

PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN DALAM KEPEMILIKAN SAHAM SILANG

Dewi Astutty Mochtar

Program Magister Ilmu Hukum
Universitas Merdeka Malang
Jl. Terusan Raya Dieng No. 62-64 Malang

Abstract

Unfair competition could happen because of a dominant position of an entrepreneur or businessman who had certain goods or service. In this case, businessman could do price regulation, price discrimination, agreement or contract with hard requirements, area distribution etc included in forbidden activities. One of activities which caused the abuse of dominant position was cross share owning. The reflection of this cross share owning was by owning majority share in some same types of companies that ran same business in the same market. It could also be done by building some companies having same business and same market. This thing inflicted financial loss to the business which finally created injustice. There were cartel practices, centered domination, etc. It was needed to regulate clearer about majority share especially the limit. If it could not be put in regulation no 5 year 1999, regulation of implementation or realization could be made.

Key words : Unfair competition, cross share owning, Economy Law

Pembangunan di bidang ekonomi telah menghasilkan banyak kemajuan yang berdampak pada meningkatnya kesejahteraan rakyat. Pembangunan nasional dianggap penting karena dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan lapangan pekerjaan yang bermanfaat luas untuk kesejahteraan masyarakat.

Seiring dengan era globalisasi sebagai motor penggerak serta dinamika dan sistem ekonomi Indonesia yang sangat terpuruk bangsa Indonesia terbukti tidak tahan terhadap krisis moneter pada pertengahan tahun 1997. Monopoli dan oligopoly serta kartel, penyalahgunaan posisi dominan, merger/takeover dan sebagainya sangat mendominasi kegiatan ekonomi domestik.

Pelaku-pelaku usaha yang dominan bahkan berkembang menjadi konglomerasi di berbagai sektor. Ada kalanya persaingan secara tidak sehatpun dapat terjadi diantara pelaku kegiatan ekonomi dan bisnis curang pun banyak mewarnainya. Kecurangan yang terjadi disebabkan karena keserakahan manusia yang tidak pernah terpuaskan.

Keserakahan ini diperoleh melalui posisi dominan baik yang diperoleh melalui regulasi maupun yang dirancang lewat strategi bisnis yang curang. Akan tetapi kenyataannya kebijakan ekonomi pemerintah cenderung tidak mendukung timbulnya persaingan usaha yang sehat. Antara pelaku usaha dan penguasa dalam hal ini pemerintah dapat melahir-

Penyalahgunaan Posisi Dominan dalam Kepemilikan Saham Silang

Dewi Astutty Mochtar

kan hubungan yang merugikan masyarakat dan menimbulkan persaingan usaha yang tidak sehat karena pelaku usaha diberi berbagai fasilitas oleh penguasa (Ahmad Yani dan Gunawan Muhammad, 1999, 7).

Oleh karena itu sebenarnya persaingan usaha yang sehat diperlukan bagi pelaku usaha itu sendiri dan juga masyarakat sebagai konsumen maupun masyarakat pada umumnya. Sampai saat ini persaingan menimbulkan berbagai perdebatan mengenai keberadaannya.

Terpuruknya kondisi ekonomi di Indonesia mendorong terjadinya reformasi di berbagai bidang salah satunya adalah sektor ekonomi. Secara garis besar terdapat tiga hal penting yang menjadi inti dari perubahan yang disepakati oleh bangsa Indonesia saat reformasi digulirkan. Tiga elemen penting tersebut adalah: 1) Membangun sistem politik yang demokratis melalui perbaikan peraturan perundangan tentang Pemilu, Partai Politik dan pembentukan Komisi Pemilihan Umum; 2) Membuat kebijakan ekonomi yang pro persaingan sehat dengan pengesahan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan pembentukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Dengan demikian diharapkan adanya level playing field antar pelaku usaha, pemberdayaan UMKM dan perlindungan konsumen; 3) Mengakomodasi secara utuh *Good Governance* (GG) dalam sistem Pemerintahan dan *Good Corporate Government* (GCG) di lingkungan dunia usaha yang dilakukan antara lain melalui pengaturan secara khusus.

Dunia usaha dengan mekanisme yang penuh persaingan jika dilihat dari sisi ekonomi merupakan suatu *conditio sine qua non* bagi terselenggaranya ekonomi pasar dan selamanya merupakan tindakan kejahatan atau pelanggaran.

Guna mencegah persaingan usaha yang tidak sehat di Indonesia telah dibentuk Undang-Undang No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat merupakan suatu kebutuhan dan menduduki posisi kun-

ci dalam sistem ekonomi pasar bebas. Pada dasarnya Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dirancang untuk menciptakan *level playing field* (kesempatan berusaha yang sama bagi semua warga Negara).

Persaingan inilah yang memicu pelaku usaha untuk melakukan efisiensi dan inovasi-inovasi untuk menghasilkan produk yang lebih berkualitas dan harga yang kompetitif dibandingkan dengan produk dan harga jual dari pesaingnya. Dalam hal ini, garis besar pengaturannya meliputi beberapa hal, yaitu: 1) Perjanjian yang dilarang; 2) Kegiatan yang dilarang; 3) Posisi dominan dan penyalahgunaannya; 4) Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan penegakan hukum di Indonesia; 5) Tata cara penanganan hukum (Johnny Ibrahim, 2006, 102).

Pada dasarnya, di dalam ekonomi pasar memungkinkan seorang pelaku usaha menguasai pasar, penguasaan pasar ini yang kemudian dapat menempatkan pelaku usaha pada posisi dominan atau memiliki market power yang berarti bahwa pelaku usaha tersebut menguasai lebih dari 50% pangsa pasar untuk suatu jenis produksi tertentu di suatu wilayah tertentu. Beberapa pelaku usaha juga tidak dilarang menguasai pangsa pasar 75% atau lebih yang berarti memegang posisi dominan.

Posisi dominan adalah salah satu kunci pusat/pokok dalam hukum persaingan usaha, dimana pelaku usaha dalam memasarkan produknya tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar yang bersangkutan dalam kaitannya dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar yang bersangkutan dalam kaitannya dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan dan penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang dan jasa tertentu.

Posisi dominan menyebabkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Posisi dominan dapat diperoleh salah satunya dengan kepemilikan saham, tetapi kepemilikan saham mayoritas yang dapat mengakibatkan pe-

laku usaha menguasai 50% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa adalah hal yang dilarang. Pengaturan tentang posisi dominan bertujuan untuk mencegah penguasaan pasar secara berlebihan.

Bagaimana implikasi hukum, berkaitan dengan bentuk posisi dominan dan penyalahgunaannya, menjadi permasalahan yang memerlukan pengkajian.

Demikian pula dampak kepemilikan saham silang bagi praktik perdagangan yang memunculkan persaingan usaha tidak sehat, menjadi permasalahan yang juga memerlukan klarifikasi.

Bentuk-Bentuk Posisi Dominan dan Penyalahgunaannya

Posisi dominan bukan hal yang dapat dihindari karena hal ini menyebabkan menjadi lebih unggul di pasar bersangkutan adalah salah satu tujuan pelaku usaha. Penguasaan posisi dominan di dalam hukum persaingan usaha tidak dilarang sepanjang pelaku usaha tersebut dalam mencapai posisi dominannya (*market leader*) pada pasar yang bersangkutan atas kemampuannya sendiri dengan cara yang fair.

Menjadi lebih unggul dapat ditandai penguasaan pangsa pasar yang besar. Penguasaan pangsa pasar bersangkutan ini memiliki korelasi positif terhadap keuntungan yang diperoleh pelaku usaha. Semakin besar pangsa pasar, semakin besar tambahan keuntungan (*excess return*) yang didapat pelaku usaha. Dengan demikian, pelaku usaha akan berusaha mencapai dan menggunakan posisi dominan dengan berbagai cara yang dalam hal ini melanggar hukum (penyalahgunaan).

Posisi dominan dapat dikatakan salah satu kunci pokok (pusat) dari perhatian pertama lembaga persaingan usaha, dalam hal ini di Indonesia, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) adalah terhadap posisi dominan suatu perusahaan pada pasar yang bersangkutan (Andi Fahmi Lubis, et al., 2009:165).

Berdasar Undang-Undang No.5 Tahun 1999, bentuk-bentuk posisi dominan yang dilarang dalam dunia usaha karena dapat menimbulkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dapat dibedakan menjadi 4 bentuk, yaitu: 1) Posisi Dominan yang bersifat umum/Pasal 25 ayat (1) dan ayat (2). Pasal 25 ayat (1): "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; b) Membatasi pasar dan pengembangan teknologi; c) Menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan.

Pasal 25 ayat (2): "Pelaku usaha yang memiliki posisi dominan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila: a) Satu pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar 1 jenis barang atau jasa tertentu; b) Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Mengacu pada pemaparan mengenai berbagai kelemahan UU No.5 Tahun 1999 di atas, maka sudah seyogyanya seluruh pihak, termasuk otoritas persaingan usaha, dapat lebih teliti dan bijak di dalam menerapkan undang-undang tersebut.

Pada dasarnya, memiliki posisi dominan karena efisiensi dan inovasi bukanlah merupakan pelanggaran undang-undang, yang dilarang adalah penyalahgunaan posisi dominan tersebut. Selama tidak dilatarbelakangi oleh niat untuk menyalahgunakan posisi dominan tersebut, maka penerapan trading terms (syarat-syarat perdagangan) merupakan suatu kewajiban di dalam praktek bisnis sehari-hari. Mengapa hal demikian dapat terjadi, penyebabnya adalah sebagai berikut: 1) Posisi dominan karena jabatan rangkap. Praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat dapat terjadi disebabkan oleh adanya posisi dominan. Di dalam

Penyalahgunaan Posisi Dominan dalam Kepemilikan Saham Silang

Dewi Astutty Mochtar

Undang-Undang Antimonopoli, dilarang adanya jabatan rangkap dari seorang direksi atau komisaris suatu perusahaan. Larangan mengenai jabatan rangkap ini diatur dalam Pasal 26 Undang-Undang Antimonopoli. Dinyatakan bahwa "Seseorang yang menduduki jabatan sebagai direksi atau komisaris dari suatu perusahaan, pada waktu bersamaan dilarang merangkap menjadi direksi atau komisaris pada perusahaan lain, apabila perusahaan-perusahaan tersebut: 1) berada dalam pasar bersangkutan yang sama; 2) Memiliki keterkaitan erat dalam bidang dan atau jenis usaha, atau perusahaan-perusahaan tersebut saling mendukung atau berhubungan langsung dalam proses produksi, pemasaran, atau produksi dan pemasaran; 3) Secara bersama dapat, menguasai pangsa pasar barang dan atau jasa tertentu, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

2) Posisi dominan karena pemilikan saham mayoritas. Kepemilikan saham seseorang di suatu perusahaan juga membuka peluang terjadinya Posisi Dominan yang dapat menimbulkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Larangan posisi dominan karena pemilikan saham diatur dalam Pasal 27 Undang-Undang No.5 Tahun 1999. Dinyatakan bahwa "Pelaku Usaha dilarang memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, atau mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, apabila kepemilikan tersebut mengakibatkan: a) Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; b) Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

3) Posisi Dominan Karena Pengambilalihan. Penggabungan atau peleburan suatu badan usaha itu dilarang dalam Undang-Undang Antimonopoli

apabila dapat mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan dalam Undang-Undang Antimonopoli yang melarang perbuatan tersebut adalah Pasal 28 dan Pasal 29 Undang-Undang No.5 Tahun 1999.

Pasal 28 ayat (1) menyatakan: "Pelaku usaha dilarang melakukan penggabungan atau peleburan badan usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat".

Pasal 28 ayat (2) menyatakan: "Pelaku usaha dilarang melakukan pengambilalihan saham perusahaan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat".

Pasal 28 ayat (3) berbunyi: "Ketentuan lebih lanjut mengenai penggabungan atau peleburan badan usaha sebagaimana dimaksud ayat (1), dan ketentuan mengenai pengambilalihan saham perusahaan sebagaimana dimaksud ayat (2) pasal ini, diatur dalam Peraturan Pemerintah.

Adapun yang dimaksud dengan badan usaha dalam ketentuan pasal 28 ayat (1) di atas adalah perusahaan atau bentuk usaha, baik yang berbentuk badan hukum (mis perseroan terbatas) maupun bukan badan hukum, yang menjalankan satu jenis usaha yang bersifat tetap dan terus menerus dengan tujuan untuk memperoleh laba.

Selain Pasal 28, penggabungan, peleburan dan pengambilalihan ini juga diatur dalam Pasal 29 Undang-Undang Antimonopoli.

Dinyatakan dalam pasal 29 ayat (1): "Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai asset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan dan pengambilalihan tersebut".

Pasal 29 ayat (2): "Ketentuan tentang penetapan nilai asset dan atau nilai penjualan serta tata cara

pemberitahuan sebagaimana dimaksud ayat (1) diatur dalam Peraturan Pemerintah”.

Ketentuan tentang posisi dominan terutama yang berkaitan dengan penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan. Untuk berikutnya, selanjutnya disebut dengan merger, konsolidasi, dan akuisisi dalam ketentuan Pasal 28 ayat (1), (2), dan (3) Undang-Undang No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat atau Undang-Undang Antimonopoli sebagaimana diuraikan di atas adalah berkaitan dengan ketentuan Pasal 126 ayat (1) Undang-Undang No.40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Pada perspektif manajemen perusahaan, titik berat terjadinya persaingan usaha ini adalah pada perseroan terbatas. Dinyatakan dalam Pasal 126 ayat (1) Undang-Undang No.40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas: “Perbuatan hukum penggabungan, peleburan, pengambilalihan atau pemisahan wajib memperhatikan kepentingan: 1) Perseroan, pemegang saham minoritas, karyawan perseroan; 2) Kreditor dan mitra usaha lainnya dari perseroan, dan 3) Masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha.

Untuk mencegah adanya praktik monopoli dan persaingan tidak sehat dikalangan pelaku usaha, maka Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa pemerintah membentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) yang bertugas menilai apakah suatu perjanjian atau kegiatan usaha bertentangan dengan Undang-Undang No. 6 Tahun 1999. KPPU merupakan suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain dan bertanggung jawab kepada Presiden (pasal 30 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999).

Di dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, posisi dominan adalah suatu keadaan dimana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti 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.

Pada perkembangannya kegiatan ekonomi yang dijalankan para pelaku usaha mau tidak mau akan menghadapi sebuah persaingan. Untuk menengahi adanya persaingan itulah maka pemerintah Indonesia merasa perlu adanya aturan main bagi pelaku usaha, secara implisit diperlukan suatu Undang-Undang atau aturan yang secara efektif melindungi persaingan usaha yang juga merupakan persyaratan hukum bagi terwujudnya ekonomi persaingan.

Hal di atas mengakibatkan para pelaku usaha harus memiliki strategi yang baik untuk merebut pangsa pasar dengan tujuan barang atau jasanya dikenal dan dibeli oleh konsumen. Kondisi pasar yang diwarnai oleh monopoli dimana kekuatan monopoli dapat dicapai dengan beragam cara seperti menyingkirkan pesaing melalui bisnis yang curang (*unfair business practices*), persekongkolan untuk menetapkan harga (*price fixing*) melalui kartel, menetapkan mekanisme yang menghalangi terbentuknya kompetisi, menciptakan *barrier to entry* dan terbentuknya integrasi baik secara horizontal dan vertikal maka dampak negatif yang ditimbulkan adalah: 1) Monopoli membuat konsumen tidak mempunyai kebebasan memilih produk sesuai dengan kehendak dan keinginan mereka; 2) Monopoli membuat posisi konsumen menjadi rentan di hadapan produsen; 3) Monopoli juga berpotensi menghambat inovasi teknologi dan proses produksi (Arie Siswanto, 2002, 20).

Monopoli tidak hanya timbul di kalangan usaha swasta, namun juga bisa ditimbulkan oleh monopoli negara yang ditetapkan oleh pemerintah, misalnya: PLN, PAM, Telkom.

Monopoli di kalangan usaha swasta bisa timbul karena kekuatan modal, misalnya: pabrik baja, pabrik mobil, Pertamina; karena kerja sama dengan beberapa perusahaan dengan maksud untuk menguasai pasar dan menghilangkan persaingan, misalnya: kartel, trust, sindikat; karena diberikan kedudukan

Penyalahgunaan Posisi Dominan dalam Kepemilikan Saham Silang

Dewi Astutty Mochtar

an monopoli oleh Undang Undang, misalnya: hak merek, hak cipta, franchise; karena keterbatasan pasar (keindahan alam, keahlian istimewa, misalnya: pemandangan yang indah, seniman; dan juga karena secara historis hanya ada satu produsen dalam industri).

Penentuan kepemilikan posisi dominan juga harus mempertimbangkan aspek kualitatif seperti penguasaan teknologi, kekuatan finansial, inovasi, metode produksi, atau tingkat efisiensi. Sementara itu menurut teori ekonomi, penghitungan besarnya pangsa pasar suatu pelaku usaha di beberapa kasus hanya mungkin dilakukan dengan menggunakan parameter penguasaan terhadap bahan baku, kapasitas, cadangan (reserves), atau unit produksi (Alison Jones & Brenda Sufrin, 2000).

Hal di atas tentunya tidak cukup dengan parameter penguasaan pelaku usaha atas persentase nilai jual atau beli produk di pasar bersangkutan sebagaimana Pasal 1 angka 13. Oleh karenanya, penentuan kepemilikan posisi dominan dan pangsa pasar dari pelaku usaha tertentu yang hanya disandarkan pada ketentuan pada UU No.5 Tahun 1999 dikhawatirkan tidak akan akurat dan faktual, bahkan mempersulit pihak Komisi Pengawas Persaingan Usaha RI (KPPU) dalam penanganan perkara-perkaranya.

Salah satu ciri-ciri pelaku usaha dominan adalah jika pelaku usaha tersebut dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan secara mandiri atau individu tanpa memperhitungkan pesaing-pesaingnya. Kedudukan seperti ini 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 (Valentine Korah, 2000, 167).

Posisi dominan dapat dimiliki oleh satu pelaku usaha sebagaimana disebut di atas yaitu yang disebut dengan monopolist 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 oligopoly.

Oligopoly 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan.

Bila ditinjau dari segi struktur pasar, secara konseptual posisi dominan ini seperti jembatan diantara struktur monopoli dan oligopoli (pasar yang dikuasai beberapa perusahaan sejenis yang memiliki kemampuan yang sama). Pada struktur monopoli, pelaku usaha menguasai 100% pangsa pasar sebab bertindak sebagai pelaku usaha tunggal (monopolis).

Pada struktur pasar dimana terdapat pelaku usaha yang memiliki posisi dominan ditandai penguasaan 50% sampai mendekati 100% pangsa pasar, sementara pangsa pasar pesaing terbesar lainnya kurang dari separuh pelaku usaha yang memiliki posisi dominan tersebut. Pada struktur oligopoli, beberapa pelaku usaha memiliki pangsa pasar yang berdekatan. Terakhir pada struktur persaingan sempurna (murni), hampir semua pelaku usaha memiliki pangsa pasar yang tidak jauh berbeda.

Di samping permasalahan pendekatan dalam penentuan posisi dominan yang dimiliki pelaku usaha tertentu, Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 pun menyimpan berbagai kelemahan sebagai dampak dari penetapan struktur pengelompokan pengaturan substansial yang salah.

Seperti diketahui, struktur pembagian pengaturan substansial (aspek material dan bukan aspek formil) dari Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 terdiri dari "Perjanjian yang Dilarang", "Tindakan yang Dilarang", dan "Posisi Dominan". Baik dari sisi teori maupun praktek peraturan perundang-undangan, struktur pembagian tersebut tidaklah

lazim (*uncommon*). Struktur pembagian yang lazim (*common*), digunakan, sebagaimana direkomendasikan oleh *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) tahun 2004, adalah *Restrictive Agreements or Arrangements* (Perjanjian atau Pengaturan Restriktif) dan *Acts or Behavior Constituting an Abuse of a Dominant Position of Market Power* (Penyalahgunaan Posisi Dominan).

Arie Siswanto menyatakan, penyalahgunaan posisi dominan merupakan praktek yang memiliki cakupan luas. Ketika pelaku usaha yang memiliki posisi dominasi ekonomi melalui kontrak mensyaratkan supaya konsumennya tidak berhubungan dengan pesaingnya, maka ia telah melakukan penyalahgunaan posisi dominan. Demikian juga apabila pelaku usaha yang memegang posisi dominan dengan basis “*take it or leave it*” membuat penentuan harga di luar kewajaran.

Sebagai perbandingan lembaga internasional seperti OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*) mendefinisikan, “*The term abuse of dominant position refers to anticompetitive business practices in which a dominant firm may engage in order to maintain or increase its position in the market*”. (penyalahgunaan posisi dominan adalah praktek bisnis antipersaingan yang dilakukan oleh perusahaan dominan sebagai upaya untuk mempertahankan atau meningkatkan posisinya di pasar).

Sementara itu dalam Model Hukum Persaingan Usaha yang dipublikasikan *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD Model Law), penyalahgunaan posisi dominan adalah “*Where the acts or behaviour of a dominant enterprise limit access to a relevant market or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on trade or economic development*. (Pada saat tindakan atau perilaku perusahaan dominan membatasi akses masuk ke pasar bersangkutan atau mengakibatkan hambatan persaingan yang berarti, baik langsung maupun tidak langsung yang berdampak negatif pada perdagangan atau perkembangan ekonomi).

Menurut Pasal 1 angka (4) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 posisi dominan adalah keadaan dimana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi diantara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

Dari ketentuan Pasal 1 angka 4 tersebut dapat disimpulkan terdapat 4 syarat yang dimiliki oleh suatu pelaku usaha sebagai pelaku usaha yang memiliki posisi dominan yaitu pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti atau pelaku usaha pesaingnya di pasar yang bersangkutan dalam kaitan:

Kesemua aktivitas tersebut berhubungan erat dengan konsumen, yang merupakan pangsa pasar. Pangsa pasar adalah salah satu elemen penting dalam menetapkan apakah suatu pelaku usaha mempunyai posisi dominan atau tidak. Ketentuan posisi dominan mengenai penguasaan pangsa pasar mensyaratkan bahwa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut dapat mendistorsi pasar baik secara langsung maupun tidak langsung. Klarifikasinya adalah sebagai berikut: 1) Kemampuan keuangan. Salah satu unsur yang menyatakan bahwa suatu pelaku usaha mempunyai posisi dominan adalah apabila pelaku usaha mempunyai keuangan yang lebih kuat dibandingkan dengan keuangan suatu pelaku usaha pesaingnya. Kemampuan keuangan yang dimiliki sendiri untuk melakukan investasi sejumlah uang tertentu dan mempunyai akses menjual kepada pasar modal; 2) 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 apabila pelaku usaha tersebut mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi dibandingkan dengan pangsa pasar pesaing-pesaingnya (Andi Fahmi Lubis, 2009, 166 – 173).

Pengertian pangsa pasar yaitu persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu. 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.

3) Kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu. Kemampuan pelaku usaha untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu pada pasar yang bersangkutan menjadi salah satu unsur dalam pengertian posisi dominan. Kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan atas suatu barang atau jasa tertentu mempunyai kesamaan dengan kemampuan mengatur pasokan atau penjualan barang atau jasa tertentu.

Sanoussi Bilal (dalam Fahmi Lubis, 2009, 206) mengidentifikasi tiga bentuk penyalahgunaan posisi dominan, yaitu perilaku penutupan (*forcloser behaviour*), predatori harga (*predatory pricing*), dan tindakan penyingkiran (*exclusionary conduct*).

Perilaku penutupan dilakukan untuk mencegah atau menghalangi pelaku usaha baru masuk pasar. Predatori harga dilakukan pelaku usaha posisi dominan untuk menyingkirkan pesaingnya dari pasar (keluar pasar). Sedangkan tindakan penyingkiran dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki posisi dominan untuk mengurai pesaing atau peserta pasar.

Bahwa pada prinsipnya terdapat kesamaan pandangan mengenai bentuk-bentuk penyalahgunaan posisi dominan, yaitu bentuk tindakan yang menghambat pesaing baru untuk masuk pasar (*entry to barrier*), tindakan yang berusaha menyingkirkan pesaing yang telah ada (pesaing faktual), dan tindakan mengeksploitasi konsumen dan pemasok.

Dampak Kepemilikan Saham Silang

Kepemilikan saham silang/cross shareholding telah diperhatikan dalam literatur organisasi industri terutama pada kasus perusahaan yang terkait secara horizontal, karena secara teori, *horizontal share holding* dapat melemahkan persaingan serta berisiko terhadap munculnya kolusi (dampak koordinasi).

Pengertian saham menurut John Downes dan Jordan Elliot Goodman adalah kepemilikan skuitas dalam suatu perseroan. Kepemilikan ini diwakili oleh suatu sertifikat saham yang menyebutkan nama perusahaan dan pemilik saham (John Downes dan Jordan Elliot Goodman, 1984, 891).

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 dibidang usaha yang sama atau dengan pelaku usaha yang lain. Dinyatakan dalam Pasal 27, bahwa pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, atau mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan apabila mengakibatkan: 1) Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; 2) Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Terdapat dua kemungkinan dampak melalui perjanjian penggabungan usaha horizontal, yang pertama adalah melalui *unilateral conduct* oleh kelompok perusahaan, dan yang kedua melalui *coordinated conduct* antara kelompok perusahaan dengan salah satu atau lebih pesaingnya. Oleh sebab itu, terdapat kasus dimana dampak penggabungan usaha dapat menghalangi persaingan secara substansial melalui sudut pandang *coordinated conduct*, namun tidak berdampak dari sudut pandang *unilateral conduct*.

Sehubungan dengan posisi dominan, posisi ini dapat dinilai dari afiliasi pelaku usaha dengan pelaku usaha lain yang diatur dalam pasal 26 tentang jabatan disalahgunakan dapat menimbulkan penyalahgunaan posisi dominan.

Analisa apakah suatu pelaku usaha yang memiliki saham mayoritas dengan melakukan hubungan afiliasi dengan pelaku usaha lain bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat atau tidak bergantung terori output analysis.

Output analysis atau analisis keluaran ini dilakukan dengan cara menganalisis apakah tindakan yang dilakukan pelaku usaha misalnya dengan memiliki kepemilikan saham silang sampai memiliki posisi yang dirasa dominan dirancang atau mempunyai efek yang negative terhadap persaingan pasar (Munir Fuady, 2007, 47).

Kepemilikan saham silang biasanya mengacu pada kepemilikan saham antara dua atau lebih perusahaan yang memberikan setiap perusahaan sebuah kepemilikan saham pada pasar modal atau dikenal dengan istilah ekuitas pada perusahaan lainnya. Kepemilikan saham silang pada perusahaan yang bergerak di bidang usaha yang sama, memberi peluang kepada pemiliknya untuk mengatur strategi bersama sehingga perusahaan-perusahaan yang seharusnya berkompetisi ini tidak bersaing.

Melihat segala dampak yang mungkin ditimbulkan oleh kepemilikan saham silang tersebut, otoritas persaingan tentunya diharapkan untuk mengawasi segala aktivitas akuisisi secara aktif. Hal ini diperlukan untuk meminimalisir kemungkinan terjadinya dampak anti persaingan yang dapat mendistorsi pasar dan merugikan konsumen.

Penegakan hukum kepemilikan saham silang juga dilakukan oleh KPPU, seorang pelaku usaha yang sudah ditetapkan memiliki posisi dominan apabila memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang kegiatan usahanya sama dan berdampak menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Di Indonesia sendiri pengaturan terhadap kepemilikan silang terdapat dalam Pasal 27 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Substansi pengaturan dalam pasal 27 pada pokoknya berkaitan dengan persoalan kepemilikan saham mayoritas yang dilarang dan ditujukan kepada pelaku usaha sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1 angka 5 Undang-Undang No. 5 tahun 1999. Larangan kepemilikan saham mayoritas oleh pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha tersebut dibatasi oleh kondisi-kondisi sebagai berikut: 1) Memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang usaha yang sama pada pasar bersangkutan yang sama; 2) Mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan yang sama; 3) Mengakibatkan penguasaan pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha; 4) Mengakibatkan penguasaan pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu lebih dari 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha.

Secara singkat dapat dijelaskan bahwa kekhawatiran KPPU pada kepemilikan silang terletak pada kemungkinan munculnya efek *lessening competition* dengan adanya kepemilikan silang ini.

Bahwa dampak antikompetitif lain dari kepemilikan saham silang adalah dampak koordinasi, salah satunya adalah pertukaran aliran informasi antar perusahaan. Pertukaran informasi ini dapat memperbaiki pengetahuan mengenai pesaing, bahkan secara signifikan dapat membantu perusahaan-perusahaan untuk berkoordinasi dan mencapai sebuah keseimbangan kolusif. Pengetahuan yang lebih baik dan lebih update mengenai perilaku pesaing akan membantu perusahaan untuk saling mengawasi, sehingga memfasilitasi penegakan sebuah skema kolusif. Resiko kolusif ini akan lebih tinggi jika kepemilikan silang terdiri dari pesaing-pesaing horizontal.

Penyalahgunaan Posisi Dominan dalam Kepemilikan Saham Silang

Dewi Astutty Mochtar

Pada hakikatnya, dengan memegang saham dalam suatu perseroan terbatas, seseorang mempunyai hak untuk menghadiri dan mengeluarkan suara dalam RUPS. Hak untuk memperoleh bagian dari keuntungan yang diraih oleh perseroan terbatas disebut sebagai dividen. Selain itu pemegang saham juga memiliki hak untuk memperoleh sisa hasil likuidasi dari perseroan terbatas yang dilikuidasi.

Saham itu sendiri dapat diperoleh melalui 3 cara: 1) Menyertakan modal dengan mengambil langsung saham ketika perseroan didirikan (*Initially Investment*); 2) Menerima peralihan dari pemegang saham partner melalui proses *pre-emptive right* dan hak opsi (*Private Placement*). Perolehan saham dengan cara membeli langsung di pasar modal melalui proses emisi saham atau perseroan yang *go public* (*Public Offer*); 3) Ketentuan mengenai perolehan saham dengan cara pertama dan kedua diatur dalam UU PT, sedangkan cara yang ketiga diatur dalam UU Pasar Modal.

Di dalam Pasal 52 ayat (4) Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas menyatakan Setiap saham memberikan kepada pemilikinya hak yang tidak dapat dibagi. Artinya bahwa para pemegang saham tidak diperkenankan membagi-bagi hak atas saham menurut kehendaknya sendiri. Dalam hal 1 saham dimiliki oleh lebih dari 1 orang maka hak yang timbul dari saham tersebut hanya dapat digunakan dengan cara menunjuk 1 orang wakil bersama (CST Kansil, 1997, 99).

Tentang kepemilikan silang sendiri sedikit berbeda dengan kepemilikan lainnya yang dilarang karena larangan kepemilikan silang adalah larangan kepemilikan yang timbul sebagai akibat pengeluaran saham baru untuk dimiliki anak perusahaan dan atau cucu perusahaan dan seterusnya, dan kepemilikan saham yang timbul sebagai akibat pengeluaran saham baru ini dilarang dengan tegas. Alasan larangan tersebut adalah sebagai berikut: 1) Dari sisi permodalan, khusus dalam konteks pengeluaran saham baru maka jelas tidak ada setoran

modal secara riil yang masuk kedalam perseroan; 2) Dari sisi manajemen, kepemilikan silang cenderung menyebabkan terjadinya pencampuran antara pemilikan dan pengurusan perseroan, sehingga dalam hal ini manajemen menjadi tidak lagi independen satu terhadap yang lainnya (Gunawan Widjaya, 2008, 49).

Penegakan hukum dalam kepemilikan saham silang yang mengakibatkan penyalahgunaan posisi dominan ini bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum untuk semua pelaku usaha baik usaha besar maupun kecil. Perlindungan

hukum memiliki dua makna yaitu: 1) Perlindungan yang bersifat represif, yaitu perlindungan setelah terjadinya sengketa yang bertujuan untuk memulihkan hak-hak dari pihak yang dirugikan; 2) Perlindungan yang bersifat preventif. Yaitu perlindungan untuk mencegah terjadinya sengketa di kemudian hari atau kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapat sebelum keputusan pemerintah mendapatkan bentuk definitif sehingga perlindungan hukum preventif bertujuan untuk pencegahan (Philippus M. Hadjon, 1987, 15).

Penutup

Bahwa posisi Dominan adalah keadaan dimana pelaku usaha tidak memiliki pesaing dalam pangsa pasar yang dikuasai. Posisi Dominan dapat menyebabkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Hal ini dapat terjadi apabila si pelaku usaha tidak memiliki lagi – menguasai pasar produk tertentu – pesaing.

Praktik monopoli dapat terjadi dikarenakan tidak adanya pesaing sehingga konsumen atau pelaku usaha dengan skala yang lebih kecil ketika ingin membeli barang / jasa, hanya dapat membeli melalui pelaku usaha yang memiliki posisi dominan tersebut.

Persaingan usaha tidak sehat dapat terjadi karena posisi dominan seorang pelaku usaha yang

memiliki barang atau jasa tertentu sehingga si pelaku usaha dapat melakukan penetapan harga, diskriminasi harga, perjanjian dengan persyaratan secara, pembagian wilayah dsb yang termasuk ke dalam kegiatan yang dilarang.

Sebelum suatu 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. Keadaan ini sebenarnya sudah diatur dalam Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 19 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.

Salah satu tindakan yang dapat menyebabkan penyalahgunaan posisi dominan adalah kepemilikan saham silang yang menyebabkan penyalahgunaan posisi dominan. Kepemilikan saham silang ini yaitu dengan memiliki saham mayoritas 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.

Substansi Undang-Undang Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ini masih banyak kekurangan khususnya tentang posisi dominan. Misalnya dari syarat-syarat pelaku usaha dinyatakan memiliki posisi dominan apakah harus kumulatif syarat-syarat tersebut atau cukup memenuhi satu syarat sudah dapat dinyatakan memiliki posisi dominan. Kemudian tentang penentuan posisi dominan apakah penentuan ini dilakukan berdasarkan aduan atau pengamatan KPPU di lapangan atau bisa karena dua-duanya. Sehingga perlu dilakukan revisi

substansi Undang-Undang ini. Perlu diatur lebih jelas tentang saham mayoritas terutama batasannya. Apabila tidak dapat dimasukkan dalam perubahan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 maka bisa dibuat aturan pelaksanaan untuk permasalahan ini.

Daftar Pustaka

- Downes, John dan Jordan Elliot Goodman, 1994, *Kamus Istilah Keuangan dan Investasi*, Elex Media Komputindo, Jakarta.
- Fuady, Munir, 2007, *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Hadjon, Philips M., 1997, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya.
- Ibarahim, Johnny, 2001, *Hukum Persaingan Usaha Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Bayu-media, Malang.
- Kansil, CST., 1997, *Pokok-Pokok Hukum Perseroan Terbatas Tahun 1995*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.
- Lubis, Andi Fahmi, et al., 2009, *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks*, KPPU, Jakarta.
- Siswanto, Arie, 2002, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Valentine Korah, 2000, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 7th edition*, Portland Oregon, Oxford.
- Widjaya, Gunawan, 2008, *Hak Individu dan Kolektif Para Pemegang Saham*, Para Sahabat, Jakarta.
- Yani, Ahmad dan Gunawan Muhammad, 1999, *Seri Hukum Bisnis, Anti Monopoli*, PT. Rajawali Grafindo Perkasa, Jakarta.