleh perusahaan yang mempunyai sponsor; persetujuan atau afiliasi;
 - e. barang tersebut tidak mengandung cacat tersembunyi;
 - f. Barang tersebut merupakan kelengkapan dari barang tertentu;
 - g. Barang tersebut berasal dari daerah tertentu;
 - h. Secara langsung atau tidak langsung merendahkan barang dan/atau jasa lain;
 - i. Menggunakan kata-kata yang berlebihan, seperti aman, tidak berbahaya, tidak mengandung resiko atau efek samping tanpa keterangan yang lengkap;
 - j. Menawarkan sesuatu yang mengandung janji yang belum pasti;
 - k. Barang dan/atau jasa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilarang untuk diperdagangkan.
 - l. Pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadap ayat (1) dilarang melanjutkan penawaran, promosi, dan pengiklanan barang dan/atau jasa tersebut.”

Menurut Pasal 1 angka 4 dan 5 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, bahwa definisi barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, dapat dihabiskan maupun tidak dapat dihabiskan, yang dapat untuk diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen. Sedangkan jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau presentasi yang disediakan bagi masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen.

Pasal 19 UU No.8 Tahun 1999 secara jelas mengatur, pelaku usaha wajib mengganti kerugian atas kerusakan, pencemaran dan atau kerugian yang diderita konsumen akibat mengkonsumsi barang dan atau jasa. Ganti kerugian itu bersifat serta merta dan diberi jangka waktu tujuh hari setelah tanggal transaksi.

Pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Pasal 25 bertanggungjawab atas ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila pelaku usaha tersebut tidak menyediakan atau lalai menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas perbaikan tidak memenuhi atau gagal memenuhi jaminan atau garansi yang diperjanjikan.

Apabila pelaku usaha dalam menjalankan usahanya melanggar larangan-larangan dan/atau menimbulkan kerusakan, pencemaran dan/atau kerugian kepada konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang diperjualbelikan, maka pelaku usaha tersebut bertanggung jawab memberikan ganti rugi.

Pasal 19 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, menyebutkan:

- Ayat (1): “Pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan”.
- Ayat (2): “Ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.
- Ayat (3): “Pemberian ganti rugi dilaksanakan dalam tenggang waktu 7 (tujuh) hari setelah tanggal transaksi”.
- Ayat (4): “Pemberian ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak menghapuskan kemungkinan adanya tuntutan pidana berdasarkan pembuktian lebih lanjut mengenai adanya unsur kesalahan”.
- Ayat (5): “Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak berlaku apabila pelaku usaha dapat membuktikan bahwa kesalahan tersebut merupakan kesalahan konsumen”.

Di samping itu, pelaku usaha periklanan juga bertanggung jawab atas iklan yang diproduksi dan segala akibat yang ditimbulkan oleh iklan tersebut (Pasal 20 UUPK). Khusus mengenai tanggung jawab atas produk impor. Pihak yang bertanggung gugat adalah importir. Hal ini dikarenakan bahwa penyediaan produk impor tersebut tidak dilakukan oleh agen atau perwakilan luar negeri dari produk tersebut. Uraian tersebut sesuai dengan pasal 21 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang berbunyi:

- Ayat (1): “Importir barang bertanggung jawab sebagai pembuat barang yang diimpor apabila importasi barang tersebut tidak dilakukan

oleh agen atau perwakilan produsen luar negeri”.

Ayat (2): “Importir jasa bertanggung jawab sebagai penyedia jasa asing apabila penyediaan jasa asing tersebut tidak dilakukan oleh agen atau perwakilan penyedia jasa asing”.

Pembuktian unsur kesalahan, terutama dalam perkara pidana atas pelanggaran pasal 19 ayat (4), pasal 20, dan pasal 21, dibebankan kepada pelaku usaha dan/atau jaksa. Hal ini didasarkan pada pasal 22 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang berbunyi:

“Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam kasus pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (4), Pasal 20, dan Pasal 21 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha tanpa menutup kemungkinan bagi jaksa untuk melakukan pembuktian”.

Untuk pelaku usaha yang menolak untuk memenuhi ganti kerugian kepada konsumen, dapat diajukan gugatan ke Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen ataupun ke badan peradilan umum dimana kedudukan hukum konsumen berada. Hal ini mengandung makna bahwa penyelesaian sengketa konsumen tidak diharuskan melalui badan peradilan umum. Para pihak yang bersengketa dapat memilih alternatif lain untuk menyelesaikan sengketa tersebut, yaitu melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen. Hal tersebut sesuai dengan bunyi pasal 23 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen sebagai berikut:

Pelaku usaha yang menolak dan/atau tidak memberi tanggapan dan/atau tidak memenuhi ganti rugi atas tuntutan konsumen sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4), dapat digugat melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen atau mengajukan ke badan peradilan di tempat kedudukan konsumen.

Dalam hal tanggung jawab atas produk yang ditawarkan oleh pelaku usaha lain dibebankan pada pelaku usaha asal produk pertama kali ditawarkan. Namun, apabila ada perubahan produk yang dilakukan oleh pelaku usaha lain, maka tanggung jawab produk beralih kepada pelaku usaha yang telah melakukan perubahan produk tersebut. Dengan demikian, tanggung gugat atas produk dapat beralih dari pelaku usaha asal produk kepada pelaku usaha terakhir yang melakukan perubahan produk. Uraian tersebut didasarkan pada ketentuan dalam pasal 24 Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang berbunyi:

Ayat (1): “Pelaku usaha yang menjual barang dan/atau jasa kepada pelaku usaha lain bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila:

- pelaku usaha lain menjual kepada konsumen tanpa melakukan perubahan apa pun atas barang dan/atau jasa tersebut;
- pelaku usaha lain, di dalam transaksi jual beli tidak mengetahui adanya perubahan barang dan/atau jasa yang dilakukan oleh pelaku usaha atau tidak sesuai dengan contoh, mutu, dan komposisi”.

Ayat (2): “Pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibebaskan dari tanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila pelaku usaha lain yang membeli barang dan/atau jasa menjual kembali kepada konsumen dengan melakukan perubahan atas barang dan/atau jasa tersebut”.

Khusus untuk tanggung jawab pelaku usaha yang memproduksi barang berkewajiban untuk menyediakan suku cadang dan/ atau fasilitas purna jual serta memenuhi jaminan atau garansi yang telah diperjanjikan. Apabila pelaku usaha lalai dalam memenuhi kewajiban tersebut, maka konsumen dapat mengajukan gugatan ganti kerugian kepada pelaku usaha itu. Hal ini didasarkan pada ketentuan dalam pasal 25 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang menyatakan sebagai berikut:

Ayat (1): “Pelaku usaha yang memproduksi barang yang pemanfaatannya berkelanjutan dalam batas waktu sekurang-kurangnya 1 (satu) tahun wajib menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas purna jual, dan wajib memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan yang diperjanjikan”.

Ayat (2): “Pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila pelaku usaha tersebut:

- tidak menyediakan atau lalai menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas perbaikan.
- tidak memenuhi atau gagal memenuhi jaminan atau garansi yang diperjanjikan”.

Khusus bagi pelaku usaha yang memperdagangkan jasa, berkewajiban untuk memenuhi jaminan dan/ atau garansi yang disepakati dan/ atau yang diperjanjikan. Hal ini sesuai dengan pasal 26 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang berbunyi:

“Pelaku usaha yang memperdagangkan jasa wajib memenuhi jaminan dan/atau garansi yang disepakati dan/atau yang diperjanjikan”.

Untuk pembebasan pelaku usaha dalam hal tanggung jawab atas kerugian yang diderita konsumen, dengan kata lain, pelaku usaha tidak akan dapat

digugat oleh konsumen yang mengalami kerugian, ada beberapa persyaratan yang harus dipenuhi oleh pelaku usaha, seperti yang tercantum dalam pasal 27 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, sebagai berikut:

“Pelaku usaha yang memproduksi barang dibebaskan dari tanggung jawab atas kerugian yang diderita konsumen, apabila:

- a. barang tersebut terbukti seharusnya tidak diedarkan atau tidak dimaksudkan untuk diedarkan;
- b. cacat barang timbul pada kemudian hari;
- c. cacat timbul akibat tidak ditaatinya ketentuan mengenai kualifikasi barang;
- d. kelalaian yang diakibatkan oleh konsumen;
- e. lewatnya jangka waktu penuntutan 4 (empat) tahun sejak barang dibeli atau lewatnya jangka waktu yang diperjanjikan.

Adanya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi merupakan beban pembuktian pelaku usaha. Dengan kata lain, konsumen yang mengajukan gugatan ganti rugi, tidak perlu melakukan pembuktian terhadap unsur kesalahan. Hal ini dapat dikatakan sebagai prinsip pembuktian terbalik. Uraian tersebut sesuai dengan pasal 28 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang berbunyi sebagai berikut:

Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 22, dan Pasal 23 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha.

Tinjauan terhadap Pencantuman Klausula Baku

Pasal 1 angka (10) UUPK menyebutkan, bahwa klausula baku adalah setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen.

Dalam ketentuan mengenai klausula baku ini diatur dalam Bab V tentang ketentuan pencantuman klausula baku yang hanya terdiri dari satu pasal, yaitu Pasal 18. Pasal ini secara prinsip mengatur mengenai dua macam larangan yang diberlakukan bagi para pelaku usaha yang melakukan perjanjian dengan membuat perjanjian baku. Pasal 18 Ayat (1) mengatur mengenai larangan pencantuman klausula baku. Sedangkan Pasal 18 Ayat (2) mengatur mengenai bentuk atau format serta penulisan perjanjian baku yang dilarang.

Menurut Pasal 18 Ayat (1), pelaku usaha dalam menawarkan barang dan/atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen/atau perjanjian apabila:

- a. Menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha;
- b. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen;
- c. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen;
- d. Menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha secara langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran;
- e. Mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli konsumen;
- f. Memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi objek jual beli jasa;
- g. Menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau perubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang belinya;
- h. Menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.

Selanjutnya dalam Pasal 18 ayat (2) dijelaskan bahwa pelaku usaha dilarang mencantumkan klausula baku yang letak dan bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti.

Sebagai konsekuensi atas pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 18 Ayat (1) dan (2) tersebut, Pasal 18 Ayat (3) UUPK menyatakan batal demi hukum. Artinya, klausula baku tersebut dianggap tidak pernah ada dan tidak mengikat para pihak. Atas kebatalan tersebut, maka Pasal 18 Ayat (4) mewajibkan pelaku usaha untuk menyesuaikan klausula baku yang bertentangan dengan Undang-undang ini.

Pada prinsipnya, UUPK tidak melarang pelaku usaha untuk membuat perjanjian standar yang memuat klausula baku atas suatu perjanjian, selama dan sepanjang perjanjian standar tersebut tidak mencantumkan ketentuan sebagaimana dilarang dalam pasal 18 angka (1) serta tidak berbentuk sebagaimana dilarang dalam pasal 18 angka (2) dalam Undang-undang ini.

Lebih lanjut, ketentuan Pasal 24 UU 8/1999 menyatakan bahwa pengusaha yang menjual jasa atau barang melalui pengusaha lainnya harus bertanggung-

jawab terhadap gugatan ganti rugi yang diajukan konsumen sepanjang tidak ada perubahan secara substansial dari barang-jasa yang diterima konsumen melalui pengusaha lain tersebut. Karena itu bilamana prinsipil menjual mobil jadi (*build up*) melalui agen, penyalur dan toko akhir, maka prinsipal akan tetap bertanggungjawab atas cacat tersembunyi dan tuntutan konsumen untuk mendapatkan ganti kerugian.

Perlindungan Pelaku Usaha Website

Pembahasan tentang perlindungan pelaku usaha dalam situs internet (website) meliputi 3 hal, yaitu *disclaimer* dalam website, *wiver clause* dan *indemnity clause*, dan pengaturan hukum *disclaimer*.

a. *Disclaimer* dalam website

Disclaimer dalam website adalah suatu pernyataan yang pada umumnya dimaksudkan untuk menentukan atau membatasi ruang lingkup hak dan kewajiban yang dapat dilaksanakan dan ditegakkan oleh pihak dalam hubungan yang diakui secara hukum. Berbeda dengan istilah lain untuk bahasa hukum yang berlaku, *disclaimer* adalah istilah yang biasanya menyiratkan situasi yang melibatkan beberapa tingkat ketidakpastian, pengabaian atau risiko. *Disclaimer* dalam website atau pernyataan penyangkalan diberikan dengan tujuan perlindungan bagi pemilik website atau situs sebagai pemberi informasi. Pembaca suatu situs dianggap secara otomatis menerima syarat dan ketentuan yang berlaku pada situs tersebut, termasuk klausul *disclaimer*.¹⁵⁸ Berikut contoh *disclaimer*:

Disclaimer / pembebasan dari TANGGUNG JAWAB DAN kewajiban

1. Informasi mengenai situs web ini hanyalah informasi yang bersifat umum. Informasi diberikan oleh pengguna terdaftar yang menawarkan barang atau layanan mereka, walaupun kami tetap berupaya tetap memperbaharui dan menjaga ketepatan informasi tersebut, kami tidak mengeluarkan pernyataan atau jaminan apapun, baik secara tegas atau tersirat, mengenai kelengkapan, ketepatan, keandalan, kesesuaian atau ketersediaan berkenaan dengan situs web atau informasi, produk, layanan, atau grafik terkait yang tercantum di situs web untuk segala tujuan. Oleh sebab itu, ketergantungan anda pada informasi tersebut adalah atas resiko anda sendiri.
2. Dalam segala hal kami tidak bertanggung jawab atas kehilangan atau kerugian termasuk, namun tidak terbatas pada, kehilangan atau kerugian tidak langsung atau yang merupakan akibat, atau kehilangan atau kerugian apapun juga yang timbul dari hilangnya data atau laba yang timbul dari atau dalam hubungannya dengan penggunaan situs web ini.
3. Melalui situs web ini, anda dapat terhubung ke situs-situs web lain yang tidak berada di bawah kontrol Kami tidak mengontrol sifat, isi dan ketersediaan situs-situs tersebut. Pernyataan suatu link bukan berarti merupakan rekomendasi atau dukungan atas pandangan yang ditegaskan di dalam link tersebut.
4. Setiap upaya dilakukan untuk menjaga agar situs web tetap berjalan mulus. Namun kami tidak bertanggung jawab dan tidak berkewajiban terhadap situs web yang tidak tersedia untuk sementara waktu sehubungan dengan masalah teknis yang berada di luar kendali kami.

Disclaimer atau pernyataan penyangkalan diberikan dengan tujuan perlindungan bagi pemilik website. Pembaca suatu situs dianggap secara

¹⁵⁸ Diana Kusumasari, *Status Hukum Pencantuman Disclaimer*, 2011, dalam www.hukumonline.com.

otomatis menerima syarat dan ketentuan yang berlaku pada situs tersebut, termasuk klausul *disclaimer*.

Di dalam sebuah artikel yang dikemukakan oleh seorang *internet lawyer* asal California bernama Richard A. Chapo menyatakan bahwa:

*“Disclaimer is a statement that details how certain information should be viewed or used on the site. For instance, you might include a disclaimer that states that all information was current at the time it was published, but may no longer be and it is the duty of the reader to make sure to check for any updates. Disclaimers are often included in the terms of use or terms and conditions of a site. Common disclaimers include an exclusion of warranties and their positioning in the terms is an accepted method of dealing with them. In other cases, however, it is best to detail certain elements of your disclaimer separately so they really stand out for readers.”*¹⁵⁹

Dikemukakan bahwa *disclaimer* merupakan sebuah pernyataan yang merinci mengenai bagaimana informasi tertentu harus dilihat atau digunakan dalam sebuah situs. Misalnya, pembaca mungkin masuk dalam sebuah *disclaimer* yang menyatakan bahwa semua informasi yang sedang diterbitkan merupakan informasi terbaru, tetapi mungkin juga sudah lama dan hal tersebut adalah tugas pembaca untuk memastikan dan memeriksa beberapa pembaharuan mengenai informasi tersebut. *Disclaimer* biasanya tercantum beserta *term of use* atau *terms and conditions* sebuah situs. *Disclaimer* pada umumnya meliputi pengecualian dari jaminan dan pemilik situs menempatkan dirinya ke dalam syarat-syarat yang merupakan metode yang diterima oleh pembaca dalam hal berurusan dengan pemilik situs tersebut. Adalah hal yang baik untuk merinci unsur-unsur tertentu dari *disclaimer* secara terpisah, sehingga terlihat untuk pembaca.

Lebih lanjut Richard A. Chapo dalam artikel elektronik tersebut juga menyatakan bahwa:

*“...Can’t use the disclaimers for anything. If you offer a weight loss product on your site and then include a disclaimer that says it hasn’t been proven to help people lose weight, the disclaimer is not going to keep you from being sued or potentially found liable. That being said, a court may give it credence, so it is worth a shot. Any belief that you can use disclaimers to prevent lawsuits, however, is simply not true. Disclaimers tend to carry more weight if the users of the site actually affirmatively agree to them. This means they must click a box that says “I have read the terms of use and expressly agree to them.” The reason for this is such affirmative acceptance makes it easier to argue the terms are a binding contract”*¹⁶⁰

Dapat diketahui bahwa pelaku usaha pemilik situs tidak bisa meng-

¹⁵⁹ Richard A. Chapo, *Disclaimer For Website*, 2012, dalam www.socalinternetlawyer.com.

¹⁶⁰ *Ibid.*

gunakan *disclaimer* tersebut untuk hal apapun. Misalnya, jika pemilik situs menawarkan produk penurunan berat badan di websitenya, kemudian mencantumkan *disclaimer* yang menyatakan itu belum terbukti untuk membantu orang menurunkan berat badan, maka *disclaimer* tidak akan melindungi pemilik situs untuk tidak digugat atau berpotensi untuk diminta bertanggung jawab. Pengadilan dapat memberikan kepercayaan, sehingga layak untuk dituntut. Setiap anggapan bagi pemilik situs bahwa *disclaimer* digunakan untuk mencegah tuntutan hukum, merupakan hal yang keliru. *Disclaimer* cenderung mengikat lebih berat jika pengguna situs sebenarnya menyetujuinya. Ini berarti mereka harus meng-klik kotak yang mengatakan “Saya telah membaca persyaratan penggunaan dan menyatakan setuju untuk mereka”. Alasan untuk itu termasuk penerimaan persetujuan yang membuat lebih mudah untuk berpendapat bahwa syarat tersebut merupakan perjanjian yang mengikat.

Dalam artikel yang dibuat SEQ Legal LLP sebuah *website generator* jasa pembuat *disclaimer* di Inggris menjelaskan tentang bagian dari *disclaimer website* antara lain:

“The disclaimer document is divided into the following sections: a licence of the copyright in the website (and restrictions on what may be done with the material on the website); a disclaimer of liability (which gives the document its name); a variation clause; an entire agreement clause; a clause specifying the applicable law and the jurisdiction in which disputes will be decided; and a provision specifying some of the information which needs to be disclosed under the Ecommerce Regulations”.¹⁶¹

Dapat dijelaskan bahwa suatu dokumen *disclaimer* yang dibuat oleh SEQ Legal LLP sebuah *website generator* dibagi menjadi beberapa bagian, seperti lisensi hak cipta di website (pembatasan pada apa yang dapat dilakukan dengan materi di website), penolakan pemenuhan kewajiban (yang biasanya menjadi sebutan untuk suatu dokumen *disclaimer*), klausul variasi, klausul kesepakatan, klausul yang menentukan hukum yang berlaku dan yurisdiksi dimana perselisihan akan diputuskan, dan ketentuan beberapa informasi yang perlu diungkapkan berdasarkan Peraturan *e-commerce*.

Berdasarkan hukum yang berlaku di Indonesia, keberadaan suatu klausula *disclaimer* yang ada di dalam situs internet—yang tidak dapat dinegosiasikan kepada konsumen terlebih dahulu—dalam hukum perikatan termasuk dalam perjanjian standar. Perjanjian standar dialihbahasakan dari istilah yang dikenal dalam bahasa Belanda yaitu “*standaard contract*” atau “*standaard voorwaarden*” dalam bahasa jerman, perjanjian

¹⁶¹ SEQLegal LLP, *More information about website disclaimers*, 2013, dalam www.seqlegal.com.

standar dikenal dengan istilah “*Allegemene geschäft bedingun*”, “*standaard verdrag*”, “*standaardkonditionen*”. Hukum Inggris mengenal perjanjian standar sebagai “*standard contract*” atau “*take it or leave it contract*”. Treitel memberikan definisi perjanjian standar sebagai:

“*The terms of many contracts are set out in printed standard forms which are used for all contracts of the same kind and are only varied so far as the circumstance of each contracts require.*”¹⁶²

Perjanjian standar adalah perjanjian yang di dalamnya dibakukan syarat eksonerasi dan dituangkan dalam bentuk formulir yang bermacam-macam bentuknya. Dalam ketentuan Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menggunakan istilah klausula baku untuk menyebut perjanjian standar. Pengertian tentang klausula baku terdapat dalam Pasal 1 angka 10 Undang-undang Perlindungan Konsumen yang menyebutkan bahwa klausula baku tersebut disiapkan terlebih dahulu oleh pelaku usaha, dan dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi konsumen. Dalam situs internet bentuk klausula baku ditampilkan secara digital, berbeda dengan klausula baku yang beredar dalam dunia nyata yang dicetak dalam bentuk formulir.

b. *Wiver Clause* dan *Indemnity Clause*

Berkaitan dengan klausula pembebasan tanggung jawab yang dicantumkan dalam bentuk disclaimer dalam website, dalam kontrak standar di dunia nyata juga dikenal *Wiver Clause* dan *Indemnity Clause* yang sama-sama berkaitan dengan tanggung jawab. Klausula *Wiver* (*Wiver Clause*) merupakan surat pernyataan yang dibuat secara resmi untuk melepaskan tuntutan. *Wiver clause* juga terdiri dari pasal dalam kontrak yang memuat kehendak salah satu atau para pihak untuk melepaskan hak untuk melakukan sesuatu atau untuk menuntut atas suatu klaim tertentu yang dapat terbit dari kontrak. *Wiver Clause* disebut juga klausula pelepasan yang terjadi karena kelambatan atau kekurangtegasan dari pihak kreditur.

Apabila suatu syarat dalam kontrak diabaikan, dilalaikan atau dilupakan, maka yang bersangkutan dianggap telah melepaskan haknya. Karena itu, untuk mencegah agar tidak terjadi penafsiran yang demikian dibuatlah suatu pernyataan, sehingga tidak terjadi penafsiran yang keliru atau bahkan ditafsirkan sebaliknya. Dalam *legal dictionary* disebutkan bahwa, *Waiver* merupakan:

“*The voluntary surrender of a known right; conduct supporting an inference that a*

¹⁶² G.H Treitel, *The law of contract*, Edisi IX, (London: Sweet & Maxwell Ltd, 1995), hlm. 196.

particular right has been relinquished".¹⁶³

Dapat dijelaskan bahwa klausula *wiver* merupakan penyerahan hak secara sukarela, yakni mendukung kesimpulan bahwa hak tertentu telah dilepaskan. Selain *waiver clause*, di Indonesia juga dikenal *indemnity Clause*, yaitu prinsip *indemnity* yang diartikan sebagai kompensasi keuangan yang pasti dan cukup untuk mengembalikan posisi keuangan bertanggung setelah peristiwa kerugian, atau sama dengan posisi keuangan sesaat sebelum terjadinya peristiwa kerugian tersebut.

Pengaturan mengenai prinsip *indemnity* di Indonesia diatur dalam Pasal 246 Kitab Undang-undang Hukum Dagang secara jelas, bahwa asuransi merupakan suatu perjanjian ganti rugi atau perjanjian indemnitas (*Contract Of Indemnity*). Artinya, penanggung berjanji akan membayar ganti rugi seimbang sesuai kerugian yang diderita oleh tertanggung apabila objek telah dipertanggung dengan nilai penuh. Besarnya kerugian dihitung berdasarkan nilai pada sesaat sebelum terjadi peristiwa kerugian. *Contract of indemnity* merupakan sebuah dokumen yang dikeluarkan oleh penerbitnya kepada pihak lain yang berfungsi sebagai perjanjian formal untuk melepaskan atau melindungi pihak lain tersebut dari kewajiban terhadap kinerja tindakan-tindakan tertentu yang dilakukannya.

Menurut Simone Selkirk dan Garrett Williams, bahwa *Indemnity clause* adalah: *a contractual transfer of risk between two contractual parties generally to prevent loss or compensate for a loss which may occur as a result of a specified event*.¹⁶⁴

Dapat dijelaskan bahwa klausul *indemnity* adalah transfer risiko kontrak antara dua pihak kontrak yang secara umum untuk mencegah kerugian atau kompensasi untuk kerugian yang mungkin terjadi sebagai akibat dari peristiwa tertentu. Dalam praktiknya, karakteristik *indemnity* berupa ganti kerugian oleh pihak ketiga yang dapat ditemukan dalam kontrak asuransi dimana jumlah klaim/kompensasi belum dapat dihitung sebelum peristiwa terjadi. Jumlah klaim dihitung berdasarkan nilai/harga pada saat sesaat sebelum terjadi peristiwa klaim, kecuali dalam asuransi jiwa dan kecelakaan diri, maka jumlah klaim yang akan dibayarkan telah diketahui sejak awal kontrak.

Jadi, di antara *disclaimer*, *wiver clause* dan *indemnity clause* terdapat persamaan dan perbedaannya. Persamaannya adalah sama-sama merupakan klausula baku yang berkaitan dengan tanggung jawab. Kalau

¹⁶³ Farlex, *Waiver*, 2013, dalam www.legal-dictionary.com.

¹⁶⁴ Simone Selkirk dan Garrett Williams, *Indemnity clauses in commercial contracts*, 2011, dalam www.lexology.com.

perbedaannya, *disclaimer* merupakan pembebasan tanggung jawab yang biasanya dicantumkan untuk membebaskan diri sendiri dari tanggung jawab yang banyak ditemukan dalam *website* dan keberadaannya terkadang tidak disadari oleh konsumen. *Wiver clause* merupakan penyerahan secara sukarela atas hak dalam kontrak yang diketahui oleh para pihak dan *Indemnity clause* yang menyatakan pengalihan tanggung jawab tersebut kepada pihak ketiga, misalnya pada jasa asuransi.

c. Pengaturan Hukum *Disclaimer*

Hampir semua kegiatan yang dapat dilakukan di dunia nyata dapat dilakukan di dunia maya. Bahkan di dunia maya, orang telah melakukan berbagai tindak kejahatan yang justru tidak dapat dilakukan di dunia nyata. Budaya internet sebagai tanda-tanda kemajuan dunia yang begitu mempesona masyarakat dunia. Internet menawarkan keuntungan secara ekonomis, finansial, tenaga dan sebagainya dalam perkembangan dunia komunikasi dan informasi, baik domestik maupun internasional.

Menurut Street & Grant, di dalam transaksi bisnis melalui internet menimbulkan beberapa masalah yuridis.¹⁶⁵ Salah satunya adalah mengenai pembatasan tanggung jawab. Di dalam situs internet, disadari/tidak oleh masyarakat yang mengunjungi suatu website, baik yang menyediakan layanan informasi maupun layanan jual beli secara elektronik (*e-commerce*), terdapat klausula mengenai pembatasan tanggung jawab tersebut yang diciptakan oleh pemilik situs sebagai pelaku usaha dengan tujuan agar jelas bagi para pihak akan batas-batas dari tanggung jawab masing-masing pihak. Namun hal tersebut sangat penting untuk diperhatikan, yaitu berupa klausula eksepsi (*exemption clause* atau *disclaimer*) yang melanggar asas kepatuhan yang berlaku pada hukum yang dipilih oleh para pihak untuk diterapkan dalam menyelesaikan sengketa di antara para pihak tersebut.

Suatu pembatasan tanggung jawab tersebut dapat pula menentukan jumlah ganti kerugian yang harus dibayarkan oleh pihak yang satu kepada pihak lainnya apabila timbul sengketa. Dengan demikian, para pihak sudah sejak dini mengetahui berapa besar kemungkinan masing-masing pihak harus menanggung kewajiban pembayaran ganti kerugian apabila pihaknya cidera janji.

Dalam praktiknya di Indonesia, dalam suatu website, pihak pelaku usaha pemilik situs mencantumkan suatu klausula eksepsi yang disebut *disclaimer* tersebut yang letaknya di dalam website tidak langsung muncul di layar monitor ketika konsumen internet membuka website. Biasanya

¹⁶⁵ Lihat Niniek Suparni, *Cyberspace Problematika & Antisipasi Pengaturannya*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 52.

disclaimer dari suatu situs terdapat di bagian bawah tampilan situs, yang penulisannya menggunakan ukuran font lebih kecil daripada tulisan utama dari situs tersebut, dan ada juga situs yang langsung menggabungkan *disclaimer* di dalam suatu *term and condition* suatu website. Dari segi isinya, isi *disclaimer* sudah ditentukan secara sepihak oleh penyelenggara sistem elektronik/ pelaku usaha. Pengguna sistem elektronik/ konsumen tidak dapat menegosiasikan isinya karena perjanjian sudah tercetak di layar.

Pencantuman *disclaimer* tidak saja ditemukan di website yang berasal dari Indonesia, namun juga ditemukan di beberapa *website* yang berasal dari luar negeri. Namun isinya berbeda-beda di setiap website. Dalam hal ini, Simon Davey dari Inggris menjelaskan bahwa:

*“Adding a disclaimer to your website is essential. It won’t cover you for every eventuality but helps protecting your organisation and restrict liability. It’s your way of stating the terms under which people access and use your information, explaining your obligations and theirs. Disclaimers are sometimes called „Terms of Use’ and may incorporate a privacy policy. It’s important that disclaimers are obvious and visible, ideally on every page of your site, typically at the bottom of a page. If people can’t find it, they won’t read it and it may not offer you the necessary protection. Ideally, from a legal perspective, users should be asked to expressly agree to these terms (e.g. by clicking an “I agree” button) but this is rarely done in practice. Be explicit about the purpose and implications of the disclaimer”.*¹⁶⁶

Menurut Simon Davey, mencantumkan *disclaimer* pada *website* adalah penting. *Disclaimer* tidak akan melindungi pemilik situs untuk setiap kemungkinan, tetapi juga membantu memproteksi organisasi dan membatasi kewajiban. Ini merupakan cara pemilik situs menyatakan syarat-syarat bagi pihak yang mengakses dan menggunakan informasi dari pemilik situs, menjelaskan kewajiban pemilik situs. *Disclaimer* kadang-kadang digabungkan dalam *Terms of Use* dan *privasi policy*. Hal ini penting bahwa *disclaimer* idealnya jelas dan terlihat pada setiap halaman website, yang biasanya di bagian bawah halaman. Jika orang tidak dapat menemukannya, mereka tidak akan membacanya dan mungkin tidak menawarkan perlindungan yang diperlukan.

Pengaturan mengenai pencantuman *disclaimer* yang terdapat dalam situs internet harus ada aturan untuk kriteria pencantuman suatu *disclaimer* di dalam suatu situs internet agar tidak menguntungkan pihak pelaku usaha/pemilik situs saja, namun juga harus melindungi hak-hak konsumen. Di Indonesia, pengaturan secara khusus (*lex specialis derogate legi generali*) mengenai dunia internet diatur dalam Undang-undang nomor

¹⁶⁶ Simon Davey, *Website disclaimers*, 2011, dalam www.ictknowledgebase.org.uk.

11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE).

Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) merupakan instrumen hukum yang efektif melindungi konsumen. Namun perlingkungannya itu terbatas, karena Undang-undang ini hanya berlaku terhadap subyek hukum yang berdomisili dalam yurisdiksi hukum Indonesia. Secara *a contrario* dikatakan bahwa, pelaku usaha yang berdomisili di luar yurisdiksi hukum Indonesia tidak tunduk pada UUPK. UUPK kehilangan efektivitasnya saat berhadapan dengan persoalan pelanggaran hak konsumen oleh pelaku usaha yang berdomisili di Negara asing.

Transaksi elektronik jarak jauh menimbulkan masalah baru terkait perlindungan hak kewajiban konsumen. Pengaturan mengenai pencantuman klausula baku diatur dalam Pasal 1 angka 10 dijelaskan bahwa, yang dimaksud dengan klausula baku adalah setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen. Dalam penjelasan pasal 18 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, pengaturan mengenai pencantuman klausula baku dimaksudkan oleh Undang-undang sebagai usaha untuk menempatkan kedudukan konsumen secara setara dengan pelaku usaha berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak.

Berdasarkan ketentuan Pasal 18 UU No. 8 Tahun 1999 tentang perlindungan konsumen, maka setiap perjanjian dalam hal hubungan antara pelaku usaha dengan konsumen, yang mencantumkan klausula baku didalamnya wajib memperhatikan ketentuan Pasal 18 UU No. 8 Tahun 1999 tersebut. Konsekuensi terhadap pelanggaran Pasal 18 adalah batal demi hukum terhadap perjanjiannya, kecuali apabila dicantumkan klausula *severability of provisions* (ketentuan yang terpisah), maka yang batal demi hukum hanyalah klausula yang bertentangan dengan Pasal 18 UU No. 8 Tahun 1999 saja.

Klausula Eksonerasi (*exemption clause*) dibedakan dengan istilah klausula baku. Bernes menyebut klausula baku dengan istilah *exculpatory clause*. *Exculpatory Clause* menurut Bernes adalah:

“a provision in a contract that attempts to relieve one party’s liability for the consequences of his on her own negligence”.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Lihat N.H.T. Siahaan, *Hukum Konsumen, Perlindungan Konsumen dan Tanggung jawab Produk*, (Jakarta: Panta Rei, 2005), hlm. 17.

Dapat dijelaskan bahwa ketentuan dalam kontrak yang mencoba untuk meringankan tanggung jawab satu pihak atas konsekuensinya pada kelalaian sendiri. Karena UUPK hanya berlaku dalam yurisdiksi hukum Indonesia, maka untuk mengatasi persoalan tersebut, langkah pertama yang penting adalah merujuk pada Undang-undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Pasal 2 UU ITE secara eksplisit menyebutkan bahwa UU ITE berlaku untuk setiap perbuatan subyek hukum yang menimbulkan implikasi hukum di Indonesia.

Undang-undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik menyebutkan bahwa tujuan dari pembentukan UU ITE tercermin dari Pasal 4 UU ITE adalah untuk:

- 1) Mencerdaskan kehidupan bangsa sebagai bagian dari masyarakat informasi dunia;
- 2) Mengembangkan perdagangan dan perekonomian nasional dalam rangka meningkatkan kesejahteraan masyarakat;
- 3) Meningkatkan efektivitas dan pelayanan publik;
- 4) Membuka kesempatan seluas-luasnya pada setiap Orang untuk memajukan pemikiran dan kemampuan di bidang penggunaan dan pemanfaatan Teknologi Informasi seoptimal mungkin dan bertanggung jawab; dan
- 5) Memberikan rasa aman, keadilan, dan kepastian hukum bagi pengguna dan penyelenggara Teknologi Informasi.

UU ITE mengimplementasikan prinsip-prinsip perlindungan konsumen di dalam pasal-pasal yang bertujuan untuk memberikan kepastian hukum dan perlindungan bagi konsumen dalam melakukan transaksi elektronik. Pasal 9 UU ITE mengatur bahwa:

“Pelaku usaha yang menawarkan produk melalui sistem elektronik harus menyediakan informasi yang lengkap dan benar berkaitan dengan syarat kontrak, produsen dan produk yang ditawarkan”.

Dalam kenyataannya masih terdapat tindakan oknum pengguna internet yang sangat merugikan konsumen. Salah satu contoh adalah kasus situs palsu yang diungkap oleh Petrus Reinhard Goles, Kepala Unit *Cyber Crime* Mabes Polri. Dalam kasus tersebut terungkap bahwa Chumpon Korp Phaibun, seorang Warga Negara Thailand tertipu oleh sebuah situs Indonesia, yakni www.henbing.com. Dengan sarana situs tersebut, Chumpon membeli sebuah jet ski seharga \$19.520 (Sembilan belas ribu lima ratus dua puluh) dollar Amerika. Namun setelah mengirim uang ke dua rekening Bank Mandiri, jet ski yang dipesannya tidak datang. Setelah menerima laporan, akhirnya penyidik Polri mendatangi Chumpon ke

Bangkok. Dari penyelidikan dan penyidikan polisi di Internet, akhirnya mereka berhasil menangkap pelaku.¹⁶⁸

Pada pasal 3 UU ITE diatur mengenai asas dan tujuan sebagai alat untuk menciptakan pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik yang baik, antara lain:

- 1) Asas Kepastian Hukum, mengandung pengertian bahwa landasan hukum dalam pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik termasuk segala sesuatu yang mendukung penyelenggaraannya yang mendapatkan pengakuan hukum;
- 2) Asas Manfaat, mengandung pengertian bahwa pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik diupayakan untuk mendukung proses berinformasi;
- 3) Asas Kehati-hatian, mengandung pengertian bahwa landasan untuk memperhatikan segenap potensi yang dapat mendatangkan kerugian dalam pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik;
- 4) Asas Itikad baik, mengandung pengertian bahwa para pihak, baik pelaku usaha maupun konsumen dalam melakukan transaksi elektronik tidak dilakukan dengan tujuan merugikan pihak lain, baik secara sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum;
- 5) Asas kebebasan memilih teknologi atau netral teknologi, mengandung pengertian bahwa pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik tidak terfokus pada pemanfaatan teknologi tertentu, sehingga diharapkan mampu mengikuti perkembangan teknologi di masa yang akan datang.

Transaksi melalui internet antara pelaku usaha dengan konsumen dilakukan melalui berkomunikasi terlebih dahulu. Komunikasi dilakukan melalui *email* dan menyetujui harga dan barang. Sepanjang telah memenuhi syarat-syarat sahnya suatu perjanjian, maka nantinya *email* yang dimaksud dapat dikategorikan sebagai kontrak elektronik. Ketika telah terjadi kesepakatan mengenai barang dan harga, maka telah ada perjanjian antara pelaku usaha dan konsumen. Oleh karena itu, konsumen dapat melakukan gugatan jika konsumen dirugikan atas dasar wanprestasi. *E-mail* tersebut dapat dijadikan alat bukti sesuai dengan yang dimaksud dalam pasal 5 UU ITE yang menyebutkan bahwa :

- 1) Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya merupakan alat bukti hukum yang sah;
- 2) Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil

¹⁶⁸ Kompas, *Kejahatan Cyber Tinggi: Polisi Menerima Laporan dari 17 Negara*, 2008, dalam www.kompas.com.

cetaknya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai dengan Hukum Acara yang berlaku di Indonesia.

- 3) Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dinyatakan sah apabila menggunakan Sistem Elektronik sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang ini.
- 4) Ketentuan mengenai Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku untuk:
 - a) surat yang menurut Undang-undang harus dibuat dalam bentuk tertulis; dan
 - b) surat beserta dokumennya yang menurut Undang-undang harus dibuat dalam bentuk akta notaris atau akta yang dibuat oleh pejabat pembuat akta.

Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik memberikan kewenangan kepada para pihak untuk memilih hukum yang berlaku bagi transaksi elektronik internasional yang dibuatnya. Hal ini sesuai dengan bunyi Pasal 18 ayat 2 (UU ITE). Akan tetapi, jika para pihak tidak melakukan pilihan hukum dalam transaksi elektronik internasional, maka akan berlaku asas Hukum Perdata Internasional (Pasal 18 ayat 3 UU ITE).

Dalam transaksi elektronik, para pihak yang terkait di dalamnya melakukan hubungan hukum yang dituangkan melalui suatu bentuk perjanjian atau kontrak yang juga dilakukan secara elektronik dan sesuai ketentuan Pasal 1 angka 17 (UU ITE). Inilah yang disebut sebagai kontrak elektronik, yaitu perjanjian yang dimuat dalam dokumen elektronik atau media elektronik lainnya. Dalam transaksi elektronik, para pihaknya tidak bertemu secara langsung satu sama lain, tetapi berhubungan melalui internet. Dalam transaksi elektronik, pihak-pihak yang terkait antara lain:

- 1) Pelaku usaha sebagai penyelenggara sistem elektronik yang menawarkan sebuah produk melalui internet sebagai pelaku usaha;
- 2) Pembeli atau konsumen, yaitu setiap orang yang tidak dilarang oleh Undang-undang, yang menerima penawaran dari pelaku usaha dan berkeinginan untuk melakukan transaksi atas jual beli produk yang ditawarkan oleh pelaku usaha;
- 3) Bank sebagai pihak penyalur dana dari konsumen kepada pelaku usaha karena pada transaksi jual beli secara elektronik. Pelaku usaha dan konsumen tidak berhadapan langsung karena mereka berada pada lokasi yang berbeda, sehingga pembayarannya dapat dilakukan melalui perantara, dalam hal ini adalah bank;

4) Provider sebagai penyedia jasa layanan akses internet.

Pihak-pihak dalam transaksi elektronik tersebut memiliki hak dan kewajiban. Pelaku usaha merupakan pihak yang menawarkan produk melalui internet. Oleh karena itu pelaku usaha wajib memberikan informasi secara benar dan jujur atas barang yang ditawarkannya kepada konsumen. Pelaku usaha harus menawarkan barang yang layak untuk diperjualbelikan tidak mengandung cacat tersembunyi, rusak dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian, transaksi tersebut tidak menimbulkan kerugian bagi konsumen. Pelaku usaha, selain memiliki kewajiban, juga memiliki hak, yaitu hak untuk mendapat pembayaran dari konsumen atas barang yang dijualnya. Konsumen memiliki kewajiban untuk membayar harga barang yang telah dibelinya dari pelaku usaha sesuai dengan harga yang telah mereka sepakati. Selain hal tersebut, konsumen wajib mengisi data identitas diri yang sebenar-benarnya dalam formulir penerimaan. Selain itu, konsumen berhak mendapatkan informasi secara lengkap atas barang yang akan dibelinya dari pelaku usaha. Konsumen juga berhak mendapatkan perlindungan hukum atas perbuatan pelaku usaha yang beritikad tidak baik.

Bank sebagai pihak penyalur dana dalam transaksi elektronik atas pembayaran yang dilakukan oleh konsumen atas suatu barang yang dibeli. Karena jika berbelanja secara *online* melalui internet, jarak antara pelaku usaha dengan konsumen saling berjauhan, sehingga sebagian besar pelaku usaha menggunakan sistem transfer dari rekening konsumen kepada rekening pelaku usaha (*account to account*). Kemudian provider juga merupakan pihak lain dalam transaksi elektronik. Dalam hal ini, provider memiliki kewajiban untuk menyediakan layanan akses 24 jam kepada calon konsumen untuk dapat melakukan transaksi elektronik melalui media internet dengan pelaku usaha yang menawarkan barangnya melalui media internet tersebut. Di sini terdapat kerjasama antara pelaku usaha dengan provider dalam menjalankan usaha online melalui internet.

Dalam transaksi jual beli *online* (*e-commerce*), penawaran merupakan suatu "*invitation to enter into a binding agreement*".¹⁶⁹ Tawaran merupakan sebuah tawaran jika orang lain menanggapinya sebagai suatu tawaran. Suatu perbuatan seseorang beralasan bahwa perbuatan itu sendiri sebagai ajakan untuk masuk ke dalam suatu ikatan perjanjian dapat dianggap sebagai tawaran. Dalam transaksi jual beli elektronik, khususnya jenis *business to customer*, yang melakukan penawaran adalah pelaku usaha. Para pelaku usaha tersebut

¹⁶⁹ Mariam Daruz Badruzaman, "E-commerce Tinjauan dari Hukum Kontrak Indonesia", dalam *Hukum Bisnis XII*, 2001, hlm. 33.

memanfaatkan website untuk menjajakan barang dan jasa pelayanan.

Para pelaku usaha menyediakan semacam *storefront* yang berisikan katalog barang dan pelayanan yang diberikan. Keuntungan jika melakukan belanja di toko *online* adalah konsumen dapat melihat dan berbelanja kapan saja dan dimana saja tanpa dibatasi oleh jam buka toko. Dalam website tersebut biasanya ditampilkan barang-barang yang ditawarkan, harganya, nilai rating atau poll otomatis tentang barang itu yang diisi oleh pembeli sebelumnya, spesifikasi tentang barang tersebut dan menu produk lain yang berhubungan. Penawaran ini terbuka bagi semua orang. Semua orang yang tertarik dapat melakukan *window shopping* di toko-toko *online* ini. Jika ada barang yang menarik perhatian, maka transaksi dapat dilakukan.

Penawaran dan penerimaan saling terkait untuk menghasilkan suatu kesepakatan. Dalam menentukan suatu penawaran dan penerimaan dalam *cyber system* ini digantungkan pada keadaan dari *cyber system* tersebut. Penerimaan dapat dinyatakan melalui website, surat elektronik atau juga melalui *Electronic Data Interchange*. Pelaku usaha biasanya bebas menentukan suatu cara penerimaan. Pelaku usaha melakukan penawaran melalui website atau news group dapat dianggap penawaran tersebut ditujukan kepada khalayak ramai.

Dengan demikian, setiap orang yang berminat dapat membuat kesepakatan dengan penjual yang menawarkan. Dalam transaksi jual beli melalui website, biasanya calon konsumen akan memilih barang tertentu yang ditawarkan oleh pelaku usaha. Jika memang konsumen tertarik, maka *shopping cart* akan menyimpan terlebih dahulu barang yang calon konsumen inginkan sampai calon konsumen yakin akan pilihannya. Setelah yakin dengan pilihannya, maka calon konsumen akan memasuki tahap pembayaran. Dengan menyelesaikan tahapan transaksi ini, maka konsumen telah melakukan penerimaan, sehingga terciptalah kontrak *online*.

Bentuk pembayaran yang digunakan di internet umumnya berdasarkan pada sistem keuangan nasional, tetapi ada juga beberapa yang bertumpu pada keuangan lokal. Klasifikasi mekanisme pembayaran dapat dibagi menjadi lima mekanisme utama, yaitu:¹⁷⁰

- 1) Transaksi model ATM. Transaksi ini hanya melibatkan institusi finansial dan pemegang account yang akan melakukan pengambilan uangnya dari account masing-masing;
- 2) Pembayaran dua pihak tanpa perantara, transaksi dilakukan langsung antara dua pihak tanpa perantara menggunakan uang nasionalnya;

¹⁷⁰ Onno W. Purbo & Aang Arif Wahyudi, *Mengenal E-Commerce*, (Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2001), hlm. 92.

- 3) Pembayaran dengan perantara pihak ketiga, umumnya proses pembayaran yang menyangkut debit, kredit maupun cek masuk dalam kategori ini. Metode yang digunakan adalah sistem pembayaran kartu kredit online dan sistem pembayaran *check online*.

Apabila kedudukan pelaku usaha dengan konsumen berbeda, maka pembayaran dapat dilakukan melalui cara *account to account* atau pengalihan dari rekening konsumen kepada rekening pelaku usaha sebagai penjual. Untuk pembayaran secara langsung sulit untuk dilakukan, karena adanya perbedaan lokasi antara pelaku usaha dengan konsumen walaupun memungkinkan untuk dilakukan.

Bedasarkan Kitab Undang-undang Hukum Perdata Pasal 1338 ayat (1) menyebutkan bahwa, setiap orang bebas menentukan bentuk, macam dan isi perjanjian asalkan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, kesusilaan dan ketertiban umum, serta selalu memperhatikan syarat sahnya perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1320 KUHPerdata. Pasal ini menyatakan bahwa syarat sahnya perjanjian dengan adanya kesepakatan para pihak dalam perjanjian, yang berarti adanya persesuaian kehendak dari para pihak yang membuat perjanjian, sehingga dalam melakukan perjanjian tidak boleh ada paksaan dan penipuan.

Dari Pasal 1337 KUHPerdata dapat disimpulkan bahwa suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh Undang-undang. Hal ini juga yang menjadi dasar pemikiran mengapa pemilik situs di internet mencantumkan substansi daripada suatu *disclaimer* dengan bebas sesuai dengan kehendaknya. Namun yang menjadi permasalahan adalah mengenai kesepakatan kedua belah pihak, karena isi *disclaimer* tidak dinegosiasikan terlebih dahulu dengan masing-masing konsumen. Dengan persetujuan konsumen untuk berbelanja dan memanfaatkan isi suatu website, itu juga berarti konsumen telah setuju dengan seluruh syarat yang telah dicantumkan pemilik situs dalam *disclaimer*. Sedangkan letak dari *disclaimer* pun terkadang tidak terbaca dan tidak disadari konsumen karena letaknya di bawah homepage website.

Sesuai dengan Pasal 19 Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik menyebutkan bahwa: “Para Pihak yang melakukan Transaksi Elektronik harus menggunakan Sistem Elektronik yang disepakati”.

Suatu Perjanjian baku yang dibuat pelaku usaha *online* dibuat secara sepihak dan bersifat menguntungkan pelaku usaha terutama dalam hal: efisiensi biaya dan waktu, praktis, penyelesaiannya cepat karena konsumen hanya tinggal menyetujui dan pembebasan tanggung jawab. Berdasarkan beberapa ciri tersebut, maka perjanjian baku tersebut termasuk Perjanjian Baku Sepihak. Jika dikaitkan dengan teori dalam KUHPerdata, perjanjian seperti ini termasuk

dalam jenis perjanjian *Innominaat* (di luar KUHPerdata). KUHPerdata tidak mengatur mengenai perjanjian baku secara khusus, KUHPerdata hanya mengatur mengenai perjanjian atau perikatan secara umum. Apabila hendak meninjau perjanjian baku dalam website berdasarkan KUHPerdata, maka perjanjian tersebut harus memenuhi asas kebebasan berkontrak, konsensualisme dan keseimbangan demi sahnya perjanjian online tersebut.

Dalam melihat suatu perjanjian baku apakah melanggar kebebasan berkontrak atau tidak, maka dapat dilihat melalui 2 paham. *Pertama*, secara mutlak memandang bahwa perjanjian baku bukanlah suatu perjanjian, sebab kedudukan pelaku usaha di dalam perjanjian adalah seakan-akan sebagai pembentuk Undang-undang swasta. Syarat yang diberikan oleh pelaku usaha di dalam perjanjian tersebut menjadi Undang-undang bukan perjanjian. *Kedua*, mengemukakan paham bahwa perjanjian baku dapat diterima sebagai perjanjian, berdasarkan fiksi bahwa adanya kemauan dan kepercayaan yang membangkitkan kepercayaan bahwa para pihak mengikatkan diri pada perjanjian tersebut. Dengan penerimaan konsumen atas suatu penawaran berarti konsumen secara sukarela setuju pada isi perjanjian tersebut. Konsumen telah sepakat secara diam-diam/takluk terhadap pelaku usaha. Dengan catatan; takluknya konsumen dikarenakan itikad baik dari pelaku usaha demi terciptanya efisiensi dalam hubungan pelaku usaha dan konsumen.

Sifat unilateral/sepihak dalam perjanjian baku membawa pada kenyataan bahwa perjanjian ini belum dapat dianggap sebagai suatu kesepakatan yang melahirkan perjanjian bagi yang membuatnya. Perjanjian baku dapat dikatakan sebagai persetujuan (*consent*)¹⁷¹ dan bukan kesepakatan bilateral (*bilateral agreement*) yang melahirkan perjanjian sebagai hukum yang mengikat kedua belah pihak. Karena sifat perjanjian ini telah melumpuhkan unsur penting dalam membuat suatu perjanjian, yaitu kesepakatan (konsensus), maka dapat dikatakan bahwa perjanjian baku termasuk dalam kategori persetujuan sukarela dari pihak yang mengadakannya.

Perjanjian baku pada transaksi elektronik membawa akibat hukum terhadap dua hal. *Pertama*, sifat perjanjian baku tersebut menempatkan pelaku usaha dalam posisi yang monopolis, sehingga konsumen tidak memiliki alternatif lain kecuali harus menerima dan tunduk pada substansi perjanjian. *Kedua*, pelaku usaha mengambil keuntungan dari kondisi ini dengan cara mengalihkan seluruh resiko yang timbul dari perjanjian kepada konsumen.

¹⁷¹ Imam Sjahputra, *Perlindungan Konsumen dalam Transaksi Elektronik*, (Bandung: PT.Alumni, 2010), hlm. 127.

3. BPKN (Badan Perlindungan Konsumen Nasional)

Pasal 31 menerangkan bahwa:

- a. BPKN dibentuk untuk mengembangkan upaya perlindungan konsumen di Indonesia;
- b. Adanya BPKN menunjukkan kesungguhan pemerintah dalam memberikan perlindungan konsumen, yang selama ini lebih banyak dijadikan sebagai objek produksi barang dan/atau jasa oleh pelaku usaha.
- c. BPKN menjadi lembaga sandaran bagi konsumen bila menemukan produk tidak layak dikonsumsi, melanggar etiket, dan tidak memenuhi standar

Pasal 33 menerangkan bahwa “Badan Perlindungan Konsumen Nasional mempunyai fungsi memberikan saran dan pertimbangan kepada pemerintah dalam upaya mengembangkan perlindungan konsumen di Indonesia.”

Pasal 36 menerangkan bahwa “Anggota Badan Perlindungan Konsumen Nasional terdiri dari unsur:

- a. Pemerintah;
- b. Lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat;
- c. Pelaku usaha;
- d. Akademisi; dan
- e. Tenaga ahli.

4. BPSK (Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen)

Suatu sengketa dalam hal ini dapat menyangkut pemberian sesuatu, berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu sebagaimana diatur dalam Pasal 1233 Jo 1234 KUH Perdata, atau dapat pula berbagai kombinasi dari prestasi tersebut. Obyek sengketa konsumen dibatasi hanya menyangkut produk konsumen, yaitu barang atau jasa yang pada umumnya digunakan untuk keperluan rumah tangganya dan tidak untuk tujuan komersial.

Pasal 23 UUPK menyebutkan bahwa, apabila pelaku usaha pabrikan dan/atau pelaku usaha distributor menolak dan/atau tidak memberi tanggapan dan/atau tidak memenuhi ganti rugi atas tuntutan konsumen, maka konsumen diberikan hak untuk menggugat pelaku usaha dan menyelesaikan perselisihan yang timbul melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK), atau dengan cara mengajukan gugatan kepada peradilan di tempat kedudukan konsumen tersebut.

Hal tersebut senada dengan Pasal 45 UUPK yang menyebutkan:

- a. Setiap konsumen yang dirugikan dapat menggugat pelaku usaha melalui lembaga yang bertugas menyelesaikan sengketa antara konsumen dan

- pelaku usaha atau melalui peradilan yang berada di lingkungannya.
- b. Penyelesaian sengketa konsumen dapat ditempuh melalui pengadilan atau di luar pengadilan berdasarkan pilihan sukarela pihak yang bersengketa.
 - c. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagaimana dimaksud pada angka (2) tidak menghilangkan tanggungjawab pidana sebagaimana diatur dalam Undang-undang.
 - d. Apabila telah dipilih upaya sengketa konsumen di luar pengadilan gugatan melalui pengadilan hanya dapat ditempuh apabila upaya tersebut dinyatakan tidak berhasil oleh salah satu pihak atau oleh para pihak yang bersengketa.

Pasal 49 menjelaskan bahwa, Pemerintah membentuk Badan Penyelesaian Sengketa di Daerah Tingkat II untuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan, yaitu:

- a. Arbitrase (di luar Pengadilan) berdasar perjanjian dibuat para pihak yang bersengketa. Arbitrase merupakan suatu metode penyelesaian sengketa dalam masalah-masalah perdata (*civil matters*) yang dapat disetujui oleh kedua belah pihak, yang dapat mengikat (*binding*) dan dapat dilaksanakan/ditegakkan. Para pihak diwajibkan untuk pergi ke arbitrase atas suatu masalah tertentu sebagai bagian dari suatu perjanjian tentang prosedur penyelesaian sengketa (*dispute resolution procedures*) yang telah disepakati para pihak terdahulu.¹⁷² Sebelum para pihak terlibat dalam proses, hasil keputusan arbitrase (*the status of the outcome of arbitration*) harus disetujui para pihak tersebut.¹⁷³
- b. Mediasi (ada kesepakatan) sebelum ke pengadilan; memilih cara yang dirasa paling menguntungkan.
- c. Pengadilan jalur hukum (solusi terakhir).

Tugas BPSK pada Pasal 52 butir e, butir f, butir g, butir h, butir h, butir I, butir j, butir k, butir l dan butir m UUPK sebenarnya telah terserap dalam fungsi utama BPSK tersebut. Tugas BPSK memberikan konsultasi perlindungan konsumen (Pasal 52 butir b UUPK) dapat dipandang sebagai upaya sosialisasi Undang-undang Perlindungan Konsumen, baik terhadap konsumen maupun pelaku usaha. Dalam hal konsultasi diberikan, jika permohonan sengketa konsumen (PSK) sudah terdaftar di Sekretariat BPSK, maka konsultasi yang diberikan tentu dalam rangka penyelesaian sengketa konsumen, baik dengan cara konsiliasi, mediasi maupun arbitrase.

¹⁷² Shahrullah, "Modern Arbitration Legislation: A Comparison Between Australia and Indonesia Law", dalam *Mimbar Hukum*, Vol. 24 No. 2, Juni 2012, hlm. 200.

¹⁷³ Suyud Margono, *Perlebagaan Alternatif Dispute Resolution (ADR): dalam Prospek dan Pelaksanaannya di Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 22.

BPSK memiliki tugas melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausula baku (Pasal 52 butir c UUPK) tidaklah selalu terkait dengan adanya sengketa konsumen. Dalam hal ini, BPSK diharapkan bersikap proaktif menegakkan norma-norma pencantuman klausula baku yang diamanatkan Pasal 18 UUPK, baik dengan cara-cara *persuasive* maupun *represif* untuk menguji kepatuhan pelaku usaha terhadap norma-norma tersebut. Adanya bentuk kontrak baku tujuannya untuk menstabilkan hubungan eksternal pasar dengan pelanggan.

UU No. 8 Tahun 1999 mengatur mengenai penyelesaian sengketa, dimana konsumen dapat menggugat pelaku usaha melalui lembaga yang bertugas menyelesaikan sengketa yang terjadi antara konsumen dan pelaku usaha, yaitu BPSK atau melalui peradilan yang berada di lingkungan peradilan umum. Penyelesaian melalui peradilan yang berada di lingkungan peradilan umum dalam kenyataan tidak menguntungkan para pihak, baik konsumen dan pelaku usaha, karena lama dan panjangnya proses acaranya sehingga penyelesaian melalui BPSK sangat tepat karena mempunyai kewenangan menyelesaikan sengketa dan menjatuhkan sanksi administratif sesuai Pasal 60 terhadap pelaku usaha yang melanggar. BPSK menjadi barisan terdepan dalam melindungi hak-hak konsumen bersama dengan lembaga swadaya masyarakat yang bergerak dalam kegiatan perlindungan konsumen dan lembaga yang mewakili pelaku usaha sangat penting.

Menurut Eman Rajagukguk, budaya hukum masyarakat termasuk faktor yang mempengaruhi arti penting penyelesaian sengketa bisnis di luar pengadilan. Budaya tradisional yang menekankan kepada komunitas, kekerabatan, harmoni, *primus inter pares* telah mendorong penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang formal. Demikian budaya yang menekankan kepada efisiensi dan efektifitas sama kuatnya mendorong penyelesaian sengketa bisnis tanpa melalui pengadilan.¹⁷⁴

Konsiliasi (penyelesaian perselisihan secara kekeluargaan) yang lazim dilakukan di seluruh Indonesia merupakan sifat budaya hukum Indonesia. Di Indonesia sesudah merdeka, konsiliasi dan arbitrase sangat lazim di lingkungan pedagang. Pengadilan pemerintah sering dihindari dengan berbagai alasan, yaitu efisiensi, kemanfaatan dan kepercayaan; pelarian ke prosedur tersembunyi yang tidak resmi dalam perekonomian; dan prosedur peradilan menjerakan para pengusaha, di antaranya prosesnya berliku-liku, ketidakcakapan hakim, dan biaya tidak resmi pengadilan.

Konsiliasi dan kompromi (penyelesaian perselisihan melalui jalan tengah)

¹⁷⁴ Erman Rajagukguk, "Budaya Hukum dan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan", dalam *Jurnal Magister Hukum*, PPs-UII, Yogyakarta, Vol. 2 N0.4, Oktober 2000, hlm. 7.

cenderung lebih ditekankan pada satuan masyarakat yang kecil-kecil yang di dalamnya hubungan tatap muka lebih menonjol. Sebaliknya, hubungan yang tidak akrab menjadikan keputusan pihak ketiga dengan status resmi lebih tetap. Seorang konsiliator semestinya bersikap atau berbuat: meredakan gejolak amarah dan membawa pihak-pihak untuk terus mengadakan perundingan; memperkecil makna perselisihan dan memperbesar arti hubungan-hubungan pribadi, serta menekankan arti kepentingan bersama; dan mengupayakan kesepakatan para pihak bahwa tidak ada satu pihak pun yang benar dan menang. Meskipun secara pribadi mungkin dianggap ada, kedua-keduanya salah karena bertengkar dan telah kembali rukun satu sama lain. Untuk itu perlu diselenggarakan upacara untuk mengukuhkan penyelesaian damai dan membersihkan suasana yang keruh.¹⁷⁵

Pasal 60 menjelaskan tentang sanksi bahwa:

- a. Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen berwenang menjatuhkan sanksi administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar Pasal 19, Pasal 20, Pasal 25 dan Pasal 26.
- b. Sanksi administratif berupa penetapan ganti rugi paling banyak Rp 200.000.000 (dua ratus juta rupiah)

Pasal 62 menjelaskan tentang sanksi pidana, bahwa:

- a. Pelaku usaha yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud pasal 8 dan seterusnya dipidana penjara paling lama 5 tahun, atau denda paling banyak Rp 2.000.000.000 (dua milyar).
- b. Pelaku usaha yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud pasal 11 s/d 17 dipidana penjara paling lama 2 tahun atau denda paling banyak Rp 500.000.000 (lima ratus juta).

F. Perlindungan konsumen terkait iklan

Iklan merupakan suatu bentuk komunikasi untuk mempromosikan sesuatu hal dengan menggunakan media massa. Dengan adanya iklan, maka diharapkan informasi yang tercantum di dalamnya dapat tersampaikan dengan baik. Menurut Shidarta, tujuan utama iklan adalah untuk meningkatkan penjualan barang dan/ atau jasa yang ditawarkan.¹⁷⁶

Ada beberapa pasal dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku

¹⁷⁵ Daniel S. Lev. "Lembaga Peradilan dan Budaya Hukum" dalam Daniel S. Lev. *Hukum dan Politik Indonesia*, Cet I, (Jakarta: LP3ES, 1990), hlm. 159-160.

¹⁷⁶ Shidarta, *Pengetahuan tentang Aspek Hukum Perlindungan Konsumen dan Status Sosial Media Cetak serta Perlindungan Hak-hak Konsumen dalam Iklan*, (Yogyakarta: Universitas Gadjah Mada, 1994), hlm. 39.

saat ini yang mengatur tentang periklanan, antara lain:

1. Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Beberapa pasal yang mengatur tentang iklan adalah sebagai berikut:

a. Pasal 8 ayat (1) huruf f

Pelaku usaha dilarang memproduksi dan/atau memperdagangkan barang dan/atau jasa yang tidak sesuai dengan janji yang dinyatakan dalam label, etiket, keterangan, iklan, atau promosi penjualan barang dan/ atau jasa tersebut.

b. Pasal 9 ayat (1)

Pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan suatu barang dan/atau jasa secara tidak benar, dan/atau seolah-olah:

- barang tersebut telah memenuhi dan/atau memiliki potongan harga, harga khusus, standar mutu tertentu, gaya atau mode tertentu, karakteristik tertentu, sejarah atau guna tertentu;
- barang tersebut dalam keadaan baik dan/atau baru;
- barang dan/atau jasa tersebut telah mendapatkan dan/atau memiliki sponsor, persetujuan, perlengkapan tertentu, keuntungan tertentu, ciri-ciri kerja atau aksesoris tertentu;
- barang dan/atau jasa tersebut dibuat oleh perusahaan yang mempunyai sponsor, persetujuan atau afiliasi;
- barang dan/ atau jasa tersebut tersedia;
- barang tersebut tidak mengandung cacat tersembunyi;
- barang tersebut merupakan kelengkapan dari barang tertentu;
- barang tersebut berasal dari daerah tertentu;
- secara langsung atau tidak langsung merendahkan barang dan/ atau jasa lain;
- menggunakan kata-kata yang berlebihan, seperti aman, tidak berbahaya, tidak mengandung risiko atau efek sampingan tanpa keterangan yang lengkap;
- menawarkan sesuatu yang mengandung janji yang belum pasti.

c. Pasal 10

Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan/atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan atau membuat pernyataan yang tidak benar atau menyesatkan mengenai:

- harga atau tarif suatu barang dan/atau jasa;
- kegunaan suatu barang dan/atau jasa;

- kondisi, tanggungan, jaminan, hak atau ganti rugi atas suatu barang dan/ atau jasa;
 - tawaran potongan harga atau hadiah menarik yang ditawarkan;
 - bahaya penggunaan barang dan/atau jasa.
- d. Pasal 12
- Pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan atau mengiklankan suatu barang dan/atau jasa dengan harga atau tarif khusus dalam waktu dan jumlah tertentu jika pelaku usaha tersebut tidak bermaksud untuk melaksanakannya sesuai dengan waktu dan jumlah yang ditawarkan, dipromosikan, atau diiklankan.
- e. Pasal 17 ayat (1)
- Pelaku usaha periklanan dilarang memproduksi iklan yang:
- mengelabui konsumen mengenai kualitas, kuantitas, bahan, kegunaan dan harga barang dan/atau tarif jasa serta ketepatan waktu penerimaan barang dan/atau jasa;
 - mengelabui jaminan/garansi terhadap barang dan/atau jasa;
 - memuat informasi yang keliru, salah atau tidak tepat mengenai barang dan atau jasa;
 - tidak memuat informasi mengenai risiko pemakaian barang dan/atau jasa;
 - mengeksploitasi kejadian dan/atau seseorang tanpa seizin yang berwenang atau persetujuan yang bersangkutan;
 - melanggar etika dan/atau ketentuan peraturan perundang-undangan mengenai periklanan.
2. Undang-undang No. 7 Tahun 1996 tentang Pangan
- Pasal-pasal yang mengatur tentang iklan antara lain:
- a. Pasal 33
- (1) Setiap label dan/atau iklan tentang pangan yang diperdagangkan harus memuat keterangan mengenai pangan dengan benar dan tidak menyesatkan.
 - (2) Setiap orang dilarang memberikan keterangan atau pernyataan tentang pangan yang diperdagangkan melalui, dalam, dan/atau dengan label atau iklan apabila keterangan atau pernyataan tersebut tidak benar dan atau menyesatkan.
 - (3) Pemerintah mengatur, mengawasi, dan melakukan tindakan yang diperlukan agar iklan tentang pangan yang diperdagangkan tidak memuat keterangan yang dapat menyesatkan.

b. Pasal 34

- (1) Setiap orang yang menyatakan dalam label atau iklan bahwa pangan yang diperdagangkan adalah sesuai dengan persyaratan agama atau kepercayaan tertentu bertanggung jawab atas kebenaran pernyataan berdasarkan persyaratan agama atau kepercayaan tersebut.
- (2) Label tentang pangan olahan tertentu yang diperdagangkan untuk bayi, anak berumur di bawah lima tahun, dan ibu yang sedang hamil atau menyusui wajib memuat keterangan tentang peruntukan, cara penggunaan, dan/atau keterangan lain yang perlu diketahui mengenai dampak pangan terhadap kesehatan manusia.

Sebagai pelaksanaan dari ketentuan Undang-undang No. 7 Tahun 1996 tentang Pangan tersebut, maka terbitlah Peraturan Pemerintah No. 69 Tahun 1999 tentang Label dan Iklan Pangan. Secara umum, Peraturan Pemerintah tersebut memuat ketentuan tentang iklan pangan dalam pasal-pasal sebagai berikut:

a. Pasal 44

- (1) Setiap Iklan tentang pangan yang diperdagangkan wajib memuat keterangan mengenai pangan secara benar dan tidak menyesatkan, baik dalam bentuk gambar dan/atau suara, pernyataan, dan/atau bentuk apapun lainnya.
- (2) Setiap Iklan tentang pangan tidak boleh bertentangan dengan norma-norma kesusilaan dan ketertiban umum.

b. Pasal 45

- (1) Setiap orang yang memproduksi dan/atau memasukkan pangan ke dalam wilayah Indonesia untuk diperdagangkan, dilarang memuat pernyataan dan/atau keterangan yang tidak benar dan/atau yang dapat menyesatkan dalam Iklan.
- (2) Penerbit, pencetak, pemegang izin siaran radio atau televisi, agen dan atau medium yang dipergunakan untuk menyebarkan Iklan, turut bertanggung jawab terhadap isi Iklan yang tidak benar, kecuali yang bersangkutan telah mengambil tindakan yang diperlukan untuk meneliti kebenaran isi Iklan yang bersangkutan.
- (3) Untuk kepentingan pengawasan, penerbit, pencetak, pemegang izin siaran radio atau televisi, agen dan/atau medium yang dipergunakan untuk menyebarkan Iklan dilarang merahasiakan identitas, nama dan alamat pemasang Iklan.

c. Pasal 46

Setiap orang yang menyatakan dalam Iklan bahwa pangan yang diper-

dagangkan adalah sesuai dengan persyaratan agama atau kepercayaan tertentu, bertanggung jawab atas kebenaran pernyataan tersebut.

d. Pasal 47

- (1) Iklan dilarang dibuat dalam bentuk apapun untuk diedarkan dan/atau disebarluaskan dalam masyarakat dengan cara mendiskreditkan produk pangan lainnya.
- (2) Iklan dilarang semata-mata menampilkan anak-anak berusia di bawah 5 (lima) tahun dalam bentuk apapun, kecuali apabila pangan tersebut diperuntukkan bagi anak-anak yang berusia di bawah 5 (lima) tahun.
- (3) Iklan tentang pangan olahan tertentu yang mengandung bahan-bahan yang berkadar tinggi yang dapat membahayakan dan atau mengganggu pertumbuhan dan atau perkembangan anak-anak dilarang dimuat di media apa pun, yang secara khusus ditujukan untuk anak-anak.
- (4) Iklan tentang pangan yang diperuntukkan bagi bayi yang berusia sampai dengan 1 (satu) tahun dilarang dimuat di media massa, kecuali dalam media cetak khusus tentang kesehatan, setelah mendapat persetujuan Menteri Kesehatan, dan dalam iklan yang bersangkutan wajib memuat keterangan bahwa pangan yang bersangkutan bukan pengganti ASI.

Itulah beberapa ketentuan mengenai iklan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku saat ini. Namun selain peraturan perundang-undangan tersebut, masih ada pedoman umum dalam praktik periklanan yang disebut dengan Tata Krama dan Tata Cara Periklanan Indonesia. Dalam pedoman tersebut, ada beberapa hal yang berkaitan dengan tata krama periklanan yang tercantum dalam asas-asas periklanan sebagai berikut:

1. Jujur, benar, dan bertanggungjawab.
2. Bersaing secara sehat.
3. Melindungi dan menghargai khalayak, serta tidak merendahkan agama, budaya, negara, dan golongan, serta tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku.

Meskipun belum ada peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur tentang iklan, maka dengan adanya beberapa ketentuan mengenai iklan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku saat ini dan pedoman umum berupa Tata Krama dan Tata Cara Periklanan Indonesia ini, diharapkan bahwa iklan menjadi alat promosi yang santun, jujur, dan bertanggungjawab.

Pentingnya informasi yang jelas dan lengkap diharapkan dapat melindungi konsumen dari kerugian yang diakibatkan oleh iklan-iklan yang mengandung unsur penyesatan dan penipuan. Beberapa bentuk iklan yang mengandung unsur penyesatan dan penipuan antara lain:

1. Iklan pancingan (*bait and switch advertising*), yang dapat dikategorikan iklan pancingan adalah iklan sebenarnya tidak berniat untuk menjual produk yang ditawarkan, melainkan lebih ditujukan pada menarik kunjungan konsumen ke tempat usaha tersebut. Iklan jenis ini menawarkan barang-barang tertentu dengan harga khusus, semacam diskon atau janji pemberian hadiah, padahal pelaku usaha tidak berniat melakukan ataupun jika melakukan dalam jumlah yang tidak wajar, dimana konsumen kemudian menemukan kenyataan yang tidak sesuai sebagaimana dijanjikan mengenai hal yang diiklankan.
2. Iklan menyesatkan (*mock-up advertising*). Klasifikasi iklan ini sedikit berbeda dengan iklan pancingan. Iklan jenis ini biasanya hanya ingin menunjukkan keampuhan suatu produk melalui penggambaran yang berlebihan. Biasanya iklan yang demikian, dengan menggunakan media televisi akan menghasilkan efek tayangan yang mengesankan. Dari fenomena di atas jelas tampak bahwa ternyata informasi telah dimanipulasi sedemikian rupa sehingga mengaburkan makna informasi yang sebenarnya.¹⁷⁷

Sedikit berbeda dengan bentuk iklan yang telah dikemukakan di atas, Pradopo berpendapat bahwa ada 3 (tiga) tipe iklan yang memperdaya (*deceptive advertising*), yaitu:

1. *Fraudulent advertising*, yaitu iklan yang tidak dapat dipercaya (*straightforward lie*).
2. *False advertising*, yaitu klaim terhadap manfaat produk yang dapat dipenuhi berdasarkan syarat dan ketentuan yang berlaku (*under certain conditions*), yang tidak dijelaskan secara gamblang di iklan. Misalnya, iklan salah satu provider telekomunikasi terkenal mengklaim dirinya paling murah, tetapi tidak pernah dijelaskan secara gamblang bahwa tarif murah itu hanya berlaku berdasarkan syarat dan ketentuan. Bahkan dalam iklannya pun tidak dituliskan syarat dan ketentuan berlaku.
3. *Misleading advertising*, yaitu iklan yang melibatkan antara klaim dan kepercayaan. Dengan kata lain, sebuah iklan yang menghubungkan dengan kepercayaan konsumen. Misalnya, konsumen percaya bahwa memiliki kulit putih merupakan bagian dari kecantikan. Kepercayaan

¹⁷⁷ Taufik H. Simatupang, *Aspek Hukum Periklanan dalam Perspektif Perlindungan Konsumen*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 12-13.

konsumen ini dimanfaatkan produsen (pelaku usaha) pemutih kulit merek terkenal, yang dengan menggunakan produk mereka, kulit akan menjadi putih dalam waktu 7 (tujuh) hari.

Saat ini memang belum ada definisi maupun penafsiran yang tegas dan jelas mengenai iklan yang menyesatkan, sehingga menimbulkan pemahaman yang beragam atas pengertian iklan yang menyesatkan tersebut. Salah satunya adalah adanya 2 (dua) sudut pandang berbeda yang mencoba memberikan uraian lebih lanjut mengenai iklan yang menyesatkan. *Pertama*, dari sudut pandang konsumen, iklan yang menyesatkan dipandang sebagai pernyataan atau gambaran atas produk yang menyebabkan konsumen terpedaya oleh janji pelaku usaha dan mengakibatkan kerugian bagi konsumen itu sendiri. *Kedua*, dari sudut pandang pelaku usaha, iklan yang menyesatkan dipandang sebagai perbuatan pelaku usaha yang sengaja atau lalai dalam memberikan pernyataan atau gambaran atas produk yang tidak benar, tidak jelas, dan/ atau tidak jujur.

Untuk dapat memberikan perlindungan hukum bagi konsumen atas adanya tindakan pelaku usaha yang merugikan konsumen, yaitu iklan yang menyesatkan, maka pemerintah Republik Indonesia memberlakukan Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Salah satu bentuk upaya perlindungan bagi konsumen yang tercantum dalam Undang-undang tersebut adalah adanya penyebutan secara tegas hak-hak konsumen.

Hak adalah kepentingan yang dilindungi hukum, sedangkan kepentingan adalah tuntutan perorangan atau kelompok yang diharapkan untuk dipenuhi.¹⁷⁸ Pada dasarnya, hak itu ada karena 3 (tiga) hal:

Pertama, hak itu ada karena merupakan kodrat manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa. Sebagai makhluk ciptaan Tuhan, manusia mempunyai hak sebagai manusia dan mempertahankan kemanusiaannya, misalnya hak untuk hidup, hak untuk memperoleh pendidikan, hak untuk bekerja, dan lain sebagainya. Hak ini lazimnya disebut sebagai hak asasi.

Kedua, hak itu ada karena merupakan pemberian hukum negara kepada manusia dalam kedudukannya sebagai warga negara. Misalnya, hak untuk mendirikan bangunan, hak untuk mengendarai kendaraan bermotor, dan lain sebagainya.

Ketiga, hak itu ada karena adanya hubungan hukum antara seseorang dan orang lain melalui sebuah perjanjian. Misalnya, seseorang meminjamkan suatu barang miliknya kepada orang lain, maka orang lain itu mempunyai

¹⁷⁸ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, (Yogyakarta: Liberty, 1999), hlm. 43.

hak pakai atas barang tersebut.

Berdasarkan uraian di atas, dapat dipahami pula bahwa hak-hak konsumen itu memiliki kandungan antara lain: hak konsumen sebagai manusia yang perlu memenuhi kebutuhannya untuk hidup, hak konsumen sebagai subjek hukum dan warga negara yang berpedoman pada peraturan perundang-undangan, dan hak konsumen sebagai pihak-pihak dalam mengadakan perjanjian dengan pelaku usaha.

Dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, disebutkan hak-hak konsumen yang mendapat jaminan dan perlindungan dari hukum, yaitu seperti yang tercantum dalam pasal 4 yang menyebutkan bahwa, hak-hak konsumen adalah:

1. hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa;
2. hak untuk memilih barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/atau jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan;
3. hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa;
4. hak untuk didengar pendapat dan keluhannya atas barang dan/atau jasa yang digunakan;
5. hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan, dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut;
6. hak untuk mendapat pembinaan dan pendidikan konsumen;
7. hak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif;
8. hak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian, apabila barang dan/atau jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya;
9. hak-hak yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya.

Hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan mengandung arti bahwa konsumen berhak mendapatkan produk yang memberikan rasa nyaman, aman, dan keselamatan. Dengan begitu, konsumen akan terlindungi dari segala bahaya yang diakibatkan dari penggunaan atau pengkonsumsian produk. Oleh karena itu, setiap produk harus memperhatikan segala aspek untuk dapat mempertinggi rasa kenyamanan, keamanan, dan keselamatan konsumen.

Salah satu cara untuk memberikan rasa nyaman, aman, dan keselamatan

adalah dengan mencantumkan label produk yang berisi tentang keterangan atau informasi produk secara jelas, jujur dan lengkap, sehingga konsumen dapat mengetahui produk yang sesuai dengan keinginannya. Dengan begitu, hak konsumen untuk memilih dan mendapatkan produk yang sesuai dengan nilai tukar, kondisi dan jaminan yang dijanjikan oleh pelaku usaha, akan terpenuhi.

Dalam menyampaikan informasi produk kepada konsumen, pelaku usaha harus bertindak benar, jelas, dan jujur, sehingga konsumen tidak menderita kerugian akibat penipuan atau penyesatan yang dilakukan oleh pelaku usaha melalui informasi produk yang tidak benar, tidak jelas, dan tidak jujur. Oleh karena itu, pemanfaatan media untuk menyampaikan informasi produk, haruslah didasarkan pada kejujuran dan itikad baik. Dengan demikian, terpenuhi juga hak konsumen akan informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan produk.

Apabila produk yang dikonsumsi oleh konsumen tidak sesuai dengan informasi produk yang diberikan oleh pelaku usaha, maka konsumen berhak untuk didengar pendapat dan keluhannya atas produk yang dikonsumsi tersebut. Tidak hanya itu, seharusnya konsumen juga berhak mendapatkan solusi untuk menyelesaikan masalahnya itu. Untuk dapat mengakui kekurangan dan kelemahan pelaku usaha, memang diperlukan ketulusan hati dari pelaku usaha itu sendiri. Ini semua demi meningkatkan pelayanan kepada konsumen sekaligus dapat mempertebal rasa percaya konsumen kepada pelaku usaha.

Melihat kedudukan konsumen yang selalu lebih lemah daripada pelaku usaha, maka konsumen berhak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan, dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut. Hal ini merupakan bentuk upaya hukum untuk mempertahankan dan mengupayakan pemenuhan hak-hak konsumen.

Dalam rangka pendewasaan konsumen, maka konsumen berhak untuk mendapat pembinaan dan pendidikan, khususnya mengenai cara mengkonsumsi yang baik dan benar. Sudah merupakan kewajiban bagi pelaku usaha untuk memberikan informasi yang benar, jujur, dan sekaligus mendidik kepada konsumen.

Konsumen juga berhak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif. Pelaku usaha harus memperlakukan dan/atau melayani konsumen secara sama, tidak membedakan berdasarkan suatu hal apa pun, misalnya suku, agama, ras, golongan tertentu ataupun yang lainnya.

Apabila produk yang diterima tidak sesuai dengan informasi yang diperoleh konsumen atau tidak dapat dipergunakan sebagaimana mestinya, maka

konsumen berhak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian produk tersebut. Setiap produk pasti mempunyai kelemahan dan/ atau tingkat keawetan yang berbeda, meskipun diproduksi di tempat yang sama dan telah melewati tahapan *quality control*. Belum tentu semua konsumen merasa nyaman dan aman dalam mempergunakan produk tersebut. Karena itu, pelaku usaha harus rela untuk memberikan kompensasi, ganti rugi, dan/ atau penggantian produk tersebut, tanpa proses yang berbelit-belit.

Selain hak-hak yang telah disebutkan di atas, konsumen juga berhak untuk mendapatkan hak-hak lainnya yang sesuai dengan kedudukannya sebagai konsumen berdasarkan peraturan perundang-undangan lain yang berlaku. Hal ini membuka kemungkinan akan berkembangnya pemikiran mengenai hak-hak konsumen yang baru di masa yang akan datang.

Konsumen akan merasa dilindungi bila hak-hak konsumen yang disebutkan di atas dipenuhi oleh pemerintah maupun oleh pelaku usaha. Dengan adanya pemenuhan hak-hak konsumen tersebut akan melindungi konsumen dari kerugian berbagai aspek.

G. Perlindungan konsumen dalam transaksi *e-commerce*

Terdapat hubungan hukum dalam transaksi elektronik yang dilakukan dengan memadukan jaringan dari sistem informasi yang berbasis komputer dengan sistem komunikasi yang berdasarkan jaringan dan jasa telekomunikasi. Hubungan hukum tidak hanya antara pelaku usaha dengan konsumen saja, tetapi juga antara pihak-pihak berikut:

1. *Business to Business*; Transaksi yang terjadi antara perusahaan/pelaku usaha dengan konsumennya (konsumennya adalah perusahaan, bukan perorangan). Biasanya antara mereka telah saling mengetahui satu sama lain dan sudah terjalin hubungan yang sudah cukup lama. Pertukaran informasi hanya berlangsung di antara mereka, dan pertukaran informasi itu didasarkan pada kebutuhan dan kepercayaan;
2. *Business to Customer*; Transaksi yang terjadi antar perusahaan dengan konsumennya yang berupa perorangan. Contohnya lazada.co.id sebuah situs *e-commerce* yang besar dan terkenal di Indonesia, dan amazone.com sebuah situs *e-commerce* yang besar dan terkenal di dunia. Pada jenis ini transaksi disebarakan secara umum, dan konsumen yang berinisiatif melakukan transaksi. Pelaku usaha harus siap menerima respon dari konsumen tersebut. Biasanya sistem yang digunakan adalah sistem web karena sistem ini yang sudah umum dipakai di kalangan masyarakat.

3. *Customer to Customer*; Transaksi ini terjadi dimana individu saling menjual barang satu sama lain. Contohnya adalah e-bay.
4. *Customer to Business*; Transaksi yang memungkinkan individu menjual barang pada perusahaan. Contohnya adalah priceline.com
5. *Customer to Government*; Transaksi dimana individu dapat melakukan transaksi dengan pihak pemerintah. Contohnya adalah membayar pajak.

Pembahasan perlindungan konsumen dalam transaksi e-commerce dalam hal ini meliputi tiga bahasan, yaitu sistem keamanan di internet sebagai bentuk perlindungan konsumen via e-commerce, metode pembayaran dalam e-commerce sebagai bentuk perlindungan konsumen, dan pengaturan hukum dalam melakukan transaksi e-commerce.

1. Sistem keamanan di internet sebagai bentuk perlindungan konsumen via e-commerce.

Teknologi informasi telah mengubah cara-cara bertransaksi dan membuka peluang-peluang baru dalam melakukan transaksi bisnis. Namun teknologi informasi tersebut juga sekaligus menciptakan peluang-peluang baru bagi tindak kejahatan. Konsekuensinya, *electronic information* memerlukan adanya perlindungan yang kuat terhadap upaya-upaya yang dilakukan oleh pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab untuk dapat mengakses informasi tersebut. Kebutuhan perlindungan yang demikian menjadi sangat tinggi apabila menyangkut *electronic information* yang sangat rahasia.¹⁷⁹

Sistem keamanan dalam dunia komputer mulai menjadi perhatian serius para peneliti dan praktisi teknologi informasi sejak ditemukannya teknologi jaringan komputer. Pemicu berkembangnya isu di bidang ini adalah karena adanya fenomena pengiriman data melalui media transmisi (darat, laut, dan udara) yang mudah “dicuri” oleh mereka yang tidak berhak.

Data mentah dari sebuah komputer yang dikirimkan ke komputer lain pada dasarnya rawan terhadap “intervensi” pihak ketiga, sehingga diperlukan suatu strategi khusus agar terjadi, paling tidak ada dua hal:¹⁸⁰

- a. Data yang dikirimkan tidak secara “fisik” diambil oleh pihak lain yang tidak berhak; atau
- b. Data yang dikirimkan dapat “diambil secara fisik”, namun yang bersangkutan tidak dapat membacanya.

¹⁷⁹ Sutan Remy Sjadeini, “Hukum Siber Sistem Pengamanan e-commerce”, dalam Mariam Darus Badruzaman dkk., *Kompilasi Hukum Perikatan*, Cet.1, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 310.

¹⁸⁰ Ricardus E. Indrajit, *E-Commerce: Kiat dan Strategi Bisnis Di Dunia Maya*, (Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2001), hlm. 83.

Information security merupakan bagian yang sangat penting dan sistem *e-commerce*. Tingkat keamanan informasi yang dapat diterima di dalam *e-commerce* mutlak dibutuhkan. Di era internet, semua kebutuhan dan keinginan sedapat mungkin diterima dengan cepat, mudah dan aman. Untuk itulah peranan teknologi keamanan informasi benar-benar dibutuhkan.

Sistem keamanan informasi memiliki empat macam tujuan yang sangat mendasar, yaitu:¹⁸¹

a. *Confidentiality*

Menjamin apakah informasi yang dikirim tersebut tidak dapat dibuka atau tidak dapat diketahui oleh orang lain yang tidak berhak. Terutama untuk data yang teramat penting, dibutuhkan tingkat kerahasiaan yang sangat tinggi, yang hanya bisa diakses oleh orang-orang tertentu saja (orang-orang yang berhak).

b. *Integrity*

Menjamin konsistensi dan keutuhan data sesuai dengan aslinya, sehingga upaya orang-orang yang tidak bertanggungjawab untuk melakukan penduplikatan dan perusakan data bisa dihindari.

c. *Availability*

Menjamin pengguna yang sah agar bisa mengakses informasi dan sumber miliknya sendiri. Tujuannya adalah untuk memastikan bahwa orang-orang yang memang berhak tidak ditolak untuk mengakses informasi yang memang menjadi haknya.

d. *Legitimate use*

Menjamin kepastian bahwa sumber tidak digunakan (informasi tidak diakses) oleh orang-orang yang tidak bertanggungjawab (orang-orang yang tidak berhak).

Dalam sistem keamanan informasi tidak terlepas setidaknya dari 3 hal, yaitu kriptografi (*cryptography*), *Secure Socets Layer* (SSL), dan *Secure Electronic Transaction* (SET).

a. Kriptografi

Kriptografi adalah ilmu yang mempelajari bagaimana membuat suatu pesan yang dikirim oleh pengirim dapat disampaikan kepada penerima dengan aman. Di dalam kriptografi dikenal berbagai macam istilah misalnya *cryptanalysis*, yaitu ilmu pengetahuan yang mempelajari bagaimana mengetahui (*compromise/defeat*) mekanisme kriptografi.

¹⁸¹ Onno W. Purbo & Aang A. Wahyudi, *Mengenal e-Commerce*, (Jakarta: Elex Media Komputindo, 2001), hlm. 18-19.

Kriteria aman dalam teknik kriptografi masih relatif. Minimal dalam teknik kriptografi dapat ditemukan empat kriteria aman, yaitu:¹⁸²

- 1) *Confidentiality* (kerahasiaan), artinya suatu pesan tidak boleh dapat dibaca atau diketahui oleh orang yang tidak berkepentingan;
- 2) *Authenticity* (otentisitas), artinya penerima pesan harus mengetahui atau mempunyai kepastian siapa pengirim pesan dan bahwa benar pesan itu dikirim oleh pengirim. Istilah ini juga berhubungan dengan suatu proses verifikasi terhadap identitas seseorang;
- 3) *Integrity* (integritas/keutuhan), artinya penerima harus merasa yakin bahwa pesan yang diterimanya tidak pernah diubah sejak pesan itu dikirim sampai diterima, dan seorang pengacau tidak dapat mengubah atau menukar isi pesan yang asli dengan yang palsu;
- 4) *Non repudiation* (tidak dapat disangkal), artinya pengirim pesan tidak dapat menyangkal bahwa ia tidak pernah mengirim pesan tersebut.

Pesan asli dalam kriptografi biasanya disebut *plaintext*. *Plaintext* bisa terdiri dari suatu *text file*, *bitmap*, *digitized voice video image* dan lain sebagainya. Proses transformasi suatu pesan/data menjadi suatu bentuk yang hampir mustahil untuk dibaca tanpa adanya suatu pengetahuan yang sesuai mengenai algoritma (*key*) yang disebut proses enkripsi (*encrypt*). Pesan yang sudah ditransformasikan tersebut disebut *ciphertext*. Proses pengembalian (*recovery*) dari *ciphertext* ke *plaintext* disebut proses dekripsi (*decrypt*).

Seringkali fungsi-fungsi enkripsi dan dekripsi mempunyai satu parameter tambahan, yaitu kunci (*key*). Kunci diperlukan untuk mendapatkan *ciphertext* melalui proses enkripsi dan untuk mengembalikannya ke bentuk asli (*plaintext*) melalui proses dekripsi. Kunci yang dipakai untuk enkripsi bisa sama dengan kunci yang diperlukan untuk dekripsi, tetapi bisa juga berbeda.

Dalam kriptografi terdapat beberapa sistem pengamanan, yaitu enkripsi simetris, enkripsi asimetris, fungsi, tanda tangan digital, amplop digital, dan sertifikat digital.

(a) Enkripsi Simetris

Teknik kriptografi yang menggunakan kunci simetris adalah yang paling umum dipergunakan. Kunci untuk melakukan proses enkripsi sama dengan kunci untuk melakukan proses dekripsi. Jadi misalnya A ingin mengenkripsi suatu pesan dan mengirimkannya ke B, maka baik A maupun B harus mempunyai kunci yang sama persis. Teknik

¹⁸² David Kosiur, *Understanding Electronic Commerce*, (Washington: Microsoft Press, 1997), hlm. 67.

kriptografi menggunakan kunci simetris seringkali disebut juga sebagai *secret key cryptography*.¹⁸³

Sistem ini memiliki kelemahan, yaitu:¹⁸⁴ 1) Jika secara kebetulan dua atau lebih orang memilih kunci yang sama, yang bersangkutan dapat mencuri dan mendekripsikan pesan orang lain; dan 2) Masalah autentifikasi juga akan menjadi isu utama karena si penerima belum tentu yakin bahwa pengirim adalah orang yang sesungguhnya. Orang lain yang secara sengaja mengetahui kunci enkripsi pengirim mungkin saja akan mencoba mengirimkan dokumen atas nama orang lain.

(b) Enkripsi Asimetris

Pada pertengahan tahun 70-an Whitfield Diffie dan Martin Hellman menemukan teknik enkripsi asimetris, yaitu merevolusi dunia kriptografi. Kunci asimetris adalah pasangan kunci-kunci kriptografi yang salah satunya dipergunakan untuk proses enkripsi, dan yang satu lagi untuk dekripsi.¹⁸⁵

Jika teknik kriptografi menggunakan kunci simetris, yakni memakai kunci yang sama untuk melakukan proses enkripsi dan dekripsi, maka teknik kriptografi menggunakan kunci asimetris memerlukan sepasang kunci untuk enkripsi dan dekripsi. Pesan yang dienkripsi menggunakan sebuah kunci hanya bisa dibuka menggunakan kunci pasangannya. Pesan tersebut tidak bisa dibuka menggunakan kunci yang sama.

Kunci yang pertama disebut kunci publik, dan kunci pasangannya disebut kunci privat. Jadi sebuah pesan yang dienkripsi menggunakan kunci publik hanya bisa dibuka menggunakan kunci privat, dan demikian pula sebaliknya. Proses enkripsi atau dekripsi tersebut hanya bisa dilakukan menggunakan pasangan kunci yang tepat. Jika pasangan kuncinya salah, maka proses enkripsi atau dekripsi akan gagal. Kunci publik dapat diketahui oleh semua orang, sedangkan kunci privat hanya boleh diketahui oleh satu orang saja, yaitu orang yang berhak memilikinya.¹⁸⁶

Dengan adanya sistem ini, kekurangan-kekurangan pada enkripsi simetris dapat teratasi, yaitu:¹⁸⁷

- Algoritma pemetaan bekerja berdasarkan pasangan kunci, sehingga

¹⁸³ *Ibid.*, hlm. 69-70.

¹⁸⁴ Ricardus E. Indrajit, *E-Commerce...*, hlm. 127.

¹⁸⁵ Riyeye Ustadiyanto, *Framwork e-Commerce*, (Yogyakarta: Andi, 2002), hlm. 94.

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 70-71.

¹⁸⁷ Ricardus E. Indrajit, *E-Commerce...*, hlm. 128-129.

walaupun seseorang memiliki salah satu kunci yang sama, namun jika pasangan kuncinya berbeda, kunci tersebut tidak akan dapat dipergunakan untuk mendekripsikan pesan orang lain; dan

- Dengan sendirinya problem autentifikasi akan terselesaikan karena yang bersangkutan pasti akan menggunakan kunci yang benar (bukan kunci orang lain) agar dapat dibaca oleh mereka yang memiliki pasangan kuncinya. Kelemahan sistem ini hanya pada implementasinya yang secara teknis memakan waktu cukup lama untuk melakukan pengkodean dengan kunci publik.

(c) Fungsi Hash

Jika si A mengirimkan surat pembayaran kepada si C sebesar satu juta rupiah, namun di tengah perjalanannya si B ternyata berhasil membobol sandi, membubuhkan angka 0 lagi di belakangnya, sehingga menjadi 10 juta rupiah. Di mata C, pesan itu harus utuh tidak diubah-ubah siapapun bahkan bukan hanya oleh si A juga termasuk si B dan gangguan pada transmisi pesan (*noise*). Hal ini dapat dilakukan dengan fungsi hash satu arah (*one way hash function*) yang terkadang disebut sidik jari (*finger print*), *hash*, *message integrity check* atau *manipulation detection code*.¹⁸⁸

Bagaimanakah fungsi *hash* satu arah ini bisa memecahkan masalah tadi? Misalkan A ingin mengirimkan sebuah pesan kepada B. Pertama-tama A mendapatkan nilai *hash* dari pesan yang akan dikirimkannya tersebut. Kemudian pesan bersama nilai *hash* tersebut dikirimkan kepada B. Ketika B menerima pesan tersebut, dia membuat suatu nilai *hash* yang baru dari pesan yang dikirimkan A, kemudian B membandingkan nilai *hash* yang baru dia buat dengan nilai *hash* yang dikirimkan oleh A. Jika nilai *hash* tersebut sama, maka B dapat yakin bahwa pesan A tersebut tidak mengalami perubahan selama perjalanan.

Fungsi *hash* satu arah ini berangkat dari asumsi bahwa hampir tidak ada dua pre-image yang mempunyai nilai *hash* yang sama, atau sangat kecil kemungkinannya. Asumsi berikutnya sangat sulit atau hampir tidak mungkin untuk mendapatkan pre-image dari suatu nilai *hash*. Fungsi *hash* untuk membuat sidik jari tersebut dapat diketahui oleh siapapun dan dapat dipakai oleh siapapun. Algoritmanya terbuka, sehingga bisa diimplementasikan oleh siapapun.

(d) Tanda tangan digital

Apabila kita menulis sebuah surat, biasanya kita menandatangani

¹⁸⁸ Riyeko Ustadiyanto, *Framework...*, hlm. 95.

surat tersebut. Kita melakukan itu dengan tujuan untuk menunjukkan bahwa surat itu otentik, surat itu memang buatan kita. Tanda tangan digital juga bertujuan sama dengan tanda tangan biasa, bedanya proses penandatanganannya yang bersifat digital.¹⁸⁹

Tanda tangan digital menggunakan gabungan dua teknik kriptografi, yaitu fungsi *hash* satu arah dan kriptografi asimetris. Dokumen yang akan ditandatangani pertama-tama dibuatkan *digest*-nya. Setelah itu *digest* tersebut dienkrpsi dengan teknik kriptografi asimetris menggunakan kunci privat, dan hasilnya adalah tanda tangan digital. Dokumen asli dan tanda tangan digital kemudian dikirim secara bersamaan.

Dokumen dan tanda tangan digital yang diterima, kemudian diverifikasi. Tanda tangan digital yang diterima mula-mula didekripsi menggunakan kunci publik yang diasumsikan sebelumnya sudah dimiliki si penerima. Hasil dari dekripsi tersebut adalah *digest*, atau disebut D1 (*digest* yang diperoleh dari tanda tangan digital). Langkah selanjutnya adalah membuat *digest* dari dokumen yang diterima, hasilnya disebut saja D2 (*digest* yang diperoleh dari dokumen). Langkah terakhir adalah membandingkan D1 dan D2, dimana keduanya harus sama. Jika keduanya sama, berarti:¹⁹⁰

- Dokumen yang diterima terbukti otentik. Jika tanda tangan digital yang diterima bisa didekripsi dengan kunci publik pengirim, pasti sebelumnya telah dienkrpsi menggunakan kunci privat pengirim, dan kunci privat tersebut hanya dimiliki oleh si pengirim.
- Dokumen yang diterima terbukti isinya tidak diubah di tengah jalan pada waktu dikirimkan. Jika dokumen tersebut diubah di tengah jalan, D 1 dan D2 tidak akan sama. Salah satu fungsi dari tanda tangan digital adalah memungkinkan penerima informasi untuk menguji terlebih dahulu keaslian informasi yang didapat dan juga untuk meyakinkan bahwa data yang diterimanya itu dalam keadaan utuh.

(e) Amplop digital

Amplop digital memiliki tujuan yang sama seperti amplop biasa, yaitu isi amplop hanya bisa dibaca oleh penerima yang sah. Secara digital, proses pengamplopan ini adalah data yang mau dikirimkan dan dienkrpsi menggunakan kunci simetris yang dibuat secara acak. Kemudian kunci simetris ini juga dienkrpsi menggunakan kunci publik si penerima. Data yang mau dikirimkan tersebut bisa dikatakan

¹⁸⁹ David Kosiur, *Understanding Electronic...*, hlm. 73.

¹⁹⁰ Ricardus E. Indrajit, *E-Commerce...*, hlm. 132.

teramplop karena hanya bisa dibaca oleh si penerima, yang bisa membuka amplopnya hanya kunci privat si penerima, dan ini hanya dimiliki oleh si penerima.

Data yang mau dikirimkan perlu dienkripsi dengan kunci simetris terlebih dahulu, tidak langsung dienkripsi dengan kunci publik si penerima. Hal ini untuk menghemat waktu komputasi, waktu komputasi untuk enkripsi dengan kunci publik/privat jauh lebih lama daripada enkripsi dengan kunci simetris, apalagi jika ukuran datanya besar. Pada protokol SET, amplop digital berfungsi untuk menjamin kerahasiaan pesan.

(f) Sertifikat Digital

Dalam sebuah transaksi jual beli yang dilakukan melalui internet dimana kedua belah pihak tidak saling bertemu, maka harus ada suatu mekanisme tertentu yang menjamin identitas kedua pihak tersebut. Tidak ada pihak yang mau ditipu, bertransaksi dengan orang yang menyamar jadi orang lain, atau dengan orang yang tidak memiliki sesuatu yang dapat ditransaksikan, namun hanya berpura-pura.

Sertifikat digital adalah informasi mengenai identitas pemilik sertifikat yang ditandatangani secara digital oleh sebuah badan independen yang menjamin bahwa si pemilik sertifikat layak untuk ikut dalam transaksi jual beli tersebut. Sertifikat digital dikeluarkan dan dikelola oleh pihak ketiga yang terpercaya seperti VeriSign, Mountain View, Thawte dan sebagainya. Badan independen ini selanjutnya kita sebut *Certification Authority* (CA). Termasuk dalam informasi yang terdapat dalam sertifikat digital adalah kunci publik, sehingga sertifikat digital ini juga merupakan mekanisme pertukaran kunci publik.¹⁹¹

CA tidak hanya menerbitkan sertifikat saja, namun juga memeriksa apakah suatu sertifikat digital masih berlaku atau tidak. CA selain memiliki daftar sertifikat digital yang telah diterbitkannya, juga memiliki apa yang disebut dengan daftar sertifikat yang dibatalkan (*certificate revocation list*). Daftar sertifikat terbatalan (DSB) itu berisi sertifikat-sertifikat apa saja yang sudah tidak berlaku lagi karena tercuri, hilang atau ada perubahan identitas (misalnya perubahan alamat surat elektronik dan alamat rumah). Setiap kali ada pihak yang ingin memeriksa sertifikat digital, ia dapat menghubungi otoritas sertifikat secara *online* untuk memastikan bahwa sertifikat yang diterimanya masih berlaku. Jika semakin banyak sertifikat yang dibatalkan, tentu otoritas sertifikat

¹⁹¹ David Kosiur, *Understanding Electronic...*, hlm. 75-76.

akan terbebani dan akan memperlambat proses pemeriksaan sertifikat digital yang ingin diuji keabsahannya. Oleh karena itu, dalam sertifikat digital terdapat tanggal kadaluarsa. Sertifikat digital yang sudah melampaui tanggal kadaluarsa akan dihapus dari dalam DSB, karena tidak ada pihak manapun yang akan mau memeriksa sertifikat digital yang sudah kadaluarsa.¹⁹²

Pada CA, terdapat hirarki kedudukan di antara mereka. Sebuah CA dapat memiliki sertifikat yang ditandatangani oleh CA di tingkat atasnya, demikian pula CA di tingkat atasnya tersebut dapat memiliki sertifikat yang ditandatangani oleh CA di tingkat lebih atasnya lagi, begitu seterusnya sampai *Root CA*. Sertifikat milik *Root CA* ditandatangani oleh dirinya sendiri. Karena tingkatan sertifikat itu identik dengan tingkatan kunci publik, maka *Root CA* sering disebut *Root Key*.¹⁹³

Untuk melihat apakah sebuah website yang menyediakan transaksi online belum atau telah memiliki sertifikat digital dapat dilihat dengan:

- a) Jika menggunakan browser *Internet Explorer*, klik *File* lalu klik *Properties*. Kemudian klik pada dialog box *Certificates*. Nanti akan muncul sertifikat digital apabila ia memilikinya.
 - b) Jika menggunakan browser *Netscape*, klik tanda *Security* pada *Standard Buttons*, kemudian pada dialog, *box* pilih *Certificates*.
- b. *Secure Sockets Layer (SSL)*

Salah satu standar yang digunakan dan umum dipakai adalah standar TCP/IP dengan menggunakan socket. HTTP (*HyperText Transfer Protocol*) merupakan aplikasi level protokol yang tidak aman (*unsecure application level protocol*), yang terletak di atas TCP/IP. Karena itu, perlu ditambahkan transport protokol di atas TCP/IP tersebut untuk menyediakan pelayanan komunikasi yang aman, handal, dan sah melalui pemanfaatan teknologi kriptografi, dan *Netscape Communication Corporation* mengusulkan sistem pengamanan dengan menggunakan SSL.

Kegunaan secara umum SSL adalah untuk mengamankan komunikasi *web* HTTP antara browser dengan *web server*. HTTP yang telah aman ini disebut juga HTTPS (HTTP over SSL).⁷⁴ Pada website yang telah menjalankan SSL, alamat pada browser tidak menampilkan *http://...*, melainkan *https://...* dan terlihat tanda “gembok” pada pojok kanan bawah.

SSL adalah suatu protokol komunikasi pada internet yang menyediakan fasilitas keamanan, seperti kerahasiaan, keutuhan dan keabsahan.

¹⁹² *Ibid.*, hlm. 77.

¹⁹³ Riyeko Ustadiyanto, *Framework...*, hlm. 99.

Protokol ini bebas dipergunakan siapa saja, bahkan didukung oleh dua browser utama, yaitu Netscape Navigator dan Microsoft Internet Explorer. SSL juga tidak mengkhususkan diri untuk hanya mendukung protokol tertentu, seperti HTTP misalnya, karenanya SSI menggunakan *port* 443 untuk berhubungan dengan pelayar internet yang juga memiliki fasilitas SSL. Lapisan aplikasi di atasnya dapat memanfaatkan kunci yang telah dinegosiasikan oleh SSL. SSL dirancang agar fasilitas keamanan pada aplikasi yang memanfaatkan SSL tidak merepotkan pemakainya.

Dengan memanfaatkan SSL, aplikasi internet dapat melakukan komunikasi yang aman melalui fasilitas yang disediakan oleh SSL, yaitu:

- 1) Kerahasiaan pesan, sehingga tidak bisa dibaca oleh pihak yang tidak diinginkan;
- 2) Keutuhan pesan, sehingga tidak bisa diubah-ubah di tengah jalan;
- 3) Keabsahan, sehingga meyakinkan pihak-pihak yang berkomunikasi mengenai keabsahan pesan dan keabsahan jati diri lawan bicaranya.

Dengan menggunakan SSL 128 bit RC4 untuk menembus keamanan ini dibutuhkan triliyunan tahun dengan 120 komputer jalan paralel. Besar kecilnya kemungkinan untuk membobol informasi yang dienkrpsi menggunakan RC4 yang dipakai di SSL tergantung pada jumlah bit yang digunakan.

Pada dasarnya, yang dilakukan oleh protokol SSL ini adalah membuat sebuah pipa antara *browser* dengan *website merchant*, sehingga *attacker* (penyerang) tidak dapat menyadap informasi apapun yang mengalir pada pipa tersebut.

SSL bukan tanpa kelemahan, sebuah *website merchant* dengan fasilitas SSL, jika tidak menggunakan sertifikat digital masih rentan terhadap *web-spoofing*. Artinya penyerang masih bisa menyadap bahkan mengubah-ubah informasi pada pipa tersebut. Hal ini dilakukan penyerang dengan cara mempertukarkan kunci publik pengirim dengan kunci publik penyerang, serta menukarkan pula kunci penerima dengan kunci publik penyerang. Penyerang akhirnya berkuasa penuh pada saluran SSL tersebut, sehingga informasi bisa tercuri.

Guna meningkatkan pengamanan, maka pihak-pihak yang menggunakan SSL (atau salah satu, biasanya *website merchant*) membungkus kunci publik mereka ke dalam sertifikat digital. Protokol SSL selain menggunakan kunci publik, juga menggunakan kunci simetris untuk membungkus data sesungguhnya. Cara ini jauh lebih aman, karena *man-in-the-middle-attack* tidak bisa dilakukan lagi, sebab setting pada *browser*

memeriksa secara otomatis sertifikat digital dari *website merchant*.¹⁹⁴

c. *Secure Electronic Transaction* (SET)

Merchant pada sistem pembayaran online tetap mendapatkan seluruh informasi kartu kredit pemegang kartu. Kalau pemegang kartu sering menggunakan kartu kreditnya di internet, rasanya tidak aman kalau membiarkan informasi kartu kredit miliknya diketahui semua merchant yang pernah didatanginya. Oleh karena itu, dua raksasa kartu kredit dunia, Visa dan MasterCard, bekerja sama membuat suatu standar pembayaran pada saluran internet, yang bernama *Secure Electronic Transaction* (SET). Sebagian besar penyedia jasa pelayanan pembayaran di internet telah setuju untuk mengikuti standar SET.

Menurut spesifikasi SET, ada beberapa kebutuhan bisnis yang perlu ditangani:

- 1) Keamanan pengiriman informasi pemesanan dan pembayaran;
- 2) Integritas data dalam setiap transaksi;
- 3) Otentikasi bahwa seorang konsumen adalah seorang pemegang kartu (*cardholder*) yang valid pada suatu perusahaan penyelenggara pembayaran tertentu, misalnya Visa atau MasterCard;
- 4) Otentikasi bahwa seorang pedagang memang benar-benar bisa menerima jenis pembayaran tersebut;
- 5) Menyediakan suatu sistem pembayaran yang tidak terikat kepada suatu protokol perangkat keras atau perangkat lunak tertentu, dengan kata lain dapat bekerja dengan berbagai macam perangkat lunak dan berbagai penyedia jasa;

Dalam skema SET, pihak-pihak yang terlibat adalah:¹⁹⁵

- 1) *Cardholder*, yaitu konsumen yang menggunakan kartu pembayaran resmi yang dijamin oleh suatu issuer untuk transaksi jual beli di internet;
- 2) *Issuer*, yaitu institusi keuangan/bank yang mengeluarkan kartu pembayaran bagi *cardholder* dan melakukan otorisasi terhadap kartu tersebut ketika digunakan untuk berbelanja di internet;
- 3) *Merchant*, yaitu pedagang yang menjual dagangannya melalui internet dan dijamin oleh suatu acquirer dalam melakukan transaksi pembayarannya lewat internet;
- 4) *Acquirer*, yaitu institusi keuangan/bank yang menjamin merchant untuk berdagang dan melakukan otorisasi terhadap pembayaran

¹⁹⁴ *Ibid.*, hlm. 317-318.

¹⁹⁵ Onno W. Purbo & Aang A. Wahyudi, *Mengenal e-Commerce...*, hlm. 101-102.

dalam setiap transaksi dagang di internet;

- 5) *Payment Gateway*, yaitu suatu alat yang biasanya dioperasikan oleh *acquirer* (bisa juga oleh pihak ketiga lain) yang berfungsi untuk memproses instruksi pembayaran, menghubungkan antara *acquirer* dan *issuer*,
- 6) *Certification Authority*, yaitu komponen infrastruktur yang menandai *public key* milik cardholder, merchant, dan atau *acquirer* maupun *payment gateway* mereka; Brand, yaitu institusi di atas *issuer* dan *acquirer*, yang merupakan pemilik merk dari produk sistem pembayaran yang digunakan oleh *issuer* dan *acquirer*.

Pada skenario SET, pihak-pihak yang bertransaksi via internet menggunakan sertifikat digital yang dibuat oleh Certification Authority (CA). Masing-masing akan memberikan informasi jati dirinya kepada CA yang akan memeriksa keasliannya, sebelum menyerahkan sertifikat digital. Misalnya CA akan mengecek ke *issuer*, apakah nama, nomor kartu kredit, *expiry date*, dan alamat pemegang kartu yang memohon dibuatkan sertifikat digital itu sah (*authentic*). CA kemudian membuatkan sertifikat digital berisi informasi jati diri dan kunci publik pemegang kartu, berikut informasi kartu kredit yang “disembunyikan”. Dengan memiliki sertifikat digital, seolah-olah mereka memiliki KTP digital yang tidak bisa disalahgunakan.

Saat pemegang kartu kredit akan membayar belanjanya di website merchant, pemegang kartu akan memasukkan “surat perintah pembayaran” dan informasi kartu kreditnya ke dalam sebuah amplop digital yang hanya bisa dibuka oleh *payment gateway*.

Amplop tersebut beserta “surat pemesanan barang” dikirim ke merchant. Merchant akan memproses “surat pemesanan barang” serta mengirimkan amplop digital tersebut kepada *payment gateway* yang akan melakukan otorisasi. *Payment gateway* kemudian membuka amplop tersebut, melakukan otorisasi, dan jika disetujui akan mengirimkan kode otorisasi kepada merchant. Merchant kemudian akan mengirimkan barangnya kepada pemegang kartu. Pada akhir hari, merchant akan melakukan proses *capture* melalui *acquirer*.

Seluruh pihak yang melakukan pertukaran informasi via internet melakukan pengamanan transaksi dengan menggunakan teknologi kriptografi kunci publik, kunci simetris, dan fungsi hash. Hampir semua pesan yang dipertukarkan juga menggunakan tanda tangan digital. Penggunaan teknologi kriptografi yang sangat ekstensif ini menyebabkan

transaksi SET sangat aman.¹⁹⁶

Banyak developer yang sudah menyatakan dukungannya terhadap SET bagi produk-produk penunjang sistem perdagangan internet mereka, seperti Microsoft, IBM, Netscape SAIC, GTE, Open Market, CyberCash, Terisa Systems dan VeriSign. Bahkan kini perusahaan penyelenggara charge card, seperti American Express, akhirnya menyatakan dukungannya untuk SET.

2. Metode pembayaran dalam *e-commerce* sebagai bentuk perlindungan konsumen

Pada saat ini banyak metode yang dapat dipakai untuk pembayaran transaksi *e-commerce*. Dengan adanya *e-commerce* ini, dibutuhkan suatu metode pembayaran yang efektif, cepat dan terpercaya. Dalam transaksi konvensional, pembayaran dapat dilakukan menggunakan uang tunai, cek, kartu kredit maupun kartu debit. Sedangkan dalam transaksi *e-commerce*, pembayaran dilakukan secara sedikit berbeda, biasanya dalam transaksi ini pembayaran lazimnya dilakukan secara elektronik. Di bawah ini akan dijelaskan lebih lanjut mengenai metode pembayaran dalam transaksi *e-commerce*.

a. Pembayaran dengan kartu kredit/kartu debit

Dalam dunia kartu kredit/kartu debit ada beberapa pihak yang berperan dalam transaksi *e-commerce*. Pemegang kartu kredit/kartu debit disebut dengan istilah *cardholder*. Kartu kredit/kartu debit diterbitkan oleh sebuah bank, yang biasa disebut issuer. Bank-bank tersebut melakukan license merek kartu kredit/kartu debit dari institusi kartu kredit/kartu debit, seperti Visa, MasterCard atau Maestro. Selanjutnya pedagang (*merchant*) yang dapat menerima kartu kredit/kartu debit juga memiliki hubungan dengan sebuah bank, yang dikenal dengan istilah *acquirer*. Pada *acquirer* inilah *merchant* memiliki *account* yang akan “menampung” uang dari *cardholder*.

Ada beberapa langkah yang dilakukan saat melakukan sebuah transaksi *ecommerce* dengan menggunakan kartu kredit:

- 1) Konsumen memilih barang yang akan dibeli pada website merchant;
- 2) Setelah harga ditotal, kemudian konsumen memasukkan informasi kartu kredit/kartu debatnya pada form slip pembayaran yang telah disediakan website merchant;
- 3) Informasi tersebut selanjutnya dikirim ke web server merchant bersama informasi pembelian lainnya;

¹⁹⁶ Riyeye Ustadiyanto, *Framwork...*, hlm. 317-318

- 4) Melalui sebuah sistem *gateway*, merchant akan melakukan proses otorisasi;
- 5) Merchant melakukan otorisasi ke *acquirer* untuk selanjutnya diteruskan ke issuer melalui jaringan kartu kredit/kartu debit;
- 6) Setelah memeriksa validitas informasi kartu kredit/kartu debit, issuer akan mengirimkan hasil kepada consumer melalui website merchant;
- 7) Jika otorisasi berhasil, merchant mengesahkan transaksi tersebut dan mengirimkan barang yang dibeli ke alamat yang telah disepakati.

Berbagai cara biasanya dilakukan oleh *merchant* maupun bank untuk membuktikan kepada konsumen bahwa proses pembayaran telah dilakukan dengan baik, seperti :

- 1) Pemberitahuan melalui *e-mail* mengenai status transaksi jual beli produk atau jasa yang telah dilakukan.
- 2) Pengiriman dokumen elektronik melalui *e-mail* atau situs terkait yang berisi “berita acara” jual beli dan kuitansi pembelian yang merinci detail mengenai metode pembayaran yang telah dilakukan.
- 3) Pengiriman kuitansi pembayaran melalui kurir ke alamat atau lokasi konsumen.
- 4) Pencatatan transaksi pembayaran oleh bank atau lembaga keuangan yang laporannya akan diberikan secara periodik pada akhir bulan.¹⁹⁷

Proses pembayaran tersebut dijamin dalam suatu sistem yang telah dibuat untuk mengamankan proses yang dilakukan melalui internet, seperti sistem keamanan *enkripsi*, SSL dan SET.

b. Pembayaran dengan *e-Check*

E-Check atau *electronic check* merupakan salah satu metode pembayaran dalam transaksi *e-commerce*, dimana seorang konsumen akan membayar atas barang dagangan yang dibelinya dengan menulis suatu cek elektronik yang ditransmisikan secara elektronik melalui email, fax atau telepon. Cek tersebut berisi semua informasi yang diperoleh berdasarkan apa yang tertera seperti pada cek yang sesungguhnya. Hanya saja sistem *e-check* menggunakan *digital signature* (tanda tangan digital) dan *digital certificate* (sertifikat digital).¹⁹⁸

Dalam pembayaran dengan *e-Check*, langkah awal konsumen membuka account bank di internet untuk pertama kali. Kemudian konsumen mengeluarkan *e-check* miliknya untuk membayar. Penerima *e-check* ini mengirimkan cek tersebut ke bank untuk konfirmasi bahwa transaksi ter-

¹⁹⁷ Ricardus E. Indrajit, *E-Commerce...*, hlm. 8.

¹⁹⁸ David Kosiur, *Understanding Electronic...*, hlm. 49.

sebut benar-benar *valid*. Akhirnya bank memindahkan uang dari rekening pengirim ke rekening penerima cek sesuai dengan nilai yang tercantum.

E-Check merupakan instrumen pembayaran yang cukup aman. *E-Check* dirancang dengan memanfaatkan teknik yang disebut sebagai *state of the art technique*, yaitu:¹⁹⁹

- 1) Autentikasi (*authentication*).
 - 2) Kriptografi kunci publik (*public key cryptography*).
 - 3) Tanda tangan digital (*digital signature*).
 - 4) Hal sertifikasi (*certificate authorities*).
 - 5) Deteksi terhadap penggandaan (*duplicate detection*).
 - 6) Pengacakan (*encryption*).
- c. Pembayaran dengan *Digital Cash*

Di dunia maya, seseorang seringkali ingin belanja secara cepat dan tidak bertele-tele, terutama dalam hal melakukan transaksi pembayaran. Terlebih jika barang yang dibeli melalui internet tergolong berharga murah. Menggunakan kartu kredit jelas akan membuang-buang waktu karena di samping harus mengisi sebuah formulir, proses otorisasi terkadang memakan waktu yang cukup lama, tidak sebanding dengan nilai yang dilakukan. Bagi praktisi bisnis yang ingin mempermudah konsumennya dalam membelanjakan uang untuk produk-produk ritel berharga murah dengan sistem *e-commerce*, ditawarkan sebuah metode pembayaran yang tergolong cepat dan aman, yaitu dengan menggunakan uang digital (*digital cash*).

Digital cash memiliki karakteristik utama, yaitu *transnationality of digital cash*, dimana digital cash memiliki kemampuan mengalir secara bebas melewati batas hukum negara lain. Karakteristik inilah yang menjadi sumber kelebihan dan kekurangan digital cash. Di satu sisi, *digital cash* menjadi transaksi menjadi lebih efisien, tidak berbelit belit. Di sisi lain, hal ini dapat menimbulkan pertentangan antara prinsip kebebasan *cyberspace* dengan hukum suatu negara.²⁰⁰

Dalam sistem *digital cash*, uang dapat direpresentasikan dalam susunan bit atau karakter (*string*) dalam beberapa digit.²⁰¹ Seperti layaknya penggunaan kupon dalam sebuah bazar, seorang nasabah bank dapat meminta beberapa kupon (disebut juga *token*) kepada bank tempatnya menabung dalam pecahan yang diinginkan. Melalui *email*, bank akan memberikan nomor seri beberapa *token* tersebut kepada nasabahnya

¹⁹⁹ Onno W. Purbo & Aang A. Wahyudi, *Mengenal e-Commerce...*, hlm. 129.

²⁰⁰ *Ibid.*, hlm. 125-126.

²⁰¹ David Kosiur, *Understanding Electronic...*, hlm. 52.

sesuai dengan permintaan. Bank selanjutnya akan mendebit sejumlah uang yang ditransfer pada rekening nasabah yang bersangkutan. *Token* inilah yang akan dipergunakan oleh nasabah untuk berbelanja di internet. Cukup dengan memberikan nomor seri dari *token (digital cash)* yang ada kepada toko di dunia maya, yang kemudian akan diverifikasi dengan bank yang bersangkutan, maka transaksi perdagangan antara penjual dan pembeli dapat dengan mudah dan cepat dilakukan di internet.²⁰²

Variasi terhadap implementasi sistem uang digital ini telah dikembangkan oleh beberapa institusi keuangan, misalnya pembelian token melalui transfer antar rekening antar bank, sehingga calon konsumen tidak harus memiliki rekening di bank yang bersangkutan. *Token* tersebut juga dapat dibelanjakan di toko-toko virtual mana saja yang ada di internet yang menerima *digital cash*. Atau variasi lainnya adalah membeli *token* dengan menggunakan kartu kredit di sebuah lembaga keuangan tertentu.

Ada beberapa hal yang perlu diperhatikan berhubungan dengan pembayaran melalui internet, yaitu:²⁰³

- 1) *Security*: Data atau informasi yang berhubungan dengan hal-hal sensitif semacam nomor kartu kredit dan *password* tidak boleh sampai “dicuri” oleh yang tidak berhak karena dapat disalahgunakan di kemudian hari;
- 2) *Confidentiality*: Perusahaan harus dapat menjamin bahwa tidak ada pihak lain yang mengetahui terjadinya transaksi, kecuali pihak-pihak yang memang secara hukum harus mengetahuinya (misalnya Bank).
- 3) *Integrity*: Sistem harus dapat menjamin adanya keabsahan dalam proses jual beli, yaitu harga yang tercantum dan dibayarkan hanya berlaku untuk jenis produk atau jasa yang telah dibeli dan disetujui bersama;
- 4) *Authentication*: proses pengecekan kebenaran. Di sini pembeli maupun penjual merupakan mereka yang benar-benar berhak melakukan transaksi, seperti yang dinyatakan oleh masing-masing pihak;
- 5) *Authorization*: Mekanisme untuk melakukan pengecekan terhadap keabsahan dan kemampuan seorang konsumen untuk melakukan pembelian (diperlukan adanya dana untuk melakukan jual beli);
- 6) *Assurance*: Kondisi ini memperlihatkan kepada konsumen agar merasa yakin bahwa merchant yang ada benar-benar berkompeten untuk melakukan transaksi jual beli melalui internet (tidak melanggar hukum, memiliki sistem yang aman).

²⁰² Ricardus E. Indrajit, *E-Commerce...*, hlm. 82.

²⁰³ *Ibid.*, hlm. 83.

3. Pengaturan hukum dalam melakukan transaksi *e-commerce*

Hukum di Indonesia belum memiliki pengaturan yang jelas mengenai transaksi *e-commerce*, sehingga pengaturan perjanjian jual beli secara konvensional yang ada dalam KUH Perdata itu dijadikan dasar untuk mengkaji transaksi *e-commerce*.

Menurut Mieke Komar Kantaatmadja perjanjian jual beli yang dilakukan melalui media elektronik internet tidak lain adalah merupakan perluasan dari konsep perjanjian jual beli yang ada dalam KUH Perdata. Perjanjian jual beli melalui internet ini memiliki dasar hukum perdagangan konvensional atau jual beli dalam hukum perdata. Perbedaannya adalah bahwa perjanjian melalui internet ini bersifat khusus, karena terdapat unsur peranan yang sangat dominan dari media dan alat-alat elektronik.²⁰⁴

Menurut Subekti, jual beli adalah suatu perjanjian bertimbang balik dalam mana pihak yang satu (si penjual) berjanji untuk menyerahkan hak milik atas suatu barang, sedangkan pihak yang lainnya berjanji untuk membayar harga yang terdiri atas sejumlah uang sebagai imbalan dari perolehan hak milik tersebut.²⁰⁵

Jual beli menurut H.F.A. Vollmar, “Bahwa pihak yang satu, yaitu penjual mengikat diri kepada pihak lainnya (pembeli) untuk memindahtangankan suatu benda dalam eigendom dengan memperoleh pembayaran dari orang yang disebut terakhir (pembeli) dengan sejumlah tertentu berwujud uang”.²⁰⁶

Menurut Pasal 1457 KUH Perdata, jual beli adalah suatu persetujuan dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu barang, dan pihak yang lain untuk membayar harga yang dijanjikan. Unsur-unsur pokok (*essentia*) perjanjian jual beli adalah barang dan harga.²⁰⁷

Sesuai dengan asas Konsensualisme yang menjiwai perjanjian dalam KUH Perdata, perjanjian jual beli itu sudah dilahirkan pada detik tercapainya “sepakat” mengenai barang dan harga. Begitu kedua belah pihak setuju dengan barang dan harga, maka lahirlah perjanjian jual beli yang sah.

Sifat konsensual dari jual beli menurut Pasal 1458 berbunyi: “Jual beli dianggap sudah terjadi antara kedua belah pihak seketika setelah mereka mencapai kesepakatan tentang barang dan harga, meskipun barang itu belum diserahkan maupun harganya belum dibayar”.

²⁰⁴ Mieke Komar Kantaatmadja, *Cyberlaw: Suatu Pengantar*, cet. 1, (Bandung: ELIPS, 2001), hlm. 15.

²⁰⁵ Subekti, *Aneka Perjanjian...*, hlm. 1.

²⁰⁶ H.F.A. Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, terj. I.S.Adiwimarta, (Jakarta: PT.Raja Garfindo Persada, 1995), hlm. 272.

²⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 272.

Jadi dapat disimpulkan bahwa dengan disebutkannya kata “sepakat” saja tanpa harus membuat suatu tulisan, akta dan lain sebagainya, maka suatu perjanjian telah lahir secara sah atau mengikat para pihak yang membuatnya dan berlaku sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Di dalam perjanjian jual beli terdapat kewajiban penjual dan pembeli, adapun dalam Pasal 1474 KUH Perdata penjual memiliki tiga kewajiban pokok, yaitu:

- a. Memelihara dan merawat kebendaan yang akan diserahkan kepada pembeli hingga saat penyerahannya;
- b. Menyerahkan kebendaan yang dijual pada saat yang telah ditentukan, atau jika telah ditentukan saatnya atas permintaan pembeli;
- c. Menanggung kebendaan yang dijual.

Sedangkan kewajiban pembeli menurut Pasal 1513 KUH Perdata berbunyi: “Kewajiban utama pembeli adalah membayar harga pembelian pada waktu dan di tempat yang ditetapkan dalam persetujuan”.

Pengaturan hukum mengenai dokumen-dokumen transaksi *e-commerce* yang dilakukan oleh penjual dan pembeli mengacu pada Undang-undang Dokumen Perusahaan No. 8 Tahun 1997 dimana disebutkan dalam Pasal 1 point (2):

“Dokumen Perusahaan adalah data, catatan dan atau keterangan yang dibuat dan/atau diterima oleh perusahaan dalam rangka pelaksanaan kegiatannya, baik tertulis di atas kertas atau sarana lain, maupun terekam dalam bentuk corak apapun yang dapat dilihat, dibaca atau didengar”.

Berdasarkan Undang-undang Dokumen Perusahaan tersebut pada pokoknya dibedakan menjadi 2 jenis dokumen, sebagaimana tercantum dalam Pasal 2 UUDP yang menyatakan bahwa dokumen perusahaan terdiri dari:

- a. Dokumen keuangan, terdiri dari catatan, bukti pembukuan dan data pendukung administrasi keuangan yang merupakan buti adanya hak dan kewajiban, serta kegiatan usaha suatu perusahaan.
- b. Dokumen lainnya, terdiri dari data atau setiap tulisan yang berisi keterangan yang mempunyai nilai guna bagi perusahaan meskipun tidak terkait langsung dengan dokumen keuangan.

Selanjutnya dalam Pasal 9 UUDP dinyatakan bahwa, catatan wajib dibuat sesuai kebutuhan perusahaan dan ditandatangani oleh pimpinan perusahaan atau pejabat yang ditunjuk di lingkungan perusahaan yang bersangkutan. Kemudian Pasal 10 UUDP dinyatakan ada 2 jenis fiksasi, yaitu:

- a. Catatan yang wajib dibuat di atas kertas, seperti neraca tahunan, perhitungan laba rugi tahunan atau tulisan lain yang menggambarkan neraca

laba rugi.

- b. Catatan yang boleh dibuat di atas kertas atau sarana lainny, seperti rekening, jurnal transaksi harian atau setiap tulisan yang berisikan mengenai hak dan kewajiban serta hal-hal lain yang berkaitan dengan kegiatan usaha perusahaan.

Dalam Bab III Pasal 12 UUDP ini juga diatur mengenai pengalihan wujud dan bentuk media penyimpanan informasi berikut legalisasinya, yaitu dengan memperkenankan dokumen perusahaan tersebut dapat dialihkan ke dalam media mikrofilm atau media lainnya. Setiap pengalihan bentuk tersebut wajib dilegalisasi oleh pimpinan perusahaan atau pejabat yang ditunjuk di lingkungan perusahaan bersangkutan.

Mengenai tata cara pengalihan dokumen perusahaan ke dalam mikrofilm atau media lainnya dan legalisasi diatur dalam Peraturan Pemerintah No 88 Tahun 1999. Sebagai alat bukti yang sah dalam Pasal 16 Peraturan Pemerintah ini menyatakan:

- a. Dokumen yang dialihkan ke dalam mikrofilm atau media lainnya atau hasil cetaknya merupakan alat bukti yang sah.
- b. Hasil cetak dokumen yang telah dialihkan ke dalam mikrofilm dapat dilegalisasi untuk keperluan proses pengadilan dan kepentingan hukum lainnya.

Jadi, jika terjadi sengketa antara penjual (merchant) dan pembeli maka dokumen-dokumen transaksi *e-commerce* yang tersimpan di dalam database penjual maupun *print out* bukti transaksi yang dimiliki pembeli dapat dijadikan sebagai alat bukti di pengadilan maupun proses hukum lainnya.

BAB IV

HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL (HKI)

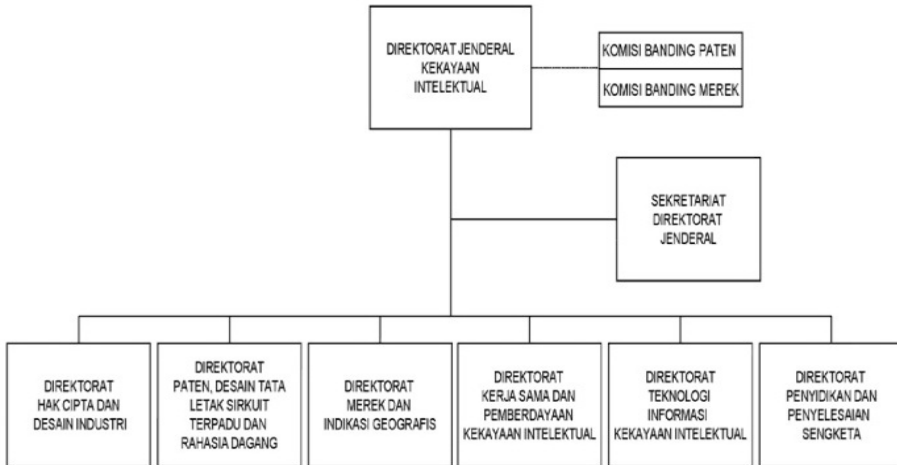
Hak Kekayaan Intelektual, disingkat HKI atau akronim HaKI, adalah padanan kata yang biasa digunakan untuk *Intellectual Property Rights* (IPR), yakni hak yang timbul bagi hasil olah pikir otak yang menghasilkan suatu produk atau proses yang berguna untuk manusia.

Pada intinya, HKI adalah hak untuk menikmati secara ekonomis hasil dari suatu kreativitas intelektual. Oleh karena itu, pembahasan HKI ini meliputi obyek HKI, sistem HKI, badan HKI dan kedudukannya di dunia internasional, sejarah sistem perlindungan HKI di Indonesia, dan perjanjian-perjanjian terkait HKI.

A. Obyek HKI

Obyek yang diatur dalam HKI adalah karya-karya yang timbul atau lahir karena kemampuan intelektual manusia. Secara garis besar HKI dibagi dalam 2 bagian, yaitu hak cipta (*copyright*) dan hak kekayaan industri (*industrial property rights*), yang mencakup paten (*patent*), desain industri (*industrial design*), merek (*trademark*), penanggulangan praktik persaingan curang (*repression of unfair competition*), desain tata letak sirkuit terpadu (*layout*

design of integrated circuit), dan rahasia dagang (*trade secret*), sebagaimana tergambar dalam struktur berikut:



1. Hak cipta

Pembahasan tentang hak cipta dapat diuraikan melalui definisi dan konsep dasar hak cipta, subyek dan obyek hak cipta, perlindungan hukum hak cipta, lingkup dan masa berlaku hak cipta, pelanggaran hak cipta, dan konsep website terkait UU no. 19 tahun 2002 tentang hak Cipta (UUHC).

a. Definisi dan konsep dasar hak cipta

Hak cipta adalah hak eksklusif bagi pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya atau memberikan ijin untuk itu dengan tidak mengurangi pembatasan-pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Ada beberapa definisi terkait hak cipta, yaitu:

- 1) Pengumuman → pembacaan, penyiaran, pameran, penjualan, pengedaran atau penyebaran suatu ciptaan dengan alat apapun, termasuk media internet, atau melakukan dengan cara apapun, sehingga suatu ciptaan dapat dibaca, didengar atau dilihat orang lain.
- 2) Perbanyakkan → penambahan jumlah sesuatu ciptaan, baik secara keseluruhan maupun bagian yang sangat substansial dengan menggunakan bahan-bahan yang sama ataupun tidak sama, termasuk mengalihwujudkan secara permanen atau temporer.

Kegiatan-kegiatan yang dapat digolongkan mengumumkan atau memperbanyak antara lain; menerjemahkan, mengadaptasi, mengaransemen,

mengalihwujudkan, menjual, menyewakan, meminjamkan, mengimpor, memamerkan, mempertunjukkan kepada publik, menyiarkan, merekam dan mengkomunikasikan ciptaan kepada publik melalui sarana apapun.

Adapun konsep dasar hak cipta meliputi 2 hal, yaitu 1) Hak-hak yang didasarkan pada karya dan keahlian kreatif seseorang; 2) Hak-hak kepemilikan non fisik yang terdiri atas hak ekonomi dan hak moral, misalnya hak menggandakan dan mengumumkan.

Hak ekonomi merupakan hak untuk mendapatkan manfaat ekonomi atas ciptaan serta produk hak terkait dan dapat dialihkan kepada orang atau badan hukum. Sedangkan hak moral adalah hak pencipta yang tetap melekat pada ciptaannya, sehingga tidak dapat dihilangkan atau dihapus tanpa alasan apapun, walaupun hak cipta atau hak terkait telah dialihkan dengan ketentuan:

- 1) Dapat dialihkan kepada orang atau badan hukum yang biasanya dilakukan berdasarkan kesepakatan bersama dan dituangkan dalam suatu perjanjian tertulis.
- 2) Dapat dilisensikan dimana berdasarkan perjanjian memanfaatkan hasil ekonomi atas ciptaan dapat dialihkan kepada orang lain.

Atas dasar hak moral tersebut, Pencipta dari suatu karya cipta memiliki:

- 1) Hak untuk dicantumkan nama atau nama samarannya di dalam ciptaannya atau salinannya dalam pengguna secara umum.
- 2) Hak mencegah bentuk-bentuk distorsi mutilasi atau bentuk perubahan lainnya yang pada akhirnya akan merusak kreasi dan reputasi pencipta.

b. Subyek dan obyek hak cipta

Subyek hak cipta adalah Pencipta dan Pemegang hak cipta, yaitu seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama yang atas inspirasinya lahir suatu ciptaan berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan atau keahlian yang dituangkan dalam bentuk yang khas dan bersifat pribadi.

Sementara itu Pemegang hak cipta adalah Pencipta sebagai Pemilik hak cipta atau orang lain yang menerima lebih lanjut hak dari orang tersebut di atas. Yang dianggap sebagai Pencipta adalah orang yang namanya terdaftar dalam Daftar Umum Ciptaan dan pengumuman resmi tentang pendaftaran pada Departemen Kehakiman; dan orang yang namanya disebut dalam ciptaan atau diumumkan sebagai Pencipta (Pasal 5).

Untuk objek pengaturan hak cipta meliputi:

- 1) Buku;
- 2) Program komputer, pamflet, semua hasil karya tulis;

- 3) Ceramah, kuliah, pidato dan ciptaan lainnya yang diwujudkan dengan cara diucapkan;
- 4) Alat peraga yang dibuat untuk kepentingan ilmu pengetahuan;
- 5) Ciptaan lagu atau musik dengan atau tanpa teks, termasuk karawitan dan rekaman suara;
- 6) Tari, koreografi, drama, pantomim;
- 7) Karya pertunjukkan;
- 8) Karya siaran;
- 9) Seni rupa seperti seni lukis, gambar, seni ukir, kaligrafi, seni pahat, seni patung, kolase, seni terapan yang berupa kerajinan tangan;
- 10) Arsitektur;
- 11) Peta;
- 12) Seni batik;
- 13) Fotografi;
- 14) Sinematografi;
- 15) Terjemahan, tafsir, dan saduran.

Negara memegang hak cipta atas karya peningkatan pra-sejarah, sejarah dan benda budaya nasional lainnya. Negara juga memegang hak cipta terhadap luar negeri atas ciptaan berikut: hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya yang dipelihara dan dilindungi oleh negara (Pasal 10). Jika suatu ciptaan tidak diketahui penciptanya, dan ciptaan itu belum diterbitkan, maka Negara memegang Hak Cipta atas ciptaan tersebut untuk kepentingan penciptanya (Pasal 10 ayat 1).

c. Perlindungan hukum hak cipta

Timbulnya perlindungan hukum terhadap hak cipta dapat dikarenakan:

- 1) Bersifat otomatis saat ekspresi nyata terwujud.
- 2) Tanpa pendaftaran (deklaratif).
- 3) Pendaftaran dalam Daftar Umum Ciptaan tidak mengandung arti sebagai pengesahan terhadap isi, arti, maksud, atau bentuk dari Ciptaan yang terdaftar.
- 4) Perlindungan tidak berlaku untuk kegiatan pendidikan dan penelitian.

Tujuan perlindungan hak cipta adalah untuk memberi kejelasan hukum hubungan antara hasil karya cipta dengan pencipta atau pemegang hak cipta atau orang yang menggunakan ciptaannya.

Adapun kerangka hak perlindungan hak cipta meliputi:

- 1) UU No. 6 Tahun 1982 – UU No. 7 Tahun 1987-UU No. 12;
 - 2) Tahun 1997 – UU No. 19 Tahun 2002;
 - 3) Keppres RI No. 18 Tahun 1987 tentang pengesahan Berne;
 - 4) Convention for the Protection of Literary and Artistie Works;
 - 5) Keppres RI No. 19 Tahun 1997 tentang Pengesahan WIPO;
 - 6) Copyright Treaty;
 - 7) Perjanjian-perjanjian Bilateral Perlindungan Hak Cipta antara Indonesia dengan USA, Inggris, Australia, EU.
- d. Lingkup dan masa berlaku hak cipta
- Lingkup perlindungan hak cipta meliputi:
- 1) Karya-karya kreatif pencipta berupa:
 - a) Karya-karya sastra
 - b) Karya-karya seni
 - c) Ilmu Pengetahuan
 - 2) Karya-karya hak terkait berupa:
 - a) Pertunjukan
 - b) Rekaman suara
 - c) Penyiaran.

Adapun masa berlaku hak cipta bervariasi antara 25 sampai 50 tahun. Untuk karya fotografi dan perwajahan karya tulis yang diterbitkan berlaku selama 25 tahun, dan hak cipta atas ciptaan lainnya berlaku selama 50 tahun (Pasal 26 dan 27). Sementara hak cipta yang dipegang atau dilaksanakan oleh negara berlaku tanpa batas waktu. Selain hak cipta yang diatur dalam Pasal 10A ayat 1, maka masa berlakunya selama 50 tahun dengan penjelasan sebagai berikut:

- 1) Selama 50 tahun setelah Pencipta meninggal dunia:
 - a) Buku, pamflet, dan karya tulis lainnya;
 - b) Drama atau drama musikal, tari, koreografi;
 - c) Seni rupa, seperti seni lukis, seni pahat, dan seni patung
 - d) Seni Batik
 - e) Lagu atau musik dengan atau tanpa teks;
 - f) Arsitektur;
 - g) Ceramah, kuliah, pidato dan ciptaan sejenis lainnya;
 - h) Alat peraga
 - i) Peta; dan
 - j) Terjemahan, tafsir, saduran, dan bunga rampai.

- 2) Selama 50 tahun sejak pertama kali diumumkan meliputi; program komputer, sinematografi, fotografi, database, dan karya hasil pengalihwujudan, hak cipta atas ciptaan yang dipegang oleh badan hukum.
- 3) Selama 50 tahun sejak pertama kali diterbitkan, yaitu perwajahan karya tulis.
- 4) Selama 50 tahun sejak ciptaan diketahui umum, meliputi hak cipta yang dipegang dan dilaksanakan negara, yaitu ciptaan yang tidak ketahui penciptanya & belum terbit.
- 5) Tanpa batas waktu meliputi Foklor yang hak ciptanya dipegang dan dilaksanakan negara.

Lingkup dan masa berlaku hak-hak terkait dapat disederhanakan sebagai berikut:

- 1) Selama 50 tahun sejak pertama kali dipertunjukkan → Pelaku.
- 2) Selama 50 tahun sejak pertama kali direkam → Produser Rekaman Suara.
- 3) Selama 20 tahun sejak pertama kali disiarkan → Lembaga Penyiaran.

e. Pelanggaran hak cipta

Pelanggaran hak cipta merupakan suatu kejahatan dan merupakan delik biasa yang dapat dikenai ketentuan Pidana; Pasal 72 UU No. 19 Tahun 2002:

- 1) Dengan sengaja mengumumkan atau memperbanyak tanpa ijin, maka diancam penjara paling lama 7 tahun atau denda Rp. 500.000.000,00.
- 2) Dengan sengaja menyiarkan, memamerkan atau mengedarkan secara umum diancam pidana penjara 5 tahun atau denda Rp. 500.000.000,00.
- 3) Dengan sengaja tanpa hak memperbanyak penggunaan program komputer untuk kepentingan komersial dipidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,00.

Berikut beberapa contoh kasus pelanggaran hak cipta:

- 1) Album Koes Plus *Dheg Dheg Plus*. Pihak pemegang hak cipta lagu album Koes Plus *Dheg Dheg Plus* dimiliki oleh Tommy Darmo. Tommy melaporkan pihak label RPM yang tiba-tiba merilis ulang lagu tersebut. Alhasil, pihak Tommy pun membawa kasus tersebut ke Polda Metro Jaya. RPM dianggap melanggar Undang-undang No 12/2009 tentang hak cipta lagu. Ia pun mengajukan gugatan dan meminta ganti rugi senilai Rp. 9,9 miliar.
- 2) Inul Vizta vs KCI. Tempat karaoke milik pedangdut Inul Daratista, Inul Vizta dituding mengabaikan hak-hak para pencipta lagu yang

dijamin UU. Tudingan tersebut dilontarkan oleh Yayasan Karya Cipta Indonesia. Permasalahan antara keduanya sepertinya memang sudah jadi cerita lama. Namun, konflik itu kembali hangat saat kasus itu masuk ke ranah hukum. Sampai saat ini kasus tersebut masih disidangkan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Celakanya, pihak Inul justru menggugat balik pihak KCI.

- 3) Kisruh Pecipta Lagu *Butiran Debu*. Lagu *Butiran Debu* begitu terngiang belakangan ini. Band bernama Rumors telah mempopulerkan lagu tersebut. Tapi belakangan, Farhat Abbas muncul dan mengklaim sebagai pencipta lagu itu. Namun, vokalis Rumors, Rija Abbas mengaku sebagai penciptanya. Alhasil, kasus itu pun bergulir ke Polres Jakarta Selatan. Sampai saat ini belum jelas perkembangannya.

f. Konsep Website terkait UU hak cipta

Website atau situs internet merupakan halaman yang ditampilkan di internet yang berisikan suatu informasi tertentu. Website juga dapat diartikan kumpulan dari *web pages* mengenai hal atau organisasi ternetu. *Web page* adalah tampilan sebuah halaman di internet yang memiliki alamat tertentu dimana alamat itu tidak ada yang sama satu dengan yang lain.²⁰⁸

Jenis-jenis website berdasarkan sifatnya dibagi menjadi dua, yaitu website dinamis dan website statis. Website dinamis merupakan website yang kontennya dapat berubah setiap saat, misalnya lazada.co.id, detik.com, wikipedia.com dan blog-blog tentang internet marketing. Faktor utama yang membuat suatu website menjadi dinamis adalah *Content Management System* (CMS). Dengan adanya CMS ini, siapapun yang memiliki akses ke administrator website dapat mengupdate kontennya dengan sangat mudah. Adapun website statis merupakan website yang jarang sekali dirubah karena memang tidak diperlukan perubahan yang sangat sering, misalnya website company profile dan website profil organisasi. Website statis seringkali juga berfungsi sebagai brosur atau kartu nama digital perusahaan.

Internet dan website merupakan dua hal yang berbeda. Sebuah website dilindungi oleh Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta yang melindungi secara otomatis tanpa harus melalui pendaftaran di Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual (Ditjen HKI). UUHC melindungi desain website maupun konten website (teks/tulisan, foto-foto, gambar-gambar, musik, video, database dan software) yang merupakan

²⁰⁸ Edmon Makarim, *Kompilasi Hukum Telematika*, (Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2004), hlm. 268.

obyek perlindungan hak cipta, serta elemen lainnya yang dapat ditemukan di dalam website, yaitu logo, nama usaha, brand/nama produk/nama jasa, simbol, slogan, nama domain dan fitur-fitur dengan teknologi web, misalnya search engines, sistem online shop dan sistem navigasi.

Perbuatan merancang website dengan menggunakan program HTML *Editor* sebagai sarana adalah sama seperti membuat suatu program aplikasi dengan menggunakan program Pascal. Dengan demikian secara keseluruhan, website itu dilindungi oleh Hak Cipta, yang meliputi tulisan artikel, program komputer, desain dalam website, dan *typographical arrangement* (tata cara penyusunan suatu karya) dalam website tersebut.

Website telah menjadi bagian penting dari kehidupan modern yang menunjang berbagai aktivitas menjadi serba cepat dan efisien. Namun salah sisi negatifnya adalah mudahnya terjadi pelanggaran-pelanggaran di bidang Hak Kekayaan Intelektual, terutama masalah Hak Cipta. Sebuah website terdiri dari informasi, berita, karya-karya fotografi, karya drama, musikal, sinematografi yang merupakan karya-karya yang dilindungi oleh prinsip-prinsip tradisional Hak Cipta, sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

Undang-undang Hak Cipta melindungi secara otomatis tanpa harus mendaftarkan ke Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual (Ditjen HKI), baik desain website maupun konten website, dari publikasi dan perbanyakannya oleh pihak lain tanpa izin pemegang hak cipta. Perlindungan hak cipta diperoleh pencipta atau penerima hak, sepanjang desain dan konten website tersebut merupakan hasil karya yang original. Suatu *disclaimer* dalam website merupakan bagian dari hak cipta dari website tersebut karena program komputer, karya tulis yang diterbitkan dan ciptaan-ciptaan lain yang terdapat di internet dilindungi berdasarkan Pasal 12 Undang-undang No.19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

Ciptaan yang dimaksud termasuk segala bentuk karya pencipta yang terdapat di media internet. Pengalihan atas hak cipta dapat dilakukan agar pihak lain selain pencipta dapat menikmati manfaat dari suatu karya cipta. Dalam pengalihan ini, hak yang beralih hanyalah hak ekonominya saja, sedangkan hak moralnya tidak dapat dialihkan, karena hak moral tidak pernah lepas dari pencipta, sekalipun secara fisik telah berpindah melalui proses pembelian maupun lisensi,²⁰⁹ misalnya penjualan software di sebuah website.

²⁰⁹ Anne Fitzgerald, *Intellectual Property*, (Sydney: LBC Information Services, NSW, 1999), hlm. 62.

Berikut ini beberapa contoh pelanggaran hak cipta dalam website:

- 1) Seseorang dengan tanpa izin membuat situs penyanyi-penyanyi terkenal yang berisikan lagu-lagu dan liriknya, foto dan cover album dari penyanyi-penyanyi tersebut;
- 2) Seseorang tanpa izin membuat website yang berisikan lagu-lagu milik penyanyi lain yang lagunya belum dipasarkan;
- 3) Seseorang dengan tanpa izin membuat sebuah situs yang dapat mengakses secara langsung isi berita dalam situs internet milik orang lain atau perusahaan lain.

Akan tetapi, saat ini kenyataannya *share* (membagi) suatu berita oleh website berita sudah merupakan sebuah nilai yang akan menaikkan jumlah kunjungan ke website berita itu sendiri, yang secara tidak langsung *share* berita ini akan menaikkan *page rank* website dan mendatangkan pemasang iklan bagi website berita itu sendiri. Maka dalam kasus ini, Hak Cipta sebuah berita telah diizinkan oleh pemilik website berita untuk dishare melalui media-media lain asal sumber resmi berita tersebut dicantumkan. Hal ini sesuai dengan Pasal 14 c UU No 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta, yang menyatakan:

“Tidak dianggap sebagai pelanggaran Hak Cipta pengambilan berita aktual (berita yang diumumkan dalam waktu 1 x 24 jam sejak pertama kali diumumkan), baik seluruhnya maupun sebagian dari kantor berita, Lembaga Penyiaran, dan Surat Kabar atau sumber sejenis lain, dengan ketentuan sumbernya harus disebutkan secara lengkap”.

Dalam konteks pemahaman teknologi Informasi, ciptaan-ciptaan harus disertai dengan efektivitas penerapan sarana kontrol teknologi yang terus-menerus dikembangkan mengikuti perkembangan pesat teknologi informasi tersebut. Berdasarkan Pasal 27 Undang-undang No.19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta, ketentuan ini sudah mengakomodasi secara kontrol teknologi. Ini berarti, untuk melindungi karya-karya cipta intelektual dalam jaringan internet harus pula dilengkapi dengan instrumen teknologi dalam bentuk *barcode*, serial number, teknik deskripsi dan enkripsi yang digunakan untuk melindungi hak cipta. Enkripsi merupakan proses mengamankan suatu informasi dengan membuat informasi tersebut tidak dapat dibaca tanpa bantuan pengetahuan khusus. Keberadaan hak cipta di internet, umumnya membutuhkan aplikasi sarana-sarana teknologi baru yang dapat mencegah upaya pembajakan oleh mereka yang tidak berhak.

Tingginya derajat pelanggaran hak cipta di sektor ini sangat membutuhkan perpaduan dari semua faktor itu, sehingga ini diharapkan dapat membentuk sistem hukum proteksi hak cipta di internet yang semakin

terpercaya dan dapat diandalkan. Dengan adanya proteksi yang tegas mengenai hak cipta tersebut tentu saja tindakan semena-mena para pelaku usaha pemilik website dalam mengcopy suatu ciptaan atau isi dari website lain dan menyebarkan dalam websitenya akan dapat diminimalisir.

2. Hak kekayaan industri

Pembahasan mengenai hak kekayaan industri meliputi kajian tentang paten, desain industri, merek, penanggulangan praktik persaingan curang, desain tata letak sirkuit terpadu, rahasia dagang, dan indikasi geografis.

a. Paten

Paten adalah hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada inventor atas hasil invensinya di bidang teknologi, yang untuk selama waktu tertentu melaksanakan sendiri invensinya tersebut atau memberikan persetujuannya kepada pihak lain untuk melaksanakannya. Adapun pemberian paten dilakukan atas dasar permohonan.

Peraturan-peraturan yang mengatur paten adalah sebagai berikut:

- UU No. 14 tahun 2001 tentang Paten (UUP)
- UU No. 7 tahun 1994 tentang *Agreement Establishing the World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia)
- Keppres No. 16 tahun 1997 tentang Pengesahan *PCT and Regulations under the PCT*
- PP No. 34 tahun 1991 tentang Tata Cara Permintaan Paten
- PP No. 11 Tahun 1991 tentang Bentuk dan Isi Surat Paten
- KepMenkeh No. M.01-HC.02.10 tahun 1991 tentang Paten Sederhana
- KepMenkeh No. M.02-HC.01.10 tahun 1991 tentang Penyelenggaraan Pengumuman Paten
- KepMenkeh No. N.04-HC.02.10 tahun 1991 tentang Persyaratan, Jangka Waktu, dan Tata Cara Pembayaran Biaya Paten
- KepMenkeh No. M.06-HC.02.10 tahun 1991 tentang Pelaksanaan Pengajuan Permintaan Paten
- KepMenkeh No. M.07-HC.02.10 tahun 1991 tentang Bentuk dan syarat-syarat Permintaan Pemeriksaan Paten
- KepMenkeh No. M.08-HC.02.10 tahun 1991 tentang Pencatatan dan Permintaan Salinan Dokumentasi Paten
- KepMenkeh No. M.04-PR.07.10 tahun 1996 tentang Sekretariat Komisi Banding Paten
- KepMenkeh No. M.01-HC.02.10 tahun 1991 tentang Tata Cara Pengajuan

Permintaan Banding Paten.

Invensi atau penemuan merupakan obyek hak paten, yaitu suatu kegiatan pemecahan masalah yang spesifik di bidang teknologi yang bisa berwujud suatu:

- 1) Proses;
- 2) Hasil produksi;
- 3) Penyempurnaan dan pengembangan proses;
- 4) Penyempurnaan dan pengembangan hasil produksi.

Subyek hak paten adalah Penemu dan Pemegang Paten. Penemu adalah seorang yang secara sendiri atau beberapa orang yang bersama-sama melaksanakan kegiatan yang menghasilkan penemuan. Sementara pemegang paten adalah penemu sebagai pemilik hak paten atau orang yang menerima hak tersebut dari pemilik paten atau orang lain yang menerima lebih lanjut hak dari orang tersebut di atas, yang terdaftar dalam Daftar Umum Paten.

Suatu penemu dianggap baru, jika pada saat pengajuan permintaan paten penemuan tersebut tidak sama atau tidak merupakan bagian dari penemuan terdahulu (Pasal 3). Dapat diminta Paten Sederhana atas penemuan berupa produk atau proses baru dan memiliki kualitas penemuan yang sederhana tetapi mempunyai nilai kegunaan praktis (Pasal 6). Namun demikian, ada pembatasan pemberian paten. UU tentang Paten menggariskan bahwa paten tidak diberikan untuk:

- 1) Penemuan tentang proses atau hasil produksi yang pengumuman dan penggunaan atau pelaksanaannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, ketertiban umum atau kesusilaan.
- 2) Penemuan tentang metode pemeriksaan, perawatan, pengobatan dan pembedahan yang diterapkan terhadap manusia dan hewan, tetapi tidak menjangkau produk apapun yang digunakan atau berkaitan dengan metode tersebut.
- 3) Penemuan tentang teori dan metode di bidang ilmu pengetahuan dan matematika.
- 4) Semua makhluk hidup kecuali jasad renik.
- 5) Proses biologis yang esensial untuk memproduksi tanaman atau hewan, kecuali proses non biologis atau proses mikrobiologis.
- 6) Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan merek yang sudah terkenal milik pihak lain untuk barang atau jasa sejenis.
- 7) Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhan dengan indikasi geografis yang sudah terkenal.
- 8) Merupakan atau menyerupai nama orang terkenal, foto atau nama badan hukum yang dimiliki orang lain, kecuali atas persetujuan tertulis dari yang

berhak.

Hak paten dapat beralih atau dialihkan kepada pihak lain dengan 5 (lima) cara, yaitu pewarisan, hibah, wasiat, perjanjian tertulis, atau karena sebab lain. Meski demikian, ada beberapa invensi yang tidak dapat diberikan paten, yaitu:

- 1) Proses atau produk yang pengumuman dan penggunaan atau pelaksanaannya bertentangan dengan peraturan perundangan yang berlaku, moralitas agama, ketertiban umum, atau kesusilaan.
- 2) Metode pemeriksaan, perawatan, pengobatan dan/atau pembedahan yang diterapkan terhadap manusia dan/atau hewan.
- 3) Teori dan metode di bidang ilmu pengetahuan dan matematika.
- 4) Semua makhluk hidup, kecuali jasad renik;
- 5) Proses biologis yang esensial untuk memproduksi tanaman atau hewan kecuali proses non biologis atau proses mikrobiologis.

Dalam hal ini, pemegang paten memiliki hak dan kewajiban yang harus dijalankan. Hak-hak pemegang paten meliputi:

- 1) Hak Eksklusif untuk melaksanakan paten yang dimilikinya, dan melarang orang lain yang tanpa persetujuannya:
 - a) dalam hal paten produk: membuat, menjual, mengimpor, menyewa, menyerahkan, memakai, menyediakan untuk dijual atau disewakan atau diserahkan produk yang diberi paten.
 - b) dalam hal paten proses: menggunakan proses produksi yang diberi paten untuk membuat barang dan tindakan lainnya sebagaimana yang dimaksud dalam huruf a.
- 2) Memberikan lisensi kepada orang lain berdasarkan surat perjanjian lisensi
- 3) Menggugat ganti rugi melalui Pengadilan Negeri setempat, kepada siapapun, yang dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud di atas.
- 4) Menuntut orang dengan sengaja dan tanpa hak melanggar hak Pemegang Paten dengan melakukan salah satu tindakan sebagaimana dimaksud di atas.

Adapun kewajiban-kewajiban pemegang paten meliputi:

- 1) Membayar biaya pemeliharaan yang disebut biaya tahunan.
- 2) Melaksanakan patennya di wilayah NKRI, kecuali apabila pelaksanaan paten tersebut secara ekonomi hanya layak bila dibuat dengan skala regional dan ada pengajuan permohonan tertulis dari pemegang paten disertai alasan dan bukti yang diberikan oleh instansi yang berwenang, serta disetujui oleh Dirjen HKI.

Untuk mempermudah pemahaman bahasan ini dapat dijelaskan beberapa istilah terkait hak paten sebagai berikut:

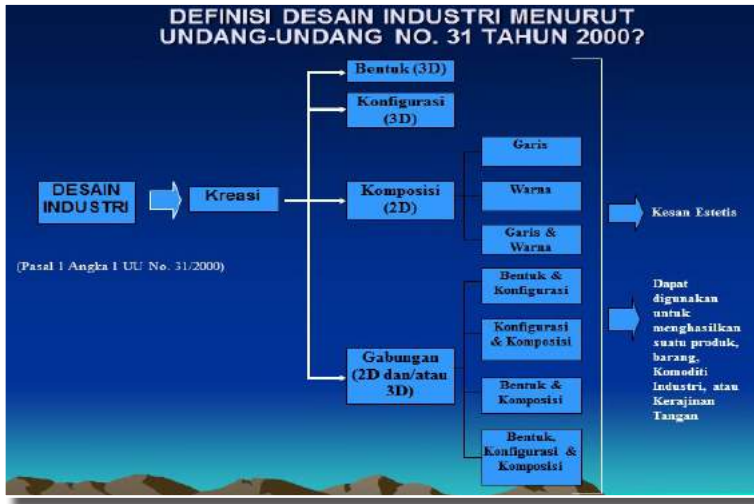
- **Invensi:** Ide inventor yang dituangkan ke dalam suatu kegiatan pemecahan masalah yang spesifik di bidang teknologi, dapat berupa produk atau proses, atau penyempurnaan dan pengembangan produk atau proses
- **Inventor:** seseorang yang secara sendiri atau beberapa orang yang secara bersama-sama melaksanakan ide yang dituangkan ke dalam kegiatan yang menghasilkan invensi
- **Pemegang paten:** inventor sebagai pemilik paten atau pihak yang menerima hak tersebut dari pemilik paten atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak tersebut, yang terdaftar dalam daftar umum paten.
- **Konsultan HKI:** konsultan hak kekayaan intelektual yang secara resmi terdaftar di Dirjen HKI
- **Hak Prioritas:** hak pemohon untuk mengajukan permohonan yang berasal dari negara yang tergabung dalam *Paris Convention for Protection of Industrial Property* atau *Agreement Establishing the World Trade Organization* untuk memperoleh pengakuan bahwa tanggal penerimaan di negara asal merupakan tanggal prioritas di negara tujuan yang juga anggota salah satu dari kedua perjanjian itu selama pengajuan tersebut dilakukan dalam kurun waktu yang telah ditentukan berdasarkan *Paris Convention* tersebut.
- **Sistem *First to File*:** Seseorang yang pertama kali mengajukan paten (dengan semua persyaratan terpenuhi) dianggap sebagai pemegang paten. Apabila satu invensi yang sama diajukan lebih dari satu pemohon, orang yang mengajukan pertama sebagai pemegang paten.
- **Perbedaan paten dan paten sederhana,** sebagaimana dijelaskan dalam tabel berikut:

Perbedaan Paten dan Paten Sederhana

No	Keterangan	P a t e n	Paten Sederhana
1	Jumlah klaim	1 invensi atau beberapa invensi yang merupakan satu kesatuan invensi	1 invensi
2	Masa Perlindungan	20 tahun sejak tgl. penerimaan permohonan paten. (Pasal 9)	10 tahun sejak tanggal penerimaan permohonan paten (Pasal 10)
3	Pengumuman Permohonan	18 bulan setelah tgl. penerimaan	3 bulan setelah tgl. penerimaan
4	Jangka waktu mengajukan keberatan	6 bulan terhitung sejak diumumkan	3 bulan terhitung sejak diumumkan
5	Yang diperiksa dalam pemeriksaan substantif	Kebaruan (<i>novelty</i>), langkah inventif, & dapat diterapkan dalam industri	Kebaruan (<i>novelty</i>), dpt diterapkan dalam bidang industri
6	Lama pemeriksaan substantif	36 bulan sejak tgl penerimaan	24 bulan sejak tgl penerimaan
7	Objek paten	Produk atau proses	Produk atau alat

b. Desain industri

Desain Industri merupakan bagian dari hak kekayaan intelektual, yang diatur dalam Undang-undang No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri. Menurut Pasal 1 angka (1) UU No. 31 Tahun 2000, Desain Industri merupakan suatu kreasi tentang bentuk, konfigurasi, atau komposisi garis atau warna, atau garis dan warna, atau gabungan dari padanya yang berbentuk tiga dimensi, atau dua dimensi yang memberikan kesan estetis dan dapat diwujudkan dalam pola tiga dimensi atau dua dimensi, serta dapat dipakai untuk menghasilkan suatu produk barang, komoditas industri, atau kerajinan tangan, sebagaimana dijelaskan dalam bagan berikut:



Menurut Undang-undang No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri, bahwa perlindungan hukum hak atas karya Desain Industri diberikan berdasarkan sistem pendaftaran pertama (*first to file system*) atas karya desain yang baru. Sistem pendaftaran yang dianut UU No. 31 Tahun 2000 bersifat konstitutif, yakni sistem yang menyatakan hak itu baru terbit setelah dilakukan pendaftaran yang telah mempunyai kekuatan. Sistem konstitutif lebih menjamin adanya kepastian hukum dan ketentuan yang menjamin keadilan.²¹⁰

Hak Desain Industri diberikan atas dasar permohonan, yang diatur dalam Pasal 10 UU No. 31 Tahun 2000, dan pihak yang untuk pertama kali mengajukan permohonan dianggap sebagai pemegang hak desain industri, kecuali jika terbukti sebaliknya (Pasal 12 UU No. 31 Tahun 2000)

Perlindungan hukum Desain Industri secara internasional selain diatur dalam TRIPs Agreement juga diatur dalam berbagai Konvensi, seperti *The Hague Agreement* dan *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*.

Perlindungan Desain Industri diperoleh melalui sistem pendaftaran, dimana Pendesain (seorang atau beberapa orang yang menghasilkan karya Desain Industri baru) akan memperoleh perlindungan hukum atas karyanya atau akan memperoleh Hak Desain Industri bila pihaknya telah mendaftarkan karya desainnya tersebut pada Direktorat Jenderal Hak kekayaan Intelektual. Jadi yang menjadi obyek Desain Industri adalah hasil karya intelektual yang berupa kreasi tentang bentuk, berbentuk tiga dimensi atau dua dimensi,

²¹⁰ Pipin Syarifin dan Dedah Jubaedah, *Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual*, (Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2004), hlm. 175.

mempunyai nilai estetis, dan dapat diwujudkan dalam pola tiga dimensi dan mampu menghasilkan produk atau komoditas industri atau kerajinan tangan.

Sedangkan subyek dari Desain Industri dapat diuraikan sebagai berikut:

- 1) Yang berhak memperoleh Hak Desain Industri adalah Pendesain atau yang menerima hak tersebut dari Pendesain.
- 2) Dalam hal Pendesain terdiri atas beberapa orang secara bersama, hak Desain Industri diberikan kepada mereka secara bersama, kecuali jika diperjanjikan lain.
- 3) Jika suatu Desain Industri dibuat dalam hubungan dinas dengan pihak lain dalam lingkungan pekerjaannya atau yang dibuat orang lain berdasarkan pesanan, pemegang hak Desain Industri adalah pihak yang dan/atau dalam dinasnya Desain Industri itu dikerjakan, kecuali ada perjanjian lain antara kedua pihak dengan tidak mengurangi hak Pendesain apabila penggunaan Desain Industri itu diperluas sampai ke luar hubungan dinas.
- 4) Jika suatu Desain Industri dibuat dalam hubungan kerja atau berdasarkan pesanan, maka orang yang membuat Desain Industri itu dianggap sebagai Pendesain dan Pemegang Hak Desain Industri, kecuali jika diperjanjikan lain antara kedua pihak.²¹¹

Hak Desain Industri dapat beralih atau dialihkan dengan sebab pewarisan, hibah, wasiat, perjanjian tertulis, atau sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan dengan disertai dokumen tentang pengalihan hak yang wajib tercatat dalam Daftar Umum Desain Industri pada Direktorat Jenderal dengan membayar biaya (pasal 31 ayat 1,2, dan 3).

Suatu Desain Industri mendapat perlindungan hukum apabila:

- 1) Terdaftar dalam Daftar Umum Desain Industri pada Direktorat Jendral Hak Kekayaan Intelektual.
- 2) Desain Industri yang diajukan permohonan pendaftarannya itu baru (Pasal 2 ayat 1)
- 3) Desain Industri dianggap baru apabila belum pernah diumumkan atau telah pernah digunakan melalui cara apapun sebelum tanggal penerimaan atau sebelum tanggal prioritas apabila permintaan diajukan dengan prioritas (Pasal 2 ayat 2 & 3).

Adapun Desain Industri yang tidak mendapat perlindungan hukum apabila Desain Industri itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, ketertiban umum atau kesusilaan (Pasal 4).

²¹¹ Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual Kemekumham RI, *Buku Panduan Hak Kekayaan Intelektual*, (Jakarta: Kemenkumham RI, 2013), hlm. 63.

Contoh karya-karya yang mendapat perlindungan Desain Industri adalah desain tentang berbagai bentuk furniture, seperti meja, kursi, desain pakaian, desain barang kerajinan seperti gantungan kunci, desain kerajinan buah-buahan yang dibuat dari kayu, dan lain sebagainya.



Dalam Undang-undang Desain Industri di Indonesia khususnya dalam Pasal 5, juga dapat diketahui jangka waktu perlindungan yang sama dengan TRIPs Agreement, yaitu karya Desain Industri mendapat perlindungan selama 10 tahun. dan tidak dapat diperpanjang.

Setelah masa perlindungan Desain Industri habis, maka karya Desain Industri akan menjadi Public Domain (milik umum). Artinya, siapapun boleh memproduksi dan menggunakan Desain tersebut tanpa harus meminta izin terlebih dahulu dan membayar royalty fee kepada pendesainnya.

Desain Industri yang termasuk dalam kelompok Industrial Right menganut sistem perlindungan first to file, yaitu memberi perlindungan eksklusif berkaitan dengan hak moral dan hak ekonomi pada pendaftar pertama. Arti penting yang mendasari perlunya perlindungan hak moral dan hak ekonomi diberikan kepada pendaftar pertama adalah merupakan pengakuan terhadap karya intelektual seseorang pendesain atas upaya kreatif, waktu, tenaga dan biaya serta resiko yang terkandung pada setiap karya dari kemungkinan adanya penggunaan secara ilegal. Hal ini sejalan dengan teori yang dikemukakan Robert M. Sherwood, yaitu Reward Theory, Recovery Theory, Incentive

Theory, Risk Theory dan Economic Growth Stimulus Theory.²¹²

Adapun ketentuan pidana terhadap pelanggaran hak desain industri secara garis besar dapat dijelaskan sebagaiberikut:

- 1) Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan salah satu perbuatan hak dari pemegang hak (membuat, memakai, menjual, mengimpor, mengekspor dan/atau mengedarkan barang yang di dalamnya terdapat hak Desain Industri) diancam hukuman penjara paling lama 4 (empat) tahun, dan/atau denda paling banyak Rp. 300.000.000,- (Pasal 54 ayat 1).
- 2) Barang siapa dengan sengaja melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 (hak Pendesain), Pasal 23 (penjagaan kerahasiaan permohonan) atau Pasal 32 (Pengalihan Hak Desain Industri) dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 45.000.000,00 (empat puluh lima juta rupiah).

c. Merek

Merek adalah suatu tanda yang berupa gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka, susunan warna atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang dan jasa. Dasar hukum merek adalah ketentuan Undang-undang No. 15 Tahun 2001 tentang Merek (UUM).

Subyek hak merek adalah pemilik merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek untuk jangka waktu tertentu menggunakan sendiri merek tersebut atau membuat izin kepada seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum. Pemilik merek dapat terdiri satu orang, atau bersama-sama, atau badan hukum.

Dalam hal ini dikenal sistem konstitutif, yaitu hak atas merek tercipta atau diperoleh karena pendaftaran (Pasal 3 UU No. 15 Tahun 2001) yang berbunyi:

“Hak atas merek adalah hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada pemilik Merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek untuk jangka waktu tertentu dengan menggunakan sendiri merek tersebut atau memberikan izin kepada pihak lain untuk menggunakannya”.

Undang-undang Merek mengenal 3 jenis merek, yaitu:

- 1) Merek dagang, yaitu merek yang digunakan pada barang yang diperdagangkan oleh seseorang atau secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan barang-barang sejenis lainnya.
- 2) Merek jasa, yaitu merek yang digunakan pada jasa yang diperdagangkan

²¹² Lihat Ranti Fauza M., *Perlindungan Desain Industri Di Indonesia*, (Jakarta: Gramedia, 2004), hlm. 44.

oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan jasa-jasa sejenis lainnya.

- 3) Merek kolektif, yaitu merek yang digunakan pada barang atau jasa dengan karakteristik yang sama yang diperdagangkan oleh beberapa orang atau badan hukum secara bersama-sama untuk membedakan dengan barang atau jasa sejenis lainnya. Beberapa pendapat para ahli menganggap bahwa merek kolektif tidak dapat dikategorikan sebagai jenis merek, karena merek kolektif ini sebenarnya juga terdiri dari merek jasa dan merek dagang.

Pemakaian merek dapat berfungsi sebagai:

- 1) Tanda pengenal untuk membedakan hasil produksi yang dihasilkan seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum dengan produksi orang lain atau badan hukum lainnya;
- 2) Sebagai alat promosi, sehingga mempromosikan hasil produksinya cukup dengan menyebut mereknya;
- 3) Sebagai jaminan atas mutu barangnya;
- 4) Menunjukkan asal barang/jasa dihasilkan.

Adapun pendaftaran merek berfungsi sebagai:

- 1) Sebagai alat bukti bagi pemilik yang berhak atas merek yang didaftarkan;
- 2) Sebagai dasar penolakan terhadap merek yang sama keseluruhan atau sama pada pokoknya yang dimohonkan oleh orang lain untuk barang/jasa sejenis;
- 3) Sebagai dasar untuk mencegah orang lain memakai merek yang sama keseluruhan atau sama pada pokoknya dalam peredaran untuk barang/jasa sejenis.

Permohonan suatu merek tidak dapat didaftarkan jika merek tersebut:

- 1) Didaftarkan oleh pemohon yang beritikad tidak baik;
- 2) Bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, moralitas keagamaan, kesusilaan, atau ketertiban umum;
- 3) Tidak memiliki daya pembeda;
- 4) Telah menjadi milik umum; atau
- 5) Merupakan keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa yang dimohonkan pendaftarannya. (Pasal 4 dan Pasal 5 UUM).

Permohonan suatu merek ditolak apabila merek tersebut:

- 1) Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan merek milik pihak lain yang sudah terdaftar lebih dulu untuk barang dan/atau jasa yang sejenis;
- 2) Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan merek yang sudah terkenal milik pihak lain untuk barang dan/atau sejenis;

- 3) Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan merek yang sudah terkenal milik pihak lain untuk barang dan/atau jasa yang tidak sejenis sepanjang memenuhi persyaratan tertentu yang ditetapkan dengan peraturan pemerintah;
- 4) Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan indikasi geografis yang sudah dikenal;
- 5) Merupakan atau menyerupai nama orang terkenal, foto, atau nama badan hukum yang dimiliki orang lain, kecuali atas persetujuan tertulis dari yang berhak;
- 6) Merupakan tiruan atau menyerupai nama atau singkatan nama, bendera, lambang atau simbol atau emblem negara atau lembaga nasional maupun internasional, kecuali atas persetujuan tertulis dari pihak yang berwenang;
- 7) Merupakan tiruan atau menyerupai tanda atau cap atau stempel resmi yang digunakan oleh negara atau lembaga pemerintah, kecuali atas persetujuan tertulis dari pihak yang berwenang.

Undang-Undang yang memuat ketentuan-ketentuan tentang merek pertama kali dikenal dengan diundangkannya Undang-undang No. 21 Tahun 1961 tentang Merek Perusahaan dan Perniagaan. Undang-undang ini dikenal dengan sebutan Undang-undang Merek dan merupakan perubahan tentang ketentuan yang mengatur tentang merek sejak zaman kolonial dahulu yang disebut “Reglement Industrial Eigendom Kolonial”.

Untuk jangka waktu perlindungan, merek terdaftar mendapat perlindungan hukum untuk jangka waktu 10 tahun dan berlaku surut sejak tanggal penerimaan permintaan pendaftaran merek yang bersangkutan (Pasal 7). Jangka waktu perlindungan merek dapat diperpanjang setiap kali untuk jangka waktu yang sama atas permintaan pemilik merek. Permintaan tersebut ditujukan ke Kantor Merek dan diajukan secara tertulis oleh pemilik atau kuasanya dalam jangka waktu sekurang- kurangnya 6 bulan dan tidak lebih dari 12 bulan sebelum berakhirnya jangka waktu perlindungan bagi merek yang terdaftar tersebut (Pasal 36).

d. Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

Pasal 1 ayat 2 Undang-undang No.32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu menerangkan bahwa, Desain Tata Letak adalah kreasi berupa rancangan peletakan tiga dimensi dari berbagai elemen, sekurang-kurangnya satu dari elemen tersebut adalah elemen aktif, serta sebagian atau semua interkoneksi dalam suatu Sirkuit Terpadu dan peletakan tiga dimensi tersebut dimaksudkan untuk persiapan pembuatan Sirkuit Terpadu.

Sedangkan Sirkuit Terpadu adalah suatu produk dalam bentuk jadi atau

setengah jadi, yang di dalamnya terdapat berbagai elemen dan sekurang-kurangnya satu dari elemen tersebut adalah elemen aktif, yang sebagian atau seluruhnya saling berkaitan serta dibentuk secara terpadu di dalam sebuah bahan semikonduktor yang dimaksudkan untuk menghasilkan fungsi elektronik (Pasal 1 ayat 1), sebagaimana gambar berikut:



Diterangkan dalam Pasal 1 ayat 6, bahwa Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu adalah hak eksklusif yang diberikan oleh negara Republik Indonesia kepada Pendesain atas hasil kreasinya, untuk selama waktu tertentu melaksanakan sendiri, atau memberikan persetujuannya kepada pihak lain untuk melaksanakan hak tersebut.

Permohonan Pendaftaran DTLST

Cara memperoleh hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu diberikan atas dasar permohonan. Pasal 10 ayat 1 – 7 Undang-undang No. 32 Tahun 2000 menerangkan bahwa:

- 1) Permohonan diajukan secara tertulis dalam bahasa Indonesia ke Direktorat Jenderal dengan membayar biaya sebagaimana diatur dalam Undang-undang ini.
- 2) Permohonan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) ditandatangani oleh Pemohon atau Kuasanya.
- 3) Permohonan harus memuat:

- a) tanggal, bulan, dan tahun surat Permohonan;
 - b) nama, alamat lengkap dan kewarganegaraan Pendesain;
 - c) nama, alamat lengkap, dan kewarganegaraan Pemohon;
 - d) nama dan alamat lengkap Kuasa apabila Permohonan diajukan melalui Kuasa; dan
 - e) tanggal pertama kali dieksploitasi secara komersial apabila sudah pernah dieksploitasi sebelum Permohonan diajukan.
- 4) Permohonan sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) dilampiri dengan:
 - a) gambar atau foto serta uraian dari Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu yang dimohonkan pendaftarannya;
 - b) surat kuasa khusus, dalam hal Permohonan diajukan melalui Kuasa;
 - c) surat pernyataan bahwa Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu yang dimohonkan pendaftarannya adalah miliknya;
 - d) surat keterangan yang menjelaskan mengenai tanggal sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) huruf e.
 - 5) Dalam hal Permohonan diajukan secara bersama-sama oleh lebih dari satu Pemohon, Permohonan tersebut ditandatangani oleh salah satu Pemohon dengan dilampiri persetujuan tertulis dari para Pemohon lain.
 - 6) Dalam hal Permohonan diajukan oleh bukan Pendesain, Permohonan harus disertai pernyataan yang dilengkapi dengan bukti yang cukup bahwa Pemohon berhak atas Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu yang bersangkutan.
 - 7) Ketentuan tentang tata cara Permohonan diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Proses pendaftaran cukup singkat, yaitu 2 bulan sejak dipenuhi persyaratan, yang kemudian Ditjen HKI mengeluarkan Sertifikat DTLST (Pasal 21).

Pemegang Hak dan Perjanjian Lisensi

Yang berhak memperoleh Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu adalah Pendesain atau yang menerima hak tersebut dari Pendesain. Pemegang Hak berhak memberikan Lisensi kepada pihak lain berdasarkan perjanjian Lisensi untuk melaksanakan semua perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8, kecuali jika diperjanjikan lain.

Pasal 8 ayat 1 menerangkan bahwa, Pemegang Hak memiliki hak eksklusif untuk melaksanakan Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu yang dimilikinya dan untuk melarang orang lain yang tanpa persetujuannya membuat, memakai, menjual, mengimpor, mengekspor dan/atau mengedarkan barang yang di dalamnya terdapat seluruh atau sebagian Desain yang telah diberi Hak

Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Dikecualikan dari ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah pemakaian Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu untuk kepentingan penelitian dan pendidikan sepanjang tidak merugikan kepentingan yang wajar dari pemegang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu (Pasal 8 ayat 2).

Pasal 26; Dengan tidak mengurangi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25, Pemegang Hak tetap dapat melaksanakan sendiri atau memberi Lisensi kepada pihak ketiga untuk melaksanakan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8, kecuali jika diperjanjikan lain.

Pasal 27 ayat 1); Perjanjian Lisensi wajib dicatatkan dalam Daftar Umum Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu pada Direktorat Jenderal dengan dikenai biaya sebagaimana diatur dalam Undang-undang ini.

Pasal 27 ayat 2); Perjanjian Lisensi yang tidak dicatatkan dalam Daftar Umum Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu tidak berlaku terhadap pihak ketiga.

Pasal 27 ayat 3); Perjanjian Lisensi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diumumkan dalam Berita Resmi Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Perjanjian Lisensi dilarang memuat ketentuan yang dapat menimbulkan akibat yang merugikan bagi perekonomian Indonesia atau memuat ketentuan yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Direktorat Jenderal wajib menolak pencatatan perjanjian Lisensi yang memuat ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1). Ketentuan mengenai pencatatan perjanjian Lisensi diatur dengan Keputusan Presiden.

Pengalihan Hak

Pasal 23 ayat 1–5 Undang-undang No.32 Tahun 2000 menerangkan bahwa:

- 1) Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dapat beralih atau dialihkan dengan:
 - a) pewarisan;
 - b) hibah;
 - c) wasiat;
 - d) perjanjian tertulis; atau
 - e) sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan;
- 2) Pengalihan Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) disertai dengan dokumen tentang pengalihan hak.
- 3) Segala bentuk pengalihan Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib dicatat dalam Daftar Umum Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu pada Direktorat Jenderal dengan membayar

biaya, sebagaimana diatur dalam Undang-undang.

- 4) Pengalihan Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu yang tidak dicatatkan dalam Daftar Umum Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu tidak berakibat hukum pada pihak ketiga.
- 5) Pengalihan Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) diumumkan dalam Berita Resmi Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Pasal 24 juga menerangkan bahwa Pengalihan Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu tidak menghilangkan hak Pendesain untuk tetap dicantumkan nama dan identitasnya, baik dalam sertifikat Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu, Berita Resmi Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu maupun dalam Daftar Umum Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Jangka Waktu Perlindungan DTLST

Pasal 2 Undang-undang No. 32 Tahun 2000 menyatakan bahwa, desain Tata Letak Sirkuit Terpadu yang mendapatkan perlindungan disebut “orisinil” apabila benar-benar merupakan karya mandiri pendesain (Para Pendesain). Sedangkan desain tata letak sirkuit terpadu yang tidak mendapatkan perlindungan disebut “tidak orisinil” apabila pada waktu dibuatnya telah merupakan sesuatu yang umum bagi para pendesain serta bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, ketertiban umum, agama atau kesusilaan (pasal3).

Pasal 4 ayat 1 – 4 Undang-undang No.32 Tahun 2000 menerangkan bahwa:

- 1) Perlindungan terhadap Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu diberikan kepada Pemegang Hak sejak pertama kali desain tersebut dieksploitasi secara komersial dimanapun, atau sejak Tanggal Penerimaan.
- 2) Dalam hal Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu telah dieksploitasi secara komersial, Permohonan harus diajukan paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak tanggal pertama kali dieksploitasi
- 3) Perlindungan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diberikan selama 10 (sepuluh) tahun .
- 4) Tanggal mulai berlakunya jangka waktu perlindungan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dicatat dalam Daftar Umum Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dan diumumkan dalam Berita Resmi Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Pelanggaran dan Sanksi

Pasal 42 ayat 1–3 Undang-undang No.32 Tahun 2000 menerangkan bahwa:

- 1) Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan salah satu perbuatan hak dari pemegang hak (membuat, memakai, menjual, mengimpor,

mengekspor dan/atau mengedarkan barang yang di dalamnya terdapat hak DTLST diancam hukuman penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah).

- 2) Barang siapa dengan sengaja melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 (hak pendesain DTLST), Pasal 19 (kerahasiaan permohonan), atau Pasal 24 (pengalihan hak DTLST) dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 45.000.000,00 (empat puluh lima juta rupiah) .
- 3) Tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) merupakan delik aduan.

e. Rahasia Dagang

Perlindungan Rahasia Dagang diatur dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang (UURD) dan mulai berlaku sejak tanggal 20 Desember 2000.

Pengertian Rahasia Dagang dijelaskan dalam Pasal 1 ayat 1 sebagai informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan/atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh pemilik Rahasia Dagang.

Perlindungan Informasi yang dapat dilindungi dalam Rahasia Dagang apabila bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomi, dan dijaga kerahasiaannya melalui upaya sebagaimana mestinya (Pasal 3 ayat 1).

Pencatatan Lisensi Rahasia Dagang

Lisensi adalah izin yang diberikan oleh pemilik rahasia dagang kepada pihak lain melalui suatu perjanjian berdasarkan pada pemberian hak (bukan pengalihan hak) untuk menikmati manfaat ekonomi dari suatu rahasia dagang yang diberi perlindungan dalamjangka waktu tertentu dan syarat tertentu (Pasal 1 ayat 5).

Pasal 8 ayat 1 – 3 UURD No. 30 Tahun 2000 menerangkan bahwa:

- 1) Pencatatan lisensi Rahasia Dagang pada Ditjen HKI dengan syarat dan biaya tertentu.
- 2) Perjanjian lisensi Rahasia Dagang yang tidak dicatatkan pada Ditjen HKI tidak mempunyai akibat hukum terhadap pihak ketiga.
- 3) Pencatatan tersebut akan diumumkan pada Berita Resmi Rahasia Dagang.

Pada penjelasan Pasal 5 ayat 3 UURD No. 30 Tahun 2000 disebutkan bahwa, yang “wajib dicatatkan” pada DJHKI hanyalah mengenai data yang bersifat administratif dari dokumen pengalihan hak, dan tidak mencakup substansi rahasia dagang yang diperjanjikan.

Adapun tarif biaya permohonan DTLST berdasarkan PP No. 38 Tahun 2009 dapat diuraikan dalam tabel berikut:

Jenis Penerimaan Negara Bukan Pajak	Satuan	Tarif
RAHASIA DAGANG		
1. Pencatatan pengalihan Hak Rahasia Dagang: a. Usaha Kecil b. Non Usaha Kecil	per permohonan per permohonan	200.000,00 400.000,00
2. Pencatatan Perjanjian Li sensi Rahasia Dagang: a. Usaha Kecil b. Non Usaha Kecil	per permohonan per permohonan	150.000,00 250.000,00

Pengalihan Hak

Pasal 5 ayat 1 – 5 UURD No. 30 Tahun 2000 menerangkan bahwa:

- 1) Hak Rahasia Dagang dapat beralih atau dialihkan dengan:
 - a) pewarisan;
 - b) hibah;
 - c) wasiat;
 - d) perjanjian tertulis; atau
 - e) sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan.
- 2) Pengalihan Hak Rahasia Dagang sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) disertai dengan dokumen tentang pengalihan hak.
- 3) Segala bentuk pengalihan Hak Rahasia Dagang sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib dicatatkan pada Direktorat Jenderal dengan membayar biaya sebagaimana diatur dalam Undang-undang ini.
- 4) Pengalihan Hak Rahasia Dagang yang tidak dicatatkan pada Direktorat Jenderal tidak berakibat hukum pada pihak ketiga.
- 5) Pengalihan Hak Rahasia Dagang sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) diumumkan dalam Berita Resmi Rahasia Dagang.

Hak Pemilik Rahasia Dagang

Pasal 4 UURD No. 30 Tahun 2000 menerangkan bahwa Pemilik Rahasia Dagang memiliki hak untuk:

- 1) menggunakan sendiri Rahasia Dagang yang dimilikinya;
- 2) memberikan Lisensi kepada atau melarang pihak lain untuk menggunakan Rahasia Dagang atau mengungkapkan Rahasia Dagang itu kepada pihak ketiga untuk kepentingan yang bersifat komersial.

Pelanggaran dan Sanksi

Pelanggaran Rahasia Dagang terjadi apabila seseorang dengan sengaja mengungkapkan Rahasia Dagang, mengingkari kesepakatan atau mengingkari kewajiban tertulis atau tidak tertulis untuk menjaga Rahasia Dagang yang bersangkutan. Seseorang dianggap melanggar Rahasia Dagang pihak lain apabila ia memperoleh atau menguasai Rahasia Dagang tersebut dengan cara yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pasal 17 ayat 1 UURD No. 30 Tahun 2000 menyatakan bahwa:

“Barangsiapa dengan sengaja dan tanpa hak menggunakan Rahasia Dagang pihak lain atau melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 atau Pasal 14 dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 {dua} tahun dan/atau denda paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah)”.

f. Indikasi Geografis

Pembahasan tentang Indikasi Geografis diatur dalam Undang-undang Nomor 51 Tahun 2007 tentang Indikasi Geografis (UUIG). Pasal 1 ayat 1 menjelaskan bahwa Indikasi geografis adalah suatu tanda yang menunjukkan daerah asal suatu barang, yang karena faktor lingkungan geografis termasuk faktor alam, faktor manusia, atau kombinasi dari kedua faktor tersebut, memberikan ciri dan kualitas tertentu pada barang yang dihasilkan.

Pemakai Indikasi Geografis adalah Produsen yang menghasilkan barang sesuai dengan Buku Persyaratan terkait dan didaftar di Direktorat Jenderal (Pasal 1 ayat 10). Buku Persyaratan adalah suatu dokumen yang memuat informasi tentang kualitas dan karakteristik yang khas dari barang yang dapat digunakan untuk membedakan barang yang satu dengan barang lainnya yang memiliki kategori sama (Pasal 1 ayat 9).

Pasal 5 ayat 3 menyebutkan bahwa pihak yang dapat mengajukan permohonan pendaftaran indikasi geografis adalah:

- 1) Lembaga yang mewakili masyarakat di daerah yang memproduksi barang yang bersangkutan, terdiri atas:
 - a) Pihak yang mengusahakan barang yang merupakan hasil alam atau kekayaan alam;
 - b) Produsen barang hasil pertanian;
 - c) Pembuatan barang-barang kerajinan tangan atau hasil industri; atau
 - d) Perdagangan yang menjual barang tersebut.
- 2) Lembaga yang diberi wewenang untuk itu; atau
- 3) Kelompok konsumen barang tersebut.

Lingkup Indikasi Geografis

Pasal 2 ayat 1 – 5 UUIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa:

- 1) Tanda sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 1 merupakan nama tempat atau daerah maupun tanda tertentu lainnya yang menunjukkan asal tempat dihasilkannya barang yang dilindungi oleh Indikasi Geografis. Yang dimaksud dengan “tanda tertentu lainnya” adalah tanda yang berupa kata, gambar, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut. Misalnya kata “Minang” mengindikasikan daerah Sumatera Barat, gambar rumah adat Toraja mengindikasikan daerah Toraja di Sulawesi Selatan.
- 2) Barang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa hasil pertanian, produk olahan, hasil kerajinan tangan, atau barang lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1).
- 3) Tanda sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilindungi sebagai Indikasi Geografis apabila telah terdaftar dalam Daftar Umum Indikasi Geografis di Direktorat Jenderal.
- 4) Indikasi-geografis terdaptartidak dapat berubah menjadi milik umum.
- 5) Tanda sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dapat dipergunakan pada barang yang memenuhi persyaratan sebagaimana diatur dalam Buku Persyaratan.

Indikasi Geografis yang tidak Dapat Didaftar

Pasal 3 UUIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa Indikasi Geografis tidak dapat didaftar apabila tanda yang dimohonkan pendaftarannya:

- 1) Bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, moralitas agama, kesusilaan atau ketertiban umum;
- 2) Menyesatkan atau memperdaya masyarakat mengenai ciri, sifat, kualitas, asal sumber, proses pembuatan barang, dan/atau kegunaannya;
- 3) Merupakan nama geografis setempat yang telah digunakan sebagai nama varietas tanaman, dan digunakan bagi varietas tanaman yang sejenis; atau
- 4) Telah menjadi generik.

Permohonan Pendaftaran Indikasi Geografis

Pasal 5 ayat 1 – 3 UUIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa:

- 1) Permohonan diajukan secara tertulis dalam bahasa Indonesia oleh Pemohon atau melalui Kuasanya dengan mengisi formulir dalam rangkap 3 (tiga) kepada Direktorat Jenderal.
- 2) Bentuk dan isi formulir Permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan oleh Direktorat Jenderal.
- 3) Pemohon sebagaimana dimaksud pada ayat(1) terdiri atas:

- a) lembaga yang mewakili masyarakat di daerah yang memproduksi barang yang bersangkutan, terdiri atas: (1) pihak yang mengusahakan barang hasil alam atau kekayaan alam; (2) produsen barang hasil pertanian; (3) pembuat barang hasil kerajinan tangan atau barang hasil industri; atau (4) pedagang yang menjual barang tersebut;
- b) lembaga yang diberi kewenangan untuk itu; atau
- c) kelompok konsumen barang tersebut.

Pasal 6 ayat 1 – 3 UIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa:

- 1) Permohonan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 harus mencantumkan persyaratan administrasi sebagai berikut:
 - a) tanggal, bulan, dan tahun;
 - b) nama lengkap, kewarganegaraan, dan alamat Pemohon; dan
 - c) nama lengkap dan alamat Kuasa, apabila Permohonan diajukan melalui Kuasa.
- 2) Permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dilampiri:
 - a) surat kuasa khusus, apabila Permohonan diajukan melalui Kuasa;
 - b) bukti pembayaran biaya.
- 3) Permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dilengkapi dengan Buku Persyaratan yang terdiri atas:
 - a) nama Indikasi-geografis yang dimohonkan pendaftarannya;
 - b) nama barang yang dilindungi oleh Indikasi-geografis;
 - c) uraian mengenai karakteristik dan kualitas yang membedakan barang tertentu dengan barang lain yang memiliki kategori sama, dan menjelaskan tentang hubungannya dengan daerah tempat barang tersebut dihasilkan;
 - d) uraian mengenai lingkungan geografis serta faktor alam dan faktor manusia yang merupakan satu kesatuan dalam memberikan pengaruh terhadap kualitas atau karakteristik dari barang yang dihasilkan;
 - e) uraian tentang batas-batas daerah dan/atau peta wilayah yang dicakup oleh Indikasi-geografis;
 - f) uraian mengenai sejarah dan tradisi yang berhubungan dengan pemakaian Indikasi-geografis untuk menandai barang yang dihasilkan di daerah tersebut, termasuk pengakuan dari masyarakat mengenai Indikasi-geografis tersebut;
 - g) uraian yang menjelaskan tentang proses produksi, proses pengolahan, dan proses pembuatan yang digunakan sehingga memungkinkan setiap produsen di daerah tersebut untuk memproduksi, mengolah, atau membuat barang terkait;

- h) uraian mengenai metode yang digunakan untuk menguji kualitas barang yang dihasilkan; dan
- i) label yang digunakan pada barang dan memuat Indikasi-geografis.

Pemakaian Indikasi Geografis

Pasal 15 ayat 1 – 3 UUIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa:

- 1) Pihak Produsen yang berkepentingan untuk memakai Indikasi-geografis harus mendaftarkan sebagai Pemakai Indikasi Geografis ke Direktorat Jenderal dengan dikenakan biaya sesuai ketentuan yang berlaku.
- 2) Produsen sebagaimana dimaksud pada ayat (1), harus mengisi formulir pernyataan sebagaimana yang ditetapkan oleh Direktorat Jenderal dengan disertai rekomendasi dari instansi teknis yang berwenang.
- 3) Dalam jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah melengkapi persyaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Direktorat Jenderal mendaftarkan Produsen Pemakai Indikasi-geografis dalam Daftar Umum Pemakai Indikasi Geografis dan mengumumkan nama serta informasi pada Berita Resmi Indikasi Geografis.

Pengawasan Indikasi Geografis

Pasal 19 ayat 1 – 6 UUIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa:

- 1) Tim Ahli Indikasi Geografis mengorganisasikan dan memonitor pengawasan terhadap pemakaian Indikasi-geografis di wilayah Republik Indonesia.
- 2) Dalam menjalankan tugas dan fungsinya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Tim Ahli Indikasi Geografis dapat dibantu oleh Tim Teknis Pengawasan yang terdiri dari tenaga teknis di bidang barang tertentu untuk memberikan pertimbangan atau melakukan tugas pengawasan.
- 3) Tim Teknis Pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat berasal dari:
 - a) lembaga yang kompeten melaksanakan pengawasan baik di tingkat daerah/pusat; dan/atau
 - b) lembaga swasta atau lembaga pemerintah non-departemen yang diakui sebagai institusi yang kompeten
- 4) Melaksanakan inspeksi/pengawasan yang berkaitan dengan barang-barang yang dilindungi oleh Indikasi Geografis. Daftar tentang lembaga dan institusi yang telah diakui sebagaimana dimaksud pada ayat (3) harus selalu diperbaharui dan dimonitor oleh Tim Ahli Indikasi geografis.
- 5) Daftar tentang lembaga dan institusi yang telah diakui sebagaimana dimaksud pada ayat (3) harus dapat diakses masyarakat umum dan

digunakan sebagai acuan bagi Pemakai Indikasi Geografis.

- 6) Tim Teknis Pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dibentuk oleh Direktorat Jenderal atas rekomendasi Tim Ahli Indikasi-geografis.

Indikasi Geografis Dari Luar Negeri

Pasal 20 ayat 1 – 8 UUIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa:

- 1) Permohonan yang diajukan oleh Pemohon yang bertempat tinggal atau berkedudukan tetap di luar wilayah Negara Republik Indonesia wajib diajukan melalui Kuasanya di Indonesia atau melalui perwakilan diplomatik negara asal Indikasi Geografis di Indonesia.
- 2) Permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dapat didaftar apabila Indikasi Geografis tersebut telah memperoleh pengakuan dan/atau terdaftar sesuai dengan ketentuan yang berlaku di negara asalnya.
- 3) Ketentuan mengenai pemeriksaan kelengkapan persyaratan administratif Permohonan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 berlaku juga terhadap Permohonan dari luar negeri.
- 4) Dalam hal Permohonan Luar Negeri telah memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Direktorat Jenderal menetapkan keputusan bahwa Permohonan dapat disetujui untuk didaftar dan melakukan pengumuman sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1.
- 5) Direktorat Jenderal menolak Permohonan dari luar negeri dalam hal persyaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2) dan/atau ayat (3) tidak dipenuhi.
- 6) Penolakan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) diberitahukan kepada Pemohon melalui Kuasanya atau perwakilan diplomatiknnya di Indonesia dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal keputusan penolakan tersebut.
- 7) Ketentuan mengenai tata cara pengumuman, keberatan dan sanggahan serta permohonan banding dalam Peraturan Pemerintah ini, berlaku secara *mutatis mutandis* terhadap permohonan dari luar negeri.
- 8) Permohonan dari luar negeri yang didaftar diberi perlindungan sesuai dengan ketentuan di dalam Peraturan Pemerintah ini.

Jangka Waktu Perlindungan Indikasi Geografis

Indikasi Geografis dilindungi selama karakteristik khas dan kualitas yang menjadi dasar bagi diberikannya perlindungan atas Indikasi Geografis tersebut masih ada. Pasal 23 ayat 1 – 8 UUIG Nomor 51 Tahun 2007 menerangkan bahwa:

- 1) Setiap pihak, termasuk Tim Ahli Indikasi-geografis dapat menyampaikan kepada Direktorat Jenderal hasil pengamatan bahwa karakteristik khas dan/atau kualitas yang menjadi dasar bagi diberikannya perlindungan atas Indikasi-geografis telah tidak ada.
- 2) Dalam hal hasil pengamatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bukan berasal dari Tim Ahli Indikasi Geografis, Direktorat Jenderal meneruskan hasil pengamatan tersebut kepada Tim Ahli Indikasi Geografis dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak diterimanya hasil pengamatan tersebut.
- 3) Dalam waktu 6 (enam) bulan terhitung sejak diterimanya hasil pengamatan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Tim Ahli Indikasi Geografis melakukan pemeriksaan dan memberitahukan hasil keputusannya serta langkah-langkah yang harus dilakukan kepada Direktorat Jenderal.
- 4) Dalam waktu 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak diterimanya hasil keputusan sebagaimana dimaksud pada ayat (3), Direktorat Jenderal mempertimbangkan hasil keputusan Tim Ahli Indikasi Geografis tersebut dan tindakan-tindakan yang harus dilakukan, termasuk untuk membatalkan Indikasi Geografis.
- 5) Dalam hal Direktorat Jenderal memberikan keputusan pembatalan terhadap Indikasi Geografis, Direktorat Jenderal memberitahukan secara tertulis kepada Pemohon atau Kuasanya dan kepada seluruh Pemakai Indikasi Geografis sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ayat (3), atau melalui Kuasanya dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari terhitung sejak diterimanya keputusan tersebut.
- 6) Dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak diputuskannya hasil pembatalan sebagaimana dimaksud pada ayat (5), Direktorat Jenderal mengumumkan keputusan tersebut dalam Berita Resmi Indikasi Geografis.
- 7) Pengumuman sebagaimana dimaksud pada ayat (6) harus menyatakan pembatalan Indikasi Geografis dan berakhirnya pemakaian Indikasi-geografis oleh para Pemakai Indikasi Geografis.
- 8) Keberatan terhadap pembatalan Indikasi Geografis sebagaimana dimaksud pada ayat (5) dapat diajukan kepada Pengadilan Niaga paling lama 3 (tiga) bulan terhitung sejak diterimanya keputusan pembatalan tersebut.

Pelanggaran dan Sanksi

- 1) Pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) bagi siapa saja yang dengan sengaja dan tanpa hak menggunakan tanda yang sama pada keseluruhan

dengan Indikasi Geografis milik pihak lain untuk barang yang sama atau sejenis barang yang terdaftar (Pasal 92 ayat (1) UUM);

- 2) Pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 800.000.000,00 (delapan ratus juta rupiah) bagi siapa saja yang dengan sengaja dan tanpa hak menggunakan tanda yang sama sama pada pokoknya dengan indikasi geografis milik pihak lain untuk barang yang sama atau sejenis dengan barang yang terdaftar (Pasal 92 ayat (2) UUM);
- 3) Pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 800.000.000,00 (delapan ratus juta rupiah) bagi siapa saja yang dengan sengaja dan tanpa hak menggunakan tanda hak menggunakan tanda yang dilindungi berdasarkan indikasi asal pada barang atau jasa sehingga dapat memperdaya atau menyesatkan masyarakat mengenai asal barang atau jasa tersebut (Pasal 93 UUM).

B. Sistem HKI

Sistem HKI merupakan hak privat (private rights), yang merupakan ciri khas HKI. Hak eksklusif yang diberikan negara kepada individu pelaku HKI (inventor, pencipta, pendesain dan sebagainya) tiada lain dimaksudkan sebagai penghargaan atas hasil karya atau kreativitasnya. Sistem HKI menunjang diadakannya sistem dokumentasi yang baik atas segala bentuk kreativitas manusia, sehingga duplikasi karya/kreativitas dapat dihindarkan.

HKI sering menjadi topik yang kontroversial dalam Hukum Persaingan karena hak monopoli yang diberikannya adalah legal sesuai dengan ketentuan Undang-undang HKI memberikan beberapa-beberapa nilai ekonomi pada pemilik atau penemunya, yaitu:

1. sebagai hak milik yang bersifat alamiah atau natural;
2. sebagai insentif dimana penemu atau pemilik berhak menerima kompensasi sebagai keberhasilan usaha mereka yang menguntungkan konsumen;
3. sebagai kelanjutan insentif dimana penemu atau pemilik akan terus melakukan penemuan atau peningkatan terhadap temuan awalnya.

HKI merupakan benda yang bersifat tidak berwujud, sehingga perlu mendapat perlindungan hukum. Kalau tidak dilindungi, maka penumpang gelap (free rider) akan menggunakan kesempatan untuk menikmati hasil temuannya tanpa perlu mengeluarkan biaya. Oleh sebab itu, pencegahan dapat dilakukan dengan jalan:

1. memberikan hak yang dilakukan oleh pemerintah maupun peraturan perundang-undangan;

2. menjamin hak para penemu untuk melindungi penemuannya, kebebasan untuk menjual, menyewakan temuan atau haknya, termasuk menikmati keuntungan yang bersifat eksklusif.

Dalam hal ini, HKI mengadopsi pilihan yang kedua karena diberikan ijin untuk melindungi temuannya sebagaimana hak milik yang dapat diperlakukan sebagai produk dengan mempertimbangkan adanya permintaan dan penawaran selayaknya hukum pasar. Pada umumnya, penggunaan ijin atau kepemilikan HAKI bukanlah berarti secara absolut melanggar Hukum Persaingan, tetapi diprediksi hak kepemilikannya dapat menjadi masalah bila tidak diatur dengan baik dan benar. Kemungkinan terjadinya pelanggaran ini dapat terjadi melalui:

1. Bila HAKI didapatkan hanya dalam bidang tertentu, maka dapat berakibat pada upaya memonopoli;
2. Pemberian hak paten dapat saja menghambat persaingan bila dipergunakan dengan cara yang tidak benar dan disalahgunakan, maka dapat mengakibatkan timbulnya hambatan dan diskriminasi (yang dilarang dalam Hukum Persaingan);
3. Pelaku usaha pesaing dapat secara tidak benar atau dengan sengaja melakukan apa yang disebut dengan “pool” (mengumpulkan) paten/HKI.

Oleh sebab itu, meskipun kepemilikan mutlak yang mendekati monopoli yang diijinkan, tetapi pembatasan tetap dibutuhkan. Pembatasan HKI dapat dilakukan melalui jalan:

1. Hak yang diberikan; UU HKI tidak memberikan kepada penemu atau pemilik HKI kepemilikan yang mutlak, tetapi memberikan beberapa hak tertentu, misalnya pemilik paten dapat membatasi orang lain untuk membuat, menggunakan atau menjualnya;
2. Ruang Lingkup: HKI hanya melindungi bagian tertentu dari penemuan, seperti hak paten hanya memberikan perlindungan kepada paten yang diajukan atau didaftarkan;
3. Waktu: HKI memberikan batasan waktu dan akan berakhir setelah periode tertentu (hak paten dan hak cipta) atau bila timbulnya keadaan tertentu (merek atau hak cipta).

HKI yang legal dan sah dapat dijadikan alasan pembenaran bila pasar yang diduga dimonopoli tersebut didukung oleh HKI yang sah pula. Dalam beberapa keadaan, tujuan kepemilikan HKI akan sangat menentukan. Di samping itu, pemberian ijin untuk menjual oleh pemilik HKI kepada pihak lain untuk menggunakan HKI dianggap efisien dan mengurangi upaya monopolisasi HKI. Tetapi bila tidak hati-hati, maka pemberian hak atau ijin yang tertuang

dalam perjanjian dapat dikategorikan sebagai tindakan yang menghambat persaingan karena memberikan para pihak keuntungan ekonomi.

Dengan kata lain, pembatasan mutlak diperlukan untuk menghindari penyalahgunaan. Pembatasan dapat dilakukan dengan jalan pembatasan pada pemilik HKI dimana pihak yang membeli HKI (terutama paten) dapat menjual kembali tanpa berarti melanggar HKI karena pemilik dianggap telah menikmati hak monopolinya sebelum menjualnya. Adanya pembatasan dalam perjanjian penetapan harga jual kembali antara pemilik HAKI dan pembeli atau penerima haruslah dibatasi, meskipun rasionalnya sudah tentu pemilik HKI berkeinginan untuk membatasi persaingan dengan penerima atau pembeli. Di samping itu, antara pemilik dan pembeli atau penerima HKI (hak paten) sudah tentu dilarang untuk melakukan perjanjian penetapan harga, membagi wilayah atau melakukan boikot, serta tidak dapat melakukan perjanjian yang bersifat eksklusif di antara mereka.

Hal lain yang berkaitan antara HKI dengan Undang-undang Hukum Persaingan adalah mengenai apa yang disebut dengan "grant back clauses" (kewajiban untuk tetap menjual hak paten yang akan ditingkatkan atau diperbaharui kepada satu pihak saja) atau akumulasi dari Hak Paten. Hal ini dianggap sebagai pelanggaran hukum persaingan karena adanya upaya untuk memperpanjang atau memperluas monopoli dalam Hak Paten tersebut. Di samping itu, HKI juga dapat berakibat pada kemungkinan terjadinya perjanjian eksklusif antara pemilik HKI dengan para distributor yang setuju untuk tidak menjual produk mereka yang dianggap bersaing dengan produk lain, sehingga dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan hak paten. Kemungkinan lain adalah terjadinya Perjanjian Tertutup dimana penerima hak paten tidak dapat memperluas hak monopolinya dengan memaksa pelanggan untuk membeli produk yang tidak mempunyai paten ketika mereka menginginkan justru sebaliknya. Di samping itu, apa yang disebut dengan "block booking" yaitu dimana penerima atau pembeli Hak Paten dipaksa untuk membeli beberapa Hak Paten padahal yang dibutuhkannya hanya satu. Dengan melihat begitu, banyak kompleksitas yang dapat timbul dari hubungan antara HKI dan pengecualian, maka pengecualian yang ditetapkan dalam Undang-undang Hukum Persaingan harus diberikan pedoman yang jelas.

Oleh sebab itu, dalam menentukan bagaimana HKI dapat diberikan pengecualian dalam Undang-undang hukum persaingan haruslah dengan tetap mempertimbangkan bahwa pengecualian ini tidak bersifat mutlak. Perlu juga dipastikan bahwa HKI yang mempunyai sifat alamiah diberikan hak monopoli tidak dipergunakan justru sebagai cara atau alat untuk mempertahankan atau memperluas pasar yang memang sudah dimonopoli atau bahkan memperkuat

posisi dominannya.

Pada bulan Mei 2009, KPPU mengeluarkan Peraturan Komisi No. 2 Tahun 2009 dan Pedoman Tentang Ketentuan pasal 50 Huruf B UU No. 5 Tahun 1999 mengenai Pengecualian Perjanjian HAKI.

KPPU menjelaskan dalam Pedoman bahwa ada tiga hal yang perlu diperdalam dari rumusan Pasal 50 huruf b tersebut. *Pertama*, penyebutan istilah 'lisensi' yang diikuti dengan istilah 'paten, merek dagang, hak cipta dan seterusnya' seolah-olah menempatkan lisensi sebagai salah satu jenis hak dalam rezim hukum HKI, padahal sesungguhnya tidaklah demikian adanya. Lisensi adalah salah satu jenis perjanjian dalam lingkup rezim hukum HKI yang dapat diaplikasikan di semua jenis hak dalam rezim hukum HKI.

Kedua, penggunaan istilah merek dagang yang seolah-olah mengesampingkan merek jasa. Istilah 'merek dagang' dalam pasal tersebut digunakan sebagai padanan dari bahasa Inggris trademark. Namun yang dimaksud istilah tersebut adalah mencakup merek dagang dan merek jasa. *Ketiga*, istilah 'rangkaian elektronik terpadu' bukanlah salah satu jenis hak yang terdapat dalam rezim HKI. Jenis hak yang benar adalah hak atas desain tata letak sirkuit terpadu.

Oleh sebab itu, KPPU dalam Pedomannya menyatakan bahwa Pasal 50 huruf b menjelaskan: *Pertama*, bahwa perjanjian yang berkaitan dengan hak kekayaan intelektual yang dimaksud dalam pasal tersebut adalah perjanjian lisensi yang berada dalam lingkup hak paten, hak merek, hak cipta, hak desain industri, hak desain tata letak sirkuit terpadu, dan hak rahasia dagang. *Kedua*, bahwa istilah 'merek dagang' hendaknya dimaknai sebagai merek yang mencakup merek dagang dan merek jasa. *Ketiga*, bahwa istilah 'rangkaian elektronik terpadu' hendaknya dimaknai sebagai Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Hukum Persaingan dan HKI dianggap sebagai ketentuan hukum yang bersifat komplementer atau saling mengisi untuk keharmonisan sistem hukum nasional Indonesia. Kesamaan yang dimiliki oleh kedua rezim hukum tersebut diantaranya ialah pada tujuannya, yaitu untuk memajukan sistem perekonomian nasional di era perdagangan bebas dan globalisasi, mendorong inovasi dan kreatifitas, serta untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat. Meski pada kenyataannya HKI dapat memberikan hak eksklusifitas (bahkan memonopoli) sebagai insentif dari penemuan HKI tersebut.

Di samping itu, yang mungkin terjadi sebagaimana dijelaskan dalam Pedoman KPPU adalah: *Pertama*, pemusatan kekuatan ekonomi dapat terjadi ketika pemegang hak menjadi satu-satunya pihak yang mengadakan usaha untuk itu atau ketika pemegang hak hanya menunjuk perusahaan tertentu saja

sebagai penerima lisensi. Kedua, penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran dapat terjadi ketika barang dan/atau jasa tersebut hanya dibuat dan/atau dipasarkan oleh pemegang hak dan penerima lisensinya. Ketiga, persaingan usaha tidak sehat dapat terjadi ketika kegiatan usaha pemegang hak dan/atau penerima lisensi dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Keempat, kerugian terhadap kepentingan umum dapat terjadi ketika kegiatan usaha pemegang hak dan/atau penerima lisensi dipandang dapat mencederai kepentingan orang banyak. Namun demikian, untuk dapat efektif melakukan praktik monopoli pemegang hak harus secara aktif melakukan upaya hukum terhadap para pelaku pelanggaran HKI yang dianggap mencederai hak eksklusifnya.

Berdasarkan asas dan tujuan diatur dalam Pasal 2 dan Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1999, maka asas yang dimaksud ialah bahwa pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum. Sedangkan tujuan yang dimaksud adalah:

1. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
2. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat, sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
3. mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
4. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Dengan demikian pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf b harus dimaknai secara selaras dan tidak boleh bertentangan dengan ketentuan dalam asas dan tujuan yang diatur dalam Pasal 2 dan 3 Undang-Undang Persaingan Usaha.

C. Badan HKI dan Kedudukannya di Dunia Internasional

Dimasukkannya TRIPS (*Trade Related Intellectual Property Rights*) dalam paket persetujuan WTO pada tahun 1994, menandakan dimulainya era baru perkembangan HKI di seluruh dunia. Dengan demikian permasalahan HKI tidak dapat dilepaskan dari dunia perdagangan dan investasi.

Pentingnya HKI dalam pembangunan ekonomi dan perdagangan telah memacu dimulainya era baru, yaitu *knowledge based society*.

World Intellectual Property Organization (WIPO) adalah suatu badan khusus PBB yang mengurus HKI, dan Indonesia termasuk salah satu anggotanya dengan diratifikasinya *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* dan *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*.

Paris Convention telah diratifikasi oleh Indonesia melalui Keputusan Presiden Nomor 24 tahun 1979. Kemudian dilakukan perubahan melalui Keputusan Presiden Nomor 15 tahun 1997 tentang pengesahan Paris Convention for the Protection of Industrial Property dan Conventions Establishing The World Intellectual Property Organization.

D. Sejarah Sistem Perlindungan HKI di Indonesia

Secara historis, peraturan perundangan di bidang HKI di Indonesia telah ada sejak tahun 1840-an:

1. Tahun 1844, Pemerintah Kolonial Belanda memperkenalkan UU pertama mengenai perlindungan HKI, yaitu:
 - UU Merek (1885)
 - UU Paten (1910), dan
 - UU Hak cipta (1912)
2. Tahun 1888, Indonesia (*Netherlands East-Indies*) menjadi anggota *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*.
3. Tahun 1893 – 1936 menjadi anggota *Madrid Convention*.
4. Tahun 1914 menjadi anggota *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*.
5. Zaman pendudukan Jepang (1942-1945) semua peraturan perundang-undangan di bidang HKI tersebut tetap berlaku.
6. Sejak kemerdekaan RI 1945, seluruh peraturan perundangan peninggalan kolonial Belanda tetap berlaku selama tidak bertentangan dengan UUD 1945, seperti UU Hak Cipta dan UU Merek.
7. Tahun 1953 Menteri Kehakiman mengeluarkan Pengumuman Menteri Kehakiman No. J.S. 5/41/4, tentang pengajuan sementara permintaan paten dalam negeri, dan No. J.G. 1/2/17 tentang pengajuan sementara permintaan paten luar negeri.
8. Tanggal 11 Oktober 1961 Pemerintah Indonesia mengundangkan UU No. 21 tahun 1961 tentang Merek Perusahaan dan Merek Perniagaan sebagai pengganti UU Merek kolonial Belanda, yang mulai berlaku 11 November 1961.

9. Berdasarkan Keppres No. 24 tahun 1979, tanggal 10 Mei 1979, Indonesia meratifikasi Konvensi Paris.
10. Tanggal 12 April 1982, Pemerintah mengesahkan UU No. 6 tahun 1982 tentang Hak Cipta (UU Hak Cipta 1982).
11. Tanggal 23 Juli 1986, Presiden RI membentuk tim khusus bidang HKI melalui Keppres No. 34/1986 (dikenal dengan Tim Keppres 34).
12. Tanggal 19 September 1987 Pemerintah mengesahkan UU No. 7 tahun 1987 sebagai perubahan atas UU No. 12 tahun 1982 tentang Hak Cipta.
13. Keppres No. 32 Tahun 1988 menetapkan pembentukan Dirjen Hak Cipta, Paten dan Merek.
14. Tanggal 13 Oktober 1989, DPR menyetujui RUU tentang Paten, yang disahkan menjadi UU No. 6 Tahun 1989 (UU Paten 1989) oleh Presiden RI pada tanggal 1 November 1989, yang mulai berlaku 1 Agustus 1991.
15. Tanggal 28 Agustus 1992 Pemerintah RI mengesahkan UU No. 19 tahun 1992 tentang Merek (UU Merek 1992), yang mulai berlaku 1 April 1993 sebagai pengganti UU Merek 1961.
16. Tanggal 15 April 1994 Pemerintah RI menandatangani TRIPS.
17. Tahun 1997, Pemerintah RI merevisi perangkat peraturan UU bidang HKI, yaitu, UU Hak Cipta 1987 jo. UU no. 6 tahun 1982, UU Paten 1989 dan UU Merek 1992.
18. Tahun 2000, disahkan UU No. 30 tentang Rahasia Dagang, UU No. 31 tentang Desain Industri dan UU No. 32 tentang Desain Tata letak Sirkuit Terpadu.
19. Tahun 2001 Pemerintah RI mengesahkan UU No. 14 tentang Paten, UU NO. 15 tentang Merek, menggantikan UU yang lama.
20. Tahun 2002 disahkan UU No. 19 tentang Hak Cipta menggantikan UU yang lama dan berlaku efektif satu tahun sejak diundangkannya.

E. Perjanjian-perjanjian Terkait HKI

Perjanjian-perjanjian terkait HKI meliputi; 1) perjanjian lisensi; 2) perjanjian waralaba; 3) perjanjian penetapan standar teknis produk barang atau jasa; 4) perjanjian keagenan barang atau jasa; 5) perjanjian kerja sama penelitian; 6) perjanjian internasional; dan 7) perjanjian dan atau kebutuhan yang bertujuan ekspor.

1. Perjanjian Lisensi

Perjanjian lisensi adalah perjanjian antara dua pihak atau lebih, yang mana satu pihak yaitu pemegang hak bertindak sebagai pihak yang memberikan

lisensi, sedangkan pihak yang lain bertindak sebagai pihak yang menerima lisensi. Pengertian lisensi itu sendiri adalah izin untuk menikmati manfaat ekonomi dari suatu obyek yang dilindungi HKI untuk jangka waktu tertentu. Sebagai imbalan atas pemberian lisensi tersebut, penerima lisensi wajib membayar royalti dalam jumlah tertentu dan untuk jangka waktu tertentu. Mengingat hak ekonomis yang terkandung dalam setiap hak eksklusif adalah banyak macamnya, maka perjanjian lisensi pun dapat memiliki banyak variasi. Ada perjanjian lisensi yang memberikan izin kepada penerima lisensi untuk menikmati seluruh hak eksklusif yang ada, tetapi ada pula perjanjian lisensi yang hanya memberikan izin untuk sebagian hak eksklusif saja, misalnya lisensi untuk produksi saja, atau lisensi untuk penjualan saja.

Perjanjian lisensi harus dibuat secara tertulis dan harus ditandatangani oleh kedua pihak. Perjanjian lisensi sekurang-kurangnya memuat informasi tentang:

- a. tanggal, bulan dan tahun tempat dibuatnya perjanjian lisensi;
- b. nama dan alamat lengkap serta tanda tangan para pihak yang mengadakan perjanjian lisensi;
- c. obyek perjanjian lisensi;
- d. jangka waktu perjanjian lisensi;
- e. dapat atau tidaknya jangka waktu perjanjian lisensi diperpanjang; (1) pelaksanaan lisensi untuk seluruh atau sebagian dari hak eksklusif; (2) jumlah royalti dan pembayarannya;
- f. dapat atau tidaknya penerima lisensi memberikan lisensi lebih lanjut kepada pihak ketiga;
- g. batas wilayah berlakunya perjanjian lisensi apabila diperjanjikan; dan
- h. dapat atau tidaknya pemberi lisensi melaksanakan sendiri karya yang telah dilisensikan.

Sesuai dengan ketentuan dalam paket Undang-Undang tentang HKI, maka suatu perjanjian lisensi wajib dicatatkan pada Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual yang kemudian dimuat dalam Daftar Umum dengan membayar biaya yang besarnya ditetapkan dengan Keputusan Menteri. Namun, jika perjanjian lisensi tidak dicatatkan, maka perjanjian lisensi tidak mempunyai akibat hukum terhadap pihak ketiga, yang dengan sendirinya tidak termasuk kategori pengecualian, sebagaimana dimaksud dalam pedoman ini.

Perjanjian lisensi dapat dibuat secara khusus, misalnya tidak bersifat eksklusif. Apabila dimaksudkan demikian, maka hal tersebut harus secara tegas dinyatakan dalam perjanjian lisensi. Jika tidak, maka perjanjian lisensi dianggap tidak memakai syarat non eksklusif. Oleh karenanya pemegang hak atau

pemberi lisensi pada dasarnya masih boleh melaksanakan sendiri apa yang dilisensikannya atau memberi lisensi yang sama kepada pihak ketiga yang lain.

Perjanjian lisensi dilarang memuat ketentuan yang langsung maupun tidak langsung dapat menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat pembatasan yang menghambat kemampuan bangsa Indonesia dalam menguasai dan mengembangkan teknologi pada umumnya (referensi Undang-undang Paten). Pendaftaran dan permintaan pencatatan perjanjian lisensi yang memuat ketentuan atau memuat hal yang demikian harus ditolak oleh Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual.

Berdasarkan penjelasan tersebut, setiap orang hendaknya memandang bahwa perjanjian lisensi yang dimaksud dalam Pasal 50 huruf b adalah perjanjian lisensi yang telah sesuai dengan persyaratan yang ditentukan dalam ketentuan hukum HKI. Perjanjian lisensi yang belum memenuhi persyaratan tidak masuk dalam pengertian perjanjian yang dikecualikan dari ketentuan hukum persaingan usaha.

Oleh karena itu, agar ketentuan 'pengecualian' tersebut selaras dengan asas dan tujuan pembentukan undang-undang persaingan usaha, maka setiap orang hendaknya memandang ketentuan 'pengecualian' tersebut tidak secara harfiah atau sebagai pembebasan mutlak dari segenap larangan yang ada. Setiap orang hendaknya memandang 'pengecualian' tersebut dalam konteks sebagai berikut:

- a. Bahwa perjanjian lisensi HKI tidak secara otomatis melahirkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
- b. Bahwa praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang timbul akibat pelaksanaan perjanjian lisensi adalah kondisi yang hendak dicegah melalui hukum persaingan usaha;
- c. Bahwa untuk memberlakukan hukum persaingan usaha terhadap pelaksanaan perjanjian lisensi HKI haruslah dibuktikan: (1) perjanjian lisensi HKI tersebut telah sesuai dengan persyaratan yang ditetapkan dalam perundang-undangan HKI, dan (2) adanya kondisi yang secara nyata menunjukkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
- d. Bahwa pengecualian dari ketentuan hukum persaingan usaha terhadap perjanjian lisensi HKI hanya diberlakukan dalam hal perjanjian lisensi HKI yang bersangkutan tidak menampakkan secara jelas sifat anti persaingan usaha.

Dalam konteks tersebut, maka langkah-langkah yang dilakukan untuk menganalisis apakah suatu perjanjian lisensi merupakan pengecualian yang

dikecualikan adalah sebagai berikut:

- a. sebelum diperiksa lebih lanjut perlu diperjelas mengenai hal yang akan dianalisa mengenai kemungkinan penerapan pengecualian Pasal 50 huruf b. Apabila yang menjadi masalah ialah penolakan untuk memberikan lisensi dan bukan lisensi itu sendiri, maka perlu dianalisa HKI yang dimintakan lisensinya dapat dikategorikan merupakan prasarana yang sangat penting (*essential facilities*). Apabila tidak termasuk kategori *essential facilities*, maka pengecualian dapat diberikan. Namun sebaliknya, apabila termasuk kategori *essential facilities*, maka tidak dapat diberikan pengecualian, sehingga ditindaklanjuti mengenai kemungkinan pelanggaran UU No.5 Tahun 1999.
- b. hal yang perlu diperiksa adalah apakah perjanjian yang menjadi pokok permasalahan adalah perjanjian lisensi HKI. Apabila perjanjian tersebut bukan perjanjian lisensi HKI, maka pengecualian tidak berlaku.
- c. perlu diperiksa apakah perjanjian lisensi HKI tersebut telah memenuhi persyaratan menurut Undang-Undang, yaitu berupa pencatatan di Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual. Apabila perjanjian lisensi HKI tersebut belum dicatatkan, maka pengecualian tidak berlaku.
- d. perlu diperiksa apakah dalam perjanjian lisensi HKI tersebut terdapat klausul-klausul yang secara jelas mengandung sifat anti persaingan. Apabila indikasi yang jelas tidak ditemukan, maka terhadap perjanjian lisensi HKI tersebut berlaku pengecualian dari ketentuan-ketentuan hukum persaingan usaha.

Hal yang perlu dianalisis dari suatu perjanjian lisensi HKI untuk mendapat kejelasan mengenai ada tidaknya sifat anti persaingan adalah klausul yang terkait dengan kesepakatan eksklusif (*exclusive dealing*). Dalam pedoman ini, perjanjian lisensi HKI yang dipandang mengandung unsur kesepakatan eksklusif adalah yang di antaranya mengandung klausul mengenai:

- a. Penghimpunan Lisensi (*Pooling Licensing*) dan Lisensi Silang (*Cross Licensing*);
- b. Pengikatan Produk (*Tying Arrangement*);
- c. Pembatasan dalam bahan baku;
- d. Pembatasan dalam produksi dan penjualan;
- e. Pembatasan dalam harga penjualan dan harga jual kembali;
- f. Lisensi Kembali (*Grant Back*).

Penting diperhatikan, bahwa adanya satu atau lebih dari satu unsur di atas dalam suatu perjanjian lisensi HKI tidaklah menunjukkan bahwa perjanjian lisensi HKI tersebut secara serta merta memiliki sifat anti persaingan. Harus

ada kondisi tertentu yang harus diperiksa dari masing-masing klausul tersebut untuk menentukan apakah klausul tersebut mengandung sifat anti persaingan.

Lebih lanjut, berikut ini diuraikan hal-hal yang perlu dipertimbangkan dalam menganalisa suatu klausul kesepakatan eksklusif, sebagai berikut:

a. Penghimpunan Lisensi (*Pooling Licensing*) dan Lisensi Silang (*Cross Licensing*)

Penghimpunan Lisensi merupakan tindakan para pelaku usaha untuk saling bekerjasama dengan para mitra usahanya untuk menghimpun lisensi HKI terkait komponen produk tertentu. Sedangkan, Lisensi Silang merupakan tindakan saling melisensikan HKI antar para pelaku usaha dengan mitranya. Biasanya hal tersebut dilakukan dalam kegiatan Research and Development (R&D). Dengan melakukan Penghimpunan Lisensi dan/atau Lisensi Silang para pelaku usaha dapat mengurangi biaya transaksi (*transaction cost*) hak eksklusif yang pada akhirnya membuat produk yang dihasilkan menjadi lebih murah.

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai penghimpunan lisensi dan lisensi silang bersifat anti persaingan usaha atau tidak, maka setiap pihak hendaknya memandang bahwa pemberi lisensi (*licensor*) pada prinsipnya dapat melakukan penghimpunan lisensi dan lisensi silang untuk mengefisiensikan kegiatan usahanya. Namun demikian, apabila dari tindakan tersebut membuat produksi atau pemasaran terhadap suatu produk dikuasai secara dominan oleh suatu pelaku usaha, maka pelaku usaha lain sulit untuk bersaing secara efektif, dan klausul tersebut dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

b. Pengikatan Produk (*Tying Arrangement*)

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pengikatan produk bersifat anti persaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa *licensor* pada prinsipnya dapat menggabungkan dua atau lebih produknya yang telah dilindungi HKI untuk diperdagangkan kepada masyarakat. Namun demikian, konsumen tetaplah harus diberikan pilihan untuk membeli salah satu produk saja. Oleh karena itu, klausul yang mengatur tentang penggabungan produk yang disertai dengan keharusan bagi penerima lisensi untuk menjual produk tersebut sebagai satu kesatuan kepada konsumen, sehingga konsumen tidak dapat membeli salah satu produk saja, maka dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

c. Pembatasan dalam bahan baku

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan bahan baku bersifat anti persaingan usaha atau tidak, maka setiap pihak hendak-

nya memandang bahwa pemberi lisensi (*licensor*) pada prinsipnya dapat memberikan pembatasan kepada penerima lisensi (*licensee*) mengenai kualitas bahan baku yang digunakan. Hal ini dipandang perlu untuk memaksimalkan fungsi teknologi, menjaga keselamatan, dan untuk mencegah bocornya rahasia. Meski demikian, setiap pihak hendaknya memahami bahwa pembatasan terhadap sumber penyedia bahan baku dapat mengakibatkan tidak adanya kebebasan bagi licensee untuk memilih kualitas bahan baku dan pemasok (*supplier*) bahan baku; yang pada akhirnya dapat membuat pelaksanaan perjanjian lisensi tersebut justru tidak efisien secara ekonomi.

Selain itu, pembatasan tersebut juga dapat merugikan perusahaan-perusahaan yang menyediakan bahan baku, karena menghambat akses ke pasar tersebut. Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat kewajiban licensee untuk menggunakan bahan baku dari sumber yang ditentukan oleh licensor secara eksklusif. Padahal bahan baku serupa telah tersedia di dalam negeri dalam jumlah dan harga yang memadai serta dengan kualitas yang sama, dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan dalam proses produksi bersifat anti persaingan usaha atau tidak, maka setiap pihak hendaknya memandang bahwa pada prinsipnya licensor dapat memberikan pembatasan bagi licensee dalam hal proses produksi atau penjualan produk yang bersaing dengan produk milik licensor. Dalam hal pembatasan tersebut dibuat berdasarkan maksud untuk menjaga kerahasiaan *know how*, atau untuk mencegah penggunaan teknologi secara tidak sah, maka pembatasan tersebut dapat dianggap tidak termasuk mengganggu persaingan usaha. Namun bila pembatasan tersebut akan menghambat licensee dalam menggunakan teknologi secara efektif, maka pembatasan tersebut dapat menghilangkan para pesaing dari kesempatan dalam perdagangan. Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat pembatasan dalam hal proses produksi atau penjualan produk yang bersaing dengan produk milik licensor, sehingga menghambat licensee dalam menggunakan teknologi secara efektif, dan dapat dipandang sebagai klausul yang secara jelas bersifat anti persaingan usaha.

d. Pembatasan dalam produksi dan penjualan

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan dalam penjualan bersifat anti persaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa pada prinsipnya licensor dapat menetapkan pembatasan terhadap wilayah atau jumlah produk yang diproduksi

dengan menggunakan teknologi milik licensee yang boleh dipasarkan. Meski demikian, setiap pihak pun hendaknya memahami bahwa jika pembatasan tersebut membuat licensee tidak dapat melakukan inovasi teknologi, maka hal tersebut dapat membuat pengembangan produk menjadi tidak efisien. Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat pembatasan wilayah dan jumlah produk yang dapat dipasarkan yang terbukti menghambat licensee dalam melakukan inovasi teknologi, sehingga pengembangan produk menjadi tidak efisien, dan dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

e. Pembatasan dalam harga penjualan dan harga jual kembali

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan harga jual dan harga jual kembali bersifat anti persaingan usaha atau tidak, maka setiap pihak hendaknya memandang bahwa licensor dapat menentukan pada tingkat harga berapa produknya dapat dipasarkan sesuai dengan rasionalitas investasi dari produk yang bersangkutan. Meski demikian, setiap pihak hendaknya memahami bahwa pembatasan harga tersebut dapat mengakibatkan pembatasan persaingan kegiatan bisnis antara licensee dan distributor yang akan berdampak pada berkurangnya persaingan, yang pada akhirnya hal tersebut dapat membuat pengembangan produk menjadi tidak efisien. Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat pembatasan harga jual dan harga jual kembali dengan cara menetapkan harga bawah, dan dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

f. Lisensi Kembali (*Grant Back*)

Lisensi kembali merupakan salah satu ketentuan dalam suatu perjanjian lisensi dimana penerima lisensi disyaratkan untuk selalu membuka dan mentransfer informasi kepada pemberi lisensi mengenai seluruh perbaikan dan pengembangan yang dibuat terhadap produk yang dilisensikan, termasuk di dalamnya *know how* terkait pengembangan tersebut. Dalam menganalisis apakah klausul mengenai lisensi kembali bersifat anti persaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa tindakan ini menghalangi penerima lisensi untuk memperoleh kemajuan dalam penguasaan teknologi dan mengandung setiap pihak hendaknya memandang bahwa tindakan ini menghalangi penerima lisensi untuk memperoleh kemajuan dalam penguasaan teknologi dan mengandung unsur ketidakadilan karena melegitimasi pemberi lisensi untuk selalu memiliki hak atas suatu karya intelektual yang tidak dihasilkannya sendiri. Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat kewajiban lisensi kembali (*Grant back*), dan dapat dipandang sebagai klausul yang

jelas bersifat anti persaingan usaha.

Pedoman KPPU juga memuat beberapa tolak ukur untuk memastikan penerapan Pasal 50 huruf b dengan menjawab beberapa pertanyaan sebagai berikut:

- a. Apakah telah terdapat kesepakatan atau merupakan bentuk penolakan untuk memberikan lisensi (refusal to license)?

Sebelum diperiksa lebih lanjut perlu diperjelas mengenai hal yang akan dianalisa mengenai kemungkinan penerapan pengecualian Pasal 50 Huruf b. Apabila yang menjadi masalah adalah penolakan untuk memberikan lisensi, dan bukan lisensi itu sendiri, maka perlu dianalisa HKI yang dimintakan lisensinya dapat dikategorikan merupakan prasarana yang sangat penting (essential facilities). Apabila tidak termasuk kategori essential facilities, maka pengecualian dapat diberikan. Namun sebaliknya, apabila termasuk kategori essential facilities, maka tidak dapat diberikan pengecualian, sehingga ditindaklanjuti mengenai kemungkinan pelanggaran UU No.5 Tahun 1999.

- b. Apakah hal yang ingin dikecualikan berbentuk perjanjian lisensi?

Pengecualian Pasal 50 huruf b hanya dapat diberikan kepada perjanjian lisensi, sedangkan hal-hal lain yang terkait dengan HKI, maka pengecualian tidak dapat diterapkan, sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

- c. Apakah perjanjian lisensi tersebut telah didaftarkan pada pihak yang berwenang (Dirjen HKI)?

Sebagaimana diketahui perjanjian lisensi seharusnya dicatatkan di Dirjen HKI, bahkan pada ketentuan terkait Hak Cipta dapat berpengaruh pada pihak ketiga (Pasal 47 ayat (2) Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta). Pada prinsipnya dalam beberapa ketentuan peraturan perundangan terkait HKI telah melarang adanya ketentuan yang menyebabkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Pasal 47 ayat (1) Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta (UU Hak Cipta) menyebutkan: "Perjanjian Lisensi dilarang memuat ketentuan yang dapat menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat ketentuan yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku".

Pasal 71 ayat (1) Undang-undang Nomor 14 Tahun 2002 Tentang Paten (UU Paten) menyebutkan Perjanjian Lisensi tidak boleh memuat ketentuan, baik langsung maupun tidak langsung, yang dapat merugikan

perekonomian Indonesia atau memuat pembatasan yang menghambat kemampuan bangsa Indonesia dalam menguasai dan mengembangkan teknologi pada umumnya, dan yang berkaitan dengan Invensi yang diberi Paten tersebut pada khususnya.

Ketentuan tersebut serta merta telah menunjukkan konsistensi dengan semangat UU No. 5 Tahun 1999, sehingga pihak Dirjen HKI seharusnya telah memperhatikan ketentuan tersebut sebelum mencatatkannya, sehingga pemeriksaan awal mengenai kemungkinan bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999 dapat diminimalisasi. Apabila perjanjian lisensi tersebut telah dicatatkan, maka terdapat kemungkinan diberikan pengecualian sebagaimana ketentuan pasal 50 huruf b. Sebaliknya, apabila perjanjian lisensi tersebut tidak dicatatkan, maka pengecualian tidak dapat diterapkan, sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

- d. Apakah perjanjian lisensi tersebut mencantumkan hal-hal yang bersifat anti persaingan?

Pemeriksaan selanjutnya mengenai kemungkinan perjanjian lisensi tersebut mencantumkan hal-hal yang bersifat anti persaingan. Hal yang paling mudah diidentifikasi adalah ada/tidaknya ketentuan yang bersifat eksklusif, seperti Pembatasan bahan baku, Pooling Licensing & Cross Licensing, Tying Arrangement, Pembatasan Bahan Baku, Pembatasan Produksi dan Penjualan, Pembatasan Penjualan dan Harga Jual Kembali, Lisensi Kembali (Grant Back). Apabila diketemukan hal yang bersifat eksklusif tersebut seterusnya perlu diperiksa mengenai latar belakang, tujuan, alasan dari pencatuman ketentuan tersebut.

Apabila tidak diketemukan sifat anti persaingan dalam perjanjian lisensi tersebut, maka penerapan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999 dapat dilaksanakan. Dengan kata lain, perjanjian lisensi tersebut dikecualikan. Sebaliknya, apabila diketemukan sifat anti persaingan dalam perjanjian lisensi tersebut, maka pengecualian tidak dapat diterapkan, sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Beberapa contoh untuk penerapan ketentuan Pasal 50 (b) dapat dilihat dalam Lampiran Pedoman KPPU.

2. Perjanjian waralaba (franchise)

Usaha waralaba di Indonesia mengalami perkembangan yang pesat dan memasuki berbagai ranah usaha, misalnya makanan siap saji (fast food), jasa konsultasi, minimarket, jasa kesehatan, rekreasi dan hiburan, serta sistem

pendidikan, dimana yang terbanyak adalah dalam bidang makanan siap saji. Baik waralaba dari dalam dan luar negeri dapat dijumpai di berbagai daerah di Indonesia. Oleh karena itu, pengaturan waralaba memang sangat dibutuhkan sebagai rambu-rambu yang jelas dalam menjalankan usahanya. Waralaba juga masuk dalam ruang lingkup Hukum Persaingan Usaha karena karakternya yang berkaitan dengan perjanjian dan sifatnya yang dapat dianggap membatasi persaingan.

Semua yang terkait dengan waralaba mengacu pada ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba. Pengertian Waralaba, dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba, didefinisikan sebagai:

“Hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha dalam rangka memasarkan barang dan/atau jasa yang telah terbukti berhasil dan dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain berdasarkan perjanjian waralaba”.

Pengertian tersebut secara prinsip beda dengan yang didefinisikan dalam Peraturan Pemerintah sebelumnya, yakni Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 1997 tentang Usaha Waralaba yang telah dicabut dengan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2008 tentang Waralaba. Dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 1997 tentang Usaha Waralaba, Waralaba didefinisikan sebagai:

“Perikatan dimana salah satu pihak diberikan hak untuk memanfaatkan dan/atau menggunakan hak atas kekayaan intelektual atau penemuan atau ciri khas usaha yang dimiliki pihak lain dengan suatu imbalan berdasarkan persyaratan yang ditetapkan pihak lain tersebut, dalam rangka penyediaan dan/atau penjualan barang dan/atau jasa”.

Jika melihat pada titik berat hubungan pemberi waralaba dengan penerima waralaba, yang timbul setelah terdapat perikatan, maka definisi dalam Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 1997 tampak lebih relevan.

Pada dasarnya franchise adalah sebuah perjanjian mengenai metode pendistribusian barang dan jasa kepada konsumen. Franchisor dalam jangka waktu tertentu memberikan lisensi kepada franchisee untuk melakukan usaha pendistribusian barang dan jasa di bawah nama identitas franchisor dalam wilayah tertentu. Usaha tersebut harus dijalankan sesuai dengan prosedur dan cara yang ditetapkan franchisor. Franchisor memberikan bantuan terhadap franchisee. Sebagai imbalannya, franchisee membayar sejumlah uang berupa *innitial fee* dan *royalty*.²¹³

²¹³ Suhamoko, *Hukum Perjanjian: Teori dan Analisa Kasus*, (Jakarta: Kencana, 2004), hlm. 187.

Perjanjian waralaba menghendaki adanya semacam perjanjian tertutup²¹⁴ dalam klausulanya, ketika pihak franchise dan franchisor tidak memberikan ruang kepada pesaing lain untuk masuk dalam kegiatan usaha mereka. Alasan pembenaran dari pengecualian pada perjanjian waralaba adalah untuk pengontrolan kualitas mutu dari merek waralaba yang dimiliki oleh Pemberi Waralaba.

Untuk mengatur waralaba, pemerintah telah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 Tentang Waralaba dengan pertimbangan meningkatkan kesempatan usaha nasional melalui perjanjian Waralaba. Dalam ketentuan ini maka diatur hal-hal sebagai berikut:

- a. Waralaba adalah hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha dalam rangka memasarkan barang dan/atau jasa yang telah terbukti berhasil dan dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain berdasarkan perjanjian waralaba.
- b. Pemberi Waralaba adalah orang perseorangan atau badan usaha yang memberikan hak untuk memanfaatkan dan/atau menggunakan Waralaba yang dimilikinya kepada Penerima Waralaba.
- c. Penerima Waralaba adalah orang perseorangan atau badan usaha yang diberikan hak oleh Pemberi Waralaba untuk memanfaatkan dan/atau menggunakan Waralaba yang dimiliki Pemberi Waralaba.

Usaha Waralaba dapat diselenggarakan di seluruh wilayah Indonesia, berdasarkan Pasal 3 PP No. 42/2007 Tentang Waralaba, dengan kriteria sebagai berikut:

- a. memiliki ciri khas usaha;
- b. terbukti sudah memberikan keuntungan;
- c. memiliki standar atas pelayanan dan barang dan/atau jasa yang ditawarkan yang dibuat secara tertulis;
- d. mudah diajarkan dan diaplikasikan;

²¹⁴ Perjanjian Tertutup (Pasal 15): 1) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa hanya akan memasok kembali barang dan atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan atau pada tempat tertentu; 2) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari perilaku usaha pemasok; 3) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan atau jasa, yang memuat persyaratan bahwa pelaku usaha yang menerima barang dan atau jasa dari pelaku usaha pemasok: a) harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok; atau b) tidak akan membeli barang dan atau jasa yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok.

- e. adanya dukungan yang berkesinambungan; dan
- f. Hak Kekayaan Intelektual yang telah terdaftar.

Dalam penjelasan Pasal 3 tersebut masing-masing kriteria diberi penjelasan sebagai berikut:

(Huruf a) Yang dimaksud dengan “ciri khas usaha” adalah suatu usaha yang memiliki keunggulan atau perbedaan yang tidak mudah ditiru dibandingkan dengan usaha lain sejenis, dan membuat konsumen selalu mencari ciri khas dimaksud. Misalnya, sistem manajemen, cara penjualan dan pelayanan, atau penataan atau cara distribusi yang merupakan karakteristik khusus dari Pemberi Waralaba.

(Huruf b) Yang dimaksud dengan “terbukti sudah memberikan keuntungan” adalah menunjuk pada pengalaman Pemberi Waralaba yang telah dimiliki kurang lebih 5 (lima) tahun dan telah mempunyai kiat-kiat bisnis untuk mengatasi masalah-masalah dalam perjalanan usahanya, dan ini terbukti dengan masih bertahan dan berkembangnya usaha dengan menguntungkan.

(Huruf c) Yang dimaksud dengan “standar atas pelayanan dan barang dan/ atau jasa yang ditawarkan yang dibuat secara tertulis” adalah standar secara tertulis supaya Penerima Waralaba dapat melaksanakan usaha dalam kerangka kerja yang jelas dan sama (Standard Operational Procedure).

(Huruf d) Yang dimaksud dengan “mudah diajarkan dan diaplikasikan” adalah mudah dilaksanakan, sehingga penerima Waralaba yang belum memiliki pengalaman atau pengetahuan mengenai usaha sejenis dapat melaksanakannya dengan baik sesuai dengan bimbingan operasional dan manajemen yang berkesinambungan yang diberikan oleh Pemberi Waralaba.

(Huruf e) Yang dimaksud dengan “dukungan yang berkesinambungan” adalah dukungan dari Pemberi Waralaba kepada Penerima Waralaba secara terus-menerus, seperti bimbingan operasional, pelatihan, dan promosi.

(Huruf f) Yang dimaksud dengan “Hak Kekayaan Intelektual yang telah terdaftar” adalah Hak Kekayaan Intelektual yang terkait dengan usaha, seperti merk, hak cipta, paten, dan rahasia dagang, sudah didaftarkan dan mempunyai sertifikat atau sedang dalam proses pendaftaran di instansi yang berwenang.

Selanjutnya, Pasal 4 PP No. 42 Tahun 2007 menegaskan bahwa, waralaba diselenggarakan berdasarkan perjanjian tertulis antara pemberi waralaba, dengan ketentuan bahwa perjanjian waralaba dibuat dalam bahasa Indonesia, dan terhadapnya berlaku hukum Indonesia.

Pasal 7 Ayat (2) PP No. 42 Tahun 2007 menentukan bahwa, sebelum membuat perjanjian, pemberi waralaba wajib menyampaikan keterangan kepada penerima waralaba secara tertulis dan benar, sekurang-kurangnya mengenai:

- a. Nama pihak pemberi waralaba, berikut keterangan mengenai kegiatan usahanya. Keterangan mengenai pemberi waralaba menyangkut identitasnya, antara lain nama dan alamat tempat usaha, nama dan alamat pemberi waralaba, pengalaman mengenai keberhasilan atau kegagalan selama menjalankan waralaba, keterangan mengenai penerima waralaba yang pernah dan masih melakukan perikatan, dan kondisi keuangan.
- b. Hak atas kekayaan intelektual atau penemuan atau ciri khas usaha yang menjadi objek waralaba.
- c. Persyaratan-persyaratan yang harus dipenuhi penerima waralaba, antara lain mengenai cara pembayaran, ganti rugi, wilayah pemasaran, dan pengawasan mutu.
- d. Bantuan atau fasilitas yang ditawarkan pemberi waralaba kepada penerima, keterangan mengenai prospek kegiatan waralaba, meliputi juga dasar yang dipergunakan dalam pemberian keterangan tentang proyek yang dimaksud.
- e. Hak dan kewajiban pemberi dan penerima waralaba, bantuan atau fasilitas yang diberikan, antara lain berupa pelatihan, bantuan keuangan, bantuan pemasaran, bantuan pembukuan, dan pedoman kerja.
- f. Pengakhiran, pembatalan, dan perpanjangan perjanjian waralaba, serta hal-hal lain yang perlu diketahui penerima waralaba dalam rangka pelaksanaan perjanjian waralaba. Selanjutnya pemberi waralaba oleh Peraturan Pemerintah ini diwajibkan memberikan waktu yang cukup kepada penerima waralaba untuk meneliti dan mempelajari informasi-informasi yang disampaikan tersebut secara lebih lanjut.²¹⁵

Pemerintah berupaya dalam PP ini untuk meningkatkan pembinaan usaha dengan Waralaba di seluruh Indonesia dan mendorong pengusaha nasional terutama pengusaha kecil dan menengah untuk tumbuh sebagai Pemberi Waralaba nasional yang handal dan mempunyai daya saing. Pemerintah juga menyusun data Waralaba, baik jumlah maupun jenis usaha yang diwaralabakan. Untuk itu, Pemberi Waralaba sebelum membuat perjanjian Waralaba dengan Penerima Waralaba harus menyampaikan prospektus penawaran Waralaba kepada Pemerintah dan calon Penerima Waralaba. Di sisi lain, apabila terjadi kesepakatan perjanjian Waralaba, Penerima Waralaba harus menyampaikan perjanjian Waralaba tersebut kepada Pemerintah. Peraturan Pemerintah ini

²¹⁵ Suhamoko, *Hukum Perjanjian...*, hlm. 192.

diharapkan dapat memberikan kepastian berusaha dan kepastian hukum bagi Pemberi Waralaba dan Penerima Waralaba dalam memasarkan produknya.

Waralaba dapat dibedakan dalam dua bentuk, yaitu waralaba produk dan merek dagang (*product and trade franchise*), dan waralaba format bisnis (*business format franchise*).²¹⁶ Waralaba produk dan merek dagang adalah bentuk waralaba yang paling sederhana. Dalam hal ini, pemberi waralaba memberikan hak kepada penerima waralaba untuk menjual produk yang dikembangkan oleh pemberi waralaba yang disertai dengan pemberian izin untuk menggunakan merek dagang milik pemberi waralaba. Atas pemberian izin penggunaan merek dagang tersebut biasanya pemberi waralaba mendapatkan suatu bentuk pembayaran *royalty* di muka. Selanjutnya, pemberi waralaba memperoleh keuntungan melalui penjualan produk yang diwaralabakan kepada penerima waralaba. Dalam bentuknya yang sangat sederhana ini, waralaba produk dan merek dagang seringkali mengambil bentuk keagenan, distributor, atau lisensi penjualan. Contoh dari bentuk ini, misalnya dealer mobil (Auto 2000 dari Toyota) dan stasiun pompa bensin (Pertamina).

Sedangkan waralaba format bisnis adalah pemberian sebuah lisensi oleh seseorang kepada pihak lain. Lisensi tersebut memberikan hak kepada penerima waralaba untuk berusaha dengan menggunakan merek dagang atau nama dagang dari pemberi waralaba. Untuk menggunakan keseluruhan paket, yang terdiri dari seluruh elemen yang diperlukan untuk membuat seseorang yang sebelumnya belum terlatih menjadi terampil dalam bisnis, dan untuk menjalankannya dengan bantuan yang terus-menerus atas dasar-dasar yang telah ditentukan sebelumnya.

Dalam konteks Hukum Persaingan, perjanjian waralaba memang mempunyai ciri khas usaha, yaitu usaha yang memiliki keunggulan atau perbedaan yang tidak mudah ditiru dibandingkan dengan usaha lain sejenis, dan membuat konsumen selalu mencari ciri khas dimaksud. Misalnya, sistem manajemen, cara penjualan dan pelayanan, atau penataan atau cara distribusi yang merupakan karakteristik khusus dari Pemberi Waralaba.²¹⁷

Oleh sebab itu upaya mempertahankan standarisasi atas pelayanan dan barang dan/atau jasa yang ditawarkan yang dibuat dalam perjanjian tertulis merupakan standar secara tertulis supaya Penerima Waralaba dapat melaksanakan usaha dalam kerangka kerja yang jelas dan sama (Standard Operational Procedure) yang menjadi inti usaha Waralaba. Aspek lain adalah upaya untuk mempertahankan usaha dengan memberikan dukungan yang berkesinambungan, artinya dukungan Pemberi Waralaba kepada Penerima

²¹⁶ *Ibid.*, hlm. 189-190.

²¹⁷ Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust...*, hlm. 453-471.

Waralaba secara terus-menerus, seperti bimbingan operasional, pelatihan, dan promosi. Kekuatan usaha Waralaba yang lain adalah memiliki HKI yang terdaftar dan terkait dengan usaha, seperti merek, hak cipta, paten, dan rahasia dagang, sudah didaftarkan dan mempunyai sertifikat atau sedang dalam proses pendaftaran di instansi yang berwenang.

Ada beberapa alasan pembenaran di atas yang dapat diterima untuk mendukung pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999, antara lain; Pemberi Waralaba melakukan pengendalian mutu dan evaluasi terhadap bisnis yang dilakukan oleh Penerima Waralaba serta didukung upaya pemerintah dalam PP ini tentang adanya kewajiban penggunaan produk dalam negeri dan tidak menggunakan produk luar negeri sepanjang tersedia produk pengganti dalam negeri dan memenuhi standar mutu produk yang dibutuhkan. Oleh sebab itu, meski beberapa klausula dalam Perjanjian Waralaba dianggap eksklusif dan menutup kesempatan bagi pelaku usaha lain untuk menjadi supplier bagi produk yang dibutuhkan, tetapi secara universal alasan pengecualian untuk Perjanjian Waralaba masih dibenarkan.

Sebagaimana sifat HAKI yang memberikan kewenangan untuk melakukan beberapa hal yang bersifat monopoli (dari pemilik waralaba) kemungkinan alasan pembuat Undang-undang memasukkannya dalam pasal yang sama. Waralaba jelas mengandung beberapa pembatasan yang bersifat menghambat persaingan, seperti kewajiban menentukan standarisasi atau persyaratan untuk tidak menerima produk dari pemasok lain yang sama, seperti hambatan masuk pasar (*barrier to entry*) sebagai perjanjian tertutup, dan pembagian wilayah di antara penerima waralaba yang ditentukan oleh pemilik waralaba dan lainnya. Oleh karena itu, dalam UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, diadakan pengecualian untuk berlakunya ketentuan Undang-undang tersebut terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, yakni sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf b.

Pada bulan Mei 2009, KPPU mengeluarkan Surat Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 57/KPPU/Kep/III/2009 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 50 Huruf b Tentang Pengecualian Penerapan UU No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap perjanjian yang berkaitan dengan Waralaba.

Penerima waralaba (*franchisee*) dalam menjalankan usahanya memakai sistem usaha yang diberikan oleh pemberi waralaba (*franchisor*) berdasarkan suatu perjanjian. Perjanjian antara pemberi waralaba dan penerima waralaba berisi hak dan kewajiban masing-masing pihak sesuai dengan kesepakatan yang mereka buat. Asas kebebasan berkontrak merupakan salah satu dasar

yang harus dipatuhi oleh masing-masing pihak. Akan tetapi, karena usaha waralaba adalah suatu sistem pemasaran yang vertikal, yakni pemberi waralaba bersedia menyerahkan semua sistem usaha waralabanya kepada penerima waralaba, maka perjanjian waralaba mencakup juga perjanjian lisensi yang merupakan salah satu jenis dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI).

Pedoman KPPU memberikan batasan mengenai jenis perjanjian apa saja yang berkaitan dengan waralaba yang dapat dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999, yaitu hanya pada perjanjian yang mengatur sistem waralaba dan pengalihan hak lisensi dari pemberi waralaba kepada penerima waralaba. Sedangkan mengenai perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat walaupun berkaitan dengan waralaba tidak termasuk yang dikecualikan. Penerapan ini juga sejalan dengan Pasal 36 ayat (1) Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah yang menentukan bahwa: “Dalam melaksanakan kemitraan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26, para pihak mempunyai kedudukan hukum yang setara, dan terhadap mereka berlaku hukum Indonesia. Pasal 26 antara lain mengatur kemitraan dengan pola waralaba” (Pasal 26 huruf c).

Dalam Pedoman ini, KPPU juga menguraikan mengenai makna perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 7 UU No. 5 Tahun 1999, bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun baik tertulis maupun tidak tertulis. Waralaba yang dikatakan sebagai hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha mengenai “badan usaha” tidak disyaratkan harus berbentuk badan hukum, apalagi badan hukum Indonesia mencakup unsur-unsur sebagai berikut:

- a. terdapat hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha dan/atau jasa dan sistem tersebut telah terbukti berhasil; dan
- b. sistem bisnis tersebut dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain (penerima waralaba) berdasarkan perjanjian.

Dalam perjanjian waralaba, pemberi waralaba biasanya menetapkan berbagai persyaratan kepada penerima waralaba yang dimaksudkan untuk menjaga ciri khas usaha, standar pelayanan, dan barang dan/atau jasa yang dipasarkan. Persyaratan yang demikian biasanya untuk menjaga HAKI dan konsep waralaba itu sendiri, sehingga dapat dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Namun demikian, dalam praktik berbagai persyaratan perjanjian waralaba sering memuat klausula yang dapat juga menghambat atau memberikan batasan kepada penerima waralaba dalam menjalankan usahanya,

sehingga berpotensi menimbulkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Dalam hal terdapat persyaratan yang demikian maka perjanjian waralaba tersebut tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Di samping itu, pedoman ini juga memuat pertimbangan mengenai pengembangan iklim usaha yang kondusif dan pemberian kesempatan berusaha bagi usaha mikro, kecil, dan menengah juga menjadi pertimbangan dalam pembentukan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah yang mensyaratkan bahwa Pemerintah dan Pemerintah Daerah menumbuhkan iklim usaha dengan menetapkan Peraturan Perundang-undangan dan kebijakan yang meliputi aspek:

- a. pendanaan;
- b. sarana dan prasarana;
- c. informasi usaha;
- d. kemitraan;
- e. perizinan usaha;
- f. kesempatan berusaha;
- g. promosi dagang; dan
- h. dukungan kelembagaan.

Perjanjian Waralaba sebagai dasar penyelenggaraan usaha waralaba diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 6 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba dan Pasal 26 huruf c serta Pasal 29 Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, kecil dan menengah.

- a. Pasal 4 menentukan bahwa;
 - 1) waralaba diselenggarakan berdasarkan perjanjian tertulis antara Pemberi Waralaba dengan Penerima Waralaba dengan memperhatikan hukum Indonesia.
 - 2) Dalam hal perjanjian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditulis dalam bahasa asing, perjanjian tersebut harus diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia.
- b. Pasal 5 menentukan bahwa dalam Perjanjian Waralaba paling sedikit memuat ketentuan tentang:
 - 1) nama dan alamat para pihak;
 - 2) jenis Hak Kekayaan Intelektual;
 - 3) kegiatan usaha;
 - 4) hak dan kewajiban para pihak;
 - 5) bantuan, fasilitas, bimbingan operasional, pelatihan dan pemasaran yang diberikan pemberi waralaba kepada penerima waralaba;

- 6) wilayah usaha;
 - 7) jangka waktu perjanjian;
 - 8) tata cara pembayaran imbalan;
 - 9) kepemilikan, perubahan kepemilikan, dan hak ahli waris;
 - 10) penyelesaian sengketa; dan
 - 11) tata cara perpanjangan, pengakhiran, dan pemutusan perjanjian.
- c. Pasal 6 menentukan bahwa:
- 1) Perjanjian waralaba dapat memuat klausula pemberian hak bagi Penerima Waralaba untuk menunjuk Penerima Waralaba lain.
 - 2) Penerima waralaba yang diberi hak untuk menunjuk penerima waralaba lain harus memiliki dan melaksanakan sendiri paling sedikit 1 (satu) tempat usaha Waralaba.
- d. Pasal 26 huruf c Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah menentukan Kemitraan dilaksanakan dengan pola:
- 1) inti-plasma;
 - 2) subkontrak;
 - 3) waralaba;
 - 4) perdagangan umum;
 - 5) distribusi dan keagenan; dan
 - 6) bentuk-bentuk kemitraan lain, seperti bagi hasil, kerjasama operasional, usaha patungan (joint venture), dan penyumberluaran (outsourcing).
- e. Pasal 29 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah, terkait dengan waralaba menentukan sebagai berikut:
- 1) Usaha Besar yang memperluas usahanya dengan cara waralaba sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 huruf c, memberikan kesempatan dan mendahulukan Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah yang memiliki kemampuan.
 - 2) Pemberi waralaba dan penerima waralaba mengutamakan penggunaan barang dan/atau bahan hasil produksi dalam negeri sepanjang memenuhi standar mutu barang dan jasa yang disediakan dan/atau dijual berdasarkan perjanjian waralaba.
 - 3) Pemberi waralaba wajib memberikan pembinaan dalam bentuk pelatihan, bimbingan operarional manajemen, pemasaran, penelitian, dan pengembangan kepada penerima waralaba secara berkesinambungan.

Ketentuan mengenai penggunaan produksi dalam negeri di samping diatur dalam Pasal 29 ayat (2) Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 juga diatur dalam Pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba, yang menegaskan bahwa:

- a. Pemberi Waralaba dan Penerima Waralaba mengutamakan penggunaan barang dan/atau jasa hasil produksi dalam negeri sepanjang memenuhi standar mutu barang dan/atau jasa yang ditetapkan secara tertulis oleh Pemberi Waralaba.
- b. Pemberi Waralaba harus bekerjasama dengan pengusaha kecil dan menengah di daerah setempat sebagai Penerima Waralaba atau pemasok barang dan/atau jasa sepanjang memenuhi ketentuan persyaratan yang ditetapkan oleh Pemberi Waralaba.

Penerapan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999, khususnya tentang pengecualian terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, tetap harus memperhatikan prinsip larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Adapun unsur-unsur dari ketentuan Pasal 50 huruf b adalah:

a. Perjanjian

Sebagaimana telah diuraikan, mengenai perjanjian harus mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 7 UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang menentukan bahwa: “perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.” Selanjutnya mengenai prinsip pembuatan perjanjian harus mengacu pada ketentuan Pasal 1320 dan Pasal 1338 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

b. “Yang berkaitan dengan”

Frase “yang berkaitan dengan” harus dapat dibuktikan bahwa perjanjian yang dibuat oleh pemberi waralaba dan penerima waralaba benar-benar memenuhi kriteria waralaba sebagaimana ditentukan dalam Peraturan Perundang-undangan. Pada saat ini Peraturan Perundang-undangan yang dimaksud adalah:

- 1) UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
- 2) Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah (Vide Pasal 26 huruf c, Pasal 29, Pasal 35, Pasal 36 ayat (1), Pasal 39 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 40);
- 3) Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba.

Pemberi waralaba maupun penerima waralaba harus penuh pertimbangan dalam memformulasikan suatu perjanjian di bidang waralaba agar dapat diterapkan ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, sebagai berikut:

a. Prinsip Penerapan Persaingan Usaha dalam Perjanjian Waralaba

Prinsip penerapan persaingan usaha dalam analisis terhadap perjanjian waralaba selalu diarahkan untuk mencapai tujuan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 UU No.5 Tahun 1999, yaitu untuk meningkatkan efisiensi ekonomi sebagai upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat, menjamin kesempatan berusaha yang sama bagi seluruh pelaku usaha, mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat dan menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Berdasarkan Pasal 50 huruf b, perjanjian yang terkait dengan waralaba termasuk salah satu yang dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Prinsip pengecualian terhadap perjanjian yang terkait dengan waralaba berangkat dari asas bahwa pada dasarnya ketentuan/klausul dalam perjanjian waralaba yang merupakan hal yang esensial untuk menjaga identitas bersama dan reputasi jaringan waralaba, atau untuk menjaga kerahasiaan HKI yang terkandung dalam konsep waralaba dapat dikenakan pengecualian berdasarkan Pasal 50 huruf b.

Berdasarkan prinsip tersebut maka dalam perjanjian waralaba diperbolehkan memuat ketentuan/ klausul yang mengatur mengenai kewajiban-kewajiban bagi penerima waralaba dalam rangka menjamin konsep waralaba dan HKI yang dimiliki oleh pemberi waralaba. Ketentuan/klausul tersebut misalnya adalah kewajiban untuk menggunakan metode usaha yang ditetapkan oleh pemberi waralaba, mengikuti standar perlengkapan dan penyajian yang ditentukan pemberi waralaba, tidak merubah lokasi waralaba tanpa sepengetahuan pemberi waralaba, dan tidak membocorkan HKI yang terkait dengan waralaba kepada pihak ketiga, bahkan setelah berakhirnya masa berlakunya perjanjian waralaba.

Namun perlu disadari bahwa dalam perjanjian waralaba dapat pula mengandung ketentuan/klausul yang berpotensi menghambat persaingan, seperti penetapan harga jual, pembatasan pasokan, keharusan untuk membeli produk lain yang tidak terkait dengan waralaba dari pemberi waralaba, pembagian wilayah, dan larangan untuk melakukan kegiatan usaha yang sama setelah berakhirnya perjanjian waralaba. Klausul/ke-tentuan yang demikian berpotensi bertentangan dengan pencapaian tujuan UU No.5Tahun 1999 yang menginginkan adanya efisiensi, kesempatan berusaha yang sama bagi seluruh pelaku usaha, dan pengembangan

teknologi. Dalam hal perjanjian waralaba memuat ketentuan/ klausul yang menghambat persaingan, maka perjanjian waralaba tidak termasuk dalam pengecualian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf b, dan Komisi akan melakukan penilaian lebih lanjut mengenai dampak dari hambatan persaingan tersebut terhadap efisiensi ekonomi.

Klausul/ketentuan mengenai pembatasan wilayah yang biasa terdapat dalam perjanjian waralaba untuk mengatur sistem jaringan waralaba biasanya termasuk dalam kategori yang dikecualikan. Pemberi waralaba pada dasarnya dapat mengatur wilayah eksklusif bagi penerima waralaba. Dalam hal yang demikian, pengecualian dapat diberikan terhadap ketentuan/klausul yang bertujuan untuk membatasi kegiatan pemberi waralaba di dalam wilayah yang telah diperjanjikan dan kegiatan penerima waralaba di luar wilayah yang diperjanjikan. Namun demikian, pengecualian tidak dapat diberikan apabila hambatan berupa pembatasan wilayah tersebut mengarah pada perlindungan wilayah secara absolut.

Dalam hal pemberi dan penerima waralaba, baik secara langsung maupun tidak langsung menghalangi konsumen untuk mendapatkan barang dan/atau jasa dengan alasan tempat kediaman konsumen di luar wilayah waralaba yang telah ditetapkan dalam perjanjian dan membagi pasar, maka hal tersebut tidak termasuk dalam kategori pengecualian. Pengecualian terutama tidak dapat diterapkan apabila pembatasan wilayah mengakibatkan membatasi persaingan pada pasar bersangkutan, sehingga berdampak pada efisiensi ekonomi.

Klausul/ketentuan mengenai kewajiban pasokan dalam perjanjian waralaba biasanya dimaksudkan untuk menjaga standar kualitas produk waralaba. Jaminan adanya standar minimum kualitas produk sangat penting dalam usaha waralaba agar tidak merusak identitas dari konsep waralaba itu sendiri. Untuk itu pemberi waralaba biasanya mewajibkan penerima waralaba untuk memasok hanya dari pemberi waralaba atau pihak tertentu terkait produk yang menjadi esensi dari konsep waralaba, khususnya terkait dengan HKI yang menjadi bagian utama dari konsep waralaba. Namun perlu dipahami bahwa perjanjian pasokan yang demikian juga dapat menghambat persaingan karena membatasi pelaku usaha lain untuk dapat ikut memasok kepada penerima waralaba. Untuk itu, jika ketentuan yang demikian tidak terkait dengan HKI, maka produk yang menjadi esensi dari konsep waralaba tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Perjanjian waralaba biasanya memuat klausul/ketentuan yang mengatur mengenai penetapan harga jual. Pengaturan mengenai penetapan

harga jual biasanya dimaksudkan agar penerima waralaba tidak menetapkan harga yang dapat merusak identitas/imej dari waralaba. Untuk itu rekomendasi harga yang dibuat oleh pemberi waralaba kepada penerima waralaba dapat dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Namun perlu disadari adanya penetapan harga yang mengarah pada kartel harga, sehingga menghilangkan persaingan harga tidak dikecualikan dari penerapan UU No.5 Tahun 1999.

Ketentuan/klausul yang mewajibkan penerima waralaba untuk membeli beberapa jenis barang dari pemberi waralaba dalam rangka menjaga standar kualitas dari konsep waralaba pada dasarnya tidak melanggar prinsip persaingan usaha. Namun demikian, perlu dipahami bahwa kewajiban yang demikian dapat menghalangi produk substitusi dan menghambat persaingan. Untuk itu, kewajiban untuk membeli barang lain yang tidak terkait dengan konsep waralaba, yang dapat menciptakan hambatan masuk (*entry barrier*) bagi pelaku usaha lain, tidak dapat dikenakan pengecualian terhadap penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Ketentuan/klausul yang melarang penerima waralaba untuk melakukan kegiatan usaha yang sama yang dapat bersaing dengan jaringan usaha waralaba dapat dikenakan ketentuan pengecualian berdasarkan Pasal 50 huruf b. Larangan tersebut dimaksudkan untuk perlindungan HKI pemilik waralaba dan menjaga identitas dan reputasi jaringan waralaba, khususnya bila pemberi waralaba telah melakukan transfer *know how*, baik berupa pengetahuan, pengalaman dan keahlian, serta kemampuan teknis kepada penerima waralaba. Namun perlu disadari bahwa hambatan untuk melakukan kegiatan usaha yang sama tersebut dalam jangka waktu panjang justru akan mempengaruhi persaingan dan berdampak negatif pada efisiensi ekonomi. Untuk itu, ketentuan hambatan setelah berakhirnya perjanjian waralaba dalam waktu yang terlalu panjang tidak termasuk dalam pengecualian penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Untuk menetapkan jangka waktu yang tidak melanggar persaingan usaha, Komisi akan memperhatikan berbagai pertimbangan, antara lain teknologi dari waralaba dan investasi yang telah dikeluarkan. Apabila teknologi waralaba sudah merupakan domain publik dan investasi yang dikeluarkan tidak besar, maka jangka waktu untuk tidak melakukan kegiatan usaha yang sama biasanya adalah 1 (satu) tahun.

b. Penerapan Ketentuan Pasal 50 huruf b terkait Perjanjian Waralaba

Dalam menerapkan ketentuan Pasal 50 huruf b, khususnya perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, Komisi Pengawas Persaingan Usaha harus mempertimbangkan dengan bijaksana agar tidak melanggar hakikat

tujuan dibentuknya UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Adapun pertimbangan yang perlu diperhatikan antara lain:

- 1) Kriteria waralaba sebagaimana diatur dalam Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba harus terpenuhi;
- 2) Kriteria perjanjian waralaba dan pendaftarannya sebagaimana diatur dalam Pasal 4, Pasal 5, Pasal 10, Pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba harus terpenuhi;
- 3) Pembuatan perjanjian harus tetap mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 7 UU No.5 Tahun 1999 jo. Pasal 1320 dan Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata;
- 4) Perjanjian waralaba merupakan bentuk kemitraan sebagaimana diatur dalam Pasal 26 huruf c jo. Pasal 29, Pasal 35, dan Pasal 36 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah; dan
- 5) Isi Perjanjian Waralaba tidak berpotensi melanggar prinsip Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- 6) Beberapa contoh kriteria perjanjian waralaba yang berpotensi melanggar prinsip larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat menjadikan ketentuan Pasal 50 huruf b tidak dapat diterapkan:
 - a) Penetapan harga jual (*Resale Price Maintenance*)

 Pemberi waralaba membuat perjanjian dengan penerima waralaba yang memuat penetapan harga jual yang harus diikuti oleh penerima waralaba. Penerima waralaba sebagai pelaku usaha mandiri pada dasarnya memiliki kebebasan untuk menetapkan harga jual barang dan/atau jasa yang didapatnya dari pemberi waralaba. Dari perspektif persaingan usaha, penetapan harga jual dalam waralaba dilarang karena akan menghilangkan persaingan harga antar penerima waralaba. Hal tersebut menimbulkan harga yang seragam di antara penerima waralaba dan akibatnya konsumen dihadapkan pada harga yang seragam pula. Penetapan harga yang demikian tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Namun untuk menjaga nilai ekonomis dari usaha waralaba, pemberi waralaba diperbolehkan membuat rekomendasi harga jual kepada penerima waralaba, sepanjang harga jual tersebut tidak mengikat penerima waralaba.

- b) Persyaratan untuk membeli pasokan barang dan/atau jasa hanya dari Pemberi Waralaba atau pihak lain yang ditunjuk oleh Pemberi Waralaba.

Perjanjian Waralaba memuat persyaratan yang mengharuskan penerima waralaba untuk membeli barang atau jasa yang menjadi bagian dari konsep waralaba hanya dari pemberi waralaba atau pihak lain yang ditunjuk oleh pemberi waralaba. Persyaratan tersebut dapat dikecualikan sepanjang dilakukan untuk mempertahankan identitas dan reputasi dari waralaba yang biasanya dimaksudkan untuk menjaga konsep waralaba yang telah diciptakan oleh pemberi waralaba. Meskipun demikian, pemberi waralaba tidak boleh melarang penerima waralaba untuk membeli pasokan barang dan/atau jasa dari pihak lain sepanjang barang dan atau jasa tersebut memenuhi standar kualitas yang disyaratkan oleh pemberi waralaba. Penetapan pembelian pasokan hanya dari pemberi waralaba atau pihak tertentu dapat menimbulkan hambatan bagi pelaku usaha lain yang mampu menyediakan pasokan dengan kualitas yang sama. Untuk itu pemberi waralaba tidak diperbolehkan menetapkan secara mutlak akses pembelian atau pasokan yang diperlukan oleh penerima waralaba sepanjang hal itu tidak mengganggu konsep usaha waralaba.

- c) Persyaratan untuk membeli barang dan/jasa lain dari pemberi waralaba.

Pemberi waralaba mengharuskan penerima waralaba untuk bersedia membeli barang atau jasa lain dari Pemberi waralaba. Perjanjian waralaba yang memuat kewajiban kepada penerima waralaba untuk membeli produk lain dari pemberi waralaba tidak dipandang sebagai pelanggaran persaingan usaha, sepanjang hal tersebut dimaksudkan untuk mempertahankan identitas dan reputasi waralaba. Perlu diketahui bahwa kewajiban untuk membeli produk lain yang bukan menjadi bagian dari paket waralaba tidak dikecualikan dari penerapan UU No.5 Tahun 1999.

- d) Pembatasan wilayah

Pemberi waralaba melakukan pembatasan wilayah dengan cara menetapkan wilayah tertentu kepada penerima waralaba. Dalam perjanjian waralaba biasanya memuat klausul tentang wilayah usaha. Klausul tersebut dimaksudkan untuk membentuk sistem jaringan waralaba. Dalam hal demikian, maka pengaturan wilayah usaha tidak dipandang sebagai pelanggaran persaingan usaha, sehingga dapat dikecualikan. Namun demikian, pembatasan wilayah yang tidak dilakukan dalam rangka membentuk sistem jaringan waralaba melainkan untuk membatasi pasar dan

konsumen tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

- e) Persyaratan untuk tidak melakukan kegiatan usaha yang sama selama jangka waktu tertentu setelah berakhirnya perjanjian waralaba.

Pemberi waralaba mensyaratkan agar penerima waralaba tidak melakukan kegiatan usaha yang sama dengan usaha waralaba selama jangka waktu tertentu setelah berakhirnya perjanjian waralaba. Syarat tersebut dapat dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 sepanjang dimaksudkan untuk melindungi dan/atau berkaitan dengan Hak Kekayaan Intelektual (HKI) pemberi waralaba, atau untuk menjaga identitas dan reputasi usaha waralaba. Namun demikian, persyaratan tersebut dalam jangka waktu panjang dapat berakibat pada terhambatnya persaingan dan kemajuan teknologi. Oleh karena itu, persyaratan untuk tidak melakukan kegiatan usaha yang sama dengan usaha waralaba dalam jangka waktu yang lama tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam hal mempertimbangkan lamanya jangka waktu yang dipandang berpotensi melanggar UU No. 5 Tahun 1999, Komisi memperhatikan berbagai hal yang di antaranya adalah teknologi produk waralaba, biaya yang dikeluarkan untuk menghasilkan produk waralaba, sifat produk waralaba (apakah sudah menjadi public domain atau tidak).

3. Perjanjian penetapan standar teknis produk barang atau jasa

Suatu industri umumnya sering menerapkan standarisasi dengan tujuan efisiensi. Standar teknis produk barang atau jasa ini umumnya ditetapkan, baik oleh Kementerian Perdagangan atau Perindustrian, dan juga melalui asosiasi industri tersebut. Standarisasi ini diaplikasikan untuk jenis, tipe, ukuran produk, sehingga diharapkan mampu untuk mengurangi biaya ekonomi yang timbul. Hal ini termasuk kegiatan inspeksi rutin yang dilakukan oleh asosiasi atau suatu badan untuk menjaga kesepakatan industri tersebut. Dalam hal ini, kegiatan suatu badan dapat diselaraskan dengan pengawasan dari Kementerian terkait. Bila kegiatan ini dilakukan dalam rangka memfasilitasi usaha untuk menghambat persaingan dalam penetapan harga, maka baru dinyatakan melanggar hukum. Standarisasi produk dapat digunakan sebagai cara untuk menetapkan harga. Meski demikian, pembenaran dari tindakan penyeragaman melalui penetapan standar ini dilakukan karena standarisasi ini juga diwajibkan oleh pemerintah, sehingga tindakan standarisasi tidak semata-mata dinyatakan ilegal walaupun berkaitan dengan harga atau produk itu sendiri.

Indonesia sendiri telah mengadopsi prinsip standarisasi ini dengan beberapa pertimbangan, antara lain ikut sertanya Indonesia dalam kerjasama ekonomi, seperti Asean Free Trade Area (AFTA), Asia Pacific Economic Cooperation (APEC), dan World Trade Organization (WTO), dan mengukuhkan masuknya globalisasi perdagangan. Hal ini memperluas gerak arus transaksi barang dan atau jasa melintasi batas-batas wilayah suatu Negara dan menjadikan pasar nasional bersifat terbuka terhadap barang dan atau jasa impor.

Untuk mendukung pasar nasional dalam menghadapi proses globalisasi perdagangan tersebut, dipandang perlu untuk menyiapkan perangkat hukum nasional di bidang standarisasi yang tidak saja mampu menjamin perlindungan terhadap masyarakat khususnya di bidang keselamatan, keamanan, kesehatan, dan lingkungan hidup, tetapi juga meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional.

Dalam Perjanjian World Trade Organization (WTO), sebagaimana telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia dengan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1994, khususnya mengenai Agreement on Technical Barrier to Trade (TBT) yang mengatur mengenai standarisasi ditegaskan bahwa, negara anggota wajib menyesuaikan peraturan perundang-undangan nasional di bidang standarisasi.

Standarisasi dimaksudkan untuk meningkatkan perlindungan kepada konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja, dan masyarakat lainnya, baik untuk keselamatan, keamanan, kesehatan maupun pelestarian fungsi lingkungan hidup, serta untuk membantu kelancaran perdagangan dan mewujudkan persaingan usaha yang sehat dalam perdagangan. Untuk dapat meningkatkan efektifitas pengaturan di bidang standarisasi diperlukan adanya peranan dan kerjasama yang sinergik antara konsumen, pelaku usaha, ilmuwan dan instansi Pemerintah. Dengan adanya standarisasi nasional, maka akan ada acuan tunggal dalam mengukur mutu produk dan atau jasa di dalam perdagangan, yaitu Standar Nasional Indonesia (SNI), sehingga dapat meningkatkan perlindungan kepada konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja, dan masyarakat lainnya, baik untuk keselamatan, keamanan, kesehatan maupun pelestarian fungsi lingkungan hidup.

Adapun beberapa pedoman yang dikeluarkan dalam rangka mendukung standarisasi ini berupa pedoman di bidang standarisasi nasional yang meliputi ketentuan-ketentuan yang lebih rinci sebagai penjabaran dari Sistem Standarisasi Nasional untuk digunakan sebagai panduan di dalam melaksanakan kegiatan standarisasi. Pedoman tersebut antara lain berupa Pedoman Perumusan SNI, Pedoman Penulisan SNI, Pedoman Kaji ulang SNI dan Pedoman Penerapan SNI.

Sesuai dengan Agreement on Technical Barrier to Trade dan Sanitary and Phyto Sanitary yang diatur dalam Agreement on World Trade Organization (Perjanjian Organisasi Perdagangan Dunia), ditegaskan bahwa negara anggota harus menjamin dalam peraturan teknis mengenai pemberlakuan standar secara wajib bahwa produk yang diimpor tidak boleh diperlakukan berbeda dengan produk dalam negeri atau produk yang diimpor dari negara lainnya. Berkaitan dengan hal dimaksud, setiap negara berkewajiban untuk menotifikasikan kepada WTO setiap rencana regulasi atau rencana pemberlakuan standar secara wajib untuk memperoleh tanggapan dari negara-negara anggota Organisasi Perdagangan Dunia. Regulasi yang dimaksud adalah peraturan perundang-undangan yang berlaku antara lain di bidang Perindustrian, Ketenagalistrikan, Kesehatan, Perlindungan Konsumen dan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kegiatan Standarisasi Nasional.

Saat ini pemerintah Indonesia menerapkan SNI dengan mengadopsi WTO Code of good practice, yaitu:

- a. Openess (keterbukaan): Terbuka agar semua stakeholder yang berkepentingan dapat berpartisipasi dalam pengembangan SNI;
- b. Transparency (transparansi): Transparan agar semua stakeholder yang berkepentingan dapat mengikuti perkembangan SNI, mulai dari tahap pemrograman dan perumusan sampai ke tahap penetapannya, sehingga dengan mudah memperoleh semua informasi yang berkaitan dengan pengembangan SNI;
- c. Consensus and impartiality (konsensus dan tidak memihak): Tidak memihak dan konsensus agar semua stakeholder dapat menyalurkan kepentingannya dan diperlakukan secara adil;
- d. Effectiveness and relevance: Efektif dan relevan agar dapat memfasilitasi perdagangan karena memperhatikan kebutuhan pasar dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- e. Coherence: Koheren dengan pengembangan standar internasional agar perkembangan pasar negara kita tidak terisolasi dari perkembangan pasar global dan memperlancar perdagangan internasional; dan
- f. Development dimension (berdimensi pembangunan): Berdimensi pembangunan agar memperhatikan kepentingan publik dan kepentingan nasional dalam meningkatkan daya saing perekonomian nasional.

Karena itu Pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 102 Tahun 2000 tentang Standarisasi Nasional²¹⁸ dengan pertimbangan mendukung

²¹⁸ PP ini adalah menggantikan Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 1991 tentang Standar Nasional Indonesia.

peningkatan produktivitas, daya guna produksi, mutu barang, jasa, proses, sistem dan/atau personel, yang dimaksudkan untuk meningkatkan daya saing, perlindungan konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja dan masyarakat, khususnya di bidang keselamatan, keamanan, kesehatan dan lingkungan hidup dan lain-lain.

Dalam Peraturan Pemerintah ini dijelaskan beberapa ketentuan yang ditetapkan dalam PP tersebut, yaitu:

- a. Standar adalah spesifikasi teknis atau sesuatu yang dibakukan termasuk tata cara dan metode yang disusun berdasarkan konsensus semua pihak yang terkait dengan memperhatikan syarat-syarat keselamatan, keamanan, kesehatan, lingkungan hidup, perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, serta pengalaman, perkembangan masa kini dan masa yang akan datang untuk memperoleh manfaat yang sebesar-besarnya.
- b. Standarisasi adalah proses merumuskan, menetapkan, menerapkan dan merevisi standar, yang dilaksanakan secara tertib dan bekerjasama dengan semua pihak.
- c. Standar Nasional Indonesia (SNI), adalah standar yang ditetapkan oleh Badan Standarisasi Nasional dan berlaku secara nasional.
- d. Rancangan Standar Nasional Indonesia (RSNI), adalah rancangan standar yang dirumuskan oleh panitia teknis setelah tercapai konsensus dari semua pihak yang terkait.
- e. Perumusan Standar Nasional Indonesia adalah rangkaian kegiatan sejak pengumpulan dan pengolahan data untuk menyusun Rancangan Standar Nasional Indonesia sampai tercapainya konsensus dari semua pihak yang terkait.
- f. Penetapan Standar Nasional Indonesia adalah kegiatan menetapkan Rancangan Standar Nasional Indonesia menjadi Standar Nasional Indonesia.
- g. Penerapan Standar Nasional Indonesia adalah kegiatan menggunakan Standar Nasional Indonesia oleh pelaku usaha.
- h. Revisi Standar Nasional Indonesia adalah kegiatan penyempurnaan Standar Nasional Indonesia sesuai dengan kebutuhan.
- i. Pemberlakuan Standar Nasional Indonesia adalah keputusan pimpinan instansi teknis yang berwenang untuk memberlakukan Standar Nasional Indonesia secara wajib terhadap barang dan/atau jasa.
- j. Akreditasi adalah rangkaian kegiatan pengakuan formal oleh Komite Akreditasi Nasional (KAN), yang menyatakan bahwa suatu lembaga/laboratorium telah memenuhi persyaratan untuk melakukan kegiatan sertifikasi tertentu.

- k. Sertifikasi adalah rangkaian kegiatan penerbitan sertifikat terhadap barang dan atau jasa.
- l. Sertifikat adalah jaminan tertulis yang diberikan oleh lembaga/laboratorium yang telah diakreditasi untuk menyatakan bahwa barang, jasa, proses, sistem atau personel telah memenuhi standar yang dipersyaratkan.
- m. Tanda SNI adalah tanda sertifikasi yang dibubuhkan pada barang kemasan atau label yang menyatakan telah terpenuhinya persyaratan Standar Nasional Indonesia.
- n. Sistem Standarisasi Nasional (SSN), adalah tatanan jaringan sarana dan kegiatan standarisasi yang serasi, selaras dan terpadu serta berwawasan nasional, yang meliputi penelitian dan pengembangan standarisasi, perumusan standar, penetapan standar, pemberlakuan standar, penerapan standar, akreditasi, sertifikasi, metrologi, pembinaan dan pengawasan standarisasi, kerjasama, informasi dan dokumentasi, pemasyarakatan dan pendidikan dan pelatihan standarisasi.
- o. Badan Standarisasi Nasional (BSN), adalah Badan yang membantu Presiden dalam menyelenggarakan pengembangan dan pembinaan dibidang standarisasi sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Tujuan dari dilakukannya standarisasi nasional yang mencakup semua kegiatan yang berkaitan dengan metrologi teknik, standar, pengujian dan mutu adalah untuk:

- a. Meningkatkan perlindungan kepada konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja, dan masyarakat lainnya, baik untuk keselamatan, keamanan, kesehatan maupun pelestarian fungsi lingkungan hidup;
- b. Membantu kelancaran perdagangan;
- c. Mewujudkan persaingan usaha yang sehat dalam perdagangan.²¹⁹

Pelaksanaan dan pengawasan standarisasi dilakukan oleh Badan Standarisasi Nasional (BSN). Pelaksanaan tugas dan fungsi BSN di bidang akreditasi dilakukan oleh Komite Akreditasi Nasional (KAN) yang bertugas menetapkan akreditasi dan memberikan pertimbangan serta saran kepada BSN dalam menetapkan sistem akreditasi dan sertifikasi. Sedangkan pelaksanaan tugas dan fungsi BSN di bidang Standar Nasional untuk Satuan Ukuran dilakukan oleh Komite Standar Nasional untuk Satuan Ukuran (KSNSU). KSNSU mempunyai tugas memberikan pertimbangan dan saran kepada BSN mengenai standar nasional untuk satuan ukuran.

Sesuai dengan tujuan utama standarisasi adalah melindungi produsen, konsumen, tenaga kerja dan masyarakat dari aspek keamanan, keselamatan,

²¹⁹ Lihat Pasal 3 PP No.102 Tahun 2000 Tentang Standarisasi Nasional.

kesehatan serta pelestarian fungsi lingkungan, pengaturan standarisasi secara nasional ini dilakukan dalam rangka membangun sistem nasional yang mampu mendorong dan meningkatkan, menjamin mutu barang dan/atau jasa serta mampu memfasilitasi penerimaan produk nasional dalam transaksi pasar global. Dari sistem dan kondisi tersebut diharapkan dapat meningkatkan daya saing produk barang dan/atau jasa Indonesia di pasar global.

Adapun pelaksanaan tugas dan fungsi BSN di bidang Standar Nasional untuk Satuan Ukuran dilakukan oleh Komite Standar Nasional untuk Satuan Ukuran. BSN menyusun dan menetapkan Sistem Standarisasi Nasional dan Pedoman di bidang standarisasi nasional yang merupakan dasar dan pedoman pelaksanaan yang harus diacu untuk setiap kegiatan standarisasi di Indonesia. Adapun SNI disusun melalui proses perumusan Rancangan SNI oleh Panitia Teknis melalui konsensus dari semua pihak yang terkait yang kemudian menjadi SNI oleh Kepala BSN. BSN dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden No. 103 Tahun 2001 yang merupakan Lembaga Pemerintah Non Departemen dengan tugas pokok mengembangkan dan membina kegiatan standarisasi di Indonesia. Badan ini menggantikan fungsi dari Dewan Standarisasi Nasional (DSN).

SNI diterapkan di seluruh wilayah Republik Indonesia dan bersifat sukarela diterapkan oleh pelaku usaha. Penerapan SNI dilakukan melalui kegiatan sertifikasi dan akreditasi yang diberikan sertifikat dan atau dibubuhi tanda SNI. Di samping bersifat sukarela, ada pelaku usaha yang menerapkan SNI yang diberlakukan secara wajib dan harus memiliki sertifikat dan/atau tanda SNI. Di samping itu pelaku usaha dilarang memproduksi dan/atau mengedarkan barang dan atau jasa, yang tidak memenuhi atau tidak sesuai dengan Standar Nasional Indonesia yang telah diberlakukan secara wajib dikenakan sama, baik terhadap barang dan atau jasa produksi dalam negeri maupun terhadap barang dan atau jasa impor.

Kegiatan standarisasi yang meliputi standar dan penilaian kesesuaian (*conformity assessment*) secara terpadu perlu dikembangkan secara berkelanjutan, khususnya dalam memantapkan dan meningkatkan daya saing produk nasional, memperlancar arus perdagangan dan melindungi kepentingan umum. Untuk membina, mengembangkan serta mengkoordinasikan kegiatan di bidang standarisasi secara nasional menjadi tanggung jawab BSN.

Dengan melihat kepada perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7²²⁰ diartikan sama dengan perbuatan,

²²⁰ Pasal 1 angka 1 (7) menyebutkan; suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.

yaitu perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha. Ketentuan pengecualian untuk jenis perjanjian penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa yang tidak mengekang dan atau menghalangi persaingan dapat merujuk kepada jenis penetapan standar sebagaimana yang diamanatkan oleh PP No.102/2000 Tentang Standarisasi Nasional. Dari sudut pandang hukum persaingan, prasyarat untuk tunduk pada standarisasi ini dapat diartikan sebagai hambatan (barrier) bagi pelaku usaha. Artinya, bila pelaku usaha tidak mampu tunduk sesuai standar maka menjadi hambatan untuk dapat masuk ke pasar. Namun bila mengacu kepada Pedoman Pasal 50 (a) dimana PP termasuk sumber peraturan yang dapat dikecualikan, maka pengecualian ini dapat melihat pada jenis-jenis perjanjian yang berkaitan dengan penetapan standar teknis produk barang dan/atau jasa mana sajakah yang dapat dikecualikan sebagaimana telah diatur dalam Pasal 50 (a) tersebut.

4. Perjanjian keagenan barang atau jasa

Perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Bab I, Pasal 1 angka (7) diartikan sama dengan perbuatan, artinya perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha. Perjanjian keagenan atau (distributorship) adalah sesuatu yang wajar dilakukan. Tindakan yang melanggar Hukum Persaingan mengenai perjanjian keagenan ini pada dasarnya telah diatur dalam hambatan yang sifatnya vertikal (vertical restraint) sebagaimana diatur dalam Pasal 8, 14, 15, 16 UU No.5 Tahun 1999.

Pasal 8: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang membuat persyaratan bahwa penerima barang dan/atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Pasal 14: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk menguasai produksi sejumlah produk yang termasuk dalam rangkaian produksi barang dan atau jasa tertentu yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung, yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan/atau merugikan masyarakat”.

Pasal 15 (1): “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa hanya akan memasok kembali barang dan atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan atau pada tempat tertentu”.

Pasal 15 (2): “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari perilaku usaha pemasok”.

Pasal 15 (3): “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan atau jasa, yang memuat persyaratan bahwa pelaku usaha yang menerima barang dan atau jasa dari pelaku usaha pemasok: (a). harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok; atau (b). tidak akan membeli barang dan atau jasa yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok”.

Pasal 16: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain di luar negeri yang memuat ketentuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.

Dalam teori ekonomi, perjanjian tentang keagenan sebenarnya banyak juga memberikan efek positif berupa efisiensi ataupun menghindarkan adanya free rider. UU No. 5 Tahun 1999 juga mengatur tentang penetapan harga jual kembali pada Pasal 8 yang mengatakan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima barang atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Oleh sebab itu, harus dilihat dengan hati-hati bahwa perjanjian keagenan (distributorship, dealership agreement) yang sifatnya yang bagaimana yang dikecualikan atau dibenarkan, tetapi isi klausula dari perjanjian tersebut adalah tidak serta merta dibenarkan (tidak dikecualikan) dari pengaturan pasal 8 yang melarang perjanjian mengenai penetapan harga jual kembali sebagaimana disebutkan di atas.

Dalam hal regulasi yang ada tercatat bahwa Menteri Perdagangan mengeluarkan Peraturan Menteri No: 11/M-DAG/PER/3/2006 tentang Ketentuan dan Tata Cara Penerbitan Surat dan Tanda Daftar Agen atau Distributor Barang dan/atau Jasa. Dalam pertimbangan pemerintah bahwa era globalisasi dan pasar bebas memberi kesempatan yang sama bagi pelaku usaha untuk berpartisipasi dalam pemasaran barang dan/atau jasa guna terciptanya iklim usaha yang kondusif dan mengendalikan distribusi barang dan/atau jasa secara tertib dan lancar melalui agen dan/atau distributor, yang diarahkan untuk memberikan perlindungan konsumen, serta memberikan kepastian hukum dan kepastian berusaha. Dalam Peraturan ini diatur hal-hal sebagai berikut:

- a. Prinsipal adalah perorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum di luar negeri atau di dalam negeri yang menunjuk agen atau distributor untuk melakukan penjualan barang dan/ atau jasa yang dimiliki/dikuasai. Prinsipal dibedakan menjadi prinsipal produsen dan prinsipal supplier.
- b. Prinsipal produsen adalah perorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum, yang berstatus sebagai produsen yang menunjuk badan usaha lain sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal untuk melakukan penjualan atas barang hasil produksi dan/atau jasa yang dimiliki/dikuasai.
- c. Prinsipal supplier adalah perorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang ditunjuk oleh prinsipal produsen untuk menunjuk badan usaha lain sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal sesuai kewenangan yang diberikan oleh prinsipal produsen.
- d. Agen adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan perjanjian untuk melakukan pemasaran tanpa melakukan pemindahan hak atas fisik barang dan/atau jasa yang dimiliki/dikuasai oleh prinsipal yang menunjuknya.
- e. Distributor adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak untuk dan atas namanya sendiri berdasarkan perjanjian yang melakukan pembelian, penyimpanan, penjualan serta pemasaran barang dan/atau jasa yang dimiliki/ dikuasai.
- f. Hak eksklusif adalah hak istimewa yang diberikan oleh prinsipal kepada perusahaan perdagangan nasional sebagai agen tunggal atau distributor tunggal.
- g. Agen Tunggal adalah perusahaan perdagangan nasional yang mendapatkan hak eksklusif dari prinsipal berdasarkan perjanjian sebagai satu-satunya agen di Indonesia atau wilayah pemasaran tertentu.
- h. Distributor Tunggal adalah perusahaan perdagangan nasional yang mendapatkan hak eksklusif dari prinsipal berdasarkan perjanjian sebagai satu-satunya distributor di Indonesia atau wilayah pemasaran tertentu.
- i. Sub Agen adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan penunjukan atau perjanjian dari agen atau agen tunggal untuk melakukan pemasaran.
- j. Sub Distributor adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas namanya sendiri berdasarkan penunjukan atau perjanjian dari distributor atau distributor tunggal untuk melakukan pemasaran dan seterusnya.

Untuk pendaftaran dan kewenangan dari setiap perusahaan perdagangan nasional yang membuat perjanjian dengan prinsipal barang atau jasa produksi luar negeri atau dalam negeri sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal wajib didaftarkan di Kementerian Perdagangan untuk memperoleh Surat Tanda Pendaftaran. Kemudian agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal yang telah memperoleh STP dapat menunjuk sub agen atau sub distributor yang wajib didaftarkan di Kementerian Perdagangan untuk memperoleh STP. Dalam hal ini Menteri memiliki kewenangan pengaturan pendaftaran keagenan atau distributor yang melimpahkan kewenangan itu kepada Direktur Jenderal Perdagangan Dalam Negeri yang juga melimpahkan kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan.

Penunjukan agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal dapat dilakukan oleh :

- a. Prinsipal produsen;
- b. Prinsipal supplier berdasarkan persetujuan dari prinsipal produsen;
- c. Perusahaan Penanaman Modal Asing yang bergerak di bidang perdagangan sebagai distributor/wholesaler;
- d. Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing.

Untuk Perusahaan Penanaman Modal Asing dalam melaksanakan kegiatan usaha perdagangan harus:

- a. menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal;
- b. penunjukkan sebagaimana dimaksud pada huruf a dibuat dalam bentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris;
- c. perjanjian dengan perusahaan perdagangan nasional harus mendapat persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf d yang sudah memiliki Surat Izin Usaha Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing (SIUP3A) dalam melaksanakan kegiatan usaha perdagangan harus:

- a. menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal;
- b. penunjukkan sebagaimana dimaksud pada huruf (a) dalam bentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris;
- c. perjanjian dengan perusahaan perdagangan nasional sebagaimana dimaksud pada huruf b harus mendapat persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Untuk tata cara dan persyaratan permohonan pendaftaran agen, agen tunggal, sub agen, distributor, distributor tunggal atau sub distributor barang dan/atau jasa produksi luar negeri atau dalam negeri disampaikan secara tertulis kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan, Kementerian Perdagangan yang sesuai dengan persyaratan yang ditetapkan.

Pasal 8 menyebutkan bahwa, permohonan pendaftaran sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal barang dan/atau jasa produksi luar negeri disampaikan kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan dengan melampirkan dokumen:

- a. Perjanjian yang telah dilegalisir oleh Notary Public dan surat keterangan Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Pejabat Kantor Perwakilan RI di negara prinsipal, dengan memperlihatkan aslinya;
- b. Apabila perjanjian dilakukan oleh prinsipal supplier, prinsipal supplier berkewajiban menunjukkan kewenangan dari prinsipal produsen;
- c. Copy Surat Izin Usaha Perdagangan (SIUP);
- d. Copy Tanda Daftar Perusahaan (TDP) yang masih berlaku;
- e. Copy Angka Pengenal Impor Umum (API-U) yang masih berlaku, khusus untuk distributor atau distributor tunggal;
- f. Copy Akta Pendirian Perusahaan dan/atau Akta Perubahan yang telah mendapat pengesahan dari instansi berwenang;
- g. Copy pengesahan Badan Hukum dari Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia bagi Perseroan Terbatas;
- h. Khusus bagi agen atau agen tunggal, membuat surat pernyataan yang menyatakan bahwa tidak melakukan penguasaan dan penyimpanan barang yang diageni;
- i. Asli leaflet/brosur/katalog dari prinsipal untuk jenis barang dan/atau jasa yang diageni;
- j. Copy surat izin atau surat pendaftaran lainnya dari instansi teknis yang masih berlaku untuk jenis barang tertentu sesuai dengan peraturan yang berlaku;
- k. Copy Surat Izin Usaha Tetap/Surat Persetujuan BKPM apabila perjanjian dilakukan dengan Perusahaan.
- l. Penanaman Modal Asing (PMA) yang bergerak di bidang distributor/wholesaler;
- m. Copy Surat Izin Usaha Perusahaan Perwakilan Perdagangan Asing (SIUP3A) apabila perjanjian dilakukan dengan Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing

Khusus untuk Pendaftaran Agen/Distributor Barang dan/atau Jasa Produksi Luar Negeri, permohonan atau perpanjangan pendaftaran sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal barang dan/atau jasa produksi luar negeri disampaikan kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan, dengan melampirkan dokumen sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8, dan wajib dilengkapi dengan:

- a. Konfirmasi dari Prinsipal yang telah dilegalisir oleh Notary Public dan surat keterangan dari Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Kantor Perwakilan Republik Indonesia di negara prinsipal dengan memperlihatkan aslinya;
- b. Laporan kegiatan perusahaan setiap 6 (enam) bulan;
- c. Asli STP yang dimintakan perpanjangannya.

Agan, agan tunggal, sub agan, distributor, distributor tunggal atau sub distributor berhak mendapatkan pendidikan dan pelatihan untuk meningkatkan keterampilan dan pelayanan purna jual dari prinsipal, serta secara teratur mendapatkan informasi tentang perkembangan produk. Bila diperlukan, agan, agan tunggal, distributor atau distributor tunggal dapat mempekerjakan tenaga ahli warga negara asing dalam bidang teknis sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Agan, agan tunggal, distributor atau distributor tunggal wajib melindungi kepentingan dan kerahasiaan prinsipal terhadap barang dan/atau jasa yang diageni sesuai yang disepakati dalam perjanjian. Prinsipal Produsen yang memasok barang yang pemanfaatannya berkelanjutan dalam batas waktu paling sedikit 1 (satu) tahun wajib menyediakan suku cadang atau pelayanan purna jual dan memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati.²²¹

Perikatan antara prinsipal dengan agan, agan tunggal, distributor atau distributor tunggal barang dan/atau jasa produksi dalam dan luar negeri harus berbentuk perjanjian yang dilegalisir Notary Public dan surat keterangan dari Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Pejabat Kantor Perwakilan Republik Indonesia di negara prinsipal. Prinsipal dapat membuat perjanjian hanya dengan satu agan tunggal atau distributor tunggal untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu untuk jangka waktu tertentu. Prinsipal dapat membuat perjanjian dengan satu atau lebih agan atau distributor untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu di luar wilayah pemasaran agan tunggal atau distributor tunggal.

²²¹ Pasal 20 Kep.Men Perdagangan mengeluarkan Peraturan Menteri No: 11/M-DAG/PER/3/2006 Tentang Ketentuan dan Tata Cara Penerbitan Surat dan Tanda Daftar Agen atau Distributor Barang dan atau Jasa.

Dalam hal prinsipal membuat perjanjian lebih dari satu agen atau distributor, prinsipal wajib menyebutkan nama-nama agen atau distributor yang telah ditunjuk. Apabila terdapat perjanjian lebih dari satu agen tunggal atau distributor tunggal oleh prinsipal untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama dari suatu merek dalam wilayah pemasaran tertentu, maka STP diberikan kepada pemohon pertama. Perjanjian tersebut setidaknya memuat:

- a. Nama dan alamat lengkap pihak-pihak yang membuat perjanjian;
- b. Maksud dan tujuan perjanjian;
- c. Status keagenan atau kedistributoran;
- d. Jenis barang dan/atau jasa yang diperjanjikan;
- e. Wilayah pemasaran;
- f. Hak dan kewajiban masing-masing pihak;
- g. Kewenangan;
- h. Jangka waktu perjanjian;
- i. Cara-cara pengakhiran perjanjian;
- j. Cara-cara penyelesaian perselisihan;
- k. Hukum yang dipergunakan;
- l. Tenggang waktu penyelesaian.

Dari ketentuan Peraturan Menteri di atas, terlihat beberapa aturan yang bertentangan dengan prinsip dalam hukum persaingan. Misalnya, antara Prinsipal dapat membuat perjanjian hanya dengan satu agen tunggal atau distributor tunggal untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu untuk jangka waktu tertentu (pembagian wilayah dan produk). Bila melihat beberapa unsurnya, maka jenis perjanjian ini dapat mengacu kepada pengecualian sebagaimana jenis perjanjian yang dikecualikan dalam Pasal 50 (a), yaitu dengan dasar hukum Peraturan Menteri. Pengecualian Pasal 50 (d) memang ditujukan untuk perjanjian dalam rangka keagenan, tetapi isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan atau jasa dengan harga lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan (kecuali mengenai pembagian wilayah pemasaran dan produk).

5. Perjanjian kerja sama penelitian

Perjanjian kerjasama jenis ini sering dilakukan oleh perusahaan yang tergabung dan menjadi anggota asosiasi suatu industri. Rasionalnya adalah bahwa penelitian sering membutuhkan dana yang besar, sehingga kerjasama dalam penelitian sering dilakukan secara patungan, kemudian penemuan atau hak patennya akan dinikmati bersama. Hampir seluruh penelitian ataupun penemuan HKI akan membawa dampak positif bagi peningkatan atau

perbaikan standar hidup masyarakat luas. Karena itu diperlukan standarisasi jenis perjanjian yang diijinkan untuk dikecualikan. Bila terdapat perjanjian seperti ini, maka harus dilihat apakah klausulanya, kemudian memberikan hak eksklusif memonopoli HKI yang juga diijinkan dan diproteksi oleh Undang-undang (lihat Pasal 50, huruf b).

Bila perjanjian itu sendiri dilakukan di antara sesama para pesaing yang berada dalam suatu pasar bersangkutan. Misalnya para pesaing bekerja sama untuk membuka apa yang disebut “essential facilities” yang diperlukan oleh pelaku usaha untuk mendukung produksinya. Dalam konteks persaingan usaha, “essential facility” diartikan secara umum sebagai fasilitas untuk memproduksi yang dianggap sangat penting atau wajib ada dan diperlukan (*deemed necessary*) oleh seluruh pelaku usaha untuk beroperasi atau memproduksi dalam suatu industri. Fasilitas tersebut tidak mudah untuk dimiliki, dibuat atau dicontoh. Contoh untuk jenis barang ‘essential goods’ ini, misalnya:

- a. untuk industri kereta api: jalur atau rel yang tersedia;
- b. untuk industri penerbangan: jumlah ruangan yang tersedia di pelabuhan udara;
- c. untuk industri pembangkit tenaga listrik: jaringan distribusi dan transmisi.

Perjanjian yang menyangkut kerjasama tidak dilarang sepanjang dapat dibuktikan bahwa tujuannya adalah untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas. Perjanjian yang bersifat kerjasama juga sering difasilitasi oleh asosiasi pelaku usaha yang bertujuan meningkatkan kemampuan bersaing di antara anggota asosiasi (pelaku usaha) sendiri. Di samping itu, pelaku usaha juga berpendapat bahwa modal yang dibutuhkan untuk membangun bersama fasilitas yang dibutuhkan akan jauh lebih murah bila dibandingkan dengan dikerjakan sendiri. Perjanjian yang jelas melanggar adalah apabila para pelaku usaha pesaing melakukan kesepakatan untuk melakukan penguasaan produksi dan atau pemasaran barang dan jasa²²² atau bahkan membentuk kartel.²²³ Karena itu yang perlu dicermati adalah jangan sampai pengecualian yang diberikan dengan menggunakan alasan kerjasama penelitian yang akan meningkatkan standar hidup masyarakat luas justru dipergunakan sebagai fasilitasi kartel.

²²² Pasal 4 (1) UU No.9/1999 mengenai Oligopoli yaitu: “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.

²²³ Pasal 11 UU No.5 Tahun 1999, Kartel: Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian, dengan pelaku usaha pesaingnya, yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa dari pasar bersangkutan.

6. Perjanjian internasional

Hukum Internasional merupakan hukum yang sebagian besar terdiri dari prinsip-prinsip dan aturan yang mengikat negara–negara sebagai subyeknya, dan karenanya ditaati dalam hubungan antara negara. Hukum Internasional meliputi:

- a. Peraturan-peraturan hukum tentang pelaksanaan fungsi antara lembaga-lembaga internasional, organisasi-organisasi Internasional serta hubungannya antara negara–negara dan individu-individu;
- b. Peraturan-peraturan hukum tertentu tentang individu-individu dengan kesatuan-kesatuan bukan negara, sepanjang hak-hak dan kewajiban individu dengan kesatuan-kesatuan tersebut merupakan masalah kerjasama internasional.

Pada dasarnya berlakunya Hukum Internasional didasarkan pada 2 prinsip:

- a. *Pacta Sunt Servanda*, yaitu perjanjian harus dan hanya ditaati oleh pihak-pihak yang membuat perjanjian.
- b. Primat Hukum Internasional, yaitu perjanjian internasional mempunyai kedudukan yang lebih tinggi dari Undang-undang Nasional suatu Negara yang menyetujui dan menandatangani perjanjian tersebut.

Dalam Sistem hukum Jerman dan Perancis, suatu perjanjian internasional baru dapat berlaku apabila telah sesuai dengan ketentuan hukum nasional tentang Pengesahan Perjanjian, dan diumumkan secara resmi. Indonesia mempunyai persamaan dengan Jerman dan Perancis. Menurut Pasal 38 (1); Piagam Mahkamah Internasional, Perjanjian Internasional merupakan salah satu sumber hukum Internasional. Perjanjian Internasional yang dimaksud dalam Pasal 38 (1) Piagam Mahkamah Internasional adalah perjanjian-perjanjian yang dapat membuat hukum (*Law Making Treaties*). Konvensi Wina tentang Perjanjian Internasional mulai berlaku tahun pada 1980. Pasal 2 Konvensi Wina 1980 mendefinisikan Perjanjian Internasional sebagai persetujuan antara dua negara atau lebih, dengan tujuan mengadakan hubungan timbal balik menurut Hukum Internasional.

Bentuk dan istilah perjanjian Internasional antara lain:

- a. Konvensi/Covenant

Istilah ini digunakan untuk perjanjian-perjanjian resmi yang bersifat multilateral, termasuk perjanjian-perjanjian yang dibuat oleh lembaga dan organisasi internasional, baik yang berada di bawah PBB maupun yang independen.

b. Protokol

Bisa termasuk tambahan suatu kovensi yang berisi ketentuan-ketentuan tambahan yang tidak dimasukkan dalam kovensi, atau pembatasan-pembatasan oleh negara penandatangan. Protokol juga dapat berupa alat tambahan bagi kovensi, tetapi sifat dan pelaksanaannya bebas, dan tidak perlu diratifikasi. Ada juga protokol sebagai perjanjian yang sama sekali berdiri sendiri.

c. Persetujuan (agreement)

Persetujuan biasanya bersifat kurang resmi dibanding perjanjian atau kovensi. Umumnya persetujuan digunakan untuk persetujuan-persetujuan yang ruang lingkupnya lebih sempit atau yang sifatnya lebih teknis dan administratif, serta pihak-pihak yang terlibat lebih sedikit dibandingkan kovensi biasa. Persetujuan cukup ditandatangani oleh wakil-wakil kementerian pemerintahan dan tidak perlu ratifikasi.

d. Arrangement

Hampir sama dengan persetujuan, arrangement umumnya digunakan untuk hal-hal yang sifatnya mengatur dan temporer.

e. Statuta

Statuta bisa berupa himpunan peraturan-peraturan penting tentang pelaksanaan fungsi lembaga Internasional. Statuta juga bisa berupa himpunan peraturan-peraturan yang dibentuk berdasarkan persetujuan internasional tentang pelaksanaan fungsi-fungsi suatu institusi (lembaga) khusus di bawah pengawasan lembaga/badan-badan internasional. Dapat juga statuta sebagai alat tambahan suatu konvensi yang menetapkan peraturan-peraturan yang akan diterapkan.

f. Deklarasi

Istilah deklarasi dapat berarti:

- 1) Perjanjian yang sebenarnya;
- 2) Dokumen tidak resmi yang dilampirkan pada suatu perjanjian;
- 3) Persetujuan tidak resmi tentang hal yang kurang penting;
- 4) Resolusi oleh Konferensi Diplomatik.

g. Mutual Legal Assistance

Perjanjian yang diadakan antara dua negara atau lebih dalam rangka memberikan bantuan yang bersifat saling membantu.

Ratifikasi suatu kovensi atau Perjanjian Internasional lainnya hanya dilakukan oleh Kepala Negara/Kepala Pemerintahan. Pasal 14 Kovensi Wina 1980 mengatur tentang kapan ratifikasi memerlukan persetujuan agar dapat mengikat kewenangan untuk menerima atau menolak ratifikasi melekat pada

kedaulatan negara. Hukum Internasional tidak mewajibkan suatu negara untuk meratifikasi suatu perjanjian. Namun bila suatu negara telah meratifikasi Perjanjian Internasional, maka negara tersebut akan terikat oleh Perjanjian Internasional tersebut. Sebagai konsekuensi negara yang telah meratifikasi perjanjian internasional tersebut akan terikat dan tunduk pada perjanjian internasional yang telah ditandatangani, sepanjang materi atau substansi dalam perjanjian sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan Nasional mereka. Kecuali dalam perjanjian bilateral antara dua negara, maka wajib diperlukan adanya ratifikasi.

Ratifikasi Perjanjian Internasional di Indonesia diatur dalam Undang-undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional. Untuk melaksanakan perjanjian-perjanjian Internasional tersebut, Indonesia menganut prinsip Primat Hukum Nasional. Artinya, Hukum Nasional mempunyai kedudukan lebih tinggi daripada hukum Internasional. Adapun Perjanjian Internasional dilakukan oleh Presiden sebagai kepala pemerintahan. Dasar kewenangan presiden dalam pembuatan Perjanjian Internasional diatur dalam pasal 11 Undang-undang Dasar 1945 mengatur tentang perjanjian Internasional.

Berdasarkan pasal 11 ayat (3) Undang-undang Dasar 1945 tersebut, telah diterbitkan surat Presiden Nomor: 2826/Hk tentang Pengesahan Perjanjian Internasional yang berisi ketentuan-ketentuan sebagai berikut: Bila Perjanjian Internasional tersebut mengatur perjanjian tentang masalah-masalah yang terkait dengan politik dan kebijaksanaan Negara Republik Indonesia, maka diratifikasi dengan Undang-undang. Dalam hal Perjanjian Internasional tersebut mengatur tentang masalah-masalah yang bersifat teknis dan segera, maka diratifikasi dengan keputusan Presiden.

Pada tahun 2000 surat Presiden nomor: 2826 tersebut dihapus dengan adanya Undang-undang nomor: 24/2000 tentang Perjanjian Internasional, yaitu kedudukan Perjanjian Internasional dalam sistem peraturan perundang-undang Nasional, meskipun dalam Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Peraturan Pembuatan Perundang-undangan tidak masuk sebagai jenis peraturan Perundang-undangan. Namun perjanjian Internasional juga diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan mengikat sebagaimana diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Berdasarkan sistem Hukum Nasional, maka dengan meratifikasi suatu konvensi baik regional maupun multilateral, perjanjian bilateral, negara sudah terikat untuk tunduk pada ketentuan-ketentuan dalam konvensi atau perjanjian tersebut. Suatu konvensi atau perjanjian internasional yang telah diratifikasi, baru dapat dilaksanakan apabila telah dimasukkan dalam suatu Undang-undang yang dikenal sebagai Undang-undang tentang Pengesahan

Ratifikasi Perjanjian Internasional.

Dalam sistem Hukum Nasional Indonesia, meskipun suatu perjanjian Internasional telah diratifikasi dengan Undang-undang tentang Pengesahan Ratifikasi, tetapi perjanjian belum dapat dilaksanakan apabila tidak sesuai dengan isi ketentuan peraturan perundang-undangan Nasional yang mengatur tentang materi yang sama dengan yang ditentukan dalam perjanjian yang diratifikasikan tersebut.

Perjanjian Internasional yang telah diratifikasikan dengan peraturan perundang-undangan nasional diakui keberadaannya sebagai bagian dari sistem Hukum Nasional dan mempunyai kekuasaan hukum yang mengikat setelah diatur dengan Undang-undang Ratifikasi suatu Perjanjian Internasional. Namun ketika ada perbedaan isi ketentuan suatu Undang-Undang Nasional dengan isi Perjanjian Internasional yang telah diratifikasi atau belum ada peraturan pelaksanaan UU No. 24 Tahun 2000, maka Perjanjian Internasional tersebut tidak dapat dilaksanakan.

Misalnya, Indonesia menandatangani Uruguay Round Final Act (GATT) di Marrakesh, Marokko pada 15 April 1994, dan diratifikasi oleh Indonesia pada tanggal 2 Desember 1994 melalui Undang Undang No. 7/1974 tentang Pengesahan Agreements on Establishing WTO. Indonesia kemudian diterima sebagai anggota pada 1 Januari 1995, dan mengimplementasikan WTO Valuation Agreements pada 1 April 1997. Oleh sebab itu perjanjian internasional yang merupakan implikasi dari kewajiban ini harus diberikan pengecualian. Hal ini berarti bahwa Indonesia sebagai anggota WTO wajib memberlakukan prinsip-prinsip WTO, yaitu:

- a. Most Favored Nation, yaitu suatu kebijakan perdagangan harus dilakukan atas dasar non diskriminatif dimana semua negara anggota terikat untuk memberikan negara lainnya perlakuan yang sama dalam pelaksanaan kebijakan impor dan ekspor, serta yang menyangkut biaya lainnya. Perlakuan itu harus segera dan tanpa syarat diberikan. Karena itu, suatu negara tidak boleh memberikan perlakuan istimewa kepada negara lain atau melakukan tindakan diskriminasi terhadapnya;
- b. Prinsip National Treatment dimana produk suatu negara anggota yang diimpor ke dalam suatu negara harus diperlakukan sama, seperti halnya produk dalam negeri. Prinsip ini berlaku luas karena berlaku juga untuk pajak dan pungutan lainnya, demikian juga terhadap perundang-undangan, peraturan, dan lain-lain;
- c. Prinsip Larangan Restriksi (Pembatasan) Kuantitatif, yaitu larangan terhadap pembatasan jumlah ekspor ataupun impor dalam bentuk apapun;
- d. Prinsip Perlindungan Melalui Tarif, dimana WTO hanya memperkenankan

- tindakan proteksi terhadap industri domestik melalui tarif (menaikkan tingkat tarif bea masuk) dan tidak melalui upaya perdagangan lainnya. Tingkat perlindungan ini diberikan, tetapi tidak menghalangi kompetisi;
- e. Prinsip Resiprositas, yaitu prinsip fundamental WTO dimana perundingan tarif didasarkan atas timbal balik yang menguntungkan kedua belah pihak melalui konsultasi yang merupakan cara formal dan informal.

Dalam hal ini perjanjian internasional yang dikecualikan sesuai dengan Pasal 50 (e) adalah perjanjian yang telah diratifikasi oleh pemerintah.

7. Perjanjian dan atau kebutuhan yang bertujuan ekspor

Kegiatan ekspor dan impor lazim dilakukan dalam lalu lintas perdagangan. Kegiatan ini menunjang peningkatan devisa dengan tidak mengganggu stabilitas pasokan dalam negeri. Kebutuhan dalam negeri ditentukan oleh pemerintah melalui keputusan Menteri Perdagangan. Adapun kebutuhan dalam negeri dapat berubah sewaktu-waktu, sehingga ketentuan tentang dapat atau tidaknya dilakukan ekspor akan sangat tergantung kepada keputusan pemerintah. Perjanjian ekspor biasanya dilakukan dengan pihak luar negeri yang menjadi importir atau partner dari usaha tersebut. Pada umumnya ketentuan perjanjian seperti ini akan diatur berdasarkan keputusan Menteri Perdagangan yang melihat kepentingan, bahwa ekspor (misalnya bahan baku atau bahan mentah untuk produksi) yang dilakukan tidak akan mengganggu kepentingan terhadap pasokan yang akan dapat mengganggu jalannya produksi secara keseluruhan.

Untuk pengaturan kegiatan ekspor ini ada Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan yang dapat dilihat untuk lebih memperjelas status perjanjian ekspor manakah yang dimaksud, yaitu Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Nomor: 558/MPP/Kep/12/1998 tentang Ketentuan Umum di Bidang Ekspor. Berlandaskan reformasi ekonomi nasional dan bertujuan meningkatkan daya saing, peningkatan ekspor serta menjamin kepastian dan kesinambungan bahan baku industri kecil dan menengah, maka pemerintah memutuskan untuk memperbaharui ketentuan umum di bidang ekspor dengan mengubah status jenis barang tertentu yang semula, termasuk kelompok barang yang dilarang dan bebas ekspornya menjadi kelompok barang yang diawasi ekspornya. Selain itu juga mengubah status jenis barang tertentu yang semula termasuk kelompok barang yang diawasi ekspornya menjadi kelompok barang yang dilarang dan bebas ekspornya (misalnya ada yang sebelumnya mendapat subsidi pemerintah).

Keputusan Menteri ini menegaskan kriteria sebagai berikut:

- a. Ekspor adalah kegiatan mengeluarkan barang dari Daerah Pabean;
- b. Eksportir adalah perusahaan atau perorangan yang melakukan kegiatan ekspor;
- c. Eksportir Terdaftar adalah perusahaan atau perorangan yang telah mendapat pengakuan Menteri Perindustrian dan Perdagangan untuk mengekspor barang tertentu sesuai dengan ketentuan yang berlaku;
- d. Daerah Pabean adalah wilayah Republik Indonesia yang meliputi wilayah darat, perairan dan ruang udara di atasnya, serta tempat-tempat tertentu di zona ekonomi eksklusif dan landas kontinen yang di dalamnya berlaku Undang-undang Nomor 10 Tahun 1995 tentang Kepabeanaan;
- e. Barang yang diatur ekspornya adalah barang yang ekspornya hanya dapat dilakukan oleh Eksportir Terdaftar;
- f. Barang yang diawasi ekspornya adalah barang yang ekspornya hanya dapat dilakukan dengan persetujuan Menteri Perindustrian dan Perdagangan atau Pejabat yang ditunjuk;
- g. Barang yang dilarang ekspornya adalah barang yang tidak boleh diekspor;
- h. Barang yang bebas ekspornya adalah barang yang tidak termasuk pengertian butir e, f dan g;
- i. Tempat penimbunan berikat adalah bangunan, tempat, atau kawasan yang memenuhi persyaratan tertentu di dalam Daerah Pabean yang digunakan untuk menimbun, mengolah, memamerkan, dan/atau menyediakan barang untuk dijual dengan mendapatkan perlakuan khusus di bidang Kepabeanaan, cukai, dan perpajakan yang dapat berbentuk Kawasan Berikat, Pergudangan Berikat, Entreport untuk tujuan pameran, atau Toko Bebas Bea.

Pada dasarnya, ekspor dapat dilakukan oleh setiap perusahaan atau perorangan yang telah memenuhi syarat administratif dan memiliki ijin sebagai berikut:

- a. Tanda Daftar Usaha Perdagangan (TDUP) / Surat Ijin Usaha Perdagangan (SIUP);
- b. Ijin Usaha dari Departemen Teknis/Lembaga Pemerintah Non Departemen berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan
- c. Tanda Daftar Perusahaan (TDP).

Eksportir juga harus telah mendapat pengakuan sebagai Eksportir Terdaftar dari Menteri Perindustrian dan Perdagangan, dalam hal ini Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri. Setiap eksportir yang melakukan ekspor Barang Yang Diawasi Ekspornya harus memenuhi persyaratan, yaitu telah mendapat

persetujuan ekspor dari Menteri Perindustrian dan Perdagangan, dalam hal ini Direktur Ekspor Produk Industri dan Pertambangan atau Direktur Ekspor Produk Pertanian dan Kimia dengan mempertimbangkan usulan dari Direktur Pembina Teknis yang bersangkutan di lingkungan Kementerian Perindustrian dan Perdagangan dan/atau instansi/kementerian terkait lainnya.

Terhadap barang ekspor tertentu, Menteri Perindustrian dan Perdagangan dalam hal ini Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri menetapkan Harga Patokan Ekspor secara berkala sebagai dasar perhitungan Pajak Ekspor. Peraturan Menteri Perdagangan Nomor: 35/M-DAG/PER/8/2007 tentang Penetapan Harga Patokan Ekspor (HPE) Atas Barang Ekspor Tertentu yang ditetapkan melalui Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri. Penetapan Harga Patokan Ekspor (HPE) berpedoman pada harga rata-rata Internasional dan atau harga rata-rata FOB di beberapa pelabuhan di Indonesia dalam satu bulan sebelum penetapan HPE.

Dari kedua dasar hukum yang mengatur mengenai ekspor yang bersumber pada Keputusan Menteri dan/atau Peraturan Menteri yang dapat saja berubah sesuai dengan kebijakan ekonomi maupun keputusan pemerintah. Oleh sebab itu, perjanjian yang dapat dikecualikan harus merujuk kepada jenis perjanjian sebagaimana yang telah diisyaratkan oleh Pasal 50 (a) dengan melihat kriteria dasar hukum yang menjalankan Undang-undang.

BAB V

PERUSAHAAN

A. Pengertian Perusahaan

Perusahaan adalah setiap bentuk usaha yang menjalankan setiap jenis usaha yang bersifat tetap dan terus-menerus, dan yang didirikan, bekerja serta berkedudukan dalam wilayah negara Republik Indonesia untuk tujuan memperoleh keuntungan dan/atau laba (Pasal 1 huruf b UU No. 3 Tahun 1982).

Kata “perusahaan” di dalam bahasa Indonesia mempunyai dua pengertian, yaitu:

1. *Onderneming*, yang berarti suatu bentuk hukum (*rechtsvorm*) dari suatu perusahaan, misalnya Perseroan Terbatas, Firma, dan Persekutuan Komanditer. Jadi, jika dikatakan *onderneming*, maka yang dimaksudkan adalah menunjuk pada bentuk hukumnya, dan dapat berbentuk dua macam, yaitu 1) badan hukum, atau 2) bukan badan hukum.
2. *Bedrijf*, yang berarti kesatuan tehnik untuk produksi, misalnya *Huisvlijt* (*home industry* atau industri rumah tangga/rumahan), *nijverheid* (kerajinan atau suatu keterampilan khusus), *fabriek* (pabrik).²²⁴

²²⁴ R.T. Sutantya dkk., *Pengertian Pokok Hukum Perusahaan: Bentuk-Bentuk Perusahaan yang Berlaku di Indonesia*, Edisi I, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1995), hlm. 3.

Pengertian perusahaan juga terdapat di dalam Pasal 1 angka (1) Undang-undang No. 8 Tahun 1997 tentang Dokumen Perusahaan. Ketentuan pasal tersebut menyebutkan bahwa perusahaan adalah setiap bentuk usaha yang melakukan kegiatan secara tetap dan terus-menerus dengan memperoleh keuntungan dan/atau laba, baik yang diselenggarakan oleh orang perorangan maupun badan usaha yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum, yang didirikan dan berkedudukan dalam wilayah negara Republik Indonesia.

Unsur-unsur yang terdapat dalam pengertian perusahaan meliputi hal-hal berikut:

1. Badan usaha

Badan usaha yang menjalankan kegiatan dalam bidang ekonomi mempunyai bentuk tertentu, misalnya perusahaan perseorangan, firma, persekutuan komanditer atau perseroan terbatas yang dapat diketahui melalui akta pendirian atau izin usahanya. Berbagai bentuk badan usaha tersebut dapat diklasifikasikan berdasarkan jumlah pemilik, status pemilik, maupun bentuk hukumnya.

2. Kegiatan dalam bidang ekonomi

Kegiatan ekonomi yang dilakukan oleh perusahaan dalam memperoleh keuntungan adalah dengan cara memperdagangkan barang, seperti membeli dan menjualnya kembali, menyerahkan barang, seperti menyewa, dan melakukan perjanjian perdagangan, seperti menghubungkan pihak satu dengan pihak lainnya.

Adapun obyek kegiatan dalam bidang ekonomi adalah harta kekayaan, dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan dan atau laba yang meliputi kegiatan-kegiatan sebagai berikut:

- a. Perdagangan, meliputi jual beli barang bergerak dan tidak bergerak, misalnya ekspor-impor, bursa efek, restoran, toko swalayan, perumnas, valuta asing;
- b. Pelayanan, meliputi penyediaan jasa, misalnya biro perjalanan, biro konsultan, salon kecantikan, kursus keterampilan menjahit, busana, perbankan, pengangkutan, dan perbengkelan;
- c. Perindustrian, meliputi mencari, mengolah, dan mengadakan sumber daya dan kekayaan, misalnya eksplorasi dan pengeboran minyak, penangkapan ikan, usaha pertanian atau perkayuan, makanan dalam kaleng, barang kerajinan, obat-obatan, kendaraan bermotor, rekaman dan perfilman, percetakan dan penerbitan.²²⁵

²²⁵ Abdulkadir Muhammad, *Pengantar Hukum Perusahaan Indonesia*, Cetakan ke-2,

3. Terus-menerus

Unsur terus-menerus di dalam perusahaan mempunyai makna bahwa, kegiatan dalam bidang ekonomi itu dilakukan secara terus-menerus sebagai mata pencaharian. Artinya, tidak terputus-putus, tidak secara insidental, dan tidak sebagai sambilan.²²⁶

4. Bersifat tetap

Unsur ini dapat dilihat dalam rumusan yang diberikan oleh Undang-undang yang memiliki arti bersifat tetap. Artinya, kegiatan itu tidak berubah atau berganti dalam waktu singkat, tetapi untuk jangka waktu yang lama. Jangka waktu tersebut ditentukan dalam akta pendirian perusahaan atau surat izin usaha, misalnya 5 (lima) tahun, 10 (sepuluh) tahun, atau 20 (dua puluh) tahun.²²⁷

5. Terang-terangan

Terang-terangan merupakan unsur yang bersumber dari rumusan pengertian perusahaan sebagaimana terdapat dalam *memorie van toelichting* dari Rencana Undang-undang *Wetboek van Koophandel* atau KUHD yang berarti sebagai berikut: Terang-terangan artinya ditujukan kepada dan diketahui oleh umum, bebas berhubungan dengan pihak lain, diakui dan dibenarkan oleh pemerintah berdasarkan Undang-undang. Bentuk terang-terangan ini dapat diketahui dari akta pendirian perusahaan, nama dan merek perusahaan, surat izin usaha, surat izin tempat usaha, dan akta pendaftaran perusahaan.²²⁸

6. Keuntungan dan/atau laba

Keuntungan dan/atau laba adalah istilah ekonomi yang menunjukkan nilai lebih (hasil) yang diperoleh dari modal yang dijalankan. Setiap kegiatan menjalankan perusahaan tentu berdasarkan sejumlah modal. Dengan modal perusahaan itu keuntungan dan atau laba dapat diperoleh. Ini adalah tujuan utama suatu perusahaan.²²⁹

7. Pembukuan

Adanya keharusan bagi setiap perusahaan untuk membuat pembukuan bukan hanya kewajiban yang ditetapkan sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (1) KUHD bahwa, setiap orang yang menjalankan perusahaan diwajibkan untuk menyelenggarakan catatan-catatan menurut syarat-

(Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), hlm. 11.

²²⁶ *Ibid.*, hlm. 12.

²²⁷ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perusahaan Indonesia*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002), hlm. 48.

²²⁸ *Ibid.*, hlm. 47.

²²⁹ Abdulkadir Muhammad, *Pengantar Hukum...*, hlm. 12-13.

syarat perusahaannya tentang keadaan hartanya dan tentang apa yang berhubungan dengan perusahaannya, dengan cara yang sedemikian sehingga dari catatan-catatan yang diselenggarakan itu sewaktu-waktu dapat diketahui semua hak dan kewajibannya.

Ketentuan Pasal 8 ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 1997 tentang Dokumen Perusahaan juga mewajibkan kepada setiap perusahaan untuk membuat catatan. Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 5 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1997 tentang Dokumen Perusahaan. Catatan tersebut terdiri dari dari neraca tahunan, perhitungan laba rugi tahunan, rekening, jurnal transaksi harian, atau setiap tulisan yang berisi keterangan mengenai kewajiban dan hak-hak lain yang berkaitan dengan kegiatan usaha suatu perusahaan.

B. Pendirian Perusahaan

Untuk mendirikan suatu perusahaan perlu dilakukan tahapan-tahapan atau persyaratan berikut:

1. Perjanjian yang diwujudkan dalam akta pendirian (AD/ART) yang disahkan notaris.
2. Didaftarkan ke Panitera PN setempat
3. Didaftarkan dalam daftar perusahaan di Disperindag.
4. Surat Izin Usaha Perdagangan (SIUP)

SIUP adalah surat izin untuk bisa melaksanakan usaha perdagangan, yang berfungsi sebagai alat atau bukti pengesahan dari suatu usaha perdagangan. SIUP dikeluarkan oleh Pemerintah Daerah. Tidak hanya usaha berskala besar saja, melainkan usaha berskala kecil dan menengah juga membutuhkan SIUP agar usaha mereka mendapatkan pengesahan dari pihak pemerintah. Tentunya hal ini dilakukan untuk menghindari masalah hukum yang akan mengganggu perkembangan usaha di kemudian hari.

SIUP dikeluarkan berdasarkan domisili pemilik atau penanggung jawab perusahaan. SIUP perusahaan kecil dan menengah diterbitkan dan ditandatangani oleh Kepala Kantor Perindustrian dan Perdagangan Tingkat II atas nama Menteri. Sedangkan SIUP perusahaan besar diterbitkan dan ditandatangani oleh Kepala Kantor Perindustrian dan Perdagangan Daerah Tingkat I atas nama Menteri. Ada beberapa jenis SIUP yaitu:

- a. SIUP Kecil: wajib dimiliki oleh Perusahaan Perdagangan dengan modal dan kekayaan bersih (netto) seluruhnya sebesar Rp. 50 Juta sampai dengan Rp. 500 Juta, tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha.

- b. SIUP Menengah: wajib dimiliki oleh Perusahaan Perdagangan dengan modal dan kekayaan bersih (netto) seluruhnya sebesar Rp. 500 Juta sampai dengan Rp. 10 Milyar, tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha.
 - c. SIUP Besar: wajib dimiliki oleh Perusahaan Perdagangan dengan modal dan kekayaan bersih (netto) seluruhnya lebih Rp. 10 Milyar, tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha
 - d. SIUP Mikro: SIUP yang dapat diberikan kepada Perusahaan Perdagangan Mikro, dengan modal dan kekayaan bersih seluruhnya tidak lebih dari Rp. 50 Juta.
5. Izin keramaian (HO) dari Pemerintah Daerah.
 6. NPWP dari kantor pajak.
 7. Untuk Badan Hukum ditambah pengesahan Menteri Hukum dan HAM.

C. Klasifikasi Badan Usaha/Perusahaan

Ditinjau dari jumlah pemilik, klasifikasi badan usaha/perusahaan terdiri dari:

1. Perusahaan perseorangan, yaitu perusahaan yang dimiliki oleh satu orang saja.
2. Perusahaan persekutuan, yaitu perusahaan yang dimiliki oleh beberapa pengusaha yang bekerja sama dalam satu persekutuan.

Ditinjau dari status pemilik, klasifikasi badan usaha/perusahaan terdiri dari:

1. Perusahaan swasta, yaitu perusahaan yang status kepemilikannya dimiliki oleh pihak swasta.
2. Perusahaan Negara (BUMN & BUMD), yaitu perusahaan yang status kepemilikannya dimiliki oleh negara.

Dilihat dari bentuk hukum, klasifikasi badan usaha/perusahaan terdiri dari:

1. Perusahaan berbadan hukum.
2. Perusahaan bukan berbadan hukum.

Perbedaan badan hukum dan bukan badan hukum: Kalau perusahaan berbadan hukum itu diatur oleh Undang-undang, ada harta terpisah, ada tanggung jawab yang terbatas, dan disertai pengesahan dari Menteri Hukum dan HAM. Sedangkan Perusahaan yang bukan berbadan hukum itu diatur dalam KUHD, tidak ada harta terpisah, ada tanggung jawab renteng, dan tidak

disertai pengesahan menteri hukum dan HAM.

Perusahaan yang berbadan hukum ada yang dimiliki swasta, yaitu Perseroan Terbatas (PT) dan koperasi, ada pula yang dimiliki oleh negara, yaitu Perusahaan Umum (Perum) dan Perusahaan Perseroan (Persero). Perusahaan badan hukum Perseroan Terbatas (PT) dan koperasi selalu berupa persekutuan, sedangkan perusahaan bukan badan hukum dapat berupa perusahaan perseorangan dan perusahaan persekutuan dan hanya dimiliki oleh swasta.²³⁰

Berdasar klasifikasi tersebut dapat dikemukakan bahwa ada tiga jenis perusahaan, yaitu:

1. Perusahaan Perseorangan, yaitu perusahaan swasta yang didirikan dan dimiliki oleh pengusaha perseorangan yang bukan berbadan hukum. Ia dapat berbentuk perusahaan dagang, perusahaan jasa, dan perusahaan industri, misalnya Perusahaan Dagang (PD).
2. Perusahaan persekutuan bukan berbadan hukum, yaitu perusahaan swasta yang didirikan dan dimiliki oleh beberapa orang pengusaha secara kerjasama, misalnya Maatschap, CV, Firma atau persekutuan komanditer.
3. Perusahaan persekutuan berbadan hukum, yaitu perusahaan swasta yang berbentuk persekutuan, yang didirikan dan dimiliki oleh dua orang atau lebih pengusaha yang berhimpun bersama untuk melakukan kegiatan usaha atau perusahaan yang didirikan dan dimiliki oleh negara. Bentuknya dapat berupa koperasi atau Perseroan Terbatas untuk perusahaan yang dimiliki oleh swasta atau Perusahaan Umum (Perum) dan Perusahaan Perseroan (Persero) untuk perusahaan yang dimiliki oleh negara, yaitu perusahaan yang didirikan dan dimiliki oleh pengusaha swasta dan perusahaan negara.

D. Bentuk-bentuk Perusahaan

Bentuk-bentuk perusahaan meliputi Perusahaan Perseorangan, Persekutuan Perdata, Firma (Fa), Commanditaire Vennotschap (CV), Perseroan Terbatas, Perusahaan Perseroan, dan Koperasi.

Secara rinci, bentuk perusahaan dari jumlah pemilik dapat dikelompokkan sebagai berikut:

- Perusahaan Perseorangan, misalnya UD dan PD.
- Perusahaan Persekutuan, misalnya CV, Firma, Koperasi, dan PT.
- Perusahaan Kelompok, misalnya Holding Company dan Concern/Group.

²³⁰ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perusahaan...*, hlm. 47.

Bentuk perusahaan dari status pemilik dapat dikelompokkan sebagai berikut:

- BUMN, misalnya Perum dan Persero.
- Swasta, misalnya PD, UD, CV, Firma, Koperasi dan PT.

Bentuk perusahaan dari status badan usaha dapat dikelompokkan sebagai berikut:

- Badan Hukum, misalnya Perum, Persero, Koperasi dan PT.
- Bukan Badan Hukum, misalnya PD, UD, CV dan Firma.

1. Perusahaan Perorangan

Perusahaan Perorangan yaitu perusahaan yang dilakukan oleh satu orang pengusaha, misalnya Perusahaan Dagang (PD) atau Usaha Dagang (UD), *Sole Traders* (Inggris), *Sole Proprietorship* (AS). Perusahaan perseorangan dapat mempunyai bentuk hukum menurut bidang usahanya, yaitu perusahaan industri, perusahaan jasa, dan perusahaan dagang.

Perusahaan Dagang merupakan salah satu bentuk perusahaan perseorangan yang didirikan dan dijalankan oleh satu orang pengusaha, tidak ada peserta lain di sampingnya. Kalau dalam PD tampak banyak orang itu merupakan pembantu pengusaha yang hubungan hukumnya dengan pengusaha bersifat hubungan hukum perburuhan dan pemberian kuasa.

Pendirian Perusahaan Dagang cukup mengajukan permohonan izin usaha kepada Kepala Kantor Wilayah Perdagangan setempat dan izin tempat usaha, serta mengajukan HO (*Hinder Ordonantie*) kepada Pemerintah Daerah setempat.

Kewajiban pengusaha Perusahaan Dagang yaitu membuat catatan keuangan dan membayar pajak (NPWP), serta redistribusi sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pengusaha diketahui sebagai seseorang yang melakukan atau menyuruh melakukan perusahaan. Ia dapat melakukan perusahaannya sendiri, melakukan perusahaannya dengan pembantunya, atau menyuruh orang lain melakukan perusahaannya, dan tidak turut serta dalam melakukan perusahaan.

Pembantu-pembantu di dalam perusahaan bisa menjabat pemegang prokurasi atau pimpinan perusahaan dimana sifat hubungannya dengan pengusaha adalah hubungan perburuhan dan hubungan pemberian kuasa. Sementara pembantu di luar perusahaan dapat berupa agen perusahaan, makelar, komisioner, dan pengacara.

2. Persekutuan Perdata

Persekutuan Perdata diatur dalam Pasal 1618-1652 KUHPerdata: “Suatu perjanjian dengan mana dua orang atau lebih mengikatkan diri untuk memasukkan sesuatu ke dalam persekutuan dengan maksud untuk membagi keuntungan atau kemanfaatan yang diperoleh karenanya”.

Ciri-ciri Persekutuan Perdata yaitu:

- a. Adanya suatu perjanjian kerjasama antara dua orang atau lebih.
- b. Masing-masing pihak harus memasukan sesuatu ke dalam persekutuan (*inbrenng*). Pasal 1619 ayat (2) KUHPerdata menyatakan: “Masing-masing sekutu diwajibkan memasukkan uang, barang dan keahliannya ke dalam persekutuan”. Lihat juga pasal 1662 ayat (2) BW baru Belanda, selain itu bisa juga berupa hak menikmati suatu barang (*genot van goederen*).
- c. Bermaksud membagi keuntungan bersama.

Bentuk-bentuk Persekutuan Perdata dapat berbentuk:

- a. Antar pribadi-pribadi yang melakukan suatu pekerjaan bebas (profesi), seperti pengacara, dokter, arsitek, dan akuntan.
- b. Persekutuan yang bertindak keluar kepada pihak ketiga secara terang-terangan dan terus-menerus untuk mencari laba.
- c. Perjanjian kerjasama dari suatu transaksi sekali segera setempat.

Pasal 1620-1623 KUHPerdata menjelaskan:

- a. Persekutuan Perdata Umum, yaitu persekutuan perdata dimana para sekutu memasukkan hartanya atau bagian yang sepadan dengannya.
- b. Persekutuan Perdata khusus, yaitu para sekutu menjanjikan pemasukan benda-benda tertentu atau sebagian tenaga kerjanya.

Pengurusan Persekutuan Perdata dalam pembebanannya dapat:

- a. Diatur sekaligus bersama-sama Akta Pendirian Persekutuan Perdata (sekutu statuter/*gerant statutaire*).
- b. Diatur dengan akta tersendiri sesudah persekutuan perdata berdiri (sekutu mandater/ *gerant mandataire*).

Pembagian Keuntungan dan Kerugian:

- a. Pasal 1633 menyebutkan: sebaiknya diatur dalam perjanjian pendirian persekutuan bahwa tidak boleh memberikan seluruh keuntungan kepada satu orang sekutu. Akan tetapi boleh diperjanjikan jika seluruh kerugian hanya ditanggung oleh salah seorang sekutu saja
- b. Bila tidak diatur demikian, maka pembagian berdasarkan asas keseimbangan.

Tanggung Jawab Sekutu dijelaskan:

- a. Lihat Pasal 1642 – 1645 KUHPerdata
- b. Pasal 1642 KUHPerdata menyatakan: “Para sekutu tidaklah terikat masing-masing untuk seluruh utang *Maatschap*, dan masing-masing sekutu tidak bisa mengikat mitra lainnya, apabila mereka tidak telah memberikan kuasa kepadanya untuk itu”. Namun dalam hal seorang sekutu menguntungkan *maatschap*, maka pihak ketiga bisa berharap pada sekutu secara keseluruhan pemenuhan gugatannya (Pasal 1644).

Berakhirnya Persekutuan Perdata dikarenakan:

- a. Lampau waktu.
- b. Pengakhiran oleh salah satu sekutu.
- c. Pengakhiran dengan alasan yang sah.
- d. Selesaiannya perbuatan.
- e. Hancurnya benda yang menjadi objek persekutuan.
- f. Kematian salah satu sekutu.
- g. Adanya pengampuan atau kepailitan terhadap salah seorang sekutu.

3. Firma (Fa)

Pembahasan tentang Firma diatur dalam Pasal 16 – Pasal 35 KUHD. Dalam Pasal 16 KUHD dijelaskan bahwa persekutuan Firma adalah tiap-tiap perserikatan/persekutuan perdata yang didirikan oleh dua orang atau lebih untuk menjalankan suatu perusahaan di bawah satu nama bersama.

Firma merupakan pesekutuan perdata khusus karena memiliki 3 unsur mutlak yang menjadi tambahan dari persekutuan perdata, yaitu menjalankan perusahaan dengan nama bersama (firma), dan pertanggungjawaban sekutu bersifat pribadi untuk keseluruhan (Pasal 18 KUHD).

Adapun ciri-ciri Firma adalah sebagai berikut:

- a. Persekutuan perdata.
- b. Untuk menjalankan suatu perusahaan.
- c. Dengan mempergunakan di bawah satu nama bersama/Firma.
- d. Setiap sekutu secara tanggung-menanggung (tanggung renteng) bertanggungjawab untuk seluruhnya atas segala perjanjian atau perbuatan persekutuan.
- e. Biasanya bergerak di bidang profesi/konsultan. Misalnya Gani, Lubis & Satroamidjoyo, Prince Water Cooper, Mariam Darus & Sutan Remy Associates, dan lainnya.

Pendirian Fa didasarkan atas suatu perjanjian antara para sekutu, yang dibuat berdasarkan suatu akta otentik (Akta Notaris). Akta otentik pendirian Fa biasanya berisikan Anggaran Dasar Fa yang berdasar Pasal 26 KUHDagang harus memuat:

- a. Nama, nama depan, pekerjaan dan tempat tinggal para sekutu firma.
- b. Penyebutan nama bersama atau firma.
- c. Memuat bidang usaha firma secara umum atau terbatas.
- d. Penetapan nama-nama sekutu yang dikecualikan dari hak menandatangani perjanjian untuk firma.
- e. Saat akan mulai berlakunya dan akan berakhirnya persekutuan firma.
- f. Hal-hal yang berhubungan dengan pihak ketiga terhadap persekutuan firma.

Selanjutnya Akta Pendirian firma tersebut harus didaftarkan dalam register yang disediakan untuk keperluan itu di kepaniteraan Pengadilan Negeri (PN) yang dalam daerah hukumnya firma tersebut berkedudukan dan diumumkan dalam Berita Negara (Pasal 23 & 28 KUHDagang). Selama Fa belum didaftarkan pada PN dan diumumkan dalam Berita Negara, maka terhadap pihak ketiga, persekutuan firma itu harus dianggap sebagai:

- a. Persekutuan umum yang dapat menjalankan segala macam urusan..
- b. Didirikan untuk waktu yang tidak terbatas.
- c. Seolah-olah tiada seorang sekutupun yang dikecualikan dari hak bertindak & hak menandatangani perjanjian untuk kepentingan firma tersebut.

Berdasar ketentuan Pasal 18 KUHDagang, maka permodalan firma terdiri atas *inbren* para sekutu ditambah dengan seluruh harta kekayaan pribadi para sekutu (atas dasar inilah firma bukanlah Badan Hukum). Berdasar Pasal 18 tersebut, maka pertanggungjawaban para anggota sekutu terhadap firma dalam hubungannya terhadap pihak ketiga adalah secara keseluruhan sampai harta kekayaan pribadi masing-masing anggota. Sedangkan berakhirnya firma sama dengan berakhirnya suatu persekutuan perdata.

Pasal 22 KUHD mengatur tentang Pendirian Firma: “Tiap-tiap perseroan firma harus didirikan dengan akta autentik. Akan tetapi ketiadaan akta yang demikian tidak dapat dikemukakan untuk merugikan pihak ketiga”. Dari sini dapat disimpulkan bahwa:

- a. Firma yang didirikan bersifat terang-terangan.
- b. Ada kepastian hukum dalam pendirian Firma.
- c. Firma sebagai persekutuan menjalankan perusahaan.
- d. Perlu ada bukti tulisan.

Kemudian Pasal 23 KUHD menjelaskan tentang pendaftaran Firma, bahwa: “Para persero Firma diharuskan untuk mendaftarkan Akta Pendirian di kepaniteraan Pengadilan Negeri yang dalam daerah hukumnya Firma bertempat kedudukan”.

Status hukum Firma tidak berbadan hukum. Jika suatu firma dikehendaki berbadan hukum, maka berikut ini syarat-syarat yang harus dipenuhi:

- a. Adanya pemisahan kekayaan.
- b. Kepentingan yang menjadi tujuan adalah kepentingan bersama.
- c. Adanya beberapa orang sebagai pengurus badan tersebut.

Adapun tanggung jawab sekutu dikategorikan menjadi dua:

- a. Intern, yakni sesuai dengan pemasukannya (*inbrenng*).
- b. Ekstern, yakni para sekutu bertanggungjawab secara pribadi untuk keseluruhan. Artinya bertanggungjawab atas semua, termasuk perikatan yang timbul karena perbuatan melawan hukum.

Kekuasaan tinggi dalam Firma adalah para sekutu semuanya dalam hal memutuskan segala permasalahan dan persoalan-persoalan, baik yang menyangkut hubungan internal maupun eksternal. Keputusan yang diambil adalah dengan musyawarah dan mufakat. Dalam Firma, tanggung jawab pribadi adalah untuk keseluruhan, artinya para sekutu bertanggung jawab sampai harta pribadinya selain dari harta kekayaan yang ada dalam firma.²³¹

Untuk masa berakhirnya Firma diatur dalam Pasal 1646 – Pasal 1652 KUHPerduta dan Pasal 31 – Pasal 35 KUHD. Pasal 1646 BW menyebutkan berakhirnya firma karena:

- a. Lampaunya waktu.
- b. Atas kehendak satu orang /lebih sekutu.
- c. Musnahnya barang atau tercapainya tujuan.
- d. Salah seorang sekutu meninggal dunia, curatele, pailit.

Pada persekutuan Firma, kepribadian para sekutu sangat diutamakan, yaitu bersifat kekeluargaan. Kelebihan yang dimiliki firma adalah kemudahan dalam pembuatan perijinannya, sedangkan kelemahannya adalah tidak berlangsung lama. Karena jika satu orang sekutu menyatakan keluar dari persekutuan Firma, maka persekutuan Firma tersebut dinyatakan bubar, dan harus berganti nama. Selain itu, tanggung jawab pemilik tidak terbatas pada seluruh hutang perusahaan. Jadi, ketika Firma mengalami kebangkrutan, dan total harta tidak melebihi total hutang, maka pemilik Firma berkewajiban melunasi utang firma menggunakan harta pribadinya.

²³¹ Faisal Santiago, *Pengantar Hukum Bisnis*, (Jakarta: Mitra Wacana Media, 2012), hlm. 34.

4. CV (*Commanditaire Vennotschap*)

Mengenai CV diatur dalam Pasal 19 – Pasal 21 KUHD, dimana VD didefinisikan sebagai “Persekutuan dengan setoran uang, dibentuk oleh satu atau lebih anggota aktif yang bertanggungjawab secara renteng di satu pihak dengan satu atau lebih orang lain sebagai pelepas uang”.

Dalam hal ini dikenal 2 macam sekutu, yaitu:

- a. Sekutu Komanditer, yaitu sekutu yang hanya memasukkan uang, barang atau tenaga ke persekutuan sebagai pemasukan (inbreng) dan berhak atas keuntungan dari persekutuan tersebut. Sekutu ini tidak ikut campur dalam pengurusan persekutuan, dan bertanggungjawab sebatas pada jumlah pemasukan yang telah disanggupkan untuk disetor. Sekutu komanditer tidak boleh mencampuri tugas sekutu komplementer (dalam arti tidak boleh ikut menjalankan kepengurusan CV). Bila larangan ini dilanggar, maka tanggungjawabnya menjadi sama dengan tanggungjawab sekutu komplementer, yaitu tanggungjawab secara pribadi untuk keseluruhan.
- b. Sekutu Komplementer, yaitu sekutu yang di samping memasukkan uang, barang atau tenaga juga menjadi pengurus persekutuan, serta mewakili perusahaan terhadap pihak III.

Adapun macam-macam CV dapat dibagi menjadi tiga macam, yaitu:

- a. CV diam-diam, yaitu belum secara terang-terangan menyatakan sebagai CV pada pihak ketiga.
- b. CV terang-terangan, yaitu secara terang-terangan sudah menyatakan sebagai CV pada pihak ketiga.
- c. CV dengan saham, yaitu CV terang-terangan yang modalnya terdiri dari saham-saham.

Pendirian CV sama dengan Firma, yang kemudian juga perlu didaftarkan di Kepaniteraan Pengadilan Negeri dimana CV berkedudukan, dan ikhtisar pendirian CV diumumkan dalam Berita Negara Republik Indonesia.

Adapun status hukum CV sama dengan Firma, karena bukanlah perusahaan yang berbadan hukum. Sedangkan berakhirnya CV juga sama dengan Firma, yang diatur dalam Pasal 1646-1652 KUHPerdata dan Pasal 31-35 KUHD.

5. Perseroan Terbatas

Perseroan Terbatas (PT) yaitu setiap bentuk usaha yang menjalankan jenis usaha yang bersifat tetap dan terus-menerus, dan didirikan, bekerja, serta berkedudukan dalam wilayah Negara Indonesia dengan tujuan mencari keuntungan.

UU No. 1 Tahun 1995 diganti dengan UU No. 40 Tahun 2007 menjelaskan bahwa PT adalah Badan Hukum yang didirikan merupakan persekutuan modal, didirikan berdasarkan perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam Undang-undang ini serta peraturan pelaksanaannya (Pasal 1 ayat (1) UUPM No. 40/2007).

Pendirian Perseroan Terbatas

Untuk pendirian PT, perseroan yang didirikan itu harus mempunyai Akta Pendirian yang dibuat di depan Notaris, yang memuat Anggaran Dasar Perseroan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 38 ayat (1) KUHD. Syarat ini disebut sebagai syarat formal. Selain itu, perseroan yang didirikan itu juga harus mempunyai modal yang dibagi atas saham-saham sebagaimana ditentukan dalam Pasal 40 ayat (1) KUHD dengan batas minimal dari modal perseroan yang harus sudah disetor, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 51 KUHD. Syarat ini disebut sebagai syarat material.

Adapun syarat-syarat untuk mendirikan Perseroan Terbatas diatur dalam Pasal 7 Undang-undang No. 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, sebagai berikut:

- a. Perseroan didirikan oleh dua orang atau lebih dengan Akta Notaris yang dibuat dalam bahasa Indonesia.
- b. Setiap pendiri perseroan wajib mengambil bagian saham pada saat perseroan didirikan.
- c. Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku dalam rangka peleburan.
- d. Perseroan memperoleh status badan hukum pada tanggal diterbitkannya Keputusan Menteri mengenai pengesahan badan hukum perseroan.
- e. Setelah perseroan memperoleh status badan hukum dan pemegang saham menjadi kurang dari dua orang, maka dalam jangka waktu paling lama enam bulan sejak keadaan tersebut pemegang saham yang bersangkutan wajib mengalihkan sebagian sahamnya kepada orang lain atau perseroan mengeluarkan saham baru kepada orang lain.
- f. Dalam hal jangka waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (5) telah dilampaui, pemegang saham tetap kurang dari dua orang, pemegang saham bertanggung jawab secara pribadi atas segala perikatan dan kerugian perseroan. Atas permohonan pihak yang berkepentingan, Pengadilan Negeri dapat membubarkan perseroan tersebut.
- g. Ketentuan yang mewajibkan perseroan didirikan oleh dua orang atau lebih sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dan ketentuan pada ayat (5)

serta ayat (6) tidak berlaku bagi:

- 1) Perseroan yang seluruh sahamnya dimiliki oleh negara; atau
- 2) Perseroan yang mengelola bursa efek, lembaga kliring dan penjaminan, lembaga penyimpanan dan penyelesaian, dan lembaga lain sebagaimana diatur dalam Undang-undang tentang Pasar Modal.

Perubahan Anggaran Dasar

Anggaran Dasar merupakan bagian penting dari Akta Pendirian itu sendiri, di mana jika mengubah Anggaran Dasar berarti mengubah Akta Pendirian, dan begitu sebaliknya. Namun Pasal 15 Ayat (3) UU PT mengatur mengenai hal-hal yang tidak boleh dimuat dalam Anggaran Dasar di antaranya adalah ketentuan tentang penerimaan bunga tetap atas saham dan ketentuan tentang pemberian manfaat pribadi kepada pendiri atau pihak lain.

Perubahan Anggaran Dasar perseroan dapat dilakukan, baik sebelum perseroan disahkan maupun setelah perseroan disahkan oleh Menteri Hukum dan HAM. Apabila akan melakukan perubahan Anggaran Dasar, maka ada beberapa persyaratan yang harus ditempuh oleh perseroan. Menurut Pasal 19 Ayat (1) UU PT, perubahan Anggaran Dasar harus ditetapkan oleh RUPS dan usulan acara mengenai perubahan Anggaran Dasar wajib dicantumkan dengan jelas dalam panggilan RUPS.

Perubahan Anggaran Dasar dapat dibagi menjadi dua, yaitu perubahan yang bersifat mendasar dan perubahan lain. Perubahan bersifat mendasar adalah perubahan-perubahan tertentu yang telah ditetapkan oleh Undang-undang. Perubahan Anggaran Dasar tertentu harus mendapat persetujuan Menteri Hukum dan HAM RI. Demikian diatur di dalam Pasal 21 Ayat (1) UU PT.

Perubahan Anggaran Dasar tertentu sebagaimana diatur Pasal 21 ayat (2) UU PT, yaitu:

- a. Nama perseroan dan/atau tempat kedudukan perseroan;
- b. Maksud dan tujuan serta kegiatan usaha perseroan;
- c. Jangka waktu berdirinya perseroan;
- d. Besarnya modal dasar;
- e. Pengurangan modal ditempatkan dan disetor; dan/atau
- f. Status perseroan yang tertutup menjadi Perseroan Terbuka atau sebaliknya.

Sementara itu, Pasal 21 Ayat (3) menyatakan jika perubahan Anggaran Dasar selain dimaksud pada Ayat (2) cukup diberitahukan kepada Menteri Hukum dan HAM. Selain itu, pada perubahan Anggaran Dasar, baik itu yang

bersifat mendasar maupun perubahan lainnya, harus dimuat dan dinyatakan dalam Akta Notaris ke dalam bahasa Indonesia.

Apabila setelah perseroan memperoleh status badan hukum dan pemegang saham menjadi kurang dari dua orang, maka dalam jangka waktu paling lama enam bulan sejak keadaan tersebut pemegang saham yang bersangkutan wajib untuk mengalihkan sebagian sahamnya kepada orang lain atau perseroan mengeluarkan saham baru kepada orang lain. Demikian diatur di dalam Pasal 7 Ayat (5) UU PT.

Pengertian 'orang lain' di sini adalah orang yang tidak merupakan kesatuan dalam harta kekayaan dengan pemegang saham. Dalam hal ini adalah seorang istri dan suaminya tidak bisa dianggap sebagai 'orang lain' apabila pada saat melangsungkan perkawinan mereka tidak mempunyai atau tidak membuat perjanjian kawin, yang berarti bahwa mereka tidak memiliki harta terpisah atau dengan kata lain merupakan kesatuan harta.

Terhadap persyaratan yang mengharuskan adanya dua orang atau lebih dan kewajiban untuk mengalihkan sebagian sahamnya kepada orang lain, maka tidak diberlakukan bagi perseroan yang merupakan Badan Usaha Milik Negara. PT (Persero) sebagai BUMN tunduk kepada peraturan perundang-undangan yang khusus mengaturnya, yaitu Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara.

Kemudian Pasal 7 Ayat (6) UU PT menyatakan bahwa, jika dalam jangka waktu enam bulan telah terlampaui, dan pemegang saham tetap kurang dari dua orang, maka pemegang saham bertanggung jawab secara pribadi, dan atas permohonan pihak yang berkepentingan dapat meminta Pengadilan Negeri untuk membubarkan perseroan dimaksud. Dari ketentuan ini terbuka kemungkinan bahwa saham PT hanya akan dikuasai atau dimiliki oleh satu orang pemegang saham, dengan konsekuensi hukum hanya akan dipertanggungjawabkan secara pribadi.

Jenis Perseroan Terbatas

Jenis Perseroan Terbatas berdasarkan saham yang dikeluarkan atau modalnya adalah sebagai berikut:

- a. PT Tertutup, yang artinya tidak setiap orang diperbolehkan ikut menanamkan modalnya. Pada umumnya dalam Perseroan Tertutup ini hanya dikeluarkan saham atas nama saja. Di dalam Akta Pendiriannya biasanya dimuat siapa-siapa saja yang diperbolehkan ikut serta di dalam usaha ini. Mereka biasanya masih merupakan hubungan keluarga, sehingga perseroan tersebut tidak lagi merupakan perseroan permodalan, tetapi merupakan perseroan keluarga, di mana anggotanya (perseronya) terbatas

pada beberapa orang (keluarga) saja.

- b. PT Terbuka, yang artinya perseroan ini terbuka bagi khalayak ramai (masyarakat) untuk ikut serta menanamkan modalnya ke dalam perseroan. Karena perseroan memang didirikan adalah sebagai kerja sama dalam menyelenggarakan perusahaan dengan mengumpulkan tenaga dan kekayaan, dengan harapan dapat diperbesar lagi. Saham-saham yang dikeluarkan kebanyakan adalah saham atas pembawa, atau saham atas tunjuk, atau saham blangko, yang disebut saham *aan toonder*. Dalam PT Terbuka ini ada beberapa ketentuan yang harus diberlakukan, antara lain adalah untuk mengadakan pengumuman bagi masyarakat tentang neraca serta perhitungan rugi-laba perusahaan disertai dengan penjelasan-penjelasan.
- c. PT Umum, yaitu bentuk perseroan yang bersifat terbuka, dimana modalnya diperoleh dari umum atau didapat dengan jalan menjual saham-sahamnya di bursa saham. Dalam perseroan ini, mereka yang ikut dalam modal perseroan hanya mempunyai perhatian pada kurs saham saja. Mereka membeli saham hanya untuk membungakan uangnya atau sebagai untung-untungan saja, dan mengharapkan peningkatan nilai saham (apresiasi modal atau saham). Pada PT Umum ini dapat dikatakan bahwa Direksi mempunyai kekuasaan sepenuhnya.
- d. PT Perseorangan, bahwa setelah perseroan berdiri, kemungkinan saham yang dikeluarkan jatuh pada satu tangan saja, sehingga ada satu orang pemegang saham yang biasanya sekaligus merangkap menjadi Direktur Perseroan tersebut. Keadaan yang demikian mungkin saja terjadi, dan PT tersebut tidak mungkin bubar, karena saham yang dikeluarkan hanya jatuh kepada satu tangan saja.

Kekuasaan Pengurus atau Direksi dan kekuasaan RUPS yang biasanya terpisah, di sini menjadi tercampur dan berada di satu tangan. Ini menyebabkan Direksi atau Pengurus dapat bertindak semaunya sendiri dengan tidak mengindahkan atau memperdulikan RUPS. Di sini fungsi kontrol yang biasanya dijalankan oleh Komisaris juga tidak dijalankan, sehingga keadaan yang demikian ini seringkali disalahgunakan oleh pihak-pihak tertentu yang mempunyai maksud buruk, dengan menggunakan atau memanfaatkan nama PT Perseorangan tersebut bagi kepentingan pribadi.²³²

Pembedaan jenis-jenis Perseroan Terbatas di atas juga merupakan jenis Perseroan Terbatas yang telah dielaborasi dalam Undang-undang No. 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Akan tetapi, dengan dibentuknya Undang-undang ini, maka tidak lagi memungkinkan eksistensi dari PT Perseorangan

²³² R.T. Sutantya dkk., *Pengertian Pokok Hukum...*, hl. 41-42.

yang sahamnya hanya dimiliki oleh satu orang. Hal ini sebagaimana telah diatur dalam Pasal 7 ayat (5) Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang mewajibkan pemegang saham tunggal tersebut untuk mengalihkan sebagian sahamnya kepada orang lain, atau perseroan mengeluarkan saham baru kepada orang lain paling lama enam bulan sejak keadaan Perseroan Terbatas yang sahamnya dimiliki secara tunggal. Undang-undang hanya memungkinkan adanya Perseroan Terbatas yang dimiliki secara tunggal ini adalah sebelum jangka waktu enam bulan Perseroan menjadi milik satu orang atau pada perseroan yang seluruh sahamnya dimiliki oleh negara dan perseroan yang mengelola bursa efek, lembaga kliring dan penjaminan, lembaga penyimpanan dan penyelesaian, dan lembaga lain sebagaimana diatur dalam Undang-undang tentang Pasar Modal.

Organ Perseroan Terbatas

Organ PT, sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka (2) Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, terdiri dari RUPS, Direksi, Komisaris. Kemudian Pasal 31 ayat (1) Undang-undang No. 40 Tahun 2007 menyebutkan adanya modal PT, dan dividen.

a. RUPS

RUPS adalah kekuasaan Tertinggi dalam pengambilan keputusan menyangkut PT, yang bertempat sesuai kedudukan Perseroan menjalankan usaha atau ditentukan lain di wilayah Negara Republik Indonesia. Ia berwenang mengangkat dan memberhentikan Direksi dan Komisaris.

Beberapa kewenangan eksklusif lainnya yang dimiliki RUPS sebagaimana ditentukan dalam Pasal 75 ayat (1) Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas sebagai berikut:

- 1) Penetapan perubahan Anggaran Dasar sebagaimana ditentukan dalam Pasal 19 ayat (1);
- 2) Penetapan penambahan dan pengurangan modal sebagaimana ditentukan dalam Pasal 41 ayat (1) dan Pasal 44 ayat (1);
- 3) Pengangkatan, penggantian, dan pemberhentian Direksi dan Dewan Komisaris sebagaimana ditentukan dalam Pasal 94 ayat (1) dan ayat (5) serta Pasal 111 ayat (1) dan ayat (5);
- 4) Memutuskan pembubaran perseroan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 142 ayat (1) huruf a.
- 5) Keputusan melakukan penggabungan, peleburan, pengambilalihan (pasal 89, pasal 126).
- 6) Keputusan untuk membubarkan perseroan (pasal 142).

Berdasarkan Pasal 78 ayat (1) Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, rapat yang diadakan oleh RUPS terdiri dari dua macam, yaitu RUPS tahunan dan RUPS lainnya. RUPS tahunan wajib diadakan dalam jangka waktu paling lambat enam bulan setelah tahun buku berakhir. Sedangkan RUPS lainnya yang dalam praktik sering dikenal sebagai RUPS luar biasa dapat diadakan setiap waktu berdasarkan kebutuhan untuk kepentingan perseroan.

Penyelenggaraan RUPS dapat dilakukan atas permintaan satu pemegang saham atau lebih yang bersama-sama mewakili 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah, atau suatu jumlah yang lebih kecil sebagaimana ditentukan dalam Anggaran Dasar perseroan yang bersangkutan. Permintaan ini diajukan kepada Direksi atau Komisaris dengan surat disertai alasan. Apabila Direksi atau Komisaris tidak mau menyelenggarakan RUPS, maka pemegang saham dapat mengajukan permohonan kepada Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan perseroan.

RUPS dapat dilangsungkan apabila dihadiri oleh pemegang saham yang mewakili lebih dari $\frac{1}{2}$ (satu perdua) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah, kecuali Undang-undang atau Anggaran Dasar menentukan lain. Keputusan yang ada dalam RUPS dapat diambil melalui 2 (dua) cara, yaitu melalui musyawarah mufakat dan melalui pemungutan suara, yaitu berdasarkan suara terbanyak dari jumlah suara yang dikeluarkan.

Anggaran Dasar tidak boleh menentukan kuorum yang lebih kecil daripada kuorum yang ditentukan oleh UU PT dengan ketentuan sebagai berikut:

- 1) Dalam hal kuorum pada Pasal 86 ayat (1) tidak terpenuhi, maka dapat dilakukan pemanggilan RUPS kedua. Dalam pemanggilan RUPS kedua tersebut harus menyatakan bahwa RUPS pertama telah dilakukan dan tidak mencapai kuorum (lihat Pasal 86 ayat 2);
- 2) RUPS kedua dinyatakan sah dan berhak mengambil keputusan jika dalam RUPS paling sedikit $\frac{1}{3}$ bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara hadir atau diwakili, kecuali ditentukan lain oleh Anggaran Dasar;
- 3) Jika RUPS kedua tidak memenuhi kuorum, maka Ketua Pengadilan Negeri dapat menetapkan kuorum untuk RUPS ketiga berdasarkan permohonan dari perseroan. Sama halnya dengan pemanggilan RUPS kedua, pemanggilan RUPS ketiga harus menyebutkan bahwa RUPS kedua telah dilangsungkan dan tidak mencapai kuorum. RUPS kedua

dan ketiga diselenggarakan dalam jangka waktu paling cepat 10 hari dan paling lambat 21 hari setelah diselenggarakannya RUPS sebelumnya.

Pasal 87 ayat (1) UU PT menyatakan bahwa keputusan RUPS diambil berdasarkan musyawarah untuk mufakat. Jika kemudian tidak tercapai kata mufakat, maka keputusan dianggap sah jika disetujui oleh lebih dari $\frac{1}{2}$ bagian dari suara yang dikeluarkan, kecuali ditentukan lain oleh Undang-undang dan/atau Anggaran Dasar.

b. Direksi

Berdasarkan Pasal 1 angka (5) Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, bahwa yang dimaksud dengan Direksi adalah organ perseroan yang berwenang dan bertanggung jawab penuh atas pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan, sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan serta mewakili perseroan, baik di dalam maupun luar pengadilan sesuai dengan ketentuan Anggaran Dasar.

Berdasarkan ketentuan pasal tersebut, dapat disimpulkan bahwa terdapat dua wewenang dan tanggung jawab Direksi. Pertama, adalah wewenang dan tanggung jawab penuh untuk melakukan pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan. Kedua, adalah wewenang dan tanggung jawab untuk mewakili perseroan, baik di dalam maupun di luar pengadilan. Wewenang dan tanggung jawab yang dimiliki oleh Direksi tersebut harus dilaksanakan dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab sesuai dengan ketentuan Undang-undang dan Anggaran Dasar.

Berdasarkan Pasal 92 ayat (3) Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, Direksi Perseroan terdiri atas satu orang anggota Direksi atau lebih. Akan tetapi terhadap ketentuan ini terdapat pengecualiannya, yaitu yang mewajibkan suatu perseroan memiliki paling sedikit dua orang anggota Direksi dalam hal perseroan yang kegiatan usahanya berkaitan dengan menghimpun dan/atau mengelola dana masyarakat, perseroan yang menerbitkan surat pengakuan utang kepada masyarakat, atau jenis perseroan terbuka. Dalam hal Perseroan memiliki dua orang atau lebih, maka pembagian tugas dan wewenang pengurusan di antara anggota Direksi tersebut ditetapkan berdasarkan keputusan RUPS.

Adapun kewajiban Direksi berdasarkan Pasal 100 UU No. 40 Tahun 2007 adalah:

- 1) Membuat daftar pemegang saham, daftar khusus, risalah RUPS, dan risalah rapat Direksi.
- 2) Membuat laporan tahunan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 dan dokumen keuangan Perseroan, sebagaimana dimaksud dalam

Undang-undang tentang Dokumen Perusahaan.

- 3) Memelihara seluruh daftar, risalah, dan dokumen keuangan Perseroan sebagaimana dimaksud pada huruf a dan huruf b dan dokumen Perseroan lainnya.

Direksi bertanggungjawab atas pengurusan Perseroan (Pasal 97 ayat 1). Setiap anggota direksi bertanggung jawab secara pribadi atas kerugian perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya (Pasal 97 ayat 3). Namun Direksi dapat dibebaskan dari tanggung jawab atas kerugian persero bila membuktikan:

- 1) kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;
- 2) telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan;
- 3) tidak mempunyai benturan kepentingan, baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang mengakibatkan kerugian; dan
- 4) telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut (Pasal 97 ayat 5).

c. Komisaris

Istilah komisaris mengandung dua pengertian, baik sebagai organ maupun sebagai orang perorangan. Sebagai organ, Komisaris lazim disebut sebagai Dewan Komisaris, sedangkan sebagai orang perorangan disebut dengan Anggota Komisaris.²³³ Berdasarkan Pasal 1 angka (6) Undang-undang No. 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, yang mengartikan Komisaris sebagai organ menjelaskan sebagai berikut:

Dewan Komisaris adalah organ perseroan yang bertugas melakukan pengawasan secara umum dan/atau khusus sesuai dengan Anggaran Dasar serta memberi nasihat kepada Direksi dalam menjalankan perseroan. Pasal 108 Ayat (1) UU PT menyatakan bahwa Dewan Komisaris melakukan pengawasan atas kebijakan pengurusan, jalannya pengurusan pada umumnya, baik mengenai perseroan maupun usaha perseroan.

Menurut Sutantya dkk, tugas utama dari Komisaris adalah untuk mengawasi pekerjaan Direksi yang meliputi pengawasan sebagai berikut:

- 1) Pengawasan preventif, yaitu untuk menjaga agar tidak terjadi hal-hal yang tidak diinginkan sebelumnya, yang dapat merugikan perseroan yang dilakukan oleh Direksi.
- 2) Pengawasan Represif, yaitu untuk mengontrol tindakan Direksi, apakah semua tindakan yang telah dilakukannya tidak merugikan

²³³ Chatamarrasjid, *Menyikapi Tabir Perseroan Terbatas (Piercing The Corporate Veil): Kapita Selekta Hukum Perusahaan*, (Bandung: Citra Aditya, 2000), hlm. 48.

perseroan ataukah tidak bertentangan dengan Akta Pendirian atau Anggaran Dasar dan Undang-undang, dan apakah segala sesuatu yang telah ditentukan di dalam RUPS telah dijalkannya.²³⁴

Sama halnya dengan Direksi, Dewan Komisaris juga terdiri dari satu orang anggota atau lebih, dengan pengecualian kewajiban anggota Dewan Komisaris yang paling sedikit harus memiliki dua orang seperti halnya juga dengan Direksi. Dewan Komisaris yang terdiri atas lebih dari satu orang anggota merupakan majelis, yang setiap anggotanya tidak dapat bertindak sendiri-sendiri, melainkan berdasarkan keputusan Dewan Komisaris.

Terdapat beberapa hal yang merupakan kewajiban Dewan Komisaris, antara lain yaitu membuat risalah rapat Dewan Komisaris dan menyimpan salinannya, melaporkan kepada perseroan mengenai kepemilikan sahamnya dan/atau keluarganya pada perseroan tersebut dan perseoan lain, atau memberikan laporan tentang tugas pengawasan yang telah dilakukan selama tahun buku yang baru lampau kepada RUPS (Pasal 116 UU No. 40 Tahun 2007).

Berdasarkan Pasal 114 ayat 3–5 UU No. 40 Tahun 2007, setiap anggota Dewan Komisaris ikut bertanggung jawab secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya. Namun anggota Dewan Komisaris tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian apabila dapat membuktikan:

- 1) telah melakukan pengawasan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan Perseroan, dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan.
- 2) tidak mempunyai kepentingan pribadi, baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan Direksi yang mengakibatkan kerugian.
- 3) telah memberikan nasihat kepada Direksi untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut.

d. Modal PT

Modal perseroan terdiri atas 3 jenis, yaitu modal dasar, modal ditempatkan dan modal disetor:

Modal dasar adalah seluruh nilai nominal saham kekayaan Perusahaan atau tanggung jawab perusahaan sebagaimana yang ditetapkan dalam Anggaran Dasar. Modal dasar perseroan terdiri atas seluruh nilai nominal saham yang dapat dikeluarkan atas nama dan atau atas tunjuk. Menurut Pasal 32 Ayat (1) UU PT, modal dasar perseroan besarnya paling

²³⁴ R.T. Sutantya dkk., *Pengertian Pokok Hukum...*, hlm. 77.

sedikit adalah Rp. 50.000.000.- (lima puluh juta rupiah). Namun Undang-undang yang mengatur kegiatan usaha tertentu dapat menentukan jumlah minimum modal perseroan lebih besar daripada ketentuan modal dasar, sebagaimana ketentuan dalam Ayat (1).

Modal ditempatkan dalam modal perseroan yang oleh para pendirinya disanggupi untuk disetor ke kas perseroan yang didirikan. Menurut Pasal 33 Ayat (1), jumlah modal yang ditempatkan paling sedikit 25% dari modal dasar yang dimaksud dalam Pasal 32, dan harus disetor penuh saat akan mengajukan permohonan persetujuan Kemenkumham.

Modal yang disetor adalah modal PT yang berupa sejumlah uang tertentu yang telah diserahkan oleh para pendiri perseroan kepada kas perseroan. Modal yang disetor harus berupa uang tunai. Oleh karena itu modal inilah yang benar-benar merupakan kemampuan finansial dari perseroan yang baru berdiri. Modal yang disetor sebaiknya maksimum sampai 50% dari modal dasar.

Pada umumnya, penyetoran atas saham adalah dalam bentuk uang, namun juga dapat dilakukan dalam bentuk lainnya. Demikian diatur dalam Pasal 34 Ayat (1) UU PT. Dalam hal penyetoran modal saham dilakukan dalam bentuk selain uang, maka penilaian setoran modal saham ditentukan berdasarkan nilai wajar yang ditetapkan sesuai dengan harga pasar atau oleh ahli yang tidak terafiliasi dengan perseroan, yang dapat berupa orang perseorangan maupun badan hukum yang disahkan oleh pemerintah, yang berdasarkan keahlian atau pengetahuannya mempunyai kemampuan untuk menilai harga suatu benda. Penyetoran saham dalam bentuk benda tidak bergerak harus diumumkan dalam minimal satu surat kabar dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari setelah Akta Pendirian ditandatangani atau setelah RUPS memutuskan penyetoran saham tersebut.

e. Dividen

Jenis dividen terdiri dari dua saham, yaitu Saham Atas Nama dan Saham Atas Tunjuk. Adapun hak pemegang saham ada dua, yaitu hak suara (*one vote one share*) dan dividen.

Kepada pemegang saham diberikan bukti pemilikan saham untuk saham yang dimilikinya. Saham memberikan hak kepada pemilikinya untuk menghadiri dan mengeluarkan suara dalam RUPS, menerima pembayaran dividen dan sisa kekayaan hasil likuidasi dan menjalankan hak lainnya berdasarkan Undang-undang.

Anggaran Dasar menetapkan satu klasifikasi saham atau lebih. Dalam hal terdapat lebih dari satu klasifikasi saham, Anggaran Dasar

menetapkan salah satu di antaranya sebagai saham biasa. Klasifikasi saham sebagaimana dimaksud pada Pasal 53 Ayat (3) UU PT adalah:

- 1) Saham dengan hak suara atau tanpa hak suara;
- 2) Saham dengan hak khusus untuk mencalonkan anggota Direksi dan/atau anggota Dewan Komisaris;
- 3) Saham yang setelah jangka waktu tertentu ditarik kembali atau ditukar dengan klasifikasi saham lain;
- 4) Saham yang memberikan hak kepada pemegangnya untuk menerima dividen lebih dahulu dari pemegang saham klasifikasi lain atas pembagian dividen secara kumulatif atau nonkumulatif;
- 5) Saham yang memberikan hak kepada pemegangnya untuk menerima lebih dahulu dari pemegang saham klasifikasi lain atas pembagian sisa kekayaan perseroan dalam likuidasi.

Di dalam UUPT, dengan tegas disebutkan dalam Pasal 60 bahwa:

- 1) Saham merupakan benda bergerak dan memberikan hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 52 kepada pemiliknya;
- 2) Saham dapat diagunkan dengan gadai atau jaminan fiducia sepanjang tidak ditentukan lain dalam Anggaran Dasar.

Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, Pemeriksaan & Pembubaran

Di dalam suatu PT dapat terjadi suatu penggabungan, peleburan, pengambilalihan, pemeriksaan dan pembubaran.

a. Penggabungan (*Merger*)

Penggabungan 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 (Pasal 9 UU No. 40 Tahun 2007).

Merger merupakan penggabungan dua perusahaan menjadi satu, dimana perusahaan yang merger mengambil/membeli semua aset dan liabilitas perusahaan yang dimerger, sehingga perusahaan yang merger memiliki paling tidak 50% saham, sedangkan perusahaan yang dimerger berhenti beroperasi, dan pemegang sahamnya menerima sejumlah uang tunai atau saham di perusahaan yang baru.

Misalnya, PT. Bank CIMB merger dengan PT. Bank Lippo melalui pembelian saham PT. Bank Lippo. Nama Bank Lippo berakhir dan menjadi nama Bank Baru, yaitu CIMB Niaga. Segala Aset dan kewajiban

Bank Lippo pindah ke Bank CIMB Niaga.

Proses merger dapat dibedakan antara merger horisontal dan merger vertikal. Merger horisontal adalah penggabungan dari dua PT atau lebih yang memproduksi hasil yang sama atau sejenis dan menjual pada daerah yang sama. Sedangkan merger vertikal adalah penggabungan dua perseroan atau lebih yang mempunyai hubungan bertingkat, yaitu antara perseroan yang memproduksi barang dengan perseroan yang memasarkan barang.

Sebelum dilaksanakannya proses penggabungan antara satu perseroan atau lebih, harus diperhatikan terlebih dahulu beberapa persyaratannya. Secara umum, syarat penggabungan diatur dalam Pasal 126 UU PT jo. Pasal 4 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1998 tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas. Menurut regulasi di atas, bahwa perbuatan hukum berupa penggabungan, peleburan, pengambilalihan atau pemisahan wajib memperhatikan kepentingan:

- 1) Perseroan, pemegang saham minoritas, karyawan perseroan;
- 2) Kreditor dan mitra usaha lainnya dari perseroan; atau
- 3) Masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha.

Selain itu, Pasal 123 Ayat (4) UU PT menambahkan syarat bagi perseroan tertentu yang akan melakukan penggabungan, dengan terlebih dahulu harus mendapatkan persetujuan dari instansi terkait. Dalam hal ini yang dimaksud adalah suatu perseroan yang memiliki bidang usaha khusus, seperti lembaga keuangan bank dan non-bank yang memerlukan persetujuan dari Bank Indonesia dalam hal adanya penggabungan perseroan perbankan.

Jika persyaratan di atas telah dipenuhi, maka berdasar kepada Pasal 123 UU PT jo. Pasal 7 PP 27/1998, perseroan harus membuat rancangan penggabungan:

- 1) Direksi perseroan yang akan menggabungkan diri dan yang menerima penggabungan menyusun rancangan penggabungan;
- 2) Rancangan penggabungan harus memuat sekurang-kurangnya:
 - a) Nama dan tempat kedudukan dari setiap perseroan yang akan melakukan penggabungan;
 - b) Alasan serta penjelasan Direksi perseroan yang akan melakukan penggabungan dan persyaratan penggabungan;
 - c) Tata cara penilaian dan konversi saham perseroan yang menggabungkan diri terhadap saham perseroan yang menerima penggabungan;

- d) Rancangan perubahan Anggaran Dasar perseroan yang menerima penggabungan jika ada;
 - e) Laporan keuangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 ayat (2) huruf a yang meliputi 3 tahun buku terakhir dari setiap perseroan yang akan melakukan penggabungan;
 - f) Rencana kelanjutan atau pengakhiran kegiatan usaha dari perseroan yang akan melakukan penggabungan;
 - g) Neraca proforma perseroan yang menerima penggabungan sesuai dengan prinsip akuntansi yang berlaku umum di Indonesia;
 - h) Cara penyelesaian status, hak dan kewajiban anggota Direksi, Dewan Komisaris, dan karyawan perseroan yang akan melakukan penggabungan diri;
 - i) Cara penyelesaian hak dan kewajiban perseroan yang akan menggabungkan diri terhadap pihak ketiga;
 - j) Cara penyelesaian hak pemegang saham yang tidak setuju terhadap penggabungan perseroan;
 - k) Nama anggota Direksi dan Dewan Komisaris serta gaji, honorarium dan tunjangan bagi anggota Direksi dan Dewan Komisaris perseroan yang menerima penggabungan;
 - l) Perkiraan jangka waktu pelaksanaan penggabungan;
 - m) Laporan mengenai keadaan, perkembangan, dan hasil yang dicapai dari setiap perseroan yang akan melakukan penggabungan;
 - n) Kegiatan utama setiap perseroan yang melakukan penggabungan dan perubahan yang terjadi selama satu tahun buku yang sedang berjalan;
 - o) Rincian masalah yang timbul selama satu tahun buku yang sedang berjalan yang mempengaruhi kegiatan perseroan yang akan melakukan penggabungan.
- 3) Kemudian terhadap rancangan penggabungan tersebut dimintakan persetujuan kepada Dewan Komisaris dari setiap perseroan yang menggabungkan diri.

Jika rancangan penggabungan disetujui oleh Dewan Komisaris masing-masing perseroan yang menggabungkan diri, kemudian rancangan tersebut harus diajukan kepada RUPS tiap-tiap perseroan untuk mendapatkan persetujuan. Berdasarkan Pasal 89 ayat (1) UUPT, bahwa RUPS untuk menyetujui penggabungan dapat dilangsungkan jika dalam rapat paling sedikit $\frac{3}{4}$ bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara hadir atau diwakili dalam RUPS dan keputusan adalah sah jika disetujui

paling sedikit $\frac{3}{4}$ bagian dari jumlah suara yang dikeluarkan. Jika kemudian RUPS pertama tidak mencapai kuorum, maka untuk pelaksanaan RUPS kedua mengacu kepada ketentuan dalam Undang-undang.

Setelah tiap-tiap RUPS setuju dengan rancangan penggabungan yang diajukan oleh tiap-tiap Dewan Komisaris, maka rancangan penggabungan akan dituangkan dalam sebuah Akta Penggabungan. Kemudian, salinan Akta Penggabungan tersebut dilampirkan untuk menyampaikan pemberitahuan penggabungan kepada Menteri Hukum dan HAM untuk dicatat dalam daftar perseroan. Terkait dengan proses penggabungan, tidak memerlukan persetujuan Menteri, kecuali terdapat perubahan atas Anggaran Dasar yang diatur dalam Pasal 21 ayat (2) UU PT.

Terhadap Direksi perseroan yang menerima penggabungan, berdasarkan Pasal 133 ayat (1) UU PT wajib mengumumkan hasil penggabungan yang bertujuan agar pihak ketiga yang berkepentingan mengetahui bahwa telah dilakukan penggabungan. Dalam hal ini, pengumuman dilakukan dengan cara diumumkan dalam 1 surat kabar atau lebih, serta dilakukan paling lambat 30 hari terhitung sejak tanggal berlakunya pengambilalihan.

Bahwa pada perkembangannya, tidak tertutup kemungkinan persetujuan penggabungan antara satu perseoran atau lebih dapat dibatalkan. Hal tersebut dimungkinkan dengan mengacu pada Pasal 47 ayat (1) dan ayat (2) huruf e Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Ketentuan pada Pasal tersebut menyatakan bahwa Komisi Pengawas Persaingan Usaha berwenang untuk menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang berupa penetapan pembatalan atas penggabungan, peleburan badan usaha dan pengambilalihan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28.

b. Peleburan/konsolidasi

Peleburan 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 (Pasal 10 UU No. 40 Tahun 2007).

Misalnya, PT. A melakukan peleburan dengan PT. B dengan mendirikan perusahaan baru, yaitu PT. C, sehingga PT. A dan PT. B berakhir. Untuk proses peleburan, juga berlaku ketentuan yang diterapkan pada proses penggabungan. Demikian diatur dalam Pasal 124 UU PT, sehingga langkah-langkah yang harus ditempuh adalah:

- 1) Direksi perseroan yang akan meleburkan diri dan yang menerima penggabungan menyusun rancangan peleburan;
- 2) Rancangan peleburan harus memuat sekurang-kurangnya:
 - a) Nama dan tempat kedudukan dari setiap perseroan yang akan melakukan peleburan;
 - b) Alasan serta penjelasan Direksi perseroan yang akan melakukan peleburan dan persyaratan peleburan;
 - c) Tata cara penilaian dan konversi saham perseroan yang meleburkan diri terhadap saham perseroan yang menerima peleburan;
 - d) Rancangan perubahan Anggaran Dasar perseroan yang menerima peleburan jika ada;
 - e) Laporan keuangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 ayat (2) huruf a yang meliputi 3 tahun buku terakhir dari setiap perseroan yang akan melakukan peleburan;
 - f) Rencana kelanjutan atau pengakhiran kegiatan usaha dari perseroan yang akan melakukan peleburan;
 - g) Neraca proforma perseroan yang menerima peleburan sesuai dengan prinsip akuntansi yang berlaku umum di Indonesia;
 - h) Cara penyelesaian status, hak dan kewajiban anggota Direksi, Dewan Komisaris, dan karyawan perseroan yang akan melakukan peleburan diri;
 - i) Cara penyelesaian hak dan kewajiban perseroan yang akan meleburkan diri terhadap pihak ketiga;
 - j) Cara penyelesaian hak pemegang saham yang tidak setuju terhadap peleburan perseroan;
 - k) Nama anggota Direksi dan Dewan Komisaris serta gaji, honorarium dan tunjangan bagi anggota Direksi dan Dewan Komisaris perseroan yang menerima peleburan;
 - l) Perkiraan jangka waktu pelaksanaan peleburan;
 - m) Laporan mengenai keadaan, perkembangan, dan hasil yang dicapai dari setiap perseroan yang akan melakukan peleburan;
 - n) Kegiatan utama setiap perseroan yang melakukan peleburan dan perubahan yang terjadi selama satu tahun buku yang sedang berjalan;
 - o) Rincian masalah yang timbul selama satu tahun buku yang sedang berjalan yang mempengaruhi kegiatan perseroan yang akan melakukan peleburan.

- 3) Terhadap rancangan peleburan tersebut dimintakan persetujuan kepada Dewan Komisaris dari setiap perseroan yang meleburkan diri.
- c. Pengambilalihan/akuisisi

Pengambilalihan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham Perseroan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas Perseroan tersebut (Pasal 11 UU No. 40 Tahun 2007).

Misalnya PT. Danone mengambilalih PT. Tirta Investama tanpa ada perubahan nama dimana kepemilikan 74% sahamnya dikuasai dan dikendalikan PT. Danone.

Berdasar Pasal 125 Ayat (1) UU PT, cara pengambilalihan saham perseroan dapat dilakukan dengan melalui Direksi perseroan atau langsung dari pemegang saham. Jika akan dilakukan pengambilalihan melalui Direksi perseroan, maka beberapa tahapan yang harus ditempuh adalah:

- 1) Pihak yang akan mengambilalih menyampaikan maksud melakukan pengambilalihan kepada Direksi perseroan yang akan diambil alih;
- 2) Menyusun rancangan pengambilalihan yang memuat sekurang-kurangnya berisi:
 - a) Nama dan tempat kedudukan dari perseroan yang akan mengambilalih dan perseroan yang akan diambil alih;
 - b) Alasan serta penjelasan Direksi perseroan yang akan mengambilalih dan Direksi perseroan yang akan diambilalih;
 - c) Laporan keuangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 ayat (2) huruf a untuk tahun buku terakhir dari perseroan yang akan mengambilalih dan perseroan yang akan diambilalih;
 - d) Tata cara penilaian dan konversi saham perseroan yang akan diambilalih terhadap saham penukarnya apabila pembayaran pengambilalihan dilakukan dengan saham;
 - e) Jumlah saham yang akan diambilalih;
 - f) Kesiapan pendanaan;
 - g) Neraca konsolidasi proforma perseroan yang akan mengambilalih setelah pengambilalihan yang disusun sesuai dengan prinsip akuntansi yang berlaku umum di Indonesia;
 - h) Cara penyelesaian hak pemegang saham yang tidak setuju terhadap pengambilalihan;
 - i) Cara penyelesaian status, hak dan kewajiban anggota Direksi, Dewan Komisaris, dan karyawan perseroan yang akan diambilalih;
 - j) Perkiraan jangka waktu pelaksanaan pengambilalihan, termasuk

jangka waktu pemberian kuasa pengalihan saham dari pemegang saham kepada Direksi perseroan;

- k) Rancangan perubahan Anggaran Dasar perseroan yang menerima penggabungan jika ada;
- 3) Mendapat persetujuan RUPS;
- 4) Wajib mengumumkan Ringkasan Rancangan Pengambilalihan. Sebelum RUPS diselenggarakan untuk membahas Rancangan Pengambilalihan, Ringkasan Rancangan Pengambilalihan harus terlebih dahulu diumumkan oleh Direksi perseroan yang akan mengambil alih dan yang akan diambilalih dengan ketentuan:
 - a) Diumumkan paling sedikit dalam 1 Surat Kabar;
 - b) Mengumumkan secara tertulis kepada karyawan perseroan yang akan mengambil alih;
 - c) Pengumuman dalam jangka waktu paling lambat 30 hari sebelum pemanggilan RUPS;
 - d) Pengumuman wajib memuat pemberitahuan bahwa pihak yang berkepentingan dapat memperoleh Rancangan Pengambilalihan di kantor perseroan, sejak tanggal pengumuman sampai tanggal RUPS diselenggarakan.
- 5) Kreditor berhak mengajukan keberatan;
- 6) Rancangan Pengambilalihan dituangkan dalam Akta Pengambilalihan;
- 7) Salinan Akta Pengambilalihan dilampirkan pada penyampaian pemberitahuan kepada Menteri.

Sementara itu, jika akan melakukan pengambilalihan secara langsung dari pemegang saham, maka beberapa tahapan yang harus ditempuh adalah:

- 1) Proses yang tidak perlu dilakukan:
 - a) Pihak yang mengambilalih tidak perlu menyampaikan maksud untuk melakukan pengambilalihan kepada Direksi;
 - b) Tidak perlu membuat Rancangan Pengambilalihan, namun berdasar pada Pasal 125 ayat (8) UUPT disyaratkan bahwa pengambilalihan wajib memperhatikan Anggaran Dasar perseroan yang akan diambilalih mengenai pemindahan hak atas saham, dan perjanjian yang telah dibuat oleh perseroan dengan pihak lain.
- 2) Proses yang harus dilakukan:
 - a) Mengadakan perundingan dan kesepakatan langsung, yaitu antara para pihak yang akan mengambilalih dengan pemegang saham dengan tetap memperhatikan Anggaran Dasar perseroan yang diambilalih;

- b) Mengumumkan rencana kesepakatan pengambilalihan;
 - Diumumkan paling sedikit dalam 1 Surat Kabar;
 - Mengumumkan secara tertulis kepada karyawan perseroan yang akan mengambilalih;
 - Pengumuman dalam jangka waktu paling lambat 30 hari sebelum pemanggilan RUPS;
- c) Kreditor dapat mengajukan keberatan;
- d) Kesepakatan pengambilalihan dituangkan dalam Akta Pengambilalihan;
- e) Salinan Akta Pemindahan hak atas saham dilampirkan pada penyampaian pemberitahuan kepada Menteri tentang perubahan susunan pemegang saham.

Sementara itu, dalam hal proses akuisisi terhadap perseroan terbuka (Tbk), maka harus diperhatikan beberapa peraturan perundang-undangan yang terkait, yang diantaranya adalah:

- 1) Peraturan Bapepam No. IX.E.1 tentang Benturan Kepentingan Transaksi Tertentu;
- 2) Peraturan Bapepam No. IX.E.2 tentang Transaksi Material dan Perubahan Kegiatan Usaha Utama;
- 3) Peraturan Bapepam No. IX.H.1 tentang Pengambilalihan Perusahaan Terbuka;
- 4) Peraturan Bapepam No.X.K.1 tentang Informasi yang harus segera diumumkan kepada publik.

d. Pemeriksaan

Berdasarkan Pasal 138 ayat (1) UU PT, pemeriksaan terhadap perseroan dapat dilakukan dengan tujuan untuk mendapatkan data atau keterangan dalam hal terdapat dugaan bahwa:

- 1) Perseroan melakukan perbuatan melawan hukum yang merugikan pemegang saham atau pihak ketiga; atau
- 2) Anggota Direksi atau Dewan Komisaris melakukan perbuatan melawan hukum yang merugikan perseroan atau pemegang saham atau pihak ketiga.

Pemeriksaan dilakukan dengan mengajukan permohonan secara tertulis beserta alasannya ke Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan perseroan. Permohonan dapat dilakukan bila sebelumnya pemohon terlebih dahulu meminta data atau keterangan kepada perseroan dalam RUPS, namun perseroan tidak memberikan keterangan atau data yang dimohonkan. Permohonan hanya dapat diajukan oleh:

- 1) 1 pemegang saham atau lebih yang mewakili paling sedikit 1/10 bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara;
- 2) Pihak lain yang berdasarkan peraturan perundang-undangan, Anggaran Dasar perseroan atau perjanjian dengan perseroan diberi wewenang untuk mengajukan permohonan pemeriksaan; atau
- 3) Kejaksaan untuk kepentingan umum.

Ketua Pengadilan Negeri dapat menolak permohonan yang ditujukan kepadanya apabila permohonan tersebut tidak didasarkan pada alasan yang wajar dan tidak dengan itikad baik, atau mengabulkan permohonan tersebut dengan mengeluarkan penetapan bagi pemeriksaan dan pengangkatan paling banyak tiga orang ahli untuk melakukan pemeriksaan.

Jika permohonan untuk melakukan pemeriksaan dikabulkan, maka Ketua Pengadilan Negeri akan menentukan jumlah maksimum biaya pemeriksaan yang akan dibayarkan oleh perseroan. Namun atas permohonan perseroan, Ketua Pengadilan Negeri juga dapat menetapkan penggantian seluruh atau sebagian biaya pemeriksaan kepada pemohon, anggota Direksi, dan/atau anggota Dewan Komisaris.

e. Pembubaran

Undang-undang mengatur mengenai dasar suatu perseroan dapat dibubarkan. Menurut Pasal 142 ayat (1) UU PT, suatu perseroan dapat dibubarkan apabila:

- 1) Berdasarkan keputusan RUPS;
- 2) Karena jangka waktu berdirinya yang ditetapkan dalam Anggaran Dasar telah berakhir;
- 3) Berdasarkan penetapan pengadilan;
- 4) Dengan dicabutnya kepailitan berdasarkan putusan Pengadilan Niaga yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, harta pailit perseroan tidak cukup untuk membayar biaya kepailitan;
- 5) Karena harta pailit perseroan yang telah dinyatakan pailit berada dalam keadaan insolvensi sebagaimana diatur dalam Undang-undang tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang; atau
- 6) Karena dicabutnya izin usaha perseroan, sehingga mewajibkan perseroan melakukan likuidasi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sebelumnya, harus dibedakan terlebih dahulu terkait dengan likuidasi dan kepailitan. Berdasarkan Pasal 1 Angka (1) Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, yang dimaksud dengan kepailitan adalah sitai umum atas semua kekayaan debitor

pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim pengawas sebagaimana diatur dalam Undang-undang. Sedangkan likuidasi adalah pembubaran perusahaan sebagai badan hukum yang meliputi pembayaran kewajiban kepada para kreditor dan pembagian harta yang tersisa kepada para pemegang saham.

Menurut Pasal 143 Ayat (1) disebutkan bahwa pembubaran perseroan tidak mengakibatkan perseroan kehilangan status badan hukum sampai dengan selesainya likuidasi dan pertanggungjawaban likuidator diterima oleh RUPS atau pengadilan. Likuidasi dilakukan dalam rangka pembubaran badan hukum, sedangkan kepailitan tidak dilakukan dalam rangka pembubaran badan hukum, dan tidak berakibat pada bubaranya badan hukum yang dipailitkan.

Pada dasarnya, perseroan didirikan untuk jangka waktu yang ditentukan oleh Anggaran Dasar. Pasal 6 UU PT mengatur bahwa jangka waktu perseroan adalah sebagaimana ditentukan dalam Anggaran Dasar. Sebagaimana telah disebutkan di atas, bahwa Undang-undang mengatur mengenai beberapa penyebab suatu perseroan dapat dibubarkan. Berikut ini alasan-alasan sebagaimana dimaksud pada Pasal 142 Ayat (1) UU PT tersebut:

1) Pembubaran perseroan berdasarkan keputusan RUPS.

Pasal 89 UU PT mengatur mengenai keputusan RUPS dalam hal pembubaran perseroan. Ketentuan tersebut mengatur bahwa dalam hal penggabungan, peleburan, pengambilalihan, atau pemisahan, pengajuan permohonan agar perseroan dinyatakan pailit, perpanjangan jangka waktu berdirinya, dan pembubaran perseroan, keputusan RUPS sah apabila dihadiri oleh pemegang saham yang mewakili paling sedikit $\frac{3}{4}$ bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah dan disetujui oleh paling sedikit $\frac{3}{4}$ bagian dari jumlah suara tersebut.

Perseroan dinyatakan bubar pada saat ditetapkan dalam keputusan RUPS yang kemudian diikuti dengan likuidasi oleh likuidator. Perseroan juga tidak dapat melakukan perbuatan hukum, kecuali diperlukan untuk membereskan semua urusan perseroan dalam rangka likuidasi. Jika pada prosesnya RUPS tidak menunjuk likuidator, maka Direksi perseroan yang akan bertindak sebagai likuidator.

2) Pembubaran perseroan karena jangka waktu berdirinya yang ditetapkan dalam Anggaran Dasar telah berakhir.

Dalam hal pembubaran perseroan karena jangka waktu berdiri yang ditetapkan dalam Anggaran Dasar telah berakhir, maka dalam jangka waktu paling lambat 30 hari setelah jangka waktu berdirinya perseroan berakhir, RUPS menetapkan penunjukkan likuidator. Undang-undang

mengatur bahwa dalam hal jangka waktu berdirinya perseroan telah berakhir sebagaimana diatur dalam Anggaran Dasar perseroan, maka Direksi tidak diizinkan untuk melakukan perbuatan hukum baru atas nama perseroan.

- 3) Pembubaran perseroan karena penetapan pengadilan. Menurut Pasal 146 Ayat (1) UU PT, Pengadilan Negeri dapat membubarkan perseroan atas:
 - (a) Permohonan kejaksaan berdasarkan alasan perseroan melanggar kepentingan umum atau perseroan melakukan perbuatan yang melanggar peraturan perundang-undangan;
 - (b) Permohonan pihak yang berkepentingan berdasarkan alasan adanya cacat hukum dalam Akta Pendirian;
 - (c) Permohonan pemegang saham, Direksi, atau Dewan Komisaris berdasarkan alasan perseroan tidak mungkin dilanjutkan. Sementara itu, yang dimaksud “perseroan tidak mungkin untuk dilanjutkan” sebagaimana disebutkan dalam Pasal 146 Ayat (1) huruf c adalah:
 - Perseroan tidak melakukan kegiatan usaha (non-aktif) selama 3 tahun atau lebih, yang dibuktikan dengan surat pemberitahuan yang disampaikan kepada instansi pajak;
 - Dalam hal sebagian besar pemegang saham sudah tidak lagi diketahui alamatnya walaupun telah dipanggil melalui iklan dalam Surat Kabar, sehingga tidak dapat diadakan RUPS;
 - Dalam hal perimbangan pemilikan saham dalam perseroan sedemikian rupa sehingga RUPS tidak dapat mengambil keputusan yang sah;
 - Kekayaan perseroan telah berkurang sedemikian rupa sehingga dengan kekayaan yang ada perseroan tidak mungkin lagi melanjutkan kegiatan usaha.

Selanjutnya, Pasal 147 UU PT mengatur bahwa dalam hal perseroan bubar, maka dalam jangka waktu 30 hari, likuidator wajib:

- 1) Memberitahukan kepada semua kreditor mengenai pembubaran perseroan dengan cara mengumumkan pembubaran perseroan dalam Surat Kabar dan Berita Negara Republik Indonesia; dan
- 2) Memberitahukan pembubaran perseroan kepada Menteri untuk dicatat dalam daftar Perseroan bahwa Perseroan dalam likuidasi.

Likuidator dari perseroan yang telah bubar wajib memberitahukan kepada semua kreditor dalam Surat Kabar dan Berita Negara RI mengenai bubarnya perseroan. Pemberitahuan itu memuat:

- (a) Pembubaran perseoran dan dasar hukumnya;

- (b) Nama dan alamat likuidator;
- (c) Tata cara pengajuan tagihan; dan
- (d) Jangka waktu pengajuan tagihan yang tidak boleh lebih dari 60 hari terhitung sejak tanggal pengumuman.

Dalam hal terdapat kreditor yang tidak mengajukan tagihan, maka kreditor tersebut dapat mengajukan tagihannya tersebut kepada Pengadilan Negeri dalam jangka waktu dua tahun sejak bubarnya perseroan didaftarkan dan diumumkan. Ketentuan ini hanya berlaku bagi kreditor yang tidak diketahui identitas maupun alamat pada saat proses likuidasi berlangsung. Tagihan yang diajukan kreditor tersebut hanya dapat dilakukan terhadap sisa kekayaan perseroan yang belum dibagikan kepada pemegang saham.

6. Koperasi

Menurut UU No. 25 tahun 1992, koperasi adalah badan hukum dengan orang-perseorangan atau badan hukum koperasi dengan melandaskan kegiatannya berdasar prinsip Ekonomi Rakyat asas kekeluargaan.

Sejak awal kemerdekaan, Koperasi memang telah menjadi pilar ekonomi Indonesia. Pertumbuhan Koperasi di Indonesia dimulai sejak tahun 1896²³⁵ yang selanjutnya berkembang dari waktu ke waktu sampai sekarang. Perkembangan Koperasi di Indonesia mengalami pasang naik dan turun dengan titik berat lingkup kegiatan usaha secara menyeluruh yang berbeda-beda dari waktu ke waktu sesuai dengan iklim lingkungannya.

Pertumbuhan Koperasi di Indonesia dipelopori oleh R. Aria Wiriatmadja, seorang Patih di Purwokerto (1896), yang mendirikan Koperasi yang bergerak di bidang simpan pinjam. Selanjutnya Boedi Oetomo yang didirikan pada tahun 1908 menganjurkan didirikannya Koperasi untuk keperluan rumah tangga. Demikian pula Syarikat Islam yang didirikan tahun 1911 juga telah mengembangkan Koperasi yang bergerak di bidang keperluan sehari-hari dengan cara membuka toko-toko Koperasi.

Perkembangan yang pesat di bidang Koperasi di Indonesia ini telah menyatu dengan kekuatan sosial dan politik yang ada pada waktu itu. Untuk mengukur keberhasilan atau kegagalan Koperasi, maka seperti tatanan ekonomi lainnya akan ditentukan oleh keunggulan komparatif dari Koperasi itu sendiri. Jika pertumbuhan Koperasi yang pertama di Indonesia menekankan kegiatan simpan-pinjam di antara para anggotanya,²³⁶ maka selanjutnya tumbuh pula

²³⁵ Ahmed Riazuddin, "Cooperative Movement in South East Asia Obstacles to Development", dalam Mauritz Bonow (editor), *The Role of Cooperatives in Social and Economic Development*, (London: International Cooperative Alliance, 1964), hlm. 57.

²³⁶ Ibnu Soedjono, "The Role of Cooperatives in The Indonesian Society", dalam H.J. Es-

Koperasi yang menekankan pada kegiatan penyediaan barang-barang konsumsi. Kemudian Koperasi yang menekankan pada kegiatan penyediaan barang-barang untuk keperluan produksi. Perkembangan Koperasi dari berbagai jenis kegiatan usaha tersebut selanjutnya ada kecenderungan menuju kepada suatu bentuk Koperasi yang memiliki beberapa jenis kegiatan usaha. Koperasi serba usaha ini mengambil langkah-langkah kegiatan usaha yang paling mudah mereka kerjakan terlebih dulu, seperti kegiatan penyediaan barang-barang keperluan produksi bersama-sama dengan kegiatan simpan-pinjam dan beberapa kegiatan lainnya.

Pada Tahun 1958, Undang-undang No. 70 tentang Koperasi lahir yang pada dasarnya berisikan peraturan mengenai perkoperasian di Indonesia yang meliputi tentang tata cara pembentukan dan pengelolaan Koperasi. Kemudian ditindaklanjuti dengan terbitnya peraturan-peraturan pemerintah yang maksudnya mendorong pengembangan Koperasi dengan fasilitas-fasilitasnya yang menarik, seperti PP dari Mendikbud tahun 1959 yang mewajibkan pelajar menabung dan berkoperasi. Pada tahun 1967, pengaturan tentang Koperasi disempurnakan dengan lahirnya Undang-undang No. 12 tentang Pokok-pokok Koperasi yang kemudian disempurnakan lagi dengan Undang-undang No. 25 Tahun 1992.²³⁷ Disebutkan bahwa lapangan usaha Koperasi di Indonesia dalam UU No. 25 Tahun 1992 bergerak di segala sendi kehidupan ekonomi masyarakat yang menyangkut kepentingan orang banyak.²³⁸

Prinsip kerja koperasi meliputi:

- a. Keanggotaannya bersifat sukarela dan terbuka.
- b. Dijalankan secara demokratis dan musyawarah mufakat (*One Man One Vote*).
- c. Pembagian sisa hasil usaha dibagi sebanding dengan besarnya jasa yang terbatas terhadap modal.
- d. Kemandirian (Swadaya dan Swa sembada).

Sedangkan organ Koperasi meliputi:

- a. Rapat anggota
 - 1) Sebagai organ tertinggi koperasi.
 - 2) Mengangkat dan memberhentikan Pengurus dan Pengawas.
 - 3) *One man one vote*.

dert (editor), *Can Cooperatives Become the Motive Force in the Economic of Indonesia?*, (Jakarta: Friedrich Ebert Stiftung, 1983), hlm. 7.

²³⁷ Tiktik S. Partomo dan Abd. Rachman Soejoedono, *Ekonomi Skala Kecil/Menengah dan Koperasi*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hlm. .49.

²³⁸ R.T. Sutantya R. H., *Hukum Koperasi di Indonesia*, (Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2002), hlm. 102.

- b. Pengurus
 - 1) Yang menjalankan perusahaan.
 - 2) Mewakili koperasi terhadap pihak ketiga.
- c. Pengawas
 - 1) Mengawasi dan konsultasi dengan pengurus.
Adapun modal koperasi meliputi:
 - a. Modal sendiri
 - 1) Simpanan pokok (tetap dan sama).
 - 2) Simpanan wajib (tetap dan berbeda).
 - 3) Dana cadangan (SHU yang tidak dibagi).
 - 4) Hibah.
 - b. Modal Pinjaman
 - 1) Pinjaman dari :
 - anggota;
 - Koperasi lainnya dan/atau anggotanya;
 - bank dan lembaga keuangan lainnya;
 - penerbitan obligasi dan surat hutang lainnya;
 - 2) Modal Pinjaman hanya sebesar simpanan pokok dan simpanan wajib.

Lapangan usaha koperasi meliputi:

- a. Usaha Koperasi, yaitu usaha yang berkaitan langsung dengan kepentingan anggota untuk meningkatkan usaha dan kesejahteraan anggota.
- b. Kelebihan kemampuan pelayanan Koperasi dapat digunakan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat yang bukan anggota Koperasi.
- c. Koperasi menjalankan kegiatan usaha dan berperan utama di segala bidang kehidupan ekonomi rakyat. Misalnya simpan pinjam dan perdagangan.

Dalam hal kriteria Koperasi dapat dijelaskan dalam UU No.25/1992 mengenai fungsi dan peran yaitu:

- a. membangun dan mengembangkan potensi dan kemampuan ekonomi anggota pada khususnya dan masyarakat pada umumnya untuk meningkatkan kesejahteraan ekonomi dan sosialnya;
- b. berperan serta secara aktif dalam upaya mempertinggi kualitas kehidupan manusia dan masyarakat;
- c. memperkokoh perekonomian rakyat sebagai dasar kekuatan dan ketahanan perekonomian nasional dengan Koperasi sebagai penopangnya;
- d. berusaha untuk mewujudkan dan mengembangkan perekonomian nasio-

nal yang merupakan usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan dan demokrasi ekonomi.

Jenis koperasi ada dua, yaitu koperasi primer, yang anggotannya orang perseorangan (minimal 20 orang), dan koperasi sekunder, yang anggotannya adalah koperasi primer (minimal 3 unit koperasi primer).

Koperasi yang berstatus badan hukum dengan alasan pengembangan atau efisiensi usaha dapat menggabungkan diri menjadi satu dengan Koperasi lain atau bersama Koperasi lain meleburkan diri dengan membentuk Koperasi baru. Keanggotaan Koperasi juga didasarkan pada kesamaan kepentingan ekonomi dalam lingkup usaha Koperasi dan mempunyai kewajiban dan hak yang sama terhadap Koperasi, sebagaimana diatur dalam Anggaran Dasar. Modal Koperasi adalah berasal dari modal sendiri dan modal pinjaman.

Pasal 41 ayat 2 UU No. 25/1992 menjelaskan, bahwa modal sendiri dapat berasal dari: a) simpanan pokok; b) simpanan wajib; c) dana cadangan; dan d) hibah. Pada ayat 3 dijelaskan bahwa modal pinjaman dapat berasal dari: a) anggota; b) Koperasi lainnya dan/atau anggotanya; c) bank dan lembaga keuangan lainnya; d) penerbitan obligasi dan surat hutang lainnya; dan e) sumber lain yang sah.

7. BUMN

UU No. 19 tahun 2003 menjelaskan bahwa BUMN adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan (APBN).

Kriteria BUMN sebagai penerima kewenangan dari negara yang mempunyai kekuasaan untuk menyelenggarakan kegiatan ekonomi dapat diverifikasi berdasarkan UU No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara yang merupakan salah satu pelaku kegiatan ekonomi dalam perekonomian nasional berdasarkan demokrasi ekonomi. Kriteria Badan Usaha Milik Negara adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan.

BUMN didirikan dengan maksud dan tujuan sebagai berikut:

- a. memberikan sumbangan bagi perkembangan perekonomian nasional pada umumnya dan penerimaan negara pada khususnya;
- b. mengejar keuntungan;
- c. menyelenggarakan kemanfaatan umum berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang bermutu tinggi dan memadai bagi pemenuhan hajat hidup orang banyak;

- d. menjadi perintis kegiatan-kegiatan usaha yang belum dapat dilaksanakan oleh sektor swasta dan koperasi;
- e. turut aktif memberikan bimbingan dan bantuan kepada pengusaha golongan ekonomi lemah, koperasi, dan masyarakat.

Adapun sumber penyertaan modal BUMN meliputi:

- a. APBN, termasuk pula proyek-proyek APBN yang dikelola oleh BUMN dan/atau piutang negara pada BUMN yang dijadikan sebagai penyertaan modal Negara.
- b. Capital gain atau kapitalisasi cadangan, yaitu penambahan modal yang disetor berasal dari cadangan.
- c. Sumber lainnya, misalnya penjualan saham kepada publik.

PT Persero didirikan berdasarkan usulan menteri terkait, dan berstatus badan hukum. Tujuannya adalah mencari keuntungan dan menyediakan jasa yang bermutu dan berdaya saing. PT Persero Terbuka adalah BUMN yang melakukan privatisasi melalui Pasar Modal. PT Persero yang menjadi BUMN, modalnya terbagi dalam saham yang seluruhnya atau paling sedikit 51 % sahamnya dimiliki oleh negara yang tujuan utamanya mencari keuntungan, dimana segala ketentuannya mengacu pada UU PT 1 /1995.

Organ Persero terdiri dari RUPS (pemerintah diwakilkan pada Menteri Keuangan), Direksi, dan Komisaris. Dalam RUPS, semua saham negara diwakili oleh Menteri Keuangan. Sedangkan Direksi diangkat setelah melalui uji kelayakan dan kemampuan. Demikian juga Komisaris yang diangkat setelah melalui uji kelayakan dan kemampuan.

Dalam Pasal 74 UU No. 19/2003 diatur bahwa BUMN dapat melakukan privatisasi dengan maksud untuk:

- a. memperluas kepemilikan masyarakat atas Persero;
- b. meningkatkan efisiensi dan produktivitas perusahaan;
- c. menciptakan struktur keuangan dan manajemen keuangan yang baik/kuat;
- d. menciptakan struktur industri yang sehat dan kompetitif;
- e. menciptakan Persero yang berdaya saing dan berorientasi global;
- f. menumbuhkan iklim usaha, ekonomi makro, dan kapasitas pasar.

Privatisasi berarti mengizinkan peran swasta untuk masuk dan ikut dalam bidang usaha yang dikelola BUMN. Beberapa kriteria yang wajib diperhatikan dalam hal ini (UU No. 19/2003 Pasal 76), misalnya:

- a. Persero yang dapat diprivatisasi harus sekurang-kurangnya memenuhi kriteria:

- 1) industri/sektor usahanya kompetitif; atau
 - 2) industri/sektor usaha yang unsur teknologinya cepat berubah.
- b. Sebagian aset atau kegiatan dari Persero yang melaksanakan kewajiban pelayanan umum dan/atau yang berdasarkan Undang-undang kegiatan usahanya harus dilakukan oleh BUMN, dapat dipisahkan untuk dijadikan penyertaan dalam pendirian perusahaan. Untuk selanjutnya, apabila diperlukan maka dapat diprivatisasi.

Sedangkan yang tidak diijinkan untuk diprivatisasi adalah:

- a. Persero yang bidang usahanya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan hanya boleh dikelola oleh BUMN;
- b. Persero yang bergerak di sektor usaha yang berkaitan dengan pertahanan dan keamanan negara;
- c. Persero yang bergerak di sektor tertentu yang oleh pemerintah diberikan tugas khusus untuk melaksanakan kegiatan tertentu yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat;
- d. Persero yang bergerak di bidang usaha sumber daya alam yang secara tegas berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dilarang untuk diprivatisasi.

8. Perusahaan Umum (Perum)

Perum adalah BUMN yang seluruh modalnya dimiliki oleh negara dan tidak terbagi dalam saham yang tujuan utamanya adalah kemanfaatan umum dengan penyediaan barang dan jasa dengan prinsip pengelolaan perusahaan yang sehat.

Perum didirikan berdasarkan usulan menteri terkait dan berstatus badan hukum dengan Peraturan Pemerintah. Menteri tidak bertanggung jawab langsung atas kerugian Perum. Tugas Menteri menjalankan RUPS, sementara tugas Dewan Pengawas dipegang Komisaris. Dengan demikian, organ Perum terdiri dari Menteri, Direksi, dan Dewan Pengawas.

Catatan:

- a. Penggabungan dan Peleburan
 - BUMN dapat melakukan penggabungan dan peleburan dengan sesama BUMN.
- b. Pembubaran
 - Ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah.
 - Proses tersebut tetap memperhatikan kepentingan pemegang saham, pihak ke III dan karyawan.
 - Sisa dari likuidasi langsung disetor ke Kas negara.

- c. Kewajiban Pelayanan Umum
 - Pemerintah dapat memerintahkan Setiap BUMN untuk menjalankan fungsi pelayanan umum.
 - Penugasan harus disetujui oleh RUPS/Menteri.
- d. Pemeriksaan Eksternal
 - pemeriksaan eksternal dilakukan oleh akuntan publik dan BPK.
- e. Pemeriksaan Internal
 - Dilakukan oleh Komite Audit yang dibentuk oleh Dewan Pengawas dan Komisaris.
 - Dewan Pengawas dibentuk oleh menteri dari pihak independen.
- f. Restrukturisasi; Maksud dan tujuan restrukturisasi adalah untuk:
 - efisiensi, transparansi, dan profesionalitas.
 - meningkatkan kinerja perusahaan.
 - memberikan manfaat dan deviden bagi negara.
 - memberikan produk dan layanan bermutu bagi masyarakat.
 - pelaksanaan restrukturisasi tetap memperhatikan asas biaya dan manfaat yang diperoleh.
- g. Privatisasi; Maksud dan tujuan privatisasi:
 - Memperluas kepemilikan masyarakat atas persero.
 - Meningkatkan efisiensi dan produktivitas.
 - Menciptakan struktur keuangan yang tangguh.
 - Menciptakan struktur industri yang sehat dan kompetitif dan berdaya saing global.
 - Menumbuhkan iklim usaha dan kapasitas pasar.
- h. Prinsip Privatisasi:
 - 1) Good Corporate Governance:
 - Transparansi,
 - kemadirian,
 - akuntabilitas,
 - pertanggungjawaban dan
 - kewajaran (fair).
 - 2) BUMN yang dapat diprivatisasi:
 - Industri dan sektor usaha yang kompetitif.
 - Industri dan sektor usaha yang unsur teknologinya cepat berubah.
 - 3) BUMN yang tidak dapat diprivatisasi:
 - Berdasarkan ketentuan hanya boleh dikelola oleh negara dan menjadi tugas negara.

- Usaha yang bergerak dibidang pertanahan dan keamanan negara.
- Bergerak dibidang sumber daya alam.
- i. Privatisasi dilakukan dengan cara:
 - Penjualan saham langsung ke investor.
 - Penjualan saham melalui pasar modal.
 - Penjualan saham ke karyawan.

9. Holding company

Holding company adalah perusahaan yang dimiliki oleh berbagai jaringan perusahaan. Motivasi Holding company adalah melakukan konglomerasi penguasaan bisnis dari hulu ke hilir untuk menghambat masuknya pesaing. Perusahaan jenis ini adalah badan hukum, sehingga ada harta terbatas.

BAB VI

HUKUM KONTRAK/PERJANJIAN

A. Pengertian & Tujuan

Parasal 1313 KUHPerdato menjelaskan: “Perjanjian/persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana seorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”. Menurut Prof. Sudikno, Kontrak/Perjanjian adalah suatu hubungan hukum di bidang harta kekayaan antara dua orang atau lebih yang menimbulkan akibat hukum. Bentuk kontrak bisa tertulis maupun lisan.

Perjanjian yang baku biasa dikategorikan sebagai perjanjian sepihak, dimana satu pihak hanya menuntut haknya saja dan membebaskan diri dari tanggung jawabnya, dan pihak lain harus melaksanakan kewajibannya saja sementara hak-haknya dihilangkan. Pada perjanjian yang sepihak selalu timbul kewajiban-kewajiban hanya bagi satu pihak.²³⁹

Meskipun sifatnya sepihak, namun perjanjian baku sudah diterima dalam hubungan hukum antar subyek hukum, terutama sangat dibutuhkan dalam hubungan hukum antara produsen dan konsumen mengingat produsen dalam menjual produk atau jasanya memerlukan transaksi yang cepat, efektif, dan

²³⁹ H.F.A. Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid II*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1995), hlm. 130.

efisien, sehingga tampak jelas bahwa yang diutamakan adalah prinsip ekonomi.

David M.L. Tobing menyebutkan ciri-ciri perjanjian baku yang dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Perjanjian baku bukanlah perjanjian murni karena pada saat dibuat hanya ada satu pihak yang mengetahuinya, yaitu si pembuat itu sendiri dimana tidak ada negosiasi (perjanjian sepihak).
2. Perjanjian baku memuat syarat-syarat eksonerasi yang membuat pembatasan dan atau pengalihan tanggung jawab dari si pembuat perjanjian baku (produsen).
3. Isi perjanjian sudah dibuat dan ditetapkan terlebih dahulu oleh satu pihak dan untuk diberlakukan secara berulang-ulang (biasanya oleh pengusaha atau produsen dalam melakukan perjanjian dengan konsumen).
4. Perjanjian baku tersebut sudah dicetak dalam suatu kertas perjanjian dan tidak dapat dilakukan perubahan lagi kecuali oleh yang membuat dan menetapkan.
5. Umumnya perjanjian baku harus dimintakan tanda tangan atau paraf dari pihak yang terpaksa menerima apa saja isi perjanjian tersebut. Namun dalam praktiknya, banyak perjanjian baku yang tidak diperlukan lagi tanda tangan dan/atau paraf, melainkan hanya berupa ketentuan-ketentuan umum dalam satu produk, seperti halnya karcis parkir kendaraan.²⁴⁰

Perjanjian baku haruslah dipandang sebagai suatu perjanjian atau kontrak yang dipersiapkan sebelumnya untuk digunakan secara umum dan berulang-ulang oleh salah satu pihak, dan dalam kenyataan digunakan tanpa negosiasi dengan pihak lain.

Hukum kontrak di Indonesia saat ini menganut tradisi *civil law* yang berpedoman pada aturan yang merupakan warisan dari pemerintahan kolonial Hindia Belanda. Fakta lain yang tampak adalah pengaruh Belanda yang telah menancapkan pilar-pilar ketentuan yang mengikat antara masyarakat dengan penguasa maupun masyarakat dengan masyarakat sendiri.²⁴¹

Bukti lain keterkaitan hukum Belanda dengan Indonesia adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) atau *Burgerlijk Wetboek (BW)* khususnya Buku III tentang Perikatan, dan lebih khusus lagi diatur dalam Bab II tentang Perikatan yang Lahir dari perjanjian.²⁴²

²⁴⁰ David M.L. Tobing, *Parkir dan Perlindungan Konsumen*, (Jakarta: Timpani Agung, 2007), hlm. 38.

²⁴¹ Rene David and John. E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Edisi II, (London: Stevens & Sons, 1978), hlm. 21.

²⁴² Taryana Sunandar, *Prinsip Prinsip Unidroit Sebagai Sumber Hukum Kontrak Dan Penyelesaian Sengketa*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hlm. 3.

William Tetley menjelaskan bahwa *Institutiones Justinianise* merupakan nama yang dilekatkan terhadap kompilasi *Roman law* dan dipersiapkan antara 528 dan 534 SM, oleh Kaisar Justinian melalui sebuah komisi di bawah pimpinan ahli hukum yang bernama Tribonian. Nama lain dari *Institutiones Justinianise* adalah *Corpus Juris Civilis* yang di dalamnya termasuk *Code* atau sebuah kompilasi putusan kekaisaran romawi pada masa Kaisar Justinian dan masih tepat diberlakukan setelah dirinya meninggal yang disusun secara sistematis berdasarkan subjek tertentu. *Digest (Pandect)* bagian-bagian dari tulisan klasik *Roman law* yang ditulis oleh penulis kenamaan, seperti Ulpian dan Paul, yang disusun mulai dari abad 1 sampai dengan abad ke 4 SM, dan dibukukan dalam 50 buku yang dibagi dalam bermacam judul. *Institutes* merupakan pendahuluan yang berfungsi sebagai penjelasan terhadap *Digest* yang dibuat oleh ahli hukum Gaius pada permulaan dikodifikasikannya *Corpus Juris Civilis*. *Novellae (Novels)*, merupakan kumpulan putusan baru yang dikeluarkan oleh Kaisar Justinian.²⁴³

Karakter hukum kontrak menempatkan dirinya berada dalam ruang lingkup hukum perikatan secara *private*, yang bertolak belakang dengan perikatan karena kepentingan umum, seperti *constituional* atau *political obligations*, dikarenakan kelaziman bahwa keduanya bukan bagian dari hukum perikatan badan hukum publik dapat mengadakan perjanjian, tetapi tidak berarti dirinya termasuk dalam bagian dari hukum perikatan.²⁴⁴

Hukum kontrak dibentuk untuk memberikan arahan hukum terhadap transaksi-transaksi ekonomi, terutama berkaitan dengan pengadaan (pasokan) mengenai pengadaan barang dan jasa terhadap sebagai subjek dari hukum kontrak.²⁴⁵

Akar dari pembedaan ini berasal dari *Aristotelian Ideas* tentang keadilan distributif dan kebebasan yang membentuk perubahan-perubahan tentang ajaran dalam pendidikan hukum dan pandangan para sarjana hukum pada abad 17 dan 18.²⁴⁶

Adapun tujuan perjanjian atau kontrak menurut Atiyah ada tiga tujuan dasar, yaitu:

²⁴³ William Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law Vs Civil Law: Codified and Uncodified (Part I)*, (LA: L. Rev, 1999), hlm. 596.

²⁴⁴ P.S. Atiyah, *An Introduction To The Law Of Contract*, Edisi III, (Oxford: Claderon Press, 1981) hlm. 1.

²⁴⁵ Roger Brownsword, *Contract Law: Themes for The Twenty-First Century*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), hlm. 13.

²⁴⁶ J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, (Stanford: Stanford University Press, 1985), hlm. 1.

1. Memaksakan suatu janji dan melindungi harapan wajar yang muncul darinya.
2. Mencegah pengayaan (upaya memperkaya diri) yang dilakukan secara tidak adil atau tidak benar.
3. Mencegah hal-hal yang merugikan atau membahayakan.

Sementara Herlien menambahkan tujuan esensial lain, yakni yang diturunkan dari asas harmoni dalam hukum adat, yaitu untuk mencapai keseimbangan antara kepentingan sendiri dan kepentingan terkait dari pihak lawan.²⁴⁷

B. Obyek

Obyek atau sasaran pokok dari suatu kontrak adalah prestasi. Wujud prestasi dapat berupa:

1. Memberikan sesuatu;
2. Melakukan/berbuat sesuatu;
3. Tidak melakukan sesuatu.

Obyek dalam suatu kontrak sah apabila:

1. Dapat ditentukan / harus tertentu, baik dalam jumlah, jenis maupun harganya serta riil/nyata;
2. Diperbolehkan oleh perundang-undangan;
3. Tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan.

C. Subyek

Subyek perjanjian atau subyek hukum yaitu setiap orang yang dapat mempunyai/memegang hak dan kewajiban. Di dalam kontrak, subyek hukum disebut sebagai Kreditur dan Debitur. Adapun subyek hukum meliputi:

1. Manusia/orang
 - a. Orang dewasa (cakap hukum)
KUHPerduta 21 tahun UU Perkawinan; Laki-laki berumur 19 tahun, sedangkan wanita berumur 16 tahun, UU Kewarganegaraan 18 tahun, UU Notaris 18 tahun.
 - b. Orang yang belum dewasa (*Persona Misrabele*/tidak cakap hukum), yaitu:

²⁴⁷ Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 309-311.

- 1) Anak di bawah umur
- 2) Orang gila (untuk semua perbuatan hukum), pemabok, penjudi dan pemboros (hanya terbatas pada harta kekayaan saja).
2. Badan hukum (BH), yaitu suatu organ yang dibuat oleh hukum untuk bertindak sebagai suatu subyek hukum. Badan hukum di Indonesia ada dua, yaitu:
 - a. Badan hukum publik, seperti Pemerintah/negara, organisasi/ lembaga International;
 - b. Badan hukum privat, seperti Perseroan Terbatas, Koperasi, dan Yayasan.

Syarat-syarat suatu organ dapat menjadi badan hukum apabila:

1. Dibuat atas dasar perjanjian;
2. Perjanjian tersebut (AD/ART) dibuat secara tertulis di hadapan seorang notaris;
3. AD/ART didaftarkan dan mendapat pengesahan dari Menteri Kehakiman;
4. AD/ART yang sudah disahkan diumumkan dalam berita negara;
5. Mempunyai tujuan tertentu dan terorganisir secara teratur;
6. Mempunyai harta kekayaan yang terpisah dari harta pribadi para pendiri.

D. Syarat Sah Kontrak

Syarat sahnya suatu kontrak diatur dalam Pasal 1320 KUHPerduta, yang menyebutkan adanya 4 (empat) syarat, yaitu:

1. Adanya kesepakatan

Kedua subyek yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat dan setuju mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan itu. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu juga dikehendaki oleh pihak yang lain. Mereka menghendaki sesuatu yang sama secara timbal balik.

Dalam Pasal 1340 Kitab Undang-undang Hukum Perdata juga disebutkan, bahwa suatu perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Suatu perjanjian tidak dapat membawa kerugian kepada pihak-pihak ketiga, sehingga tidak mendapat manfaat karenanya, kecuali dalam hal yang diatur dalam Pasal 1317 Kitab Undang-undang Hukum Perdata sebagai berikut:

“Lagi pun diperbolehkan juga untuk meminta ditetapkannya suatu janji, guna kepentingan seorang pihak ketiga, apabila suatu penetapan janji yang dibuat oleh seorang untuk dirinya sendiri, atau suatu pemberian yang dilakukannya kepada

seorang lain, memuat suatu janji seperti itu. Siapa yang telah memperjanjikan sesuatu seperti itu tidak boleh menariknya kembali apabila pihak ketiga tersebut telah menyatakan hendak mempergunakannya”.

Menurut Pasal 1321 KUH Perdata, bahwa tidak ada kata sepakat yang sah apabila sepakat itu diberikan karena kekhilafan, atau diperolehnya dengan paksaan atau penipuan. Dengan adanya kata sepakat, maka perjanjian itu telah ada, mengikat kedua belah pihak dan dapat dilaksanakan.

2. Adanya kecakapan dari para pihak yang membuat.

Dalam pasal 1330 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, bahwa yang disebut sebagai orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian adalah:

- a. Orang yang belum dewasa.
- b. Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan/perwalian.

Kontrak yang dibuat oleh anak belum dewasa atau mereka yang ditempatkan di bawah perwalian dapat dibatalkan oleh pengadilan atas dasar permohonan yang disampaikan orang yang bersangkutan atau pihak yang berkuasa mewakili mereka, yakni sepanjang permohonan tersebut diajukan dalam jangka waktu lima tahun sejak kontrak dibuat. Kewajiban yang dibebankan kepada pihak lainnya di dalam kontrak tetap akan berlaku karena ketidakcakapan tersebut terkecuali kontrak telah dibatalkan. Pertanyaan hukum yang terkait ialah apakah anak belum dewasa yang bertindak seolah telah dewasa akan terikat pada kontrak yang dibuat, satu dan lain karena pihak lainnya menandatangani kontrak berdasarkan pengetahuan atau keyakinan keliru perihal kecakapan si anak tersebut.

- c. Orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh Undang-undang, dan semua orang kepada siapa Undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Menurut ketentuan Pasal 108 KUHPPerdata, seorang perempuan yang sudah menikah tidak cakap untuk membuat kontrak terkecuali didampingi suaminya. Sekalipun begitu, untuk alasan praktis ketentuan di atas dikesampingkan atau diabaikan oleh para notaris di Indonesia tatkala membuat kontrak untuk kepentingan seorang perempuan menikah. Diandaikan bahwa pengadilan tidak akan menerapkan ketentuan Pasal 108 KUHPPerdata karena tidak adil dan lagipula ketentuan serupa di dalam BW Belanda telah dihapuskan. Setelah UU 1/1974 (UU Perkawinan) diundangkan perempuan menikah dianggap cakap bertindak dan membuat kontrak tanpa perlu didampingi suaminya.

3. Adanya objek tertentu

Barang yang dimaksud dalam perjanjian paling sedikit harus ditentukan jenisnya, bahwa barang itu sudah ada atau sudah berada di tangan pada waktu perjanjian dibuat, tidak diharuskan oleh Undang-undang. Selain itu, jumlahnya tidak perlu disebutkan, asal kemudian dapat dihitung atau ditetapkan.

Beberapa persyaratan ditentukan dalam KUH Perdata terhadap obyek tertentu dari suatu perjanjian, khususnya jika obyek kontrak tersebut berupa barang sebagai berikut:

- a. Benda yang merupakan obyek kontrak tersebut haruslah barang yang dapat diperdagangkan (Pasal 1332).
- b. Pada saat kontrak dibuat, minimal barang tersebut sudah dapat ditentukan jenisnya (Pasal 1333 Ayat 1).
- c. Jumlah barang tersebut boleh tidak tertentu, asal saja jumlah tersebut kemudian dapat ditentukan atau dihitung (Pasal 1333 Ayat 2)
- d. Barang tersebut dapat juga barang yang baru akan ada di kemudian hari (Pasal 1334 Ayat 1).
- e. Tidak dapat dibuat kontrak terhadap barang yang masih ada dalam warisan yang belum terbuka (Pasal 1334 Ayat 2).

Jenis barang untuk dapat diserahkan harus dirinci. Namun dalam kontrak tidaklah disyaratkan bagi para pihak untuk merinci secara tepat kuantitas barang, sepanjang di dalam kontrak diberikan landasan untuk menentukan kuantitas barang di masa depan. Secara umum, hal tertentu dapat mencakup hak dan kewajiban, jasa barang atau hal-hal tertentu, yang ada maupun akan ada sepanjang semua itu dapat ditentukan.

Milsanya, di Indonesia umumnya pembeli membeli mobil secara inden. Kontrak jual-beli mobil yang belum ada dan belum berada di tangan penjual diperbolehkan, sepanjang ketika kontrak harus dilaksanakan mobil tersebut telah berada di tangan penjual dan dapat diserahkan kepada pembeli. Pada lain pihak, kontrak yang tidak mungkin dilaksanakan adalah batal demi hukum. Di samping itu perlu diperhatikan bahwa tidak ada syarat harus adanya timbal-balik (resiprositas). KUHPdata secara tegas menyatakan bahwa seseorang dapat mengikatkan dirinya untuk melakukan sesuatu kepada seorang lain tanpa menuntut imbalan. Sebagai perbandingan, dengan merujuk pada doktrin consideration dalam sistem hukum common law, kontrak tanpa adanya pertimbangan perihal resiprositas tidak akan dianggap berkekuatan hukum.

4. Adanya suatu sebab yang halal.

Menurut KUHPdata Pasal 1335 disebutkan bahwa, “suatu perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau

terlarang tidak mempunyai kekuatan”. Pengertian sebab yang halal menurut Pasal 1337 KUH Perdata, adalah:

- a. Sebab yang tidak terlarang atau bertentangan dengan Undang-undang;
- b. Sebab yang sesuai dengan kesusilaan;
- c. Sebab yang sesuai dengan ketertiban umum.

Sebagai contoh, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam kasus Perusahaan Listrik Negara vs Payton Energy No. 517/Pdt.G/1999 mempertimbangkan bahwa, perjanjian pembelian/ pemasokan energi (power purchase agreement) adalah batal demi hukum karena telah melanggar ketentuan Pasal 33 UUD 1945. PLN telah membeli listrik dari Payton dalam US Dollar dan menjualnya kembali kepada konsumen di Indonesia dalam mata uang Rupiah. Sekalipun, UU tentang Listrik yang berlaku membolehkan pihak swasta terlibat dalam penyediaan/pemasokan tenaga listrik. Namun menurut Peraturan Presiden 37/1972, nilai jualnya tetap harus menggunakan mata uang Rupiah.

Dalam perkara ini, PLN telah membeli tenaga listrik dari Payton dengan nilai USD 8.56 cent/kwh. Sedangkan PLN menjualnya kepada konsumen di Indonesia seharga Rp. 297 atau setara dengan USD2,79 cent/kwh. Sekalipun di dalam kontrak jual beli para pihak menyatakan pilihan forum penyelesaian sengketa adalah arbitrase, namun PLN memutuskan untuk menggugat pihak lawannya berdasarkan perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdata). Ketentuan Pasal 10 huruf h UU 30/1990 perihal arbitrase menerapkan prinsip pemisahan (*severability principle*). Prinsip pemisahan berarti bahwa sekalipun kontrak utama dinyatakan batal demi hukum, klausula arbitrase tetap dianggap berlaku dan mengikat para pihak. Untuk menghindari keberlakuan klausul arbitrase demikian, maka biasanya salah satu pihak mengajukan gugatan perbuatan melawan hukum, dan bukan atas dasar wanprestasi.

Syarat 1 & 2 di atas disebut sebagai syarat subyektif karena mengenai orang-orangnya atau subyeknya yang mengadakan perjanjian. Sedangkan syarat 3 & 4 disebut sebagai syarat obyektif karena mengenai perjanjiannya sendiri atau obyek dari perbuatan hukum yang dilakukan. Apabila syarat subjektif tidak dapat terpenuhi, maka konsekuensi hukumnya bahwa perjanjian/kontrak dapat dibatalkan. Apabila syarat obyektif tidak dapat terpenuhi, maka konsekuensi hukumnya batal demi hukum.

Mengenai syarat sahnya suatu perjanjian seperti yang tersebut dalam Pasal 1320 KUHPerdata dimana jika tidak dipenuhinya dua syarat pertama, yaitu syarat sepakat antar kedua belah pihak dan kecakapan akan berakibat perjanjian dapat dibatalkan.

Pihak yang dapat meminta pembatalan itu adalah pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya tidak secara bebas. Jadi perjanjian yang telah dibuat itu mengikat juga selama tidak dibatalkan atas permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan tersebut. Dengan demikian nasib suatu perjanjian seperti itu tidaklah pasti dan tergantung pada kesediaan suatu pihak yang mentaatinya.

Kontrak dapat dibatalkan (*voidable*) berarti bahwa kontrak tetap sah dan berlaku sampai hakim menyatakannya sebagai batal. Selama alasan untuk pembatalan tidak diajukan oleh para pihak ke hadapan hakim, maka kontrak tetap berlaku dan mengikat. Sebaliknya, batal demi hukum (*null and void*) berarti bahwa kontrak yang dibuat tidak menciptakan akibat hukum apapun bagi para pihak. Tidak ada kewajiban untuk melaksanakan perjanjian demikian dan tidak ada hak untuk mengajukan gugatan ke hadapan hakim. Hakim, *ex officio*, akan memutuskan kontrak sebagai batal demi hukum, sekalipun para pihak tidak mengajukan permohonan kebatalan demikian.²⁴⁸

Sedangkan jika tidak dipenuhinya salah satu dari dua syarat terakhir dalam Pasal 1320, yaitu syarat suatu hal tertentu dan sebab yang halal, maka perjanjian tersebut batal demi hukum. Artinya dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan. Tujuan para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut untuk melahirkan suatu perikatan hukum adalah gagal.

Selain itu, kesepakatan dapat terjadi apabila tidak ada “Penipuan”, “Kekhilafan”, dan “Paksaan”. Kata sepakat pada dasarnya adalah kesepakatan bersama antara para pihak dan kesepakatan bertimbang balik demikian harus dinyatakan secara lisan atau tertulis. Kesepakatan harus diberikan atas dasar kehendak bebas tanpa kekeliruan, paksaan atau penipuan. Kekeliruan berkenaan dengan substansi atau kualitas pokok kesepakatan dalam kontrak. Misalnya, seseorang hendak membeli cincin emas, namun ternyata yang dibelinya adalah cincin tembaga. Penting bahwa pihak lawan mengetahui bahwa mitranya keliru dan kemudian tetap tidak memberitahunya akan kekeliruan tersebut.

Dalam paksaan tercakup tekanan psikologis maupun intimidasi. Orang yang diintimidasi haruslah takut bahwa sesuatu “kecelakaan” bisa menimpa dirinya pribadi atau keluarganya atau harta kekayaannya. Karena takut akan ancaman itulah akhirnya ia bersepakat. Sebagai ilustrasi, seseorang diancam bahwa rahasia pribadinya akan dibuka ke hadapan publik bilamana ia tidak menandatangani kontrak. Ancaman demikian haruslah merupakan tindakan salah atau melawan hukum. Jika ancaman demikian adalah absah, maka tidak dapat dikatakan adanya paksaan. Sebagai contoh, ancaman bahwa bilamana

²⁴⁸ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 2004), hlm. 22.

ia tidak menandatangani kontrak ia akan dituntut di muka pengadilan untuk membayar hutang-hutangnya. Berkenaan dengan pembayaran hutang, UU tentang pelarangan riba yang diundangkan pada 1938 harus disebut. Berdasarkan UU itu diperkenankan bagi satu pihak untuk menuntut pembatalan kontrak jika ada perbedaan yang luar biasa antara hak-kewajiban bertimbalbalik dari para pihak, dan pihak yang dirugikan tanpa pertimbangan matang atau karena keadaan terdesak telah menandatangani kontrak yang bersangkutan.²⁴⁹

Penipuan merupakan tindakan sembunyi-sembunyi yang dilakukan salah satu pihak sebelum kontrak dibuat dengan tujuan menyesatkan pihak lawannya dan membujuknya menutup kontrak yang tanpa penipuan tersebut tidak akan dilakukannya. Pernyataan palsu dalam dirinya sendiri bukan penipuan. Tindakan itu harus berbarengan dengan rangkaian kebohongan. Sebagai contoh, kealpaan memberitahu pembeli potensial akan cacat tersembunyi bukanlah suatu tindakan penipuan karena bukan perbuatan tersembunyi, dan tindakan tersebut haruslah sedemikian rupa sehingga pihak yang ditipu tidak akan bersepat bila kebohongan itu diketahuinya.²⁵⁰

Tuntutan hukum untuk menghindari (membatalkan) keberlakuan kontrak atas dasar kekeliruan atau paksaan hanya dapat diajukan oleh pihak yang dirugikan, dan harus diajukan dalam jangka waktu lima tahun setelah paksaan berhenti atau dalam jangka waktu lima tahun terhitung sejak kekeliruan atau penipuan diketahui. Korban dapat mengajukan klaim tidak adanya kata sepakat berhadapan dengan tuntutan wanprestasi yang diajukan terhadap korban. Tidak ada panduan bagaimana menggunakan hal di atas dalam pembelaan diri.

Pengadilan Indonesia juga menerapkan doktrin pengaruh tidak seimbang (*undue influence*). Doktrin ini menyatakan bahwa jika salah satu pihak berkedudukan dominan, maka ia dapat menyalahgunakan kedudukannya itu dan mendorong pihak lain masuk ke dalam kontrak. Dominasi tersebut bisa bersifat psikologis ataupun ekonomis. Misalnya dalam kasus *NY Boesono* debitur adalah pensiunan yang butuh uang. Debitur mengikat diri pada perjanjian pinjaman pada kreditur yang secara ekonomi sangat kuat dengan bunga 10% per bulan, dan untuk itu ia menggadaikan buku pensiunnya.

Dalam kasus lainnya, *Made Oka Masagung vs PT. Bank Artha Graha*, Notaris Koesbiono Sarmanhadi SH, Sugianto Kusuma dan PT. Binajaya Padukreasi, No. 3641 K/Pdt/2001, Mahkamah Agung mempertimbangkan bahwa salah satu syarat bagi keabsahan suatu kontrak adalah bahwa kata sepakat harus

²⁴⁹ R. Subekti, *The Law of Contracts in Indonesia: Remedies of Breach*, (Jakarta: CV Haji Masagung, 1998), hlm. 4.

²⁵⁰ Sudargo Gautama, *Indonesian Business Law*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995), hlm. 77.

diberikan atas dasar kehendak bebas. Made Oka Masagung menandatangani akta jual beli, memindahkan hak atas harta kekayaannya sewaktu dia di penjara. Dengan janji Bank Artha Graha bahwa ia akan dibebaskan dari penjara, maka ia terbujuk mengalihkan harta kekayaannya. Mahkamah Agung menyatakan bahwa perilaku Bank Artha Graha merupakan penyalahgunaan keadaan (*misbruik van de omstandigheden*), dan karena itu perjanjian dan akta jual beli dinyatakan tidak sah dan dibatalkan.

Sebagai aturan umum, tidak ada ketentuan yang mewajibkan para pihak untuk membuat kontrak tertulis. Kata sepakat para pihak kiranya cukup untuk membentuk kontrak yang sah dan mengikat. Meski demikian, KUHPerdota ternyata memberikan pengecualian terhadap ketentuan umum di atas. Misalnya, berkaitan dengan kesepakatan menyelesaikan sengketa harus dibuat tertulis, pertanggungjawaban hak atas tanah harus didaftarkan. Di samping itu banyak kontrak lainnya baru mengikat hanya setelah apa yang diperjanjikan diserahkan, misalnya kesepakatan untuk menyimpan deposit di Bank. Beranjak dari UU 40/2007 tentang Perseroan Terbatas, untuk mendirikan suatu perseroan terbatas dipersyaratkan dibuatkannya Akta Pendirian oleh atau di hadapan notaris. Jika persyaratan formal ini dilanggar, maka kontrak dinyatakan batal demi hukum.

Beranjak dari doktrin hukum klasik, kontrak yang dinyatakan batal demi hukum tidak menimbulkan hak dan kewajiban apapun di antara para pihak. Karena itu, tidak ada landasan hukum untuk mengajukan gugatan ganti rugi atau dilaksanakan atau dipenuhinya perjanjian. Aturan ini akan dianggap adil bilamana kedua pihak telah tidak melaksanakan kewajiban mereka. Namun untuk alasan lain yang muncul di kemudian hari dan kontrak dinyatakan batal demi hukum, padahal salah satu pihak telah melakukan kewajibannya sedangkan yang lain belum, maka ketidakadilan dalam bentuk “memperkaya diri sendiri secara melawan hukum” akan muncul tatkala pihak pertama tidak dapat mengajukan gugatan agar pihak lainnya melaksanakan perjanjian atau memberikan ganti rugi.

E. Unsur-unsur Perjanjian

Dalam suatu perjanjian terdapat unsur-unsur yang dapat dikelompokkan ke dalam beberapa kelompok berikut:²⁵¹

a. Unsur *Essensialia*

Essensialia adalah unsur perjanjian yang selalu harus ada di dalam suatu perjanjian, unsur mutlak, dimana tanpa adanya unsur tersebut per-

²⁵¹ J. Satrio, *Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1992), hlm. 57.

janjian tidak mungkin ada. Misalnya “sebab yang halal” merupakan unsur essentialia untuk adanya perjanjian. Dalam perjanjian jual-beli harga dan barang yang disepakati kedua belah pihak harus ada unsur tersebut.

b. Unsur *Naturalia*

Naturalia adalah unsur perjanjian yang oleh Undang-undang diatur tetapi oleh para pihak dapat disingkirkan atau diganti. Di sini unsur tersebut oleh Undang-undang diatur dengan hukum yang mengatur/menambah (regelend/aanvullend recht). Misalnya, kewajiban penjual untuk menanggung biaya penyerahan (Pasal 1476), dan untuk menjamin/vrijwaren (Pasal 1491) dapat disimpangi atas kesepakatan kedua belah pihak.

c. Unsur *Accidentalia*

Accidentalia adalah unsur perjanjian yang ditambahkan oleh para pihak, dimana Undang-undang sendiri tidak mengatur tentang hal tersebut. Misalnya, di dalam perjanjian jual beli benda-benda pelengkap tertentu bisa dikecualikan.

Ketentuan Pasal 1342 KUHPerdata menegaskan bahwa jika kata-kata dalam kontrak cukup jelas, maka kita tidak diperkenankan menyimpangi makna melalui penafsiran. Tempat dan tanggal ditutupnya kontrak sangatlah penting. Terutama karena tanggal ditutupnya kontrak adalah tanggal mulai berlakunya kontrak, terkecuali ditentukan berbeda di dalamnya. Penting juga dalam hal tanggal pembayaran atau tanggal penyerahan merujuk pada tanggal kontrak. Misalnya dalam hal penjual berjanji akan menyerahkan barang dalam waktu 30 hari setelah kontrak ditandatangani. Bilamana pihak-pihak dalam kontrak adalah orang-perorang atau korporasi yang berasal dari yurisdiksi hukum berbeda-beda, maka penting mencermati cara penulisan penanggalan yang berbeda-beda pula antar satu negara dengan lainnya. Misalnya, hari/bulan/tahun atau bulan/hari/tahun. Karena itu lebih baik bila nama bulan disebutkan alih-alih disebut dalam angka.²⁵²

Identitas dari pihak-pihak dalam kontrak harus jelas karena menurut ketentuan Pasal 1315 juncto Pasal 1340 KUHPerdata, kontrak hanya mengikat (menimbulkan hak dan kewajiban) para pihak saja. Bilamana pihak dalam kontrak adalah badan hukum, maka penting untuk menyebutkan secara rinci klasifikasi korporasi tersebut: apakah sebagai perseroan terbatas, yayasan atau koperasi, atau persekutuan seperti apa, firma, CV atau lainnya. Penting disebut siapa orang-perorang yang berwenang mewakili badan hukum tersebut di dalam maupun di luar pengadilan, yang sejalan dengan akta pendiriannya.

²⁵² Karla C. Shippey, *Menyusun Kontrak Bisnis Internasional*, terj. Hesti W., (Jakarta: Penerbit PPM, 2004), hlm. 37.

Klarifikasi tentang identitas para pihak harus dilakukan konsisten. Misalnya, perjanjian pinjaman ini ditutup oleh dan antara Hong Kong Shanghai Bank dan Mr. Abi pada tanggal 21 agustus 1999. Di dalam klausula transaksi tidak boleh menyebutkan Hong Kong Shanghai Bank sebagai peminjam. Di samping itu, perlu pula disebut kebangsaan/ kewarganegaraan dan alamat dari pihak-pihak dalam kontrak. Misalnya, Perseroan Terbatas yang didirikan dan dijalankan di bawah hukum Indonesia atau seorang tertentu berkebangsaan Indonesia. Perihal alamat harus dicantumkan domisili usaha dari pihak-pihak dalam kontrak.

Klausula dalam konsiderans adalah klausula yang menjelaskan maksud-tujuan dari pihak-pihak dalam perjanjian. Sangat penting untuk menjelaskan maksud-tujuan para pihak, yakni dalam rangka menyelesaikan persoalan jika sengketa muncul perihal bagaimana menafsirkan klausula operatif/transaksi (batang tubuh). Sebagai contoh di dalam konsiderans (bagian pertimbangan) dinyatakan bahwa untuk menjamin semua hutang yang muncul dari perjanjian sewa-guna usaha (*financial leasing agreement*), penjamin telah bersepakat untuk menjaminkan saham-sahamnya dalam PT. ABC dan membuat perjanjian penjaminan saham (*share pledge agreement*) dengan kreditur-penerima jaminan. Bilamana di dalam klausula transaksi dapat ditemukan ketentuan yang menyatakan bahwa jangka waktu perjanjian penjaminan saham adalah terbatas, namun ternyata kemudian disepakati pula bahwa terbuka opsi memperpanjang perjanjian penjaminan saham, persoalan yang muncul ialah apakah perpanjangan demikian harus disetujui terlebih dahulu oleh pemberi jaminan ataukah cukup dengan pemberitahuan saja.

Klausula recital (konsiderans) juga penting dalam hal menegaskan pengertian sejumlah peristilahan ataupun ketentuan (*terms and conditions*). Misalnya disebutkan di dalam konsiderans bahwa pembeli melakukan usaha di bidang pembuatan komponen teknologi tinggi. Usaha demikian perlu diuraikan lebih lanjut satu dan lain karena penyimpangan sedikit saja akan mengakibatkan dihasilkannya produk akhir yang cacat atau di bawah baku mutu. Klausula dalam bagian pertimbangan menjelaskan bahwa para pihak mensyaratkan penjual komponen atau bahan-bahan mentah tertentu untuk memenuhi spesifikasi khusus. Bilamana penjual gagal memenuhi spesifikasi barang yang diperjanjikan, maka pembeli memiliki alasan sah untuk membatalkan kontrak dan tidak hanya sekadar menuntut ganti rugi. Sebagai kesimpulan, jika klausula transaksi membuka peluang bagi terjadinya multi-tafsir, maka bagian pertimbangan (recital/whereas) dapat memberikan jalan keluar karena di dalamnya dengan jelas termuat maksud-tujuan para pihak membuat

perjanjian yang bersangkutan.²⁵³

Ketentuan Pasal 1343 KUHPerdara menyatakan bahwa jika kata-kata dalam perjanjian terbuka bagi multi-tafsir, maka harus berpegang pada maksud dan tujuan para pihak daripada terikat pada makna harafiah perjanjian. Namun demikian, bilamana kata-kata dalam bagian pertimbangan juga membingungkan dan terbuka bagi multi-tafsir, sedangkan kalimat-kalimat dalam klausula transaksi sangat jelas, maka yang digunakan adalah klausula-klausula dalam batang tubuh perjanjian tersebut. Jika kata-kata dalam bagian pertimbangan dan dalam batang tubuh jelas, namun keduanya saling bertentangan, maka yang didahulukan adalah klausula dalam batang tubuh (klausula transaksi).

Setelah bagian pertimbangan (*recital*) akan dihadapkan pada klausula definisi. Bagian perumusan pengertian (istilah) ini penting untuk memperoleh kejelasan dan menghindari pengulangan. Misalnya, di dalam perjanjian ini kata *structure* akan berarti gedung perkantoran dengan tinggi lebih dari 20 tingkat/lantai.

Aturan utama dalam pembuatan kontrak ialah bahwa jika merumuskan definisi atau pengertian istilah, maka pastikan bahwa pengertian itu digunakan secara konsisten dan tidak mengganti istilah yang digunakan terkecuali bila memang hendak mengubah makna. Misalnya di dalam suatu perjanjian disebutkan: “*the parties shall use reasonable efforts to timely perform this contract*”. Di dalam ketentuan lain disebut: “*the seller shall use best efforts*”. Perubahan istilah yang digunakan mengesankan bahwa para pihak hendak mengubah makna *best efforts* berbeda dengan *reasonable efforts*, mungkin mencakup pemahaman bahwa upaya yang dilakukan harus lebih dari sekadar usaha secukupnya.²⁵⁴

Klausula transaksi atau ketentuan-ketentuan operatif (batang tubuh) ditulis untuk menciptakan hubungan hukum antar para pihak dalam perjanjian. Klausula transaksi mendefinisikan kewajiban-kewajiban kontraktual, yaitu bahwa para pihak harus melakukan sesuatu atau justru tidak melakukan sesuatu. Penting untuk mendefinisikan siapa yang terkena kewajiban demikian. Karena itu pula klausula demikian harus ditulis dengan kalimat aktif.

Pada dasarnya suatu perjanjian hanya akan mengikat para pihak (subyek) terkecuali yang ditentukan oleh Undang-undang. Merumuskan klausula operatif secara jelas akan sangat menguntungkan kedua belah pihak dan memberikan kepastian tentang hak dan kewajiban timbal-balik di antara mereka. Ketentuan Pasal 1342 KUHPerdara menyatakan bahwa, jika kata-kata

²⁵³ Scott J. Burnham, *Drafting Contract*, (Virginia: The Michie Company, 1993), hal. 227.

²⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 228.

dalam perjanjian jelas, maka tidak boleh disimpangi dengan menafsirkannya.

Klausula transaksi/operatif (batang tubuh) juga merumuskan janji-janji (*representation*) dan jaminan (*warranty*) yang penting dalam hal menyelesaikan persoalan hukum jika janji-janji yang dibuat tidak dipenuhi. Ketentuan Pasal 1348 KUHPerduta menyatakan bahwa semua janji yang dirumuskan dalam suatu perjanjian harus dipahami dalam konteks perjanjian sebagai satu kesatuan. Perjanjian jual-beli pada dasarnya adalah perjanjian dua pihak (bilateral) di mana penjual berkewajiban menyerahkan barang dan pembeli wajib membayar harga yang disepakati. Untuk memastikan bahwa kewajiban penjual merupakan prasyarat bagi munculnya kewajiban pembeli membayar, para pihak merumuskan klausul janji-janji dan jaminan (*representation and warranty*). Ketentuan Pasal 1478 KUHPerduta menyatakan bahwa penjual tidak diwajibkan menyerahkan barang bilamana pembeli tidak membayar harga yang disepakati, dan penjual tidak mengizinkan penundaan pembayaran.

Selanjutnya, klausula transaksi/operatif juga memuat pernyataan-pernyataan (*declarations*) yang dibuat para pihak dalam kontrak. Ke dalam deklarasi termasuk ketentuan tentang sebab kahar (*force majeure*), pilihan hukum (*choice of law*), klausul keutuhan perjanjian (*merger/clause of integration*), penunjukan dan delegasi (*assignment and delegation*); perubahan perjanjian (*modification*), keterpisahan ketentuan (*severability*) dan judul (*heading*).

Ketentuan terpenting sekaligus paling kontroversial adalah Pasal 1460 KUHPerduta yang menyatakan bahwa risiko atas barang tertentu yang diperjualbelikan akan ditanggung pembeli seketika kontrak ditutup, sekalipun penguasaan atas barang tetap berada di tangan penjual sampai barang diserahkan kepada pembeli. Karena itu, bila barang musnah sebelum penyerahan karena sebab kahar (*force majeure*), maka pembeli tetap harus membayar harga yang disepakati sekalipun ia tidak lagi akan dapat menerima barang dimaksud.

Dalam praktiknya, ketentuan Pasal 1460 KUHPerduta ditafsirkan secara sempit oleh pengadilan sedemikian sehingga risiko berpindah dan ditanggung penjual. Pertama, barang yang dimaksud ditafsirkan hanya merujuk pada barang yang tidak tergantikan (satu-satunya) yang secara khusus ditunjuk oleh pembeli sebagai barang yang hendak dibelinya.²⁵⁵ Misalnya, mobil yang sudah tersedia di ruang pajang kantor penjual mobil. Bilamana pembeli menutup perjanjian pembelian mobil dengan spesifikasi seperti di atas, dan mobil yang dimaksud belum tersedia, maka penjual menanggung risiko sampai mobil yang secara khusus ditunjuk pembeli nyata dikerahkannya.

²⁵⁵ Sudargo Gautama, *An Introductin to Indonesian Law*, (Bandung: Alumni, 1983), hlm. 137.

Kedua, ketentuan Pasal 1460 KUHPerdata dianggap hanya berlaku terhadap situasi barang yang dimaksud musnah sebelum diserahkan. Jika tidak diberlakukannya barang disebabkan karena adanya larangan ekspor dari barang tersebut ke dalam negara pembeli, maka ketentuan Pasal 1460 KUHPerdata tidak akan diberlakukan. Misalnya, Menteri Perdagangan mengeluarkan peraturan melarang ekspor tanah dan pasir dan mengancamkan sanksi pidana yang termuat di dalam UU Lingkungan Hidup terhadap pelanggaran ketentuan tersebut. Mahkamah Agung menerbitkan Surat Edaran 3/1963 yang menyatakan ketentuan Pasal 1460 KUHPerdata harus dianggap batal demi hukum (tidak berkekuatan hukum). Surat Edaran tersebut ditafsirkan sebagai himbauan agar hakim tidak menerapkan ketentuan Pasal 1460 KUHPerdata.

KUHPerdata dalam banyak hal tidak memberikan jawaban pasti tentang pembebanan risiko. Misalnya dalam satu kasus terkenal, yaitu *Jordan*. *Jordan* menutup kontrak sewa beli dengan pemasok/penjual kendaraan. Mobil tersebut diserahkan kepadanya, namun ia membayar harga mobil dengan mencicil. Ketika Tentara Jepang menduduki Indonesia pada 1942, mereka menyita mobil *Jordan*. Pertanyaannya ialah apakah *Jordan* berkewajiban terus membayar cicilan? Pengadilan Negeri Surabaya dalam perkara no. 263/1950 Pdt, tertanggal 5 februari 1951 mempertimbangkan bahwa pada prinsipnya perjanjian sewa beli adalah sama dengan perjanjian sewa, dan sebab itu tidak lagi ada kewajiban pada *Jordan* untuk terus melakukan pembayaran cicilan pada penjual mobil. Putusan ini merujuk pada ketentuan Pasal 1553 KUHPerdata yang menetapkan bahwa jika selama masa sewa, barang sewa rusak seluruhnya, sewa-menyewa akan batal demi hukum. Jika barang hanya rusak/musnah sebahagian, maka penyewa sesuai situasi dan kondisi memiliki opsi meminta pengurangan harga barang atau pembatalan sewa. Namun bagaimanapun juga ia tidak dapat menuntut kompensasi atas kerugian yang diderita. Meski demikian, Pengadilan Tinggi Surabaya memutuskan (pada tanggal 30 agustus 1956) secara berbeda. Pengadilan Banding berpendapat bahwa perjanjian sewa beli pada dasarnya adalah perjanjian jual-beli dan beranjak dari ketentuan Pasal 1460 KUHPerdata; *Jordan* menanggung risiko, yaitu terus membayar lunas barang yang telah musnah kepada penjual mobil.

Ketentuan Pasal 1460 KUHPerdata menyatakan bahwa bilamana barang yang dimaksud adalah barang tertentu, pembeli menanggung risiko terhitung sejak kontrak jual beli ditutup sekalipun penyerahan belum dilakukan. Karena itu penjual berhak menuntut pembayaran penuh. *Jordan* mengajukan kasasi, namun Mahkamah Agung menolak memeriksa perkara ini karena keberatan yang diajukan menyangkut fakta. Kritik yang diajukan terhadap putusan ini ialah bahwa persoalan penilaian perjanjian sewa-beli adalah persoalan hukum

bukan penilaian atas fakta.

Pada prinsipnya, para pihak bebas menentukan hukum mana yang akan berlaku, tergantung pada relevansi dan kebijakan publik dari yurisdiksi yang dipilih. Pilihan hukum dapat dinyatakan secara tegas atau tidak tegas di dalam kontrak. Pihak-pihak dalam perjanjian juga dapat membuat pilihan forum penyelesaian sengketa. Di dalam sistem common law berlaku doktrin hukum tentang *forum of non convenient*. Konsekuensi ajaran ini ialah hakim dapat menolak memeriksa perkara yang diajukan kepadanya oleh para pihak.

Untuk menghindari kejadian kontrak tertulis dibenturkan dan dimentahkan oleh (bukti) janji-janji lisan yang menyatakan sebaliknya, maka pengacara dalam sistem common law seringkali memuatkan klausula merger (kasus merger) ke dalam kontrak-kontrak yang dibuat untuk klien mereka. Mengingat pendekatan objektif terhadap penafsiran, kiranya terbuka kemungkinan pengadilan hanya akan mencermati apa yang tertulis dan mengabaikan konteks serta perundingan di belakang kontrak untuk menentukan apa yang sebenarnya menjadi maksud dan tujuan para pihak. Pengadilan tidak dapat mendengarkan kesaksian dari mereka yang menyaksikan sendiri proses kemunculan kontrak yang menyatakan bahwa para pihak tidak memiliki maksud dan tujuan seperti yang tertuang di dalam kontrak. Aturan pembuktian Parol (the Parol Evidence Rule) menyatakan bahwa bukti tulisan tidak dapat dikesampingkan oleh *parol evidence* (bukti lisan). Sistem common law menerapkan pendekatan objektif terhadap kontrak. Tidak dipertanyakan apa yang sebenarnya dikehendaki masing-masing pihak, dan apakah yang sebenarnya mereka inginkan adalah sama (perjumpaan kehendak/meeting of minds).²⁵⁶

Hakim dalam sistem *common law* akan bertanya pada pihak ketiga netral yang menyaksikan pertukaran penawaran dan permintaan atau yang membaca kontrak tertulis apa yang menurut pandangannya isi kontrak tersebut. Pendekatan di atas disebut obyektif dalam artian bahwa tidak dicari kehendak nyata dari para pihak (subyek), namun dicari makna dari rangkaian kata-kata sebagaimana dipahami oleh pihak ketiga yang objektif.²⁵⁷

Sistem hukum Eropa Kontinental (*Civil Law*) berbeda dari yang menerapkan pendekatan subyektif terhadap proses pembentukan dan penafsiran kontrak. Kontrak dianggap memuat sejauh mungkin apa yang sebenarnya dikehendaki para pihak. Pengadilan akan memeriksa apa yang sebenarnya mereka kehendaki daripada bersikukuh melihat kata-kata yang dipergunakan.

²⁵⁶ Gary F. Bell, "Comparative Contract Law: with a few Insight on Evidence", Paper disampaikan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 19 Mei 2005, hlm. 12-14.

²⁵⁷ *Ibid.*

Misalnya ketentuan Pasal 1343 KUHPerdara menyatakan bahwa jika kata-kata dalam perjanjian terbuka bagi multitafsir, maka harus ditemukan kehendak para pihak daripada bersikukuh berpegang pada makna harafiah kata-kata yang digunakan dalam perjanjian.²⁵⁸ Pendekatan demikian akan membolehkan digunakannya bukti-bukti perihal perundingan yang mendahului kontrak and bukti-bukti lain perihal kehendak yang dinyatakan para pihak untuk menafsirkan kontrak.

Dengan menggunakan pendekatan subyektif, pengadilan akan mencermati kehendak pada pihak yang dinyatakan dalam Rapat Umum Pemegang Saham sebelum mereka menutup perjanjian gadai saham. Sebaliknya, dengan menggunakan pendekatan objektif, pengadilan akan mendengarkan saksi ahli sebagai pihak ketiga netral untuk mencari/menemukan makna rangkaian kata-kata dalam perjanjian, sebagaimana dipahami oleh saksi ahli tersebut. Pihak ketiga netral tersebut dapat menginterpretasikan kontrak berdasarkan ketentuan Pasal 1345 KUHPerdara: jika kata-kata dalam perjanjian terbuka untuk bermakna ganda, maka harus diinterpretasikan sesuai dengan makna dan sifat kata-kata dalam perjanjian dimaksud. Jadi, sifat dan karakter perjanjian gadai saham bersifat *accessoir* terhadap kontrak hutang-piutang.

Menurut Pasal 1315 *juncto* Pasal 1340 KUHPerdara, hanya pihak-pihak dalam kontrak yang akan terikat atau menerima keuntungan dari kontrak. Dengan kata lain, biasanya kontrak tidak dapat membebaskan kewajiban pada pihak ketiga, dan pihak ketiga tidak dapat memperoleh hak dari kontrak karena ia bukan pihak dalam kontrak tersebut. Meski demikian, para pihak dapat menunjuk (*assign*) atau mendelegasikan (*delegate*) hak dan kewajiban mereka di bawah kontrak kepada pihak ketiga. Penunjukkan atau pendelegasian kepada pihak ketiga dapat terjadi berdasarkan perjanjian atau karena hukum. Penunjukkan mengakibatkan hapus atau musnahnya hubungan hukum terdahulu (karena digantikan oleh yang ditunjuk). Sedangkan dalam hal delegasi, pihak yang mendelegasikan akan tetap dianggap bertanggungjawab jika pihak yang menerima pendelegasian tidak memenuhi isi kontrak.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1317 KUHPerdara kita temukan janji demi keuntungan pihak ketiga. Hal ini dilakukan dengan menetapkan bahwa perjanjian akan memberi keuntungan kepada orang ketiga yang secara khusus ditunjuk. Pihak ketiga ini harus meratifikasi (menerima) penunjukan dimaksud. Misalnya A sebagai pemilik tanah/rumah berjanji pada B (penyewa) akan menyewakan tanah/rumahnya dengan tunduk pada ketentuan bahwa C akan menerima uang sewa. C harus menerima tawaran A untuk dapat memperoleh hak yang dapat dituntutnya itu. Jika B sebagai

²⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 12.

penyewa membayar sewa kepada C, maka kewajiban B terhadap A dianggap telah terpenuhi.

Ketentuan Pasal 1316 KUHPerdota menyatakan bahwa sekalipun para pihak diperbolehkan memberikan jaminan bahwa pihak ketiga akan menerima dan melaksanakan kewajiban (di dalam kontrak). Jika pihak ketiga ini menolak menerima kewajiban yang dibebankan kepadanya, maka pemberi jaminan harus bertanggungjawab. Ketentuan Pasal 1316 KUHPerdota ini mengatur pendelegasian. Ketentuan ini juga harus dibaca merujuk pada surat berharga (cek) yang diatur dalam KUHDagang, dan berbeda dari ketentuan Pasal 1820 KUHPerdota yang mengatur perjanjian penjaminan.

Pasal 1318 KUHPerdota memuat ketentuan bahwa semua hak dan kewajiban yang muncul dari kontrak akan diwariskan kepada para ahli waris dalam hal meninggalnya pihak dalam kontrak (pewaris) dan/atau akan berpindah kepada pihak ketiga yang mendapatkan hak dari kontrak tersebut, terkecuali ditentukan lain dalam kontrak yang bersangkutan. Misalnya, A seorang penjual mobil menjual mobil ke B dengan layanan purna jual untuk jangka waktu satu tahun. Sebelum satu tahun lampau, B menjual mobilnya itu ke C, dan demi hukum janji layanan purna jual juga berpindah dan dapat dituntut C. Terkecuali A menyatakan pada B secara tegas bahwa layanan purna jual tersebut hanya diberikan kepada B.

Para pihak dapat menutup suatu kontrak jual beli dengan kesepakatan memindahkan penjaminan atau tagihan piutang dari pihak satu ke lainnya. Misalnya, atas dasar perjanjian pinjaman, A (kreditur) memiliki tagihan/jaminan terhadap B (debitur), dan A memindahkan hak tagihnya itu kepada C. Menurut ketentuan Pasal 613 KUHPerdota (1 & 2), penyerahan/ pemindahan jaminan pribadi (atau tagihan/piutang) harus dilakukan dengan akta otentik atau akta di bawah tangan dengan mana hak tagihan itu dipindahkan kepada pihak lain melalui *cessie*. Pemindahan demikian tidak memiliki konsekuensi apapun terhadap debitur, terkecuali ia telah diberitahu atau ia telah menerima serta mengakui pemindahan hak tagihan tersebut kepada pihak lain. Pihak yang memindahkan penjaminan disebut *cedent*, sedangkan pihak yang menerima pemindahan adalah *cessionaries*, dan debitur disebut *cessus*.

Ketentuan Pasal 1492 KUHPerdota menyatakan bahwa sekalipun penjualan tidak mencakup klausul penjaminan (garansi), penjual wajib menjamin pembeli terhadap penyitaan yang dilakukan terhadap seluruh benda yang dijual atau pembebanan apapun yang terkait dengan benda tersebut, dan yang tidak disebutkan sewaktu jual beli dilakukan. Berdasarkan ketentuan ini, penjual/*cedent* tidak berkewajiban memberikan jaminan (garansi) bahwa debitur akan membayar hutang kepada pembeli/*cessionaries* terkecuali ditetapkan demikian

dalam perjanjian antar mereka.

Pemindahan hak dan kewajiban dapat terjadi melalui novasi sebagaimana diatur dalam ketentuan 1413 KUHPerdota. Ketentuan ini menyatakan novasi terjadi:

- a. bilamana debitur demi kepentingan kreditur menerima kewajiban baru yang menggantikan kewajiban yang lama, dan dengan itu pula kewajiban lama musnah;
- b. ketika debitur baru diterima untuk menggantikan debitur lama yang dilepaskan dari kewajibannya terhadap kreditur;
- c. jika atas dasar kontrak baru, seorang kreditur baru diterima untuk menggantikan kedudukan kreditur lama terhadap siapa debitur tidak lagi memiliki kewajiban.

Ketentuan Pasal 1338 KUHPerdota menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku dan mengikat sebagai hukum bagi para pihak yang membuatnya. Perjanjian demikian tidak dapat dibatalkan terkecuali atas dasar kesepakatan kedua belah pihak atau dengan alasan yang cukup menurut hukum. Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Di dalam sistem hukum *civil law*, perjanjian yang telah diamandemen yang akan berlaku sepanjang hal itu disepakati bersama oleh para pihak. Misalnya, pada 1 Oktober, A akan membeli mobil X milik B seharga Rp. 800 juta. Pada 5 oktober, A akan membeli mobil X milik B seharga Rp. 900 juta. Di dalam sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*), perjanjian kedua merupakan novasi atau setidaknya perubahan atas kesepakatan pertama dan sebab itu pula A berkewajiban membayar Rp.900 juta.

Meski demikian, di bawah sistem *common law* (Anglo Saxon), beberapa perubahan yang dilakukan terhadap kontrak asli tidaklah dapat dilaksanakan sekalipun kedua belah pihak bersepakat. Di dalam kontrak kedua, A berjanji untuk membayar lebih, namun sebaliknya B tidak berjanji akan menjual mobil X sama seperti yang dimaksud dalam perjanjian awal. Berdasarkan doktrin konsiderasi, maka janji tanpa konsiderasi tidak dapat dilaksanakan. Dalam hal ini, B harus memberikan pertimbangan (alasan/konsiderasi) baru kepada A untuk memusnahkan perjanjian pertama. Misalnya yang berkenaan dengan asuransi. Hal ini dapat memunculkan ketidakadilan jika satu pihak bergantung pada janji pihak lainnya, namun ternyata janji tersebut tidak dapat dilaksanakan. Solusi yang diberikan dalam *common law system* ialah dengan menerapkan doktrin *promissory estoppel*. Namun solusi ini hanya memberikan perlindungan terbatas pada pihak yang tergantung pada janji tersebut. Di Amerika Serikat telah dilakukan reformasi berdasarkan

ketentuan Pasal 2 Uniform Commercial Code. Di dalamnya dinyatakan bahwa perjanjian berisikan kesepakatan untuk memodifikasi (mengubah) tidak mensyaratkan adanya konsiderasi untuk dianggap mengikat.²⁵⁹

Penutup perjanjian harus menunjukkan bahwa para pihak meneguhkan kesepakatan mereka terhadap apa yang diperjanjikan timbal balik dengan cara membubuhkan tandatangan mereka. Ketentuan Pasal 1870 KUHPerdara menyatakan bahwa akta otentik memberikan kepada para pihak, ahli waris mereka atau pihak-pihak lain yang menerima hak dari pihak-pihak dalam perjanjian bukti sempurna tentang apa yang telah disepakati.

Ketentuan Pasal 1875 KUHPerdara menyatakan bahwa perjanjian di bawah tangan yang diakui oleh seseorang terhadap siapa perjanjian demikian diajukan sebagai bukti melawannya memberikan kepada pihak yang menandatangani perjanjian itu, para ahli waris dan orang yang mendapatkan hak dari pihak dalam perjanjian, dan bukti sempurna setara dengan akta otentik dan ketentuan Pasal 1871 KUHPerdara akan berlaku terhadap mereka.

F. Asas-asas Perjanjian

Dalam suatu perjanjian terdapat beberapa asas:

1. Asas konsensualisme, yaitu adanya/lahirnya perjanjian itu sejak adanya kesepakatan yang dibuat oleh para pihak. Perjanjian semata-mata timbul karena adanya kata sepakat. Artinya, secara umum tidak diperlukan formalitas tertentu yang disyaratkan. Namun ada perjanjian tertentu yang memerlukan formalitas tertentu, yaitu perjanjian jual beli tanah dan perjanjian perdamaian. Perjanjian perdamaian mengikat apabila dibuat secara tertulis.
2. Asas itikad baik, artinya setiap orang yang akan dan melaksanakan perjanjian harus mempunyai niatan/itikad yang baik. Itikad baik dalam hukum ada dua macam, yaitu itikad baik subyektif dan itikad baik obyektif.
3. Asas kebebasan berkontrak, artinya bahwa setiap orang bebas untuk membuat perjanjian/kontrak, baik dalam isinya, bentuknya, pihak-pihaknya dan peraturan hukumnya asalkan tidak bertentangan dengan UU (pemaksa), ketertiban umum, dan kesusilaan. Asas ini disebut *Freedom of contract* atau disebut sebagai *laissez faire*, yaitu kebebasan para pihak yang terlibat dalam suatu perjanjian untuk dapat menyusun dan menyetujui klausula-klausula dari perjanjian tersebut, tanpa campur tangan pihak lain. Campur tangan tersebut dapat berasal dari negara

²⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 5.

melalui peraturan perundang-undangan yang menetapkan ketentuan-ketentuan yang diperkenankan atau dilarang. Campur tangan tersebut dapat pula berasal dari pihak pengadilan, berupa putusan pengadilan yang membatalkan suatu klausul dari suatu perjanjian atau seluruh perjanjian itu, atau berupa putusan yang berisi pernyataan bahwa suatu perjanjian batal demi hukum.²⁶⁰ Pasal 1338BW menyebutkan bahwa:

- a. Orang bebas untuk mengadakan perjanjian apa saja meskipun tidak diatur dalam BW atau Undang-undang lainnya.
 - b. Para pihak bebas menentukan isi perjanjian secara menyimpang dari ketentuan-ketentuan yang bersifat pelengkap Memaksa/Mengatur: *dwingedrecth*.
 - c. Bebas menentukan bentuk perjanjian, baik yang tertulis atau tidak tertulis. Namun ada perjanjian tertentu yang harus dalam bentuk tertulis karena: 1) untuk melindungi pihak yang lemah, seperti perjanjian antara buruh dan majikan; 2) mempertahankan ketertiban umum, UU, dan kesusilaan.
4. Asas *Pacta sun Servanda*, artinya setiap perjanjian/kontrak akan berlaku dan mengikat para pihak sebagaimana suatu UU.
 5. Asas kepercayaan; Seseorang yang mengadakan perjanjian dengan pihak lain harus dapat menumbuhkan kepercayaan di antara kedua belah pihak bahwa satu sama lain akan memenuhi prestasinya di kemudian hari. Tanpa adanya kepercayaan maka perjanjian itu tidak mungkin akan diadakan oleh para pihak. Dengan kepercayaan ini kedua belah pihak mengikatkan dirinya kepada perjanjian yang telah mempunyai kekuatan mengikat sebagai Undang-undang.
 6. Asas persamaan hak; Asas ini menempatkan para pihak di dalam persamaan derajat, tidak ada perbedaan. Masing-masing pihak wajib melihat adanya persamaan ini dan mengharuskan kedua belah pihak untuk menghormati satu sama lain.
 7. Asas keseimbangan: asas ini menghendaki kedua belah pihak untuk memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Asas ini merupakan kelanjutan dari asas persamaan. Kreditur mempunyai kekuatan untuk menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur, namun kreditur memikul pula beban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik. Dengan demikian kedudukan kreditur yang kuat juga diimbangi dengan kewajiban untuk memperhatikan itikad baik melaksanakan segala kewajibannya, sehingga kedudukan debitur dan kreditur seimbang.

²⁶⁰ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, (Oxford: Clarendon Press, 1979), hlm. 703-712.

8. Asas moral; Asas ini sangat nampak dalam perikatan wajar, dimana suatu perbuatan sukarela dari seorang tidak menimbulkan hak baginya untuk menuntut kontraprestasi dari pihak debitur. Adapun faktor-faktor yang memberi motivasi pada yang bersangkutan untuk melakukan perbuatan hukum adalah berdasarkan aspek kesusilaan (moral) sebagai panggilan hati nuraninya.
9. Asas kepatutan; asas ini dituangkan dalam pasal 1339 KUH perdata yang berhubungan dengan isi perjanjian, dimana titik beratnya adalah mengenai aspek keadilan dalam masyarakat.
10. Asas kebiasaan; suatu perjanjian tidak hanya mengikat hal-hal yang diatur secara tegas, akan tetapi juga hal-hal yang dalam keadaan dan kebiasaan yang lazim diikuti.
11. Asas kepastian hukum; perjanjian sebagai suatu figur hukum harus mengandung kepastian hukum. Kepastian ini terungkap dari kekuatan mengikatnya perjanjian tersebut, yaitu Undang-undang bagi para pihak.²⁶¹

G. Wanprestasi

Wanprestasi adalah suatu perbuatan/kelalaian yang dilakukan/tidak dilakukan tetapi tidak sesuai dengan perjanjian oleh debitur, sehingga menyebabkan kreditur mengalami kerugian. Pihak kreditur mempunyai hak untuk menuntut ganti rugi terhadap debitur.

Tidak dapat dipenuhinya kewajiban dalam perjanjian dapat disebabkan oleh dua kemungkinan, yaitu: 1) karena kesalahan debitur (baik karena kesengajaan maupun kelalaian); dan 2) Karena keadaan memaksa (*force major*).

Bentuk wanprestasi dalam suatu perjanjian dapat berupa:

1. Debitur sama sekali tidak memenuhi perjanjian; Debitur tidak memenuhi kewajiban yang telah disanggupinya untuk dipenuhi dalam suatu perjanjian atau tidak memenuhi kewajiban yang ditetapkan oleh Undang-undang.
2. Debitur terlambat memenuhi perjanjian; Debitur memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktu, waktu yang ditetapkan dalam perjanjian tidak dipenuhi.
3. Debitur keliru memenuhi prestasi; Debitur melaksanakan atau memenuhi apa yang diperjanjikan atau apa yang ditentukan oleh Undang-undang tetapi tidak sebagaimana mestinya menurut kualitas yang telah ditentukan dalam perjanjian atau yang telah ditetapkan oleh Undang-undang.

²⁶¹ Lihat Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, (Bandung:Alumni, 1994), hlm. 42.

4. Debitur melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Adapun akibat hukum bagi debitur yang telah melakukan wanprestasi adalah hukuman atau sanksi sebagai berikut:²⁶²

1. Debitur diharuskan membayar ganti kerugian yang telah diderita oleh kreditur (Pasal 1243 KUH Perdata). Ketentuan ini berlaku untuk semua perikatan.
2. Dalam perjanjian timbal balik, wanprestasi dari satu pihak memberikan hak kepada pihak yang lain untuk membatalkan atau memutuskan perjanjian lewat hakim (Pasal 1266 KUH Perdata).
3. Resiko beralih kepada debitur sejak terjadinya wanprestasi (Pasal 1237 ayat 2 KUHPerdata). Ketentuan ini hanya berlaku bagi perikatan untuk memberikan sesuatu.
4. Membayar biaya perkara apabila diperkarakan dimuka hakim. Ketentuan ini untuk semua perikatan.
5. Memenuhi perjanjian jika masih dapat dilakukan, atau pembatalan perjanjian yang disertai dengan pembayaran ganti rugi (Pasal 1267 KUH Perdata). Ketentuan ini berlaku untuk semua perikatan.

Dari akibat-akibat hukum di atas, kreditur dapat memilih di antara beberapa kemungkinan tuntutan terhadap debitur, apakah menuntut pemenuhan perikatan atau pemenuhan perikatan yang disertai ganti kerugian, atau ganti kerugian saja, atau menuntut pembatalan perjanjian lewat hakim yang disertai dengan ganti kerugian.

Dalam hal debitur melakukan wanprestasi, pihak kreditur dapat meminta pembayaran ganti rugi pada debitur. Gugatan wanprestasi bertujuan menempatkan penggugat pada posisi seandainya perjanjian terlaksana (*pay on time*). Ganti rugi yang diberikan tersebut adalah kehilangan keuntungan yang diharapkan (*expectation loss*). KUH Perdata mengatur hal tersebut pada pasal 1244, Pasal 1245, dan Pasal 1246 KUH Perdata. Ganti rugi terdiri dari biaya-biaya (*kosten/ expenditures*), rugi (*schaden, losses*) dan bunga (*lost profit/ interessen*):

1. Biaya adalah segala pengeluaran yang nyata-nyata telah dikeluarkan oleh kreditur akibat dari wanprestasinya debitur. Biaya mencakup semua pengeluaran dan biaya-biaya lain yang nyata ditanggung oleh pihak yang dirugikan berkaitan dengan pelanggaran kontrak.
2. Rugi adalah kerugian yang ditanggung oleh kreditur akibat wanprestasinya debitur. Kerugian nyata merujuk pada akibat dari wanprestasi (berkurang-

²⁶² Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, (Bandung: Alumni, 1982), hlm. 24.

nya nilai barang) atau kerugian yang ditanggung kebendaan pihak ketiga yang diakibatkan wanprestasi.

3. Bunga adalah kehilangan keuntungan yang diharapkan oleh kreditur terhadap suatu hubungan hukum. Bunga merujuk bukan pada bunga dalam perjanjian pinjam-meminjam, tapi lebih pada hilangnya keuntungan yang diharapkan.

Ganti rugi dalam tanggung jawab kontraktual adalah ganti rugi yang merupakan akibat langsung wanprestasi. Dengan kata lain, ada hubungan sebab akibat atau *causal-verband* antara kerugian yang diderita dengan perbuatan wanprestasi. Kerugian harus merupakan akibat langsung dari wanprestasi.

Kitab Undang-undang Hukum Perdata hanya mengatur tentang ganti rugi dari kerugian yang bersifat material (berwujud) yang dapat dinilai dengan uang, dan tidak mengatur ganti rugi dari kerugian yang bersifat immateriil, tidak berwujud (moral, ideal). Yurisprudensi menyetujui diberikannya ganti rugi terhadap kerugian immateriil, misalnya dikabulkannya tuntutan ganti rugi dari seseorang yang merasa dirugikan karena kehilangan kenikmatan atas suatu ketenangan hidup.

KUHPerdata menetapkan pembatasan terhadap ganti kerugian yang dapat dituntut sebagai berikut:

1. Kerugian hanyalah kerugian yang dapat diperhitungkan atau diduga sebelumnya pada waktu kontrak ditutup. Menurut ketentuan Pasal 1247 dan praktik peradilan, cakupan kerugian maupun kemungkinan timbulnya kerugian tersebut harus dapat diduga sebelumnya;
2. Kerugian terbatas pada kerugian yang langsung terkait atau merupakan akibat langsung dari wanprestasi (pelanggaran kontrak; Pasal 1248 KUH-Perdata);
3. Dalam hal pelaksanaan perjanjian berwujud pembayaran sejumlah uang, KUHPerdata memperkenankan pengadilan untuk mengabulkan permohonan bunga atas pinjaman yang tidak dibayar. Bunga ini dihitung bukan dari tanggal wanprestasi mulai dilakukan, namun sejak tanggal gugatan didaftarkan di kepaniteraan Pengadilan Negeri (Pasal 1250 KUHPerdata). Namun bunga demikian terbatas hanya sebesar maksimum 6%/tahun (Lembaran Negara 1848 No. 22).

Dalam sistem hukum Anglo-Saxon (*common law*), pelaksanaan tindakan tertentu bukanlah suatu hak melainkan suatu bentuk ganti kerugian (*remedy*), yakni berdasarkan diskresi hakim. Sebab itu pula dalam praktik jarang dikabulkan. Kenyataan ini mendorong sejumlah ahli hukum Amerika untuk mengembangkan gagasan *efficient breach* (pelanggaran kontrak secara

efisien). Kiranya dapat diterima untuk sepenuhnya melanggar kontrak serta membayar ganti kerugian. Misalnya, kasus Long Beach Drug.Co. vs United Drug Co, dimana penggugat ditunjuk sebagai penyalur tunggal untuk menjual produk-produk tergugat di wilayah Long Beach, California. Kontrak ini ditutup pada 1909, dan Long Beach Drug adalah usaha kecil dengan modal terbatas. Pada 1930 populasi Long Beach meningkat pesat dan dikembangkan jaringan pertokoan sebagai moda distribusi.

Meski demikian, menurut ketentuan Pasal 1247 dan 1248 KUHPerdara, ganti kerugian dibatasi hanya pada kerugian yang dapat diduga sebelumnya pada saat kontrak dibuat dan juga hanya berkaitan dengan kerugian yang merupakan akibat langsung dari pelanggaran kontrak.

H. Keadaan Memaksa/Overmacht/Force Majeur/Kahar

1. Pengertian

Keadaan memaksa yaitu suatu keadaan dimana debitur tidak dapat melaksanakan kewajibannya dikarenakan sesuatu hal/keadaan di luar kemampuan/kekauasaan dari pihak debitur. Keadaan memaksa ada dua, yaitu:

- a. Bersifat mutlak, yaitu suatu keadaan dimana debitur sama sekali tidak dapat memenuhi perutangannya kepada kreditur oleh karena adanya bencana alam, seperti gempa bumi, banjir bandang, dan adanya lahar.
- b. Bersifat relatif, yaitu suatu keadaan dimana suatu perjanjian masih mungkin tetap dilaksanakan, hanya saja debitur untuk melaksanakan hal tersebut diperlukan pengorbanan yang sangat besar/berat. Misalnya, harga melonjak sangat tinggi karena adanya suatu peristiwa/krisis ekonomi.

Berkaitan dengan ketidaktercapaiannya maksud dan tujuan perjanjian dapat disebabkan oleh *force majeure* atau keadaan memaksa, dan lazimnya ditujukan terhadap suatu peristiwa yang berada di luar jangkauan manusia untuk menghindar dari peristiwa tersebut. *Force majeure* merupakan konsep hukum yang berasal dari hukum Roma (*vis motor cui resisti non potest*) yang diadopsi dalam berbagai macam sistem hukum. Doktrin dalam *common law* memaknai kata ini sebagai suatu ketidakmampuan untuk melakukan sesuatu prestasi terhadap suatu kontrak, dengan dianalogikan tetapi tidak identik dengan *force majeure*.²⁶³

²⁶³ Anonim, *Force Majeure in Troubled Times: The Example of Libya*, (Houston: Jones Day Publication, 2011), hlm. 1.

2. Dasar Hukum

Force majeure pengaturannya di Indonesia terdapat dalam Pasal 1244 dan 1245 KUHPerduta. Namun apabila dikaji lebih lanjut ketentuan tersebut lebih menekankan bagaimana tata cara penggantian biaya, rugi dan bunga, akan tetapi dapat dijadikan acuan sebagai pengaturan *force majeure*. Pada klausa *force majeure* memberikan perlindungan yang diberikan terhadap kerugian yang disebabkan oleh kebakaran, banjir, gempa, hujan badai, angin topan, (atau bencana alam lainnya), pemadaman listrik, kerusakan katalisator, sabotase, perang, invasi, perang saudara, pemberontakan, revolusi, kudeta militer, terorisme, nasionalisasi, blokade, embargo, perselisihan perburuhan, mogok, dan sanksi terhadap suatu pemerintahan.

Pasal 1244 KUHPerduta: Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dihukum mengganti biaya, rugi, dan bunga apabila ia tidak dapat membuktikan, bahwa tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu disebabkan suatu hal yang tidak terduga dan tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya. Kesemuanya itu jika i'tikad buruk tidak ada pada pihaknya.

Pasal 1245 KUHPerduta: Tidaklah biaya rugi dan bunga harus diganti lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tidak disengaja si berutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan terlarang.

Rumusan kausa *force majeure* dalam KUHPerduta dapat dirinci sebagai berikut:

- a. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *force majeure* tersebut haruslah “tidak terduga” oleh para pihak, atau tidak termasuk dalam asumsi dasar (*basic assumption*) pada saat para pihak membuat kontrak itu (Pasal 1244 KUHPerduta);
- b. Peristiwa tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada pihak yang harus melaksanakan presentasi (pihak debitur) tersebut (Pasal 1244 KUHPerduta);
- c. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *force majeure* itu di luar kesalahan pihak debitur, (Pasal 1244 KUHPerduta);
- d. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *force majeure* tersebut bukan kejadian yang disengaja oleh Debitur. Ini merupakan perumusan yang kurang tepat, sebab yang semestinya tindakan tersebut “di luar kesalahan para pihak (Pasal 1545 KUHPerduta), bukan tidak sengaja”. Sebab, kesalahan para pihak, baik yang dilakukan dengan sengaja ataupun yang tidak sengaja, yakni dalam bentuk “kelalaian” (*negligence*);
- e. Para pihak tidak dalam keadaan i'tikad buruk (Pasal 1244 KUHPerduta);

- f. Jika terjadi *force majeure*, maka kontrak tersebut menjadi gugur, dan sedapat mungkin para pihak dikembalikan seperti seolah-olah tidak pernah dilakukan perjanjian (Pasal 1545 KUHPerdara);
- g. Jika terjadi *force majeure*, maka para pihak tidak boleh menuntut ganti rugi (Pasal 1244 juncto Pasal 1245, juncto Pasal 1553 ayat (2) KUHPerdara). Akan tetapi karena kontrak yang bersangkutan menjadi gugur karena adanya *force majeure*, maka untuk menjaga terpenuhinya unsur-unsur keadilan, pemberian restitusi atau quantum merit tentu masih dimungkinkan;
- h. Resiko sebagai akibat dari *force majeure*, beralih dari pihak kreditur kepada pihak debitur sejak saat seharusnya barang tersebut diserahkan (vide Pasal 1545 KUHPerdara). Pasal 1460 KUHPerdara mengatur hal ini secara tidak tepat (di luar sistem).

3. Fungsi *Force Majeure* dalam Hukum Kontrak di Indonesia

Klausula *force majeure* dalam suatu kontrak ditujukan untuk mencegah terjadinya kerugian salah satu pihak dalam suatu perjanjian karena *act of God*, seperti kebakaran, banjir gempa, hujan badai, angin topan, (atau bencana alam lainnya), pemadaman listrik, kerusakan katalisator, sabotase, perang, invasi, perang saudara, pemberontakan, revolusi, kudeta militer, terorisme, nasionalisasi, blokade, embargo, perselisihan perburuhan, mogok, dan sanksi terhadap suatu pemerintahan.²⁶⁴

Unsur-unsur yang menyatakan bagaimana suatu keadaan dapat dinyatakan sebagai *force majeure* (*vis maior, act of God, etc.*), lazimnya memiliki kesamaan dalam setiap aturan hukum dan putusan pengadilan dalam setiap interpretasi terhadap kata ini. Unsur-unsur tersebut antara lain:

- a. Peristiwa yang terjadi akibat suatu kejadian alam.
- b. Peristiwa yang tidak dapat diperkirakan akan terjadi.
- c. Peristiwa yang menunjukkan ketidakmampuan untuk melaksanakan kewajiban terhadap suatu kontrak, baik secara keseluruhan maupun hanya untuk waktu tertentu.²⁶⁵

²⁶⁴ Thomas S. Bishoff & Jeffrey R. Miller, "Force Majeure and Commercial Impracticability: Issues to Consider Before the Next Hurricane or Matural Disaster Hits", dalam *The Michigan Business Law Journal*, Volume 1, Issue 1, 2009, hlm. 17.

²⁶⁵ Werner Melis, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration", Laporan dipresentasikan dalam ICC Seminar *An East West Arbitration*, diselenggarakan di Paris pada 6-9 Desember 1983, hlm. 215.

4. *Force majeure* dalam kontrak jual-beli

Force majeure untuk kontrak jual-beli, khususnya mengenai resiko sebagai akibat dari *force majeure* diatur dalam Pasal 1460 KUHPerduta. Pasal 1460 merupakan ketentuan terpenting sekaligus paling kontroversial dalam KUHPerduta yang menyatakan bahwa resiko atas barang tertentu yang diperjualbelikan akan ditanggung pembeli. Karena itu, bila barang musnah sebelum penyerahan karena *force majeure*, maka pembeli tetap harus membayar harga yang disepakati sekalipun ia tidak lagi akan dapat menerima barang yang dimaksud.²⁶⁶

Dalam praktik ketentuan Pasal 1460 KUHPerduta ditafsirkan secara sempit oleh pengadilan sedemikian hingga risiko berpindah, dan pada akhirnya ditanggung penjual. Pertama, barang yang dimaksud ditafsirkan hanya merujuk pada barang yang tidak tergantikan (satu-satunya) yang secara khusus ditunjuk oleh pembeli sebagai barang yang hendak dibelinya.²⁶⁷ Kedua, ketentuan dalam Pasal 1460 KUHPerduta dianggap hanya berlaku terhadap situasi barang yang dimaksud musnah sebelum diserahkan. Jika tidak diserahkannya barang disebabkan karena adanya larangan ekspor dari barang tersebut ke dalam negara pembeli, maka ketentuan Pasal 1460 KUHPerduta tidak akan diberlakukan.²⁶⁸

5. *Force majeure* dalam kontrak tukar-menukar

Pengaturan untuk kontrak tukar-menukar, soal resiko sebagai akibat dari peristiwa *force majeure* diatur dalam Pasal 1545 KUHPerduta. Dari ketentuan Pasal 1545 KUHPerduta dapat ditarik kesimpulan bahwa dalam kontrak timbal balik, maka resiko akibat dari *force majeure* ditanggung bersama oleh para pihak. Jika ada para pihak telah terlanjur berprestasi dapat memintakan kembali prestasinya tersebut, sehingga kontrak tersebut dianggap gugur. Dengan demikian, pengaturan resiko dalam kontrak tukar-menukar ini dapat dianggap pengaturan resiko yang adil, sehingga dapat dicontoh pengaturan resiko untuk kontrak-kontrak timbal balik lain selain dari kontrak tukar-menukar tersebut.

²⁶⁶ Suharnoko, "Contract Law In A Comparative Perspective", dalam *Indonesia Law Review*, Vol. 2, 2012, hlm. 104.

²⁶⁷ Sudargo Gautama, *An Introduction to Indonesian Law*, (Bandung: Alumni, 1983), hlm. 137.

²⁶⁸ Mahkamah Agung menerbitkan Surat Edaran 3/1963 yang menyatakan ketentuan Pasal 1460 KUHPerduta harus dianggap batal demi hukum (tidak berkekuatan hukum). Surat Edaran tersebut ditafsirkan sebagai himbauan agar hakim tidak menerapkan ketentuan Pasal 1460 KUHPerduta.

6. *Force majeure* dalam kontrak sewa-menyewa

Pengaturan *force majeure* untuk kontrak sewa-menyewa terdapat dalam Pasal 1553 KUHPerduta, yaitu:

“jika selama waktu sewa, barang yang disewakan sama sekali musnah karena suatu kejadian yang tidak disengaja, maka kontrak sewa-menyewa tersebut gugur demi hukum.”

“jika barangnya hanya sebagian musnah, maka pihak penyewa dapat memilih menurut keadaan apakah dia akan meminta pengurangan harga sewa, ataukah dia akan meminta pembatalan sewa-menyewa. Dalam kedua hal tersebut, dia tidak berhak untuk meminta ganti rugi.”

Ketentuan resiko dalam kontrak sewa-menyewa yang terlihat dalam Pasal 1553 KUHPerduta menempatkan kedua belah pihak untuk menanggung resiko dalam keadaan *force majeure*, tanpa adanya hak dari pihak yang merasa dirugikan untuk meminta ganti rugi. Ini juga merupakan ketentuan yang dapat dicontoh bagi penafsiran resiko dan *force majeure* untuk kontrak timbal balik lain selain dari kontrak sewa-menyewa tersebut.

Keadaan memaksa ini pula mengarahkan kepada teori penghapusan atau peniadaan kesalahan (*afwesigheid van schuld*), teori memberikan keringanan terhadap debitur untuk tidak bertanggungjawab terhadap suatu kewajiban yang seharusnya dilakukan, karena kesalahan tersebut bukan berasal dari debitur. Teori ini memberikan arahan bahwa:²⁶⁹

- a. Debitur tidak perlu membayar ganti rugi (Pasal 1244 KUHPerduta).
- b. Beban resiko tidak berubah terutama pada keadaan memaksa sementara.
- c. Kreditur tidak berhak atas pemenuhan prestasi, tetapi bersamaan dengan pembebasan dari kewajibannya untuk menyerahkan kontra prestasi, kecuali terhadap Pasal 1460 KUHPerduta.

Soemadipradja menjelaskan jika diperbandingkan dengan lingkup *force majeure* yang diatur di dalam KUHPerduta, maka ada perkembangan yang terjadi bahwa lingkup *force majeure* tidak lagi terbatas pada peristiwa alam atau *act of God* dan hilangnya objek yang diperjanjikan, tetapi sudah meluas kepada tindakan administratif penguasa, kondisi politik seperti perang.²⁷⁰

Ruang lingkup atau jenis peristiwa tersebut meliputi:

- a. Resiko perang, kehilangan benda objek perjanjian yang disebabkan dari kuasa Yang Maha Besar; disambar halilintar, kebakaran, dirampas tentara

²⁶⁹ Erlies Septiana NS., *Perbandingan Hukum Perdata Comparative Civil Law*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2014), hlm. 264.

²⁷⁰ Rahmat S.S. Soemadipradja, *Penjelasan Hukum tentang Keadaan Memaksa: Nasional Legal Reform Program*, (Jakarta: Gramedia, 2010), hlm. 120.

- Jepang dalam masa perang (Putusan MA RI No. Reg. 15 K/Sip/1957);
- b. *Act of God*, tindakan administratif penguasa, perintah dari yang berkuasa, keputusan, segala tindakan administratif yang menentukan atau mengikat suatu kejadian mendadak yang tidak dapat diatasi oleh pihak-pihak dalam perjanjian (Putusan MA RI No. 3389 K/Pdt/1984);
 - c. Peraturan-peraturan pemerintah (Putusan MA RI No. Reg. 24 K/Sip/1958); baik PN maupun PT menyatakan bahwa apa yang dikemukakan oleh tergugat Super Radio Company NV tidak dapat dipergunakan sebagai alasan *force majeure*. Apabila tergugat tidak bisa mendapatkan motor AJS dari NV Danau karena keluarnya peraturan-peraturan pemerintah (KPU) tentang larangan untuk mengimpor lebih dari satu merek motor, maka untuk memenuhi kewajibannya terhadap penggugat, ia harus berusaha mendapatkan sepeda motor itu dari NV Ratadjasa. Atau dengan jalan lain, asal tidak dengan cara melanggar hukum, baik PN maupun PT menyatakan bahwa tergugat Super Radio Company NV telah melalaikan kewajibannya.
 - d. Kecelakaan di laut, misalnya kapal tenggelam karena ombak besar memukul lambung kapal (Putusan MA RI No. 409 K/Sip/1983);
 - e. Keadaan darurat (Putusan MA RI No. Reg. 1180 K/Sip/1971);
 - f. Situasi atau keadaan yang sama sekali tidak dapat diduga dan/atau yang sangat memaksa yang terjadi di luar kekuasaan pihak yang harus berprestasi (Putusan No. 21/Pailit/2004/PN.Niaga.Jkt.Pst).²⁷¹

Kemutlakan *force majeure* termasuk dalam ajaran yang objektif (*de objective overmachtsleer*) debitur berada dalam keadaan memaksa, apabila pemenuhan prestasi itu tidak mungkin dilaksanakan oleh siapapun juga atau oleh setiap orang. Adapun kerelatifan dari *force majeure* ajaran yang subjektif (*de subjectieve overmachtsleer*), maka keadaan memaksa itu ada apabila debitur masih mungkin melaksanakan prestasi, tetapi dengan kesukaran atau pengorbanan yang besar, sehingga dalam keadaan yang demikian itu kreditur tidak dapat menuntut pelaksanaan prestasi.²⁷²

Overmacht ditujukan terhadap suatu peristiwa yang menghambat terpenuhinya prestasi oleh debitur dikarenakan berada di luar kemampuannya, bukan hambatan yang dibuat secara sengaja atau oleh karena kelalaian atau hambatan, karena kelalaian merupakan kejadian yang disebabkan oleh tindakan dari pribadi debitur atau adanya *vreemde oorzaak* (sebab luar).²⁷³

²⁷¹ *Ibid.*, hlm. 119-120.

²⁷² Rosa Agustina, "Perbuatan Melawan Hukum" dalam Rosa Agustina dkk., *Hukum Perikatan (Law of Obligations)*, (Bandung: Pustaka Larasan Denpasar, 2012), hlm. 5-6.

²⁷³ M. Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, (Bandung: Alumni, 1982), hlm. 89-90.

BAB VII

KONTRAK BISNIS INTERNASIONAL

A. Pengertian & Dasar Hukum

Kontrak bisnis internasional (KBI) sebagai suatu kontrak yang dibentuk oleh 2 (dua) atau lebih pihak yang melakukan transaksi lintas batas negara, yang berkebangsaan berbeda.²⁷⁴ Berdasar pada definisi ini maka karakteristik dari KBI adalah:

1. Terdapatnya unsur asing di dalam kontrak yang dibuat.
2. Adanya keharusan untuk memberlakukan prinsip-prinsip yang ada dalam KBI, yaitu keharusan untuk menentukan pilihan hukum yang hendak digunakan sebagai dasar transaksi & kesepakatan yang dibentuk, termasuk dasar penyelesaian sengketa yang mungkin timbul dari kontrak tersebut.

Dasar-dasar hukum jual beli internasional meliputi:

1. Ketentuan dalam kontrak tersebut, berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak.

²⁷⁴ Ida Bagus Wiyasa Putra, *Aspek-aspek Hukum Perdata dalam Transaksi Bbisnis Internasional*, (Bandung: Refika Aditama, 1997).

2. Ketentuan dalam Undang-undang tentang Hukum Kontrak (nasional).
3. Kebiasaan bisnis (trade usage).
4. Yurisprudensi.
5. Kaidah Hukum Perdata Internasional.
6. Konvensi internasional, seperti United Nations Convention Contracts for the International Sale.

Untuk pembayaran transaksi internasional terdapat beberapa metode, yaitu:

1. Metode Pembayaran Terlebih Dahulu. Pihak penjual (eksportir) baru akan mengirim barang dagangannya setelah menerima pengiriman harga barang.
2. Metode Pembayaran Secara Open Account. Dalam metode ini harga baru dibayar oleh pembeli setelah harga diterima oleh penjual.
3. Metode Pembayaran Atas Dasar Konsinyasi. Harga barang baru dibayar pada saat barang tersebut telah dijual lagi oleh pembeli kepada pihak ketiga, dan harga sudah dilunasi oleh pihak ketiga tersebut kepada pihak pembeli.
4. Metode Pembayaran Secara Documentary Colletion. Dilakukan dengan menggunakan dokumen Bills of Exchange, yakni harga barang segera harus dibayar setelah shipping documents tiba di banknya importir. Tanpa *shipping documents*, pihak importir tidak dapat mengambil barang tersebut.
5. Metode Pembayaran Secara Documentary Credit. Pembayaran dilakukan tanpa menunggu tibanya barang atau tibanya dokumen, namun dibayar pada saat pihak pembeli telah membuka *letter of credit* di suatu bank, dan bank tersebut meneruskannya kepada bank koresponden.

Terkait metode pembayaran internasional dikenal istilah *Letter of Credit* (L/C), yaitu suatu kontrak dengan mana suatu bank (*issuing bank*) bertindak atas nama dan perintah dari seorang nasabah (pemohon L/C) yang biasanya berkedudukan sebagai importir untuk melakukan pembayaran kepada pihak pengeksportir atau pihak ketiga (*beneficiary*), atau membayar/ mengakseptasi wesel-wesel yang ditarik oleh *beneficiary*, atau memberi kuasa kepada bank lain untuk melakukan pembayaran, atau untuk mengakseptasi atau mengambillalih (negosiasi) wesel-wesel tersebut.

Adapun unsur-unsur yuridis dari penerbitan suatu L/C meliputi:

1. Adanya kontrak jual beli.
2. Atau dipakai surat pesanan, proforma invoice atau confirmation of sale, jika kontrak jual beli tersebut tidak ada.

3. Menyediakan sejumlah dana yang harus disetor kepada bank sesuai peraturan dan ketentuan perbankan yang berlaku.

Berbagai contoh masalah yang mungkin ada dalam KBI, yaitu:

1. Penjual enggan mengirimkan barang kepada pembeli tanpa adanya jaminan pembayaran, dan pembeli enggan membayar terlebih dahulu sampai ia memeriksa kualitas barang yang dibelinya.
2. Salah satu pihak harus mengatasi masalah mata uang asing.
3. Adanya bahasa yang berbeda dapat menimbulkan salah pengertian mengenai syarat-syarat dasar transaksi bisnis yang dilakukan.
4. KBI selalu berhadapan dengan berbagai peraturan pemerintah dan seringkali transaksi tersebut tunduk pada peraturan lebih dari satu negara.
5. KBI tunduk pada lebih dari satu sistem hukum yang berbeda, dan kebiasaan yang berbeda yang dapat menimbulkan kesulitan manakala terjadi sengketa, sehingga kesulitan menentukan hukum atau kebiasaan mana yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa tersebut.
6. Bila perselisihan muncul atau perjanjian dilanggar, penentuan dan pelaksanaan kewajiban kontrak lebih sulit manakala pengadilan asing dan aturan-atruan asing ikut terkait di dalamnya.
7. Adanya pengaruh budaya dari para pihak dalam pelaksanaan dan interpretasi kedudukan kontrak dalam hukum. Misalnya, orang berbudaya Barat selalu menganggap kontrak sebagai dokumen hukum, yaitu jika terjadi sengketa maka para pihak harus kembali pada bunyi/isi kontrak (perubahan/*adendum* terhadap isi kontrak sulit untuk terjadi). Berbeda dengan orang yang berbudaya Timur menganggap kontrak bukan sebagai dokumen hukum, sehingga dapat diubah setiap saat, manakala kondisi dan situasi mengalami perubahan. (Orang timur dalam hubungan bisnis lebih bersifat personal/kepercayaan dari pada hubungan hukum).

Berbagai upaya yang selama ini dilakukan oleh berbagai negara untuk mengatasi berbagai masalah tersebut telah dicoba untuk diatasi dengan cara harmonisasi aturan dan praktik melalui berbagai upaya, di antaranya:

1. Penciptaan konvensi-konvensi yang disetujui berbagai negara dan diterapkan dalam situasi-situasi tertentu.
2. Penyusunan law model yang diusulkan berbagai organisasi Internasional yang dimasukkan ke dalam hukum nasional masing-masing negara.
3. Ketentuan-ketentuan dari kebiasaan yang berlaku di dalam praktik yang minta dimasukkan ke dalam perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh para pihak dalam transaksi bisnis internasional.

B. GAAT

World Trade Organization (WTO) merupakan organisasi kelanjutan dari General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Lembaga ini merupakan suatu forum dan suatu lembaga internasional di bidang perdagangan, yang berwujud suatu kontrak atau traktat antara para pihak peserta kontrak, untuk mematuhi aturan main yang telah disepakati bersama dalam bidang perdagangan internasional.

GATT memiliki beberapa sistem dan forum sebagai berikut:

1. Sistem yuridis, yang berfungsi sebagai pembuat aturan (*main rule making*).
2. Forum negosiasi, yang berfungsi sebagai pelaksana negosiasi putaran perundingan, dengan sasaran untuk mencapai pengembangan terhadap perjanjian multilateral, tarif dan non tarif, dan sebagainya.
3. Forum pengambilan keputusan, yang berfungsi menjadi pengendali arah GATT sebagai suatu sistem.
4. Sistem penyelesaian sengketa, yang fungsinya adalah untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dengan mekanisme yang baik dan adil.
5. Sistem organisasi internasional, yang berfungsi untuk mengarahkan operasi GATT secara terpadu, sehingga dapat mengendalikan GATT sebagai lembaga.

C. Sistem Hukum yang Mempengaruhi Bisnis Internasional

Seorang perancang kontrak, sebelum membuat suatu draf KBI terlebih dahulu harus memahami sistem hukum yang mempengaruhi transaksi bisnis yang akan dilakukan para pihak/*client* dengan pihak lain di luar negeri, alasannya:

1. Hukum di kedua negara akan menentukan aspek tertentu dalam hubungan kontraktual.
2. Hukum di salah satu negara (tidak mesti hukum dari negara perancang kontrak) mungkin lebih menguntungkan bagi perancang kontrak dari pada hukum negara lain.

Pada dasarnya di dunia ini ada 4 jenis sistem hukum, yaitu: *Common Law*, *Civil law*, *Syariah*, dan sistem hukum sosialis. Sistem hukum sosialis banyak dipengaruhi oleh sistem hukum *civil law*. Banyak negara mengadopsi kombinasi dari sistem hukum ini dengan tetap mempertahankan pengaruh budaya bangsanya, seperti:

1. Jepang dalam mengembangkan hukum modernnya banyak mencontoh Jerman (*civil law*), meskipun tata cara perdagangannya tampak dipengaruhi oleh USA (*Common Law*).
2. Hukum Malaysia merupakan kombinasi dari *common law*, hukum *syariah* dan prinsip-prinsip ajaran melayu.
3. Hukum Mesir merupakan kombinasi *civil law*, *common law* dan hukum *syariah*.

D. *Common Law / Anglo Saxon Law*

Dalam *common law* dikenal adanya perbedaan, yaitu:

1. *Formal contract*, yaitu kontrak yang mengikuti formalitas tertentu, seperti kontrak harus tertulis, ditandatangani (*signed*), disaksikan (*witnessed*) dan ditempatkan di bawah *seal* (*sealed*) para pihak serta ada *delivered*.
2. *Informal contract (Simple Contract)*, yaitu setiap kontrak lisan atau tertulis yang tidak diseal atau bukan sebagai *a Contract of Record*. Dalam kontrak ini tidak mensyaratkan mengenai bahasa, bentuk, atau susunan dan terdiri dari kewajiban yang dibuat oleh pihak-pihak yang berjanji dengan menyatakan sederhana dan kebanyakan tanpa bahasa hukum.

E. Beberapa Prinsip KBI

Ada beberapa prinsip KBI yang perlu diketahui oleh para perancang KBI, di antaranya yang termuat/diatur dalam UNIDROIT/UPICCs (*Principles of International Commercial Contract*), CISG (*United Nations Convention Contract for the International Sale of Goods*, dan Incoterms (*International Commercial Terms*).

1. UNIDROIT/UPICCs

UNIDROIT tersusun dalam sebuah buku yang memuat 7 bab dan 109 Pasal. Di antaranya mengatur:

- a. Kebebasan berkontrak, prinsip ini diwujudkan dalam 5 bentuk prinsip hukum yaitu:
 - 1) Kebebasan menentukan isi kontrak;
 - 2) Kebebasan menentukan bentuk kontrak;
 - 3) Kontrak mengikat sebagai UU;
 - 4) Aturan memaksa (*mandatory rules*) sebagai perkecualian;
 - 5) Sifat internasional dan tujuan prinsip-prinsip UNIDROIT yang harus

diperhatikan dalam penafsiran kontrak.

- b. Itikad baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*). Setidaknya ada 3 unsur dari prinsip ini, yaitu:
 - 1) Itikad baik dan transaksi jujur sebagai prinsip dasar yang melandasi kontrak;
 - 2) Prinsip ini ditekankan pd praktik perdagangan internasional;
 - 3) Prinsip ini bersifat memaksa;
- c. Praktik kebiasaan setempat dalam transaksi bisnis. Praktik kebiasaan harus mengandung kriteria tertentu, yaitu:
 - 1) Praktik kebiasaan yang berlaku di lingkungan para pihak;
 - 2) Praktik kebiasaan lain yang diketahui secara luas atau rutin dilakukan;
 - 3) Praktik kebiasaan yang disepakati;
 - 4) Praktik kebiasaan setempat yang berlaku mengesampingkan aturan umum;
- d. Kesepakatan melalui penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*) melalui perilaku yang menunjukkan adanya persetujuan untuk terikat kontrak. Dasar pemikiran dari prinsip ini adalah dengan tercapainya kata sepakat saja sudah cukup melahirkan kontrak.
- e. Larangan bernegosiasi dengan itikad buruk. Tanggung jawab hukum lahir sejak proses negosiasi. Prinsip hukum yang berlaku bagi proses negosiasi adalah:
 - 1) Kebebasan negosiasi;
 - 2) Tanggung jawab atas negosiasi dengan itikad buruk;
 - 3) Tanggung jawab atas pembatalan negosiasi dengan itikad buruk;*Restatement* ini menunjukkan para pihak bebas untuk menentukan kapan, dengan siapa, bagaimana, dan berapa lama proses negosiasi akan dilakukan.
- f. Kewajiban menjaga kerahasiaan
Pada dasarnya para pihak tidak wajib menjaga rahasia, tetapi ada informasi yang memiliki sifat rahasia, sehingga perlu dirahasiakan dan dimungkinkan adanya kerugian yang harus dipulihkan.
- g. Perlindungan pihak yang lemah dalam syarat-syarat baku.

Kontrak baku dalam praktik bisnis merupakan "*lex mercatoria*". Dalam hal terjadi konflik antara syarat baku dengan syarat yang bukan baku, maka yang berlaku adalah yang terakhir (*the last shot doctrine*).

Apabila ada syarat-syarat yang janggal, maka syarat baku tidak berlaku bagi pihak lain. Tidak boleh ada syarat yang termuat dalam syarat baku dimana pihak lain secara wajar tidak dapat menerima, kecuali apabila secara tegas diterima oleh pihak tersebut.

Ada 4 kategori tentang syarat baku yang janggal, yaitu:

- 1) Syarat janggal sehingga syarat baku tidak efektif;
- 2) Janggal menurut isinya;
- 3) Janggal menurut bahasanya;
- 4) Dimungkinkan adanya penerimaan secara tegas atas syarat janggal tersebut.

h. Syarat sahnya kontrak

Keabsahan kontrak yang diatur dalam UNIDROIT semata-mata hanya berdasarkan aspek persetujuan saja, karena pada dasarnya prinsip hanya mengatur mekanisme kesepakatan para pihak berdasarkan kebebasan berkontrak.

i. Kontrak mengandung perbedaan besar (*gross disparity*)

Salah satu pihak boleh meminta pembatalan kontrak apabila terjadi perbedaan yang mencolok yang dapat memberikan keuntungan yang berlebihan yang tidak sah kepada salah satu pihak. Keuntungan berlebih tersebut harus ada pada saat pembuatan kontrak. Suatu kontrak yang walaupun tidak secara mencolok curang, dapat diubah atau diakhiri berdasarkan ketentuan tentang *Hardship* (keadaan sulit).

j. Menghormati kontrak ketika terjadi kesulitan.

Tujuan dari ketentuan ini untuk menegaskan bahwa sebagai akibat berlakunya prinsip umum tentang sifat mengikat kontrak, maka pelaksanaan kontrak harus dijalankan sepanjang hal itu memungkinkan. Dengan kata lain, walaupun salah satu pihak mengalami kerugian besar atau pelaksanaan kontrak menjadi tidak berarti lagi bagi pihak lain, kontrak bagaimanapun tetap harus dihormati.

k. *Contra profertem* dalam penafsiran kontrak baku.

Berdasarkan *contra profertem rule* dinyatakan bahwa, jika syarat-syarat kontrak yang diajukan oleh salah satu pihak tidak jelas, maka penafsiran yang berlawanan dengan pihak tersebut harus didahulukan. Pemberlakuan aturan ini akan bergantung pada:

- 1) Keadaan dari kasus yang dihadapi.
- 2) Sifat kekurangan syarat kontrak yang merupakan pokok objek negosiasi lebih lanjut antara para pihak.
- 3) Pembeneran untuk menafsirkan syarat itu yang melawan pihak pembuat klausula baku tersebut.

l. Pembebasan tanggung jawab dalam keadaan memaksa.

Wanprestasi dapat dimaafkan dengan alasan sikap perilaku pihak lain dari kontrak tersebut, atau karena adanya peristiwa eksternal yang tidak

diharapkan. Salah satu pihak tidak berhak untuk menuntut kerugian-kerugian atau pelaksanaan khusus atas wanprestasi yang dimaafkan dari pihak lain, tetapi pihak yang tidak menerima pelaksanaan itu secara hukum akan berhak untuk mengakhiri kontrak, baik wanprestasi dimaafkan ataupun tidak.

2. CSIG

Kontrak yang diatur berdasar CSIG yaitu kontrak yang:

- a. Kontrak jual beli barang yang dibuat antara pihak yang tempat bisnisnya berada di negara yang berlainan (menunjuk pada sifat internasional dari kontrak yang dibuat).
- b. Kedua negara asal para pihak harus merupakan negara peserta dari CSIG (*contracting state*), atau kedua peraturan HPI harus menunjukkan pada penerapan hukum dari negara peserta CSIG.

Adapun tujuan CSIG adalah sebagai berikut:

- a. Membentuk hukum yang seragam khusus untuk kontrak yang seragam, khusus untuk kontrak jual beli internasional.
- b. Jika terjadi masalah mengenai kontrak atau mengenai ketentuan CSIG, maka CSIG mengarahkan pada pengadilan untuk melihat sumber penafsiran sebagai:
 - 1) Melihat pada konvensi/CSIG itu sendiri;
 - 2) Melihat pada prinsip-prinsip umum yang mendasar pada konvensi; dan
 - 3) Melihat pada ketentuan dari HPI.
- c. Jika kalimat dalam konvensi/CSIG itu sendiri memerlukan penafsiran, maka yang pertama kali harus dipertimbangkan adalah:
 - 1) Tentang sifat internasional dari kontrak;
 - 2) kebutuhan atau tujuan menciptakan keseragaman hukum kontrak jual beli internasional;
 - 3) Memperhatikan asas itikad baik (*good faith*);
 - 4) Asas yang digunakan sebagai pegangan dalam menentukan sumber hukum mana yang harus diberlakukan adalah asas-asas yang dipakai untuk menafsirkan suatu UU/peraturan.

Dalam CSIG berisi 101 pasal, dimana terdapat 12 prinsip kontrak komersil, yaitu:

- a. Prinsip kebebasan berkontrak;
- b. Prinsip itikad baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*);
- c. Prinsip diakuinya kebiasaan-kebiasaan transaksi bisnis di negara setempat;

- d. Prinsip kesepakatan melalui penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*) atau melalui tindakan;
- e. Prinsip larangan bernegosiasi dengan itikad buruk;
- f. Kewajiban menjaga kerahasiaan;
- g. Prinsip perlindungan pihak yang lemah dan syarat-syarat baku;
- h. Prinsip-prinsip syarat sahnya kontrak;
- i. Dapat dibatalkannya kontrak yang mengandung perbedaan besar (*gross disparity*);
- j. Prinsip *contra proferentem* dalam menafsirkan kontrak baku;
- k. Prinsip menghormati kontrak ketika terjadi kesulitan (*hard ship*);
- l. prinsip pembebasan tanggung jawab dalam keadaan memaksa.

F. Penyelesaian Sengketa Bisnis

Pengadilan sengketa konvensional dilakukan melalui sebuah badan yang disebut dengan pengadilan. Namun ada alternatif penyelesaian sengketa yang bisa dilakukan melalui arbitrase. Arbitrase merupakan cara penyelesaian sengketa perdata yang bersifat swasta di luar Pengadilan Umum yang didasarkan pada kontrak arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Dalam hal ini, pihak penyelesai sengketa (*arbiter*) dipilih oleh pihak yang bersangkutan, yang terdiri dari orang-orang yang tidak berkepentingan dengan perkara yang bersangkutan.

Di Indonesia, syarat-syarat untuk menjadi *arbiter* meliputi:

1. Cakap dalam melakukan tindakan hukum;
2. Berumur minimal 35 tahun;
3. Tidak mempunyai hubungan sedarah dengan kedua belah pihak yang bersengketa;
4. Tidak mempunyai kepentingan finansial atau kepentingan lain atas putusan arbitrase;
5. Mempunyai pengalaman atau menguasai secara aktif dalam bidangnya paling sedikit selama 15 tahun;
6. Hakim, jaksa, panitera dan pejabat peradilan lainnya tidak boleh menjadi *arbiter*.

Ada beberapa model alternatif penyelesaian sengketa, yaitu:

1. Arbitrase; Cara penyelesaian sengketa perdata swasta di luar Pengadilan Umum yang didasarkan pada kontrak arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh pihak yang bersengketa.
2. Negosiasi; Suatu proses tawar menawar atau pembicaraan untuk mencapai

- suatu kesepakatan terhadap masalah tertentu yang terjadi di antara pihak.
3. Mediasi; Suatu proses penyelesaian sengketa berupa negosiasi untuk memecahkan masalah melalui pihak luar yang netral untuk membantu menemukan solusi dalam menyelesaikan sengketa.
 4. Konsiliasi; Konsiliasi mirip dengan mediasi. Tetapi mediasi kewenangan untuk mengusulkan penyelesaian sengketa, hal itu tidak dimiliki oleh konsiliasi.
 5. Pencari Fakta; Suatu proses yang dilakukan untuk melakukan proses pencarian fakta yang akan menghasilkan suatu rekomendasi yang tidak mengikat.
 6. Minitrial; Sistem pengadilan swasta untuk menyelesaikan, memeriksa dan memutuskan terhadap kasus-kasus perusahaan yang dilakukan oleh orang yang disebut dengan 'manajer' yang diberi wewenang untuk menegosiasikan suatu settlement di antara pihak yang bersengketa.
 7. Ombudsman; seorang pejabat publik yang independen yang diangkat untuk melakukan kritik, investigasi dan publikasi.
 8. Penilaian Ahli; Penilaian ahli untuk memberikan pendapat saja.
 9. Pengadilan Kasus Model; pengadilan dalam sistem peradilan biasa tetapi dengan memakai prosedur dan sistem pembuktian yang sederhana, pengadilan hanya berwenang mengadili kasus-kasus kecil dengan prosedur cepat dan tidak dibenarkan memakai pengacara.
 10. Peradilan Adat, misalnya Kerapatan Adat Nagari di Minangkabau atau Tuha Peut di Aceh.

Meski demikian, ada beberapa kelebihan dan kekurangan arbitrase:

1. Kelebihan Arbitrase:
 - a. Prosedur tidak berbelit.
 - b. Biaya lebih murah.
 - c. Putusan tidak diekspos di depan umum.
 - d. Hukum terhadap pembuktian dan prosedur luwes.
 - e. Para pihak dapat memilih hukum mana yang diberlakukan oleh arbitrase.
 - f. Para pihak dapat memilih sendiri para arbiter.
 - g. Dapat dipilih arbiter dari kalangan ahli di bidangnya.
 - h. Putusan dapat lebih terkait dengan situasi dan kondisi.
 - i. Putusan umumnya inkraucht.
 - j. Putusan arbitrase juga dapat dieksekusi oleh pengadilan tanpa atau dengan sedikit review.
 - k. Prosedur arbitrase lebih mudah dimengerti oleh masyarakat banyak.

1. Menutup kemungkinan *forum shopping* (coba-coba memilih atau menghindari pengadilan).
2. Kelemahan Arbitrase:
 - a. Tersedia dengan baik untuk perusahaan besar.
 - b. Due process kurang terpenuhi.
 - c. Kurangnya unsur finality.
 - d. Kurangnya power untuk menggiring para pihak ke settlement.
 - e. Kurangnya power dalam hal law enforcement dan eksekusi.
 - f. Kurangnya power untuk menghadirkan barang bukti atau saksi.
 - g. Dapat menyembunyikan dispute dari public scrutiny.

Untuk eksekusi putusan arbitrase bisa dilakukan dengan dua model, yaitu:

1. Eksekusi Secara Paksa

Yaitu eksekusi yang tidak memerlukan campur tangan dari pihak Ketua Pengadilan Negeri mana pun, tetapi para pihak melaksanakan sendiri secara sukarela terhadap apa-apa yang telah diputuskan oleh arbitrase yang bersangkutan.

2. Eksekusi Secara Paksa

Dalam hal ini campur tangan pihak pengadilan diperlukan, yaitu dengan memaksa para pihak yang kalah untuk melaksanakan putusan tersebut.

BAB VIII

KEJAHATAN MONEY LAUNDERING

A. Definisi Money Laundering

Asal usul Money Laundering berasal dari tahun 1920 di Amerika sebagai salah satu taktik kejahatan mafia. Ketika itu terkait dengan bisnis alkohol yang dilakukan secara sembunyi-sembunyi oleh para mafia. Pada saat itu keuntungan dari bisnis alkohol tidak mungkin didepositokan dalam bentuk koin dan cash jika tanpa penjelasan rasional.

Al Capone, bos mafia kala itu punya ide; ia membangun tempat usaha pencucian pakaian otomatis (laundromat) sebagai kedok. Barulah, hasil bisnis ini disimpan di bank tanpa masalah.

Setelah beberapa masa, akuntan Al Capone mengupgrade taktik itu dengan membeli beberapa perusahaan-perusahaan bodong di luar negeri, bahkan di Swiss ia membeli bank kecil untuk mendukung operasi cuci uang ini.

Ketika Presiden Nixon jatuh karena dianggap terlibat kasus Watergate, koran “The Washington Post” menyebut kasus itu juga terlibat kasus money laundering. Kasus ini akhirnya difilmkan di film *All The President’s Men* (1976).

Jadi, intinya praktik money laundering adalah praktik membuat keuntungan aktivitas dimana A seakan-akan berasal dari keuntungan aktivitas B.

Sarah N. Welling (1992) mendefinisikan: “Money laundering is the process by which one conceals the existence of an illegal source, or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate”.

Pencucian uang adalah proses dimana seseorang menyembunyikan keberadaan sumber (asli pendapatan) yang ilegal, atau aplikasi pendapatan ilegal kemudian menyamarkan sumber (pendapatan) tersebut agar terlihat seperti sesuai dengan aturan yang berlaku (seolah legal)”.

B. Modus Operandi

Jeffrey Robinson dalam bukunya, *The Laundryman* (1994) menulis bahwa money laundering adalah suatu kejahatan agar asal usul uang yang “dicuci” tidak dapat diketahui atau dilacak oleh penegak hukum yang umumnya melalui tiga tahapan aktivitas, yaitu:

1. Penempatan Uang (*Placement*)

Pada tahap ini pelaku menempatkan dana tunainya di bank yang sekiranya gampang untuk dipindahkan. Kemudian ia memasukkan dana ilegalnya ke rekening fiktif atau orang lain/perusahaan, yang bisa juga berupa rumah, tanah dan sebagainya agar tidak diketahui siapapun.

2. Pelapisan Uang (*Layering*)

Tentu penempatan uang yang demikian besar menurut ukuran pelaku money laundering akan memancing perhatian. Karena itu pelaku melakukan pelapisan (*layering*) atau *heavy soaping* dengan memecahnya menjadi beberapa transaksi keuangan dengan tujuan untuk menyamarkan. Yang paling banyak dilakukan adalah dengan menyimpannya di bank-bank yang tidak terjangkau oleh negara, seperti di Swiss, Panama, dan sebagainya. Di sini, satu negara akan sulit menembus hukum negara lain.

3. Penyatuan Uang (*Integration/Repatriation/Spin Dry*)

Yaitu upaya menggunakan harta kekayaan yang telah tampak sah secara hukum, baik untuk dinikmati langsung, diinvestasikan ke dalam berbagai bentuk kekayaan material dan keuangan, maupun untuk membiayai kegiatan-kegiatan bisnis yang sah, atau bahkan untuk membiayai kembali kegiatan tindak pidana. Misalnya kasus yang menghebohkan, yakni Jenderal Djoko Susilo dalam kasus simulator SIM.

C. Pengaturan Hukum Money Laundering

Berdasarkan Pasal-pasal 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 dan 10 UU No. 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang,

bahwa yang tergolong unsur tindak pidana pencucian uang adalah:

1. Setiap orang, baik orang perseorangan maupun korporasi dan personil pengendali korporasi.
2. Menempatkan, mentransfer, mengalihkan, membelanjakan, membayarkan, menghibahkan, menitipkan, membawa lari ke luar negeri, mengubah bentuk, menukarkan dengan mata uang atau surat berharga atau perbuatan lain atas harta kekayaan yang diketahui atau patut diduga merupakan hasil tindak pidana sebagaimana diatur Pasal 2 ayat (1) UU No.8 Tahun 2010.
3. Menerima atau menguasai penempatan, pentransferan, pembayaran, hibah, sumbangan, penitipan, membawa lari ke luar negeri, mengubah bentuk, penukaran atau menggunakan harta kekayaan yang diketahuinya patut diduga merupakan hasil tindak pidana, sebagaimana diatur Pasal 2 ayat (1).
4. Bertujuan menyembunyikan atau menyamarkan asal-usul, sumber, lokasi, peruntukan, pengalihan hak-hak, atau kepemilikan yang sebenarnya atas harta kekayaan yang diketahuinya patut diduga merupakan hasil tindak pidana, sebagaimana diatur Pasal 2 ayat (1).

Adapun sanksi kejahatan money laundering berupa pidana penjara dan denda yang diatur Pasal 3, 4, 5 (ayat 1), 6, 7 (ayat 1, 2), 8, 9 (ayat 1, 2) dan 10.

Pasal 3 UU Nomor 8 Tahun 2010 berbunyi: “Setiap orang menempatkan, mentransfer, mengalihkan, membelanjakan, membayarkan, menghibahkan, menitipkan, membawa lari ke luar negeri, mengubah bentuk, menukarkan dengan mata uang atau surat berharga atau perbuatan lain atas harta kekayaan yang diketahui atau patut diduganya merupakan hasil tindak pidana sebagaimana diatur Pasal 2 ayat (1) dengan tujuan menyembunyikan atau menyamarkan asal-usul harta kekayaan maka dipidana karena tindak pidana pencucian uang dengan pidana penjara paling lama 20 tahun dan denda paling banyak Rp 10.000.000.000,-”.

Pasal 4 UU Nomor 8 Tahun 2010 berbunyi: “Setiap orang yang menyembunyikan atau menyamarkan asal sumber, lokasi, peruntukan, pengalihan hak-hak, atau kepemilikannya atas harta kekayaan yang diketahui atau patut diduganya merupakan hasil tindak pidana sebagaimana diatur Pasal 2 ayat (1) dipidana karena tindak pidana pencucian uang dengan pidana penjara paling lama 20 tahun dan denda paling banyak Rp 5.000.000.000,-”.

Pasal 5 UU Nomor 8 Tahun 2010 berbunyi: “Setiap orang yang menerima atau menguasai penempatan, pentransferan, pembayaran, hibah, sumbangan, penitipan, membawa lari ke luar negeri, mengubah bentuk, penukaran atau menggunakan harta kekayaan yang diketahuinya patut diduga merupakan hasil tindak pidana sebagaimana diatur Pasal 2 ayat (1) dipidana penjara paling lama

5 tahun dan denda paling banyak Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah).

Pasal 6 (ayat 1) UU Nomor 8 Tahun 2010 berbunyi: “Dalam hal tindak pidana pencucian uang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3, 4, 5, dilakukan oleh korporasi, maka pidana dijatuhkan terhadap Korporasi dan/atau Personil Pengendali Korporasi”.

Pasal 6, 7, 8, dan 9 mengatur terkait dengan Korporasi.

Pasal 7 ayat (2) berbunyi: “Selain pidana denda sebagaimana dimaksud pada ayat (1), terhadap Korporasi, juga dapat dijatuhkan pidana tambahan berupa:

1. Pengumuman putusan hakim;
2. Pembekuan sebagian atau seluruh kegiatan usaha korporasi;
3. Pencabutan izin usaha;
4. Pembubaran dan/atau pelarangan korporasi;
5. Perampasan aset Korporasi untuk negara; dan/atau
6. Pengambilalihan Korporasi oleh negara.

DAFTAR PUSTAKA

- Adolf, Huala, *Apek-aspek Negara dalam Hukum Internasional*, cetakan III, Jakarta: Rajawali Pers, 2002.
- Agustina, Rosa, “Perbuatan Melawan Hukum” dalam Rosa Agustina dkk., *Hukum Perikatan (Law of Obligations)*, Bandung: Pustaka Larasan Denpasar, 2012.
- Andersen, William R. & Rogers C. Paul, *Antitrust Law: Policy and Practice*, Edisi III, (New York: Matthew Bender, 1999).
- Anonim, *Force Majeure in Troubled Times: The Example of Libya*, Houston: Jones Day Publication, 2011.
- Areeda, Philip & Turner, D., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, dalam *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 4, 1975.
- Areeda, Philip, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, Boston: Little, Brown and Company, 1981.
- Asshiddiqie, Jimly, *Pergeseran-pergeseran Kekuatan Legislatif Eksekutif*, Jakarta: Universitas Indonesia, 2000.
- Asshiddiqie, Jimly, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Konpress, 2006.
- Atiyah, P.S., *An Introduction To The Law Of Contract*, Edisi III, Oxford: Claderon Press, 1981.
- Atiyah, P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Azheri, Busyra, *Corporate Social Responsibility: Dari Voluntary Menjadi Mandatory*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2011.

- Badruzaman, Mariam Darus, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung: Alumni, 1994.
- Badruzaman, Mariam Daruz, “E-commerce Tinjauan dari Hukum Kontrak Indonesia”, dalam *Hukum Bisnis XII*, 2001.
- Bell, Gary F., “Comparative Contract Law: with a few Insight on Evidence”, Paper disampaikan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 19 Mei 2005.
- Bishoff, Thomas S. & Miller, Jeffrey R., “Force Majeure and Commercial Impracticability: Issues to Consider Before the Next Hurricane or Matural Disaster Hits”, dalam *The Michigan Business Law Journal*, Volume 1, Issue 1, 2009.
- Boone, Louis E., & Kurtz, David L., *Pengantar Bisnis Kontemporer*, terj. Emil Salim, dkk., Jakarta: Salemba Empat, 2007.
- Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York: Basic Books Inc, 1978.
- Bork, Robert H., “The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division”, dalam *The Yale Law Journal*, No. 5 vol. 74 April 1965.
- Bowman Jr., Ward S., “Tying Arrangement and Leverage Problem”, dalam *The Yale Law Journal*, vol. 19, 1957.
- Brownsword, Roger, *Contract Law: Themes for The Twenty-First Century*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Brunet, Edward, “Streamlining Antitrust Litigation by ‘Facial Examination’ of Restraints: The Burger Court and the Per Se-Rule of Reason Distinction”, dalam *Washington Law Review*, Vol. 1, 1984.
- Budiono, Herlien, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, Jakarta: Citra Aditya Bakti, 2006.
- Burgess Jr., Giles H., *The Economic of Regulation and Antitrust*, New York: Harper Collins College Publishers, 1995.
- Burnham, Scott J., *Drafting Contract*, Virginia: The Michie Company, 1993.
- Campbell Black, Henry, *Black’s Law Dictionary*, Edisi VI, St. Paul–Minnesota: West Publishing Co., 1990.
- Carstensen, Peter C., *Predatory Pricing in the Courts: Reflection on Two Decision*, Notre Dame: L. Rev. 928, 1986.
- Chapo, Richard A., *Disclaimer For Website*, 2012, dalam www.socalinternetlawyer.com.
- Chatamarrasjid, *Menyikapi Tabir Perseroan Terbatas (Piercing The Corporate Viel): Kapita Seleкта Hukum Perusahaan*, Bandung: Citra Aditya, 2000.
- Clarke, Philip & Corones, Stephen, *Competition Law and Policy: Cases and*

Daftar Pustaka

- Materials*, New York: Oxford University Press, 2000.
- Corones, S.G., *Competition Law in Australia*, Edisi IV, Sydney: Thomson Lawbook, 2007.
- Davey, Simon, *Website disclaimers*, 2011, dalam www.ictknowledgebase.org.uk.
- David, Rene & Brierley, John E.C., *Major Legal Systems in the World Today*, Edisi II, London: Stevens & Sons, 1978.
- Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Jakarta: Deperindag, 2000.
- Devlin, Alan, "A Proposed Solution to Problem of Parallel: Pricing in Oligopolistic Market", dalam *Stanford Law Review*, Februari 2007.
- Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual Kemekumham RI, *Buku Panduan Hak Kekayaan Intelektual*, Jakarta: Kemenkumham RI, 2013.
- Easterbrook, Frank H., "The Limits of Antitrust", dalam *Texas Law Review*, Vol. 63 no. 1, 1984.
- Edwards, Corwin D., *Maintaining Competition Requisites of a Governmental Policy*, Edisi I, New York: McGraw Hill Book Company, Inc, 1949.
- Farlex, *Waiver*, 2013, dalam www.legal-dictionary.com.
- Fauza M., Ranti, *Perlindungan Desain Industri Di Indonesia*, Jakarta: Gramedia, 2004.
- Fitzgerald, Anne, *Intellectual Property*, Sydney: LBC Information Services, NSW, 1999.
- Fuady, Munir, *Pengantar Hukum Bisnis: Menata Bisnis Modern*, Bandung: Chitra Aditya Bhakti, 2002.
- Gautama, Sudargo, *An Introduction to Indonesian Law*, Bandung: Alumni, 1983.
- Gautama, Sudargo, *Indonesian Business Law*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995.
- Gellhorn, Ernest & Kovacic, William E., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1994.
- Gifford, Daniel J. & Raskind, Leo J., *Federal Antitrust Law Cases and Material*, Ohio: Anderson Publishing Co, 1998.
- Graham, Edward M., dan Richardson, J. David, *Global Competition Policy*, Washington DC: Institute for International Economics, 1997.
- Gunawan Widjaja, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta, PT.Raja Grafindo Persada, 2002.

- Gunawan, Johanes, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Bandung: Universitas Katolik Parahyangan, 1999.
- Hadjon, Philipus M., *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Surabaya: M2 Print, 2007.
- Harahap, M. Yahya, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Bandung: Alumni, 1982.
- Hartley, James E., dkk., *The Rule of Reason*, Chicago: American Bar Association, Monograph No. 23, 1999.
- Hill, Hall, *The Indonesian Economy Since 1966*, Edisi II, Cambridge :Cambridge University Press, 2000.
- Holmes, Corley & Robert, *Fundamentals of Business Law*, Edisi III, New Jersey: Prentice-Hall, Inc, 1982.
- Hovenkamp, Herbert, *Antitrust*, St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1993.
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and It's Practice*, Edisi II, Saint Paul: West Academic, 1995.
- Indrajit, Ricardus E., *E-Commerce: Kiat dan Strategi Bisnis Di Dunia Maya*, Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2001.
- Jeremy Bentham, *Teori Perundang-undangan: Prinsip-prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, Bandung: Nusa Media, 2010.
- Jones, William K., "Book Review: Concerted Behavior under the Antitrust Laws", dalam *99 Harvard Law Review*, Juni 1986.
- Jorde, Thomas, dkk., *Gilbert Law Summaries: Antitrust*, Edisi IX, Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications. Inc, 1996.
- Juwana, Hikmahanto, *Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/ KPPU-L/2007 Kasus Posisi Dominan dan Kepemilikan Silang*, (Jakarta: CSIS, 2008.
- Kagramanto, Budi L., "Implementasi UU No 5 Tahun 1999 Oleh KPPU", dalam *Jurnal Ilmu Hukum Yustisia*, 2007.
- Kantaatmadja, Mieke Komar, *Cyberlaw: Suatu Pengantar*, Cet. 1, Bandung: ELIPS, 2001.
- Kayne, Veronica G., dkk., *Vertical Restraints: Resale Price Maintenance Territorial and Customer Restraint*, New York: Practising Law Institute, 2007.
- Kaysen, Carl & F. Turner, Donald, *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- Khemani, R. Sheyam & Shapiro, D.M., *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, Paris: OECD, 1996.

Daftar Pustaka

- Khemani, R. Sheyam, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington DC: World Bank and OECD, 1998.
- Knud Hansen, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Jakarta: Katalis Publishing Media Services, 2002.
- Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Edisi VII, Portland: Oxford, 2000.
- Kosiur, David, *Understanding Electronic Commerce*, Washington: Microsoft Press, 1997.
- Kusnadi, H., *Ekonomi Mikro*, Malang: FE Unbraw, 1977.
- Kusumaatmadja, Mochtar & Sidharta, Arief, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, 2000.
- K. Bertens, *Pengantar Etika Bisnis*, Kanisisus, 2000.
- Magdalena, Merry, *UU ITE: Don't Be the Next Victim*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, 2009.
- Mahfud MD., Moh., *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2009.
- Makarim, Edmon, *Kompilasi Hukum Telematika*, Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2004.
- Margono, Suyud, *Perlebmbagaan Alternatif Dispute Resolution (ADR): dalam Prospek dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001.
- Martin, Stephen, *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*, Edisi II, Oxford: Blackwell Publishers, 1994.
- Matsushita, Mitsuo, *International Trade and Competition Law in Japan*, New York: Oxford University Press, Inc., 1993.
- McFalls, Michael S., *The Role and Assesment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis*, 66 Antitrust 651, 1998.
- Melis, Werner, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration", Laporan dipresentasikan dalam ICC Seminar *An East West Arbitration*, diselenggarakan di Paris pada 6-9 Desember 1983.
- Merryman, J.H., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, (Stanford: Stanford University Press, 1985.

- Mertokusumo, Soedikno, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2005.
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum Perikatan*, (Bandung: Alumni, 1982.
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum Perusahaan Indonesia*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002.
- Muhammad, Abdulkadir, *Pengantar Hukum Perusahaan Indonesia*, Cetakan ke-2, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1993.
- Nasution, Az., *Konsumen dan Hukum*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995.
- Partomo, Tiktik S., dan Soejoedono, Abd. Rachman, *Ekonomi Skala Kecil/ Menengah dan Koperasi*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.
- Piraino, Jr., Thomas A., “Making Sense of the Rule of Reason: a New Standard for Section 1 of the Sherman Act”, dalam *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, November 1994.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Edisi IV, New York: Little Brown and Company, 1992.
- Prasetyo, Teguh, *Hukum Pidana*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2012.
- Prayoga, Ayudha D., dkk., *Persaingan Usaha dan Hukum yang Mengatur di Indonesia*, Jakarta: Proyek ELIPS, 2000.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Azas-azas Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT. Ereto, 1989.
- Purba, Zen Umar, *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia*, Jakarta: Ditjen HAKI, Departemen Kehakiman dan HAM, 2000.
- Purbo, Onno W., & Wahyudi, Aang Arif, *Mengenal E-Commerce*, Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2001.
- Rajagukguk, Erman, “Budaya Hukum dan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan”, dalam *Jurnal Magister Hukum*, PPs-UII, Yogyakarta, Vol. 2 N0.4, Oktober 2000.
- Ramli, Ahmad M., *Hak Atas Kepemilikan Intelektual: Teori Dasar Perlindungan Rahasia Dagang* Bandung: Mandar Maju, 2000.
- Riazuddin, Ahmed, “Cooperative Movement in South East Asia Obstacles to Development”, dalam Mauritz Bonow (editor), *The Role of Cooperatives in Social and Economic Development*, London: International Cooperative Alliance, 1964.
- Ritter, Lennart & Braun, W. David, *European Competition Law: A Practitioner’s Guide*, Edisi II, New York: Kluwer Law International, 2000.
- Ross, Stephen F., *Principles of Antitrust Law*, New York: The Foundation Press,

Daftar Pustaka

- 1993.
- S. Lev., Daniel, “Lembaga Peradilan dan Budaya Hukum” dalam Daniel S. Lev. *Hukum dan Politik Indonesia*, Cet I, Jakarta: LP3ES, 1990.
- Sacker & Lohse, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, Jakarta: GTZ-Katalis Publishing, 2000.
- Saliman, Abdul R., dkk., *Esensi Hukum Bisnis Indonesia: Teori dan Contoh Kasus*, Jakarta: Prenata Media, 2004.
- Santiago, Faisal, *Pengantar Hukum Bisnis*, Jakarta: Mitra Wacana Media, 2012.
- Satrio, J., *Hukum Perjanjian*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1992.
- Scheffman, David, “The Cutting Edge of Antitrust: Market Power”, dalam *Antitrust Law Journal*, Vol. 60 1991/1992.
- Schwartz, Jeffery D., “The Use of the Antitrust Stae Doctrine in the Deregulated Electric Utility”, dalam *American University Law Review*, Vol. 49.
- Selkirk, Simone dan Williams, Garrett, *Indemnity clauses in commercial contracts*, 2011, dalam www.lexology.com.
- Septiana NS., Erlies, *Perbandingan Hukum Perdata Comparative Civil Law*, Jakarta: Rajawali Pers, 2014.
- SEQLegal LLP, *More information about website disclaimers*, 2013, dalam www.seqlegal.com.
- Shahrullah, “Modern Arbitration Legislation: A Comparosion Between Australia and Indonesia Law”, dalam *Mimbar Hukum*, Vol. 24 No. 2, Juni 2012.
- Shapiro, Carl, “Theories of Oligopoly Behavior”, dalam R. Schmalensee, and R.D Willig (eds), *Handbook of Industrial Economics*, Vol. 2, Amsterdam, 1989.
- Sharkey, Willlliam W., *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Shidarta, *Pengetahuan tentang Aspek Hukum Perlindungan Konsumen dan Status Sosial Media Cetak serta Perlindungan Hak-hak Konsumen dalam Iklan*, Yogyakarta: Universitas Gadjah Mada, 1994.
- Shippey, Karla C., *Menyusun Kontrak Bisnis Internasional*, terj. Hesti W., Jakarta: Penerbit PPM, 2004.
- Siahaan, N.H.T., *Hukum Konsumen, Perlindungan Konsumen dan Tanggung jawab Produk*, Jakarta: Panta Rei, 2005.
- Silalahi, Udin, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*, Jakarta: Elex Media Komputindo, 2007.

- Simatupang, Taufik H., *Aspek Hukum Periklanan dalam Perspektif Perlindungan Konsumen*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004.
- Sjadeini, Sutan Remy, "Hukum Siber Sistem Pengamanan e-commerce", dalam Mariam Darus Badruzaman dkk., *Kompilasi Hukum Perikatan*, Cet.1, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2001.
- Sjahputra, Imam, *Perlindungan Konsumen dalam Transaksi Elektronik*, Bandung: PT.Alumni, 2010.
- Soedjono, Ibnu, "The Role of Cooperatives in The Indonesian Society", dalam H.J. Esdert (editor), *Can Cooperatives Become the Motive Force in the Economic of Indonesia?*, Jakarta: Friedrich Ebert Stiftung, 1983.
- Soemadipradja, Rahmat S.S., *Penjelasan Hukum tentang Keadaan Memaksa: Nasional Legal Reform Program*, Jakarta: Gramedia, 2010.
- Subekti, *Aneka Perjanjian*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1995.
- Subekti, R., *The Law of Contracts in Indonesia: Remedies of Breach*, Jakarta: CV Haji Masagung, 1998.
- Subekti, R., *Hukum Perjanjian*, Jakarta: Intermasa, 2004.
- Subekti, R., *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa, 1985.
- Suhamoko, *Hukum Perjanjian: Teori dan Analisa Kasus*, Jakarta: Kencana, 2004.
- Suharnoko, "Contract Law In A Comparative Perspective", dalam *Indonesia Law Review*, Vol. 2, 2012.
- Sullivan, E. Thomas and L., Jeffrey, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New York: Matthew Bender & Co., 1994.
- Sullivan, Lawrence A. & Grimes, Warren S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, Minnesota: West Group, 2000.
- Sullivan, Lawrence Anthony, *Antitrust*, St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1977.
- Sunandar, Taryana, *Prinsip Prinsip Unidroit Sebagai Sumber Hukum Kontrak Dan Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
- Supanto, *Kejahatan Ekonomi Global & Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: PT. Alumni, 2010.
- Suparni, Niniek, *Cyberspace Problematika & Antisipasi Pengaturannya*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- Supreme Court of The United States, *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007, 1897.
- Sutantya, R.T., *Hukum Koperasi di Indonesia*, Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2002.

Daftar Pustaka

- Sutantya, R.T., dkk., *Pengertian Pokok Hukum Perusahaan: Bentuk-Bentuk Perusahaan yang Berlaku di Indonesia*, Edisi I, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1995.
- Sutiyoso, Bambang, “Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Online Dispute Resolution dan Pemberlakuannya di Indonesia”, dalam *Mimbar Hukum*, Vol. 20, No.2, 2008.
- Sutiyoso, Bambang, *Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Yogyakarta: Citra Media, 2006.
- Syarifin, Pipin dan Jubaedah, Dedah, *Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual*, Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2004.
- Terry, A. dan Giugni, D., *Business, Society and the Society*, Australia: Harcourt Brace & Company, 1997.
- Tetley, William, *Mixed Jurisdictions: Common Law Vs Civil Law: Codified and Uncodified (Part I)*, LA: L. Rev, 1999.
- The Harvard Law Review Association, “Development in the Law-The Civil Jury: The Jury’s Capacity to Decide Complex Civil Cases”, dalam *Harvard Law Review*, vol. 110, Mei 1997.
- Tobing, David M.L., *Parkir dan Perlindungan Konsumen*, Jakarta: Timpani Agung, 2007.
- Treitel, G.H., *The law of contract*, Edisi IX, London: Sweet & Maxwell Ltd, 1995.
- Tri S.W., Celina, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Ustadiyanto, Riyek, *Framework e-Commerce*, Yogyakarta: Andi, 2002.
- Van Cise, Jerrold G., “Antitrust Past-Present-Future”, dalam Theodore P. Kovaleff. (ed)., *The Antitrust Impulse: An Economic, Historical and Legal Analysis*, vol. I, (New York: ME Sharpe, 1994).
- Voelker, Emmerich, *Kartellrecht 8. Auflage*, Muenchen: C.H. Beck Verlag, 2001.
- Vollmar, H.F.A., *Pengantar Studi Hukum Perdata*, terj. I.S Adiwimarta, Jakarta: PT.Raja Garfindo Persada, 1995.
- Wibowo, Destivanov dan Sinaga, Harjon, *Hukum Acara Persaingan Usaha*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2005.
- Widjaja, Gunawan dan Yani, Ahmad, *Hukum tentang Perlindungan Konsumen*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2001.
- Wiyasa Putra, Ida Bagus, *Aspek-aspek Hukum Perdata dalam Transaksi Bbisnis Internasional*, Bandung: Refika Aditama, 1997.
- Yani, Ahmad dan Wijaya, Gunawan, *Anti Monopoli*, Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 1998.



Dr. Sobirin Malian, S.H., M.Hum. Lahir di Empat Lawang, Sumatera Selatan, 28 Oktober 1965. Riwayat pendidikan tamat SDN No.2 Pendopo-Lintang, Kabupaten Empat Lawang, SMP Muhammadiyah III Yogyakarta dan SMA Muhammadiyah I Yogyakarta. Menyelesaikan S-1, S-2 dan S-3 pada Fakultas Hukum, UII Yogyakarta. Pernah bekerja sebagai wartawan, peneliti dan konsultan. Aktif menulis artikel di berbagai media lokal seperti KR, Bernas, dan media nasional seperti Jawa Pos, Kompas, Merdeka, Republika dan lain-lain. Juga menulis beberapa buku antara lain *Gagasan Perlunya Konstitusi Baru Pengganti UUD 1945* (UII Press, 2001), *Memperkokoh Otonomi Daerah* (UII Press, 2004), *Ide-ide Besar Sejarah Intelektual Amerika* (UII Press, 2005), *Pendidikan Kewarganegaraan dan HAM*, (UII Press, 2005). *Pengantar Hukum Bisnis* (2017), dan *Membangun Hukum Indonesia* (Penyunting bersama Prof. Abdul Ghofur, 2016). Telah menyunting dan mengedit lebih dari 200 judul buku. Kini praktisi perbukuan dan di Direktur Penerbit Kreasi Total Media Yogyakarta. Tenaga Ahli Komisi VIII DPR RI atasnama Erwin Moeslimin Singajuru (2003-2018).

Pengalaman mengajar antara lain pernah mengajar di Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Kalijaga, Universitas Islam Indonesia (UII), Universitas Proklamasi 45 Yogyakarta, Universitas Cokroaminoto Yogyakarta, Sekolah Tinggi Ekonomi Islam (STIES) Yogyakarta dan Universitas Ahmad Dahlan Yogyakarta.

Secara keilmuan buku ini berupaya mengikuti kurikulum yang ada. Oleh karena itu, menjadi penting mengingat kaitan antara hukum dan ekonomi sangat dekat. Bahkan, hukum dan ekonomi pada tataran implementasi bisnis senantiasa berkembang. Sehingga tetap perlu penambahan materi terus menerus.

Penerbit:
Kreasi Total Media
Kauman GM I / 332 RT 46 RW 12 Yogyakarta 55122
Telp./Faks: 0274-375314;
Email: totalmedia_publish@yahoo.co.id

