

ASEAN Agreement on Competition Law Enforcement: *Ius Constituendum* dalam Hukum Persaingan ASEAN

Reni Budi Setianingrum
reni.setianingrum@law.umy.ac.id

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta

Diterima : (28/06/2023); Selesai Revisi : (06/10/2023); Disetujui : (07/10/2023)

ABSTRACT

In the ASEAN Charter, one of ASEAN's goals is to create a single market and production base that is stable, prosperous, highly competitive, and economically integrated. The enactment of this single market is further emphasized through the ASEAN Economic Community (AEC). From a competition perspective, the consequence of the single market is the emergence of potential for business actors in breaching competition law of other ASEAN member countries. This study aims to analyze the urgency of ASEAN Competition Law in the future and explore the mechanism for drafting the ASEAN Competition Law as a joint regulation in enforcing competition law in the ASEAN region. This research is normative research, conducted with conceptual approach, statute approach and comparative approach. The conclusions obtained from this research is, ASEAN Competition Law can be formulated in the form of ASEAN Agreement on Competition Law Enforcement.

Keywords: ASEAN, Agreement, Competition-Law, *Ius-Constituendum*.

ABSTRAK

Dalam Piagam ASEAN, salah satu tujuan ASEAN adalah menciptakan pasar tunggal dan basis produksi yang stabil, makmur, sangat kompetitif, dan terintegrasi secara ekonomi. Berlakunya pasar tunggal ini kemudian dipertegas melalui *ASEAN Economic Community (AEC)*. Ditinjau dari perspektif kompetisi, konsekuensi dari terbukanya pasar adalah potensi ketersentuhannya pelaku usaha dengan hukum persaingan negara anggota ASEAN lain. Penelitian ini bertujuan untuk menganalisa urgensi adanya *ASEAN Competition Law* di masa yang akan datang dan menggali bagaimana mekanisme penyusunan *ASEAN Competition Law* tersebut sebagai regulasi bersama dalam penegakan hukum persaingan usaha pada kawasan ASEAN. Penelitian ini merupakan penelitian normatif, dilakukan dengan pendekatan konseptual, pendekatan undang-undang dan pendekatan perbandingan. Kesimpulan yang diperoleh dari penelitian ini adalah, *ASEAN Competition Law* dapat dirumuskan dalam bentuk *ASEAN Agreement on Competition Law Enforcement*.

Kata Kunci: ASEAN, Perjanjian, Hukum-Persaingan, *Ius-Constituendum*.

PENDAHULUAN

The Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) merupakan organisasi gabungan bangsa-bangsa Asia Tenggara yang bertujuan untuk menggalang kerja sama antarnegara anggota dalam rangka mempercepat pertumbuhan ekonomi, mendorong perdamaian dan stabilitas wilayah, serta membentuk kerja sama dalam berbagai bidang kepentingan bersama, yang kemudian tujuan tersebut berkembang untuk menjalin persahabatan dan kerja sama dalam menciptakan wilayah yang aman, damai dan makmur.[1] Dalam Pasal 1 (5) Piagam ASEAN, salah satu tujuan ASEAN adalah menciptakan pasar tunggal dan basis produksi yang stabil, makmur, sangat kompetitif, dan terintegrasi, tujuan ini kemudian dipertegas melalui implementasi *ASEAN Economic Community* (AEC). AEC merupakan sebuah komunitas ekonomi yang bertujuan mewujudkan ekonomi yang terintegrasi. Dengan adanya AEC, Negara-negara ASEAN memberlakukan sistem *single market*, yaitu pasar terbuka untuk melakukan perdagangan barang, jasa, investasi, modal dan tenaga kerja.

Ditinjau dari perspektif kompetisi, konsekuensi terbukanya pasar akibat kebebasan peredaran barang dan jasa (*free flow of goods and services*) adalah munculnya persaingan baru, pasar bersangkutan baru dan potensi ketersentuhannya pelaku usaha Indonesia dengan hukum persaingan negara-negara tetangga seperti Malaysia dan Singapura.[2]

Dengan adanya pasar tunggal ASEAN melalui AEC, maka timbul beberapa persoalan dalam penegakan hukum persaingan, lintas negara, yaitu: *Pertama*, berlakunya prinsip yurisdiksi, artinya hukum berlaku pada wilayah di mana hukum tersebut diundangkan. Hal ini dapat menimbulkan persoalan pada penegakan hukum persaingan usaha lintas negara dalam pasar bersama ASEAN karena negara anggota ASEAN memiliki berbagai perbedaan parameter dalam hukum persaingan nasional. Perbedaan ini tercermin pada putusan yang berbeda dari beberapa negara anggota ASEAN terhadap merger Grab dan Uber.[3] Contoh lain diperoleh dari hasil wawancara dengan Deswin Nur, *ex Chairman ASEAN Experts Group on Competition (AEGC)*, adalah dalam penanganan kartel kargo dengan pelaku usaha berkedudukan di Singapura, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) tidak dapat memproses hukum dikarenakan untuk sektor kargo dikecualikan dari

hukum persaingan Singapura melalui Protokol Maritim. *Kedua*, saat ini ASEAN telah memiliki *ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy and Law 2020* (ARGCPL 2020), ARGCPL 2020 hanya dimaksudkan sebagai panduan kerangka kerja umum, bukan hukum lengkap atau instrumen kebijakan yang mengikat, dengan kata lain, ARGCPL hanya berfungsi sebagai "*soft law*", bukan "*hard law*" tentang aturan persaingan di ASEAN. [4] *Ketiga*, perlu dikaji mengenai urgensi suatu *Regional Competition Law* (untuk selanjutnya disebut *ASEAN Competition Law*) sebagai hukum yang akan berlaku di masa yang akan datang (*Ius Constituendum*) dalam pasar tunggal ASEAN untuk dapat mengatur hukum persaingan usaha lintas negara anggota ASEAN.

Saat ini, beberapa kawasan telah memiliki ketentuan hukum regional, antara lain harmonisasi Undang-Undang komersial oleh negara anggota Mercosur dan Andes di Amerika Latin,[5] serta hukum persaingan Uni Eropa dengan *Treaty on the Functioning of the European Union*. [6] Penelitian ini membandingkan ketentuan persaingan regional dan mengambil praktik terbaik di antara 3 (tiga) kawasan, yaitu Uni Eropa, Mercosur dan kawasan Andes.

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka rumusan masalah yang akan penulis bahas antara lain Apa urgensi adanya *ASEAN Competition Law* dalam penegakan Hukum Persaingan kawasan ASEAN dan bagaimana mekanisme perumusan dan bentuk *ASEAN Competition Law*.

PEMBAHASAN

Urgensi *ASEAN Competition Law* dalam Penegakan Hukum Persaingan Kawasan ASEAN

ASEAN merupakan organisasi internasional publik yang dibentuk berdasarkan prinsip kedekatan wilayah (*principle of geographic proximity*), yang anggotanya hanya dibatasi pada negara-negara yang berada pada wilayah Asia Tenggara, dengan demikian, ASEAN pada hakikatnya merupakan organisasi regional (*regional organization*). [7] Pada awal berdirinya, kerja sama ASEAN lebih banyak mengarah pada bidang politik dan pertahanan-keamanan, namun pada Konferensi Tingkat Tinggi (KTT) ASEAN III Manila pada tahun 1987, penekanan arah kerja sama lebih besar di bidang ekonomi bagi peningkatan kesejahteraan bangsa-bangsa di kawasan ASEAN. [8]

AEC dibentuk untuk mewujudkan integrasi ekonomi ASEAN, yakni tercapainya wilayah ASEAN yang aman dengan tingkat dinamika pembangunan yang lebih tinggi dan terintegrasi, pengentasan masyarakat ASEAN dari kemiskinan, serta pertumbuhan ekonomi untuk mencapai kemakmuran yang merata dan berkelanjutan.[1]

Sebelum pencanangan AEC, ketentuan Pasal 1 angka 5 Piagam ASEAN telah mengatur pasar tunggal ASEAN. Hal ini tercermin dari bunyi frasa ketentuan pasal tersebut, yaitu *"to create a single market and production base which is stable, prosperous, highly competitive and economically integrated"*. Ketentuan tersebut juga telah menyinggung budaya persaingan. Itu dapat dilihat dari kata-kata "... sangat kompetitif dan terintegrasi secara ekonomi dengan..".[9] Frasa "sangat kompetitif" menegaskan bahwa dalam pasar tunggal ASEAN harus diciptakan budaya persaingan, yang sebenarnya sudah tercermin pada perilaku pelaku usaha dalam menjalankan bisnisnya di masing-masing negara, karena pelaku usaha memiliki tujuan untuk menjadi lebih besar daripada pesaing mereka, baik di pasar domestik maupun di pasar regional ASEAN.[10] Dengan demikian, maka kebijakan persaingan usaha menjadi sangat penting dalam menjamin terselenggaranya persaingan usaha yang sehat dan adil sehingga melindungi kepentingan konsumen dan persaingan tidak menjadi sarana untuk melakukan monopoli.[11]

Persaingan atau *"competition"* dalam bahasa Inggris didefinisikan oleh Webster sebagai *"... a struggle or contest between two or more persons for the some objects"*. [11] Ningrum Natasya Sirait mengemukakan bahwa bersaing dapat dimaknai sebagai tindakan yang bersifat individualistik dan hanya berorientasi pada kepentingan sepihak dengan cara melakukan berbagai cara dan upaya semaksimal mungkin untuk mencapai keuntungan yang sebesar-besarnya.[12]

Persaingan sering disebut sebagai penyebab dari tumbuhnya tingkat efisiensi perusahaan, penurunan tingkat harga menjadi lebih rendah, peningkatan kualitas, percepatan inovasi dan pengembangan layanan baru yang lebih cepat. [13] Secara umum, terdapat dua jenis persaingan, yaitu [14] *Fair competition*, dan; *Unfair competition*.

Dengan adanya AEC yang mencita-citakan adanya ekonomi yang terintegrasi pada kawasan ASEAN, maka keberadaan kebijakan persaingan

usaha yang sebelumnya hanya berlaku pada wilayah negara anggota menjadi tidak lagi memadai, dikarenakan interaksi kegiatan usaha antar pelaku usaha dari seluruh negara anggota ASEAN sudah tanpa batas. Dalam menentukan perlu atau tidaknya penyusunan suatu kebijakan persaingan usaha yang berlaku pada kawasan ASEAN, Penulis akan meninjau dari beberapa perspektif, sebagai berikut:

Pertama, ahli hukum Friedrich Carl von Savigny mengatakan bahwa hukum tidak perlu dibuat karena hukum tumbuh bersama masyarakat. Artinya, hukum bukanlah suatu produk *by design*. [15] Hukum yang *by design* akan menjadi produk politik.[15] Pendapat Von Savigny tersebut kurang relevan apabila dihadapkan dengan kondisi saat ini, ketika pasar menjadi semakin terintegrasi dan kondisi ketergantungan antar bangsa yang semakin meningkat, serta adanya fenomena bahwa terjadi globalisasi dan pasar bebas [16], negara-negara terutama negara berkembang tidak dapat menghindari adanya globalisasi ini, lebih-lebih di bidang ekonomi [16] yang kemudian diikuti oleh globalisasi praktik hukum yang antara lain ditandai masuknya konsultan hukum dari suatu negara ke negara lain, dan masuknya suatu sistem hukum di negara tertentu ke negara lain yang menganut sistem hukum yang berbeda.[16] Menghadapi kondisi tersebut, para ahli mencoba menawarkan beberapa alternatif, yaitu perlunya dilahirkan suatu sistem global, impor sistem hukum, atau transplantasi hukum. [16] Dari paparan di atas, maka dapat Penulis simpulkan bahwa adanya pasar yang terintegrasi dan kompetitif dalam AEC akan menimbulkan kebutuhan adanya suatu regulasi bersama dalam penegakan Hukum Persaingan pada kawasan ASEAN.

Kedua, Adam Smith menyatakan bahwa dalam pasar bebas, pemerintah sebaiknya tidak mengintervensi pasar secara langsung.[17] Namun, ketika menjalankan pasar bebas tidak berarti negara sepenuhnya menghindari untuk melakukan intervensi pasar,[17] dikarenakan persaingan antar pelaku usaha dan mekanisme pasar akan mengarah pada hasil adanya pemenang dan pecundang[18] serta berpotensi menimbulkan adanya kegagalan pasar. Hal ini menciptakan kebutuhan akan adanya suatu tindakan korektif negara, misalnya melalui Undang-undang atau instrumen peraturan

persaingan.[17] Dalam mengawasi pasar, Hukum Persaingan memberlakukan serangkaian larangan yang berfokus terhadap perilaku pelaku pasar, yang bertujuan untuk mencegah perolehan kekuatan pasar secara tidak sah.[17] Dalam kondisi ini, Penulis menyimpulkan bahwa dalam suatu pasar, diperlukan adanya suatu hukum persaingan untuk mengawasi pelaku pasar tidak berperilaku yang dapat mengakibatkan “kegagalan pasar” dan perolehan penguasaan pangsa pasar dengan cara yang tidak sah.[17] Dalam hal berlakunya pasar tunggal ASEAN, maka diperlukan suatu hukum persaingan yang berlaku bagi kawasan ASEAN.

Ketiga, Implementasi AEC memiliki konsekuensi di bidang persaingan misal melalui penggabungan perusahaan di luar negeri, merger, akuisisi, monopoli pada sektor tertentu dan kartel internasional (*cross border cartel*) yang berdampak negatif terhadap perekonomian ASEAN. Perekonomian dapat dipengaruhi oleh monopoli atau kartel pada sektor-sektor tertentu yaitu mudahnya menaikkan harga dengan cara mengkoordinir perusahaan-perusahaan yang termasuk dalam *holding company* misalnya dalam bidang kartel *Crude Palm Oil* (CPO) yang dapat dilakukan oleh perusahaan CPO di Indonesia, Malaysia dan Thailand.[19] Dari sisi regulasi, perlunya harmonisasi atau penyeragaman beberapa peraturan tentang Hukum Persaingan di negara anggota ASEAN untuk mengatasi problematika transaksi lintas batas negara ASEAN.[20] Penyeragaman atau penyelarasan ini diperlukan karena setiap negara anggota ASEAN memiliki parameter yang berbeda-beda dalam regulasi persaingan nasionalnya.[21]

Beberapa perbedaan parameter dalam hukum persaingan negara anggota ASEAN antara lain sebagai berikut:[22]

- a. Terdapat perbedaan dalam pengaturan larangan bagi perjanjian anti persaingan, terdapat negara anggota yang melarang beberapa jenis perjanjian secara “*per se*”. Indonesia sendiri menggunakan dua pendekatan yaitu *per se illegal* dan *rule of reason*. Salah satu negara anggota yaitu Myanmar justru tidak menyebutkan jenis perjanjian yang dilarang ketika negara lain telah mengatur secara rinci jenis perjanjian yang dilarang menurut hukum persaingan nasional.
- b. Terdapat perbedaan pengaturan mengenai notifikasi merger, sebagian negara anggota ASEAN mengatur pemberitahuan sukarela (*ex-ante* atau *ex-post*) dan sebagian lagi mengatur pemberitahuan wajib (*ex-ante* dan *ex-post*). Juga terdapat perbedaan parameter ambang batas merger yang harus diberitahukan kepada dan disetujui oleh otoritas persaingan;
- c. Adanya perbedaan parameter mengenai posisi dominan di seluruh ASEAN, sehingga entitas dengan posisi dominan di satu negara anggota ASEAN belum tentu memiliki posisi dominan menurut aturan negara anggota ASEAN lain; Contoh saat ini dapat dilihat di Vietnam, posisi dominan berjenjang sesuai dengan jumlah perusahaan, yaitu dua perusahaan yang memiliki total pangsa pasar 50% atau lebih di pasar bersangkutan; tiga perusahaan yang memiliki total pangsa pasar 65% atau lebih di pasar bersangkutan, empat perusahaan yang memiliki total pangsa pasar 75% atau lebih di pasar bersangkutan, dan setidaknya lima perusahaan memiliki total pangsa pasar 85% atau lebih di pasar bersangkutan. Sedangkan posisi dominan di Indonesia jika terjadi penguasaan pangsa pasar 50%, Malaysia mengatur penguasaan pangsa pasar di 60%;
- d. Terdapat perbedaan ketentuan yang mengatur mengenai pengecualian ada Undang-undang persaingan negara anggota ASEAN, Brunei, Malaysia, Singapura dan Thailand memberikan pengecualian bagi kegiatan usaha yang melibatkan pemerintah, sedangkan Vietnam, Laos, Filipina, Indonesia dan Myanmar tidak;
- e. Negara Anggota ASEAN memiliki pengaturan dan jenis sanksi yang berbeda, sebagian hanya mengatur mengenai sanksi finansial berupa denda, akan tetapi terdapat Negara anggota ASEAN yang mengatur mengenai sanksi pidana bagi jenis pelanggaran persaingan tertentu. Negara anggota ASEAN yang memiliki ketentuan sanksi pidana antara lain Indonesia, Kamboja, Laos, Thailand, dan Myanmar;
- f. Dalam penyelesaian kartel, belum semua negara anggota ASEAN mengatur mengenai mekanisme leniensi;

- g. Sejumlah undang-undang negara anggota ASEAN memuat ketentuan tegas yang menerapkan undang-undang mereka secara ekstra-teritorial, sebagian lagi belum mengatur secara tegas mengenai kewenangan otoritas dalam menindak pelaku usaha yang berdomisili di luar wilayah yurisdiksi negara. Negara anggota ASEAN perlu mempertimbangkan protokol untuk mengidentifikasi kasus ketika lebih dari satu undang-undang persaingan ASEAN berlaku yang dapat mencakup berbagi pengetahuan tentang kasus lintas batas;
- h. Adanya perbedaan kewenangan otoritas persaingan negara anggota ASEAN dalam penanganan pelanggaran. Beberapa memiliki kekuasaan pengambilan keputusan yang otonom, sementara yang lain bergantung pada pengadilan untuk membuat keputusan. [23]

Perbedaan parameter tersebut menimbulkan pertanyaan, hukum persaingan negara mana yang akan diterapkan apabila terjadi pelanggaran hukum persaingan lintas batas yang melibatkan pelaku usaha yang merugikan lebih dari satu negara anggota ASEAN?. Hingga saat ini, belum ada regulasi bersama yang mengatur penegakan hukum persaingan lintas negara di wilayah hukum kawasan ASEAN, sehingga diperlukan sebuah ketentuan hukum regional dalam penegakan hukum persaingan usaha lintas negara pada kawasan ASEAN, dalam hal ini adalah *ASEAN Competition Law*.

Mekanisme perumusan dan bentuk ASEAN Competition Law

Kebijakan persaingan bersama memiliki potensi untuk memajukan tujuan pasar bersama yang terintegrasi. Menurut pengamatan Robert Lawrence dan Robert Litan, kesepakatan regional dapat membantu daerah dalam mencapai tingkat integrasi ekonomi yang lebih dalam daripada yang dapat dicapai oleh sistem internasional.[24]

Melamed telah mendefinisikan tiga isu yang muncul dari perilaku anti persaingan pada suatu pasar bersama, yaitu perilaku anti persaingan yang mempengaruhi banyak Negara seperti kolusi harga dan merger dan akuisisi internasional, perilaku anti persaingan yang mempengaruhi suatu Negara tetapi prosedur pencarian bukti perlu dilakukan di Negara tempat kantor pusat perusahaan yang

melanggar, dan perilaku anti persaingan yang memiliki tingkat efek negatif yang berbeda pada Negara yang berbeda, misalnya hambatan impor swasta dapat mempengaruhi konsumen di Negara pengimpor dan mempengaruhi produsen di Negara pengekspor. [25] Beberapa alasan penting dan manfaat perlunya perumusan ketentuan persaingan regional, berdasarkan pengalaman kawasan lain, antara lain sebagai berikut:[26]

- a. Mengatasi kendala sumber daya dan kemampuan penegakan hukum. Masing-masing negara memiliki kemampuan yang terbatas dalam penegakan hukum terhadap kasus lintas batas, antara lain kesulitan mengumpulkan bukti. Ketentuan persaingan regional menciptakan peluang untuk mengumpulkan dan bertukar informasi (misalnya di Uni Eropa, otoritas persaingan nasional dapat bertukar informasi, termasuk informasi rahasia);
- b. Penguatan budaya persaingan. Kurangnya budaya persaingan yang menyebabkan lemahnya penegakan hukum dapat dikurangi dengan pembentukan ketentuan persaingan regional;
- c. Kesempatan untuk dapat mengawasi pemerintah negara anggota. Ketentuan persaingan regional dapat membantu mengawasi agar negara anggota tidak menciptakan hambatan, terpengaruh oleh kelompok mayoritas dalam membuat kebijakan dan menciptakan persaingan yang setara untuk semua perusahaan sehingga dapat mendorong investasi asing;
- d. Pada kawasan Uni Eropa, pemerintah Belanda menyatakan bahwa landasan kesuksesan ekonomi Belanda adalah Pasar Tunggal Uni Eropa, dikarenakan adanya persaingan yang adil dan terbuka turut memberikan persaingan sehat di pasar dalam negeri dan memberikan banyak peluang bagi bisnis besar dan kecil untuk tumbuh, telah dan akan menyediakan pekerjaan dan kesejahteraan warga.[27]

ASEAN merupakan suatu organisasi internasional yang memiliki *legal personality* [9] dan *international legal capacity* sehingga ASEAN memiliki kewenangan untuk menciptakan aturan-aturan baru baik dalam bentuk persetujuan, perjanjian atau dalam bentuk instrumen hukum internasional lain yang disetujui bersama.[9]

Dalam perumusan *ASEAN Competition Law*, ASEAN dapat merujuk pada proses perumusan yang telah dijalankan pada kawasan Uni Eropa, Mercosur dan Andes, yaitu sebagai berikut:

- a. Uni Eropa, merumuskan ketentuan persaingan usaha supranasional yang berlaku bagi semua negara anggotanya dengan penandatanganan *Treaty establishing the European Community (TEC)*. Ketentuan ini kemudian diubah dengan adanya ratifikasi Perjanjian Lisbon yaitu *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*. Dengan demikian, ketentuan persaingan pada kawasan Uni Eropa merupakan bagian dari perjanjian pendirian Uni Eropa. Ketentuan TFEU ini mengikat bagi seluruh negara Anggota Uni Eropa dan wajib diadopsi dalam Hukum Persaingan nasional masing-masing. Mercosur, merumuskan ketentuan persaingan usaha supranasional yang berlaku bagi semua negara anggotanya dalam *Protocolo De Defensa De La Competencia Del Mercosur* (Protokol Fortaleza).[28] Protokol Fortaleza merupakan suatu perjanjian yang terpisah dari perjanjian pendirian Mercosur. Ketentuan dalam Protokol Fortaleza ini mengikat bagi seluruh negara anggota Mercosur dan wajib diadopsi dalam hukum persaingan nasional masing-masing, sebagaimana diatur dalam Protokol Ouro Preto. Ketentuan ini kemudian dicabut dengan penandatanganan *Acuerdo de Defensa de La Competencia del Mercosur (Agreement for the Defence of Competition of MERCOSUR/ the New Agreement/ Perjanjian Baru Mercosur)* yang menegaskan mengenai berlakunya hukum persaingan nasional masing-masing negara anggota;
- b. Komunitas Andes (CAN), merumuskan ketentuan persaingan supranasional yang berlaku bagi seluruh negara anggotanya dalam penandatanganan the *Acuerdo de Cartagena (Cartagena Agreement)* pada tahun 1969[29] yang menandai pendirian *Andean Pact* (Pakta Andes)[30] dan diatur lebih lanjut dalam *Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina (Decision 608)*. Ketentuan Perjanjian Cartagena dan Keputusan 608 ini mengikat bagi seluruh Negara Anggota Komunitas Andes dan wajib diadopsi dalam Hukum Persaingan nasional masing-masing.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Guru Besar Hukum Internasional Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto Ade Maman Suherman, ASEAN sebagai organisasi internasional dapat merumuskan suatu regulasi bersama yang berlaku bagi seluruh negara anggota dengan berdasarkan perjanjian negara anggota yang mempunyai *common interest* dan *common ground*. ASEAN juga dimungkinkan untuk membentuk lembaga peradilan seperti Uni Eropa, sepanjang terdapat kemauan serta kesepakatan bersama dalam suatu perjanjian internasional.

Bagi kawasan ASEAN, Lawan Thanadsilapakul mengusulkan tiga opsi bagi harmonisasi hukum persaingan regional, yaitu *pertama*, model terkoordinasi atau kedaulatan, di mana pemerintah mengandalkan koordinasi hukum persaingan nasional berdasarkan perjanjian kebersamaan, *kedua*, model hukum yang diselaraskan, di bawah pedoman internasional; dan *ketiga*, model supranasional, di mana pemerintah menandatangani kesepakatan tentang undang-undang persaingan internasional.[20]

Huong Ly Luu, ahli hukum Vietnam, menyatakan bahwa tanpa kekuatan supranasional, AEC tidak akan berdaya. Namun, pemberlakuan sistem hukum supranasional berarti negara anggota ASEAN wajib menyerahkan kedaulatannya kepada lembaga supranasional; dan penyerahan kedaulatan tersebut tidak sesuai dengan prinsip-prinsip ASEAN, sehingga dibutuhkan langkah hukum yang tidak mengharuskan penyerahan kedaulatan negara anggota kepada kekuatan supranasional.[20]

Dalam hal ini, berdasarkan kajian Penulis, ASEAN dapat mengadopsi sistem supranasionalisme Uni Eropa melalui *ASEAN Competition Law* hanya bagi kasus pelanggaran hukum persaingan usaha lintas batas yang mempengaruhi pasar tunggal ASEAN atau merugikan minimal 2 (dua) negara anggota ASEAN, sedangkan bagi kasus pelanggaran hukum persaingan lintas negara yang hanya berpengaruh pada pasar domestik, setiap negara diberikan kedaulatan untuk menggunakan hukum persaingan usaha nasionalnya sendiri dengan menerapkan doktrin efek.[30] Hal ini dikarenakan karakteristik ekonomi dan karakteristik hukum persaingan usaha yang berbeda-beda antar negara anggota ASEAN. [31]

Berdasarkan pendapat Lawan Thanadsilapakul dan beberapa kajian, terdapat beberapa opsi dalam perumusan *ASEAN Competition Law*, yaitu

harmonisasi, unifikasi, dan konvergensi. Selain itu, dalam laporan tahunan AEGC 2019, ASEAN melalui pernyataan AEGC menyadari pentingnya dan manfaat konvergensi kebijakan persaingan dan hukum regional, kemampuan otoritas persaingan untuk menangani masalah persaingan lintas batas akan sangat bergantung pada kerja sama dan koordinasi antara regulator persaingan ASEAN. Kerja sama dan koordinasi akan jauh lebih mudah ketika konvergensi peraturan perundang-undangan persaingan dapat dicapai.

ASEAN memiliki prinsip yaitu *ASEAN Way* di mana salah satu prinsipnya adalah *non interference*, norma diplomatik ini membawa norma perilaku yang dikemas dalam kode etik dan seperangkat norma prosedural dan berisi norma standar hukum internasional: menghormati kedaulatan dan tidak mencampuri urusan dalam negeri. Harmonisasi merupakan penyesuaian di mana negara anggota ASEAN diharapkan bisa menyesuaikan ketentuan hukum dalam negerinya dengan ketentuan bersama yang disepakati, hal ini berpotensi menimbulkan pertentangan dikarenakan penyesuaian hukum dapat mencederai prinsip *ASEAN Way* tersebut. Sehingga, perumusan *ASEAN Competition Law* dapat dilaksanakan dengan unifikasi hukum persaingan yang tertuang dalam bentuk perjanjian multilateral negara anggota ASEAN. Harmonisasi telah didefinisikan sebagai suatu proses untuk mencapai kesesuaian praktik dengan mengurangi perbedaan untuk mencapai tingkat kesamaan antara sistem hukum, tetapi juga mempertimbangkan bahwa beberapa perbedaan mungkin tetap ada.[32] Sedangkan unifikasi dapat diartikan sebagai adopsi seperangkat aturan, standar, atau pedoman yang disepakati untuk diterapkan pada transaksi transnasional.[33] Perbedaan harmonisasi dan unifikasi adalah, harmonisasi tidak mengarah pada seperangkat aturan yang disepakati, harmonisasi mengarahkan perubahan aturan, standar atau proses untuk menghindari konflik, mendekatkan ketentuan atau proses hukum antara dua atau lebih sistem hukum, atau mencapai kesetaraan.[32] Harmonisasi membutuhkan penyesuaian sistem hukum yang berbeda.

Terdapat beberapa alasan bagi Penulis dalam memilih unifikasi dibandingkan harmonisasi dalam perumusan *ASEAN Competition Law*, yaitu sebagai berikut:

- a. Negara anggota ASEAN memiliki sistem hukum yang berbeda-beda, sebagian menerapkan *Civil*

Law, sebagian lagi menerapkan *Common Law*, sebagian menerapkan kombinasi antara *Civil Law* dan *Common Law*; perbedaan pokok pada sistem hukum tersebut akan menyulitkan terjadinya harmonisasi. Pada faktanya, saat ini ASEAN baru memulai proses konvergensi, dan hukum persaingan di ASEAN berjalan di tempat;

- b. Terdapat berbagai perbedaan dalam pengaturan mengenai persaingan pada hukum nasional masing-masing negara.[22]
- c. Secara empiris, menurut Ade Maman Suherman, ASEAN sudah terbelah, pada saat ini, Myanmar, Kamboja dan Vietnam secara politik memiliki kedekatan dengan China. Hal ini akan menghambat proses harmonisasi, dikarenakan pada proses harmonisasi, terdapat proses penyesuaian hukum regional pada hukum nasional masing-masing negara anggota ASEAN;
- d. *ASEAN Competition Law* menitikberatkan pada pelanggaran hukum persaingan lintas negara yang berpengaruh pada persaingan pasar tunggal ASEAN dan tidak mengubah ataupun mengintervensi hukum persaingan nasional secara langsung;
- e. Menurut pendapat Sudargo Gautama, unifikasi merupakan suatu kondisi ketika negara-negara memberlakukan hukum yang sama bagi transaksi dagang tertentu, sehingga dapat diperkecil kemungkinan adanya kesulitan dalam transaksi dagang tersebut.[34]

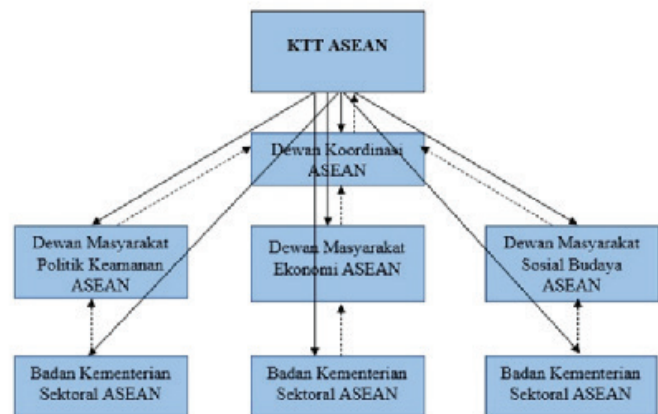
Terkait dengan proses perumusan *ASEAN Competition Law*, sebagaimana telah diuraikan di atas, Uni Eropa merumuskan ketentuan persaingan sebagai bagian dari perjanjian pendirian, demikian juga pada komunitas Andes. Pada ASEAN, maka *ASEAN Competition Law* tidak dapat menjadi bagian dari perjanjian pendirian, dikarenakan hal tersebut berarti mengubah isi *ASEAN Charter*. Perumusan *ASEAN Competition Law*, direkomendasikan dalam bentuk suatu perjanjian tersendiri, yaitu *ASEAN Agreement on Competition Law Enforcement*, sebagaimana ASEAN sebelumnya telah menyepakati suatu aturan bersama dalam bentuk perjanjian internasional, antara lain *ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009*, *The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution 2002*, dan *ASEAN Agreement on Electronic Commerce 2019*.

Dalam proses perumusan *ASEAN Competition Law*, Negara anggota ASEAN berperan sebagai negara pihak, yaitu negara yang menyatakan terikat pada ketentuan yang diatur dalam perjanjian internasional. pengertian negara pihak (*party*) dapat dilihat dalam Pasal 2 huruf (g) Konvensi Wina 1969 yaitu "*Party means a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force*" dan dalam pasal 2 huruf (g) Konvensi Wina 1986: "*party*" means a State or an international organization which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force".

Dalam penyusunan perjanjian internasional, Piagam ASEAN menetapkan kepribadian hukum ASEAN tetapi tidak mengubah sifat *intergovernmental* ASEAN, sebagaimana diatur dalam Pasal 20 Ayat (1) "*As a basic principle, decision-making in ASEAN shall be based on consultation and consensus*.[34] Pasal 20 Ayat (2) mengatur bahwa "*Where consensus cannot be achieved, the ASEAN Summit may decide how a specific decision can be made*".

Dalam perkembangannya, saat ini ASEAN telah memberikan wacana baru dalam mekanisme pengambilan suara yang tidak terbatas pada konsensus, yaitu dengan "*flexible consensus*" yang pada prinsipnya, penyusunan perjanjian internasional atau kesepakatan tidak memerlukan suara bulat seluruh negara anggota ASEAN. [34] ASEAN juga mengembangkan formula sepuluh minus satu (*X minus one formula*) bagi pengambilan kebijakan terkait masalah ekonomi. Formula ini memungkinkan suatu program dapat dilanjutkan hanya dengan sembilan anggota yang setuju, dan negara anggota lain dapat menyusul ketika kondisinya telah memungkinkan dan sepanjang kebijakan yang diambil tidak merugikan kepentingan negara anggota yang tidak setuju tersebut.[35]

Adapun tahapan pengambilan keputusan pada ASEAN menurut Atena Feraru dapat dilihat pada bagan pengambilan keputusan di bawah ini:[36]



Gambar 1. Proses Pengambilan Keputusan ASEAN

(Sumber: A. S. Feraru, "ASEAN Decision-Making Process: Before And After The ASEAN Charter," Asian Dev. Policy Rev., vol. 4, no. 1, p. 26-41, 2016)

Dari bagan tersebut di atas, proses pengambilan keputusan di ASEAN bersifat *bottom up*, inisiatif mengenai suatu kebijakan dapat berasal dari negara anggota ASEAN, dan kemudian dibahas melalui *ministerial meeting* bidang terkait. Hasil dari *ministerial meeting* ini kemudian diajukan untuk dapat dibahas dan diputuskan pada KTT ASEAN.

Prosedur pada bagan ini sedikit berbeda dengan praktik yang dijalankan saat ini. Sejauh ini, ASEAN belum mengatur mekanisme baku dalam proses pengambilan keputusan. Adapun berdasarkan hasil wawancara dengan tim penyusun regulasi *ASEAN Ministers of Agriculture and Forestry (AMAF)*, praktik dalam proses pengambilan keputusan ASEAN saat ini adalah sebagai berikut, *Pertama*, negara pengusul dapat mengusulkan suatu isu untuk dibahas pada dalam *Working Group* badan sektoral sesuai pilar ASEAN. [37] *Kedua*, Proses lobi dan negosiasi dilaksanakan dalam *Working Group*, kemudian hasil *Working Group* akan disahkan pada *Senior Official Meeting* dan *Ministerial Meeting* sesuai pilar, untuk hukum persaingan pada *ASEAN Economic Minister (AEM) Meeting*.

Berdasarkan uraian di atas, maka proses pengambilan keputusan dalam rangka perumusan *ASEAN Competition Law* kurang lebih adalah sebagai berikut:

- Tahap pertama dimulai dengan inisiatif dari badan kementerian sektoral ASEAN/ badan kerja di bawahnya, dalam hal ini badan yang terkait dengan hukum persaingan adalah *ASEAN Expert Group on Competition (AEGC)*.

Pada tahapan ini, maka negara pengusul yang disebut *proponen*, melakukan proses lobi dan negosiasi dengan mengedepankan musyawarah mengenai urgensi keberadaan suatu ketentuan persaingan regional ASEAN *Competition Law* dengan melibatkan perwakilan Negara anggota lain melalui pertemuan *Working Group* di bawah koordinasi AEGC. Hasil rapat *Working Group* berupa *concept note* yang telah disepakati dengan AEGC.

- b. Tahap berikutnya adalah penyampaian *concept note ASEAN Competition Law* oleh AEGC pada *ASEAN Senior Economic Official Meeting* (SEOM) untuk dapat dilaksanakan *endorsement*;
- c. Tahap berikutnya adalah *adoption* pada ASEAN *Economic Ministers (AEM) Meeting*.

Persetujuan dari negara anggota ASEAN untuk terikat oleh perjanjian akan dinyatakan dalam bentuk penerimaan atau persetujuan atau ratifikasi. Dalam kebijakan persaingan, maka formula ASEAN *minus X* dapat digunakan, sehingga apabila terdapat Negara anggota yang belum siap untuk meratifikasi ketentuan tersebut, maka negara anggota tersebut dapat meratifikasi setelah merasa siap dan ketentuan tersebut tidak merugikan kepentingannya.

Materi muatan ASEAN *Competition Law* tidak terlepas dari 3 (tiga) inti atau pilar dari hukum persaingan usaha, yaitu *pertama*, perjanjian yang dilarang, *kedua*, ketentuan merger, *ketiga*, ketentuan mengenai posisi dominan.

KESIMPULAN

Berdasarkan uraian hasil penelitian di atas, maka terkait dengan ASEAN *Competition Law* sebagai *ius constituendum* dalam penegakan hukum persaingan usaha lintas negara di kawasan ASEAN, terdapat beberapa kesimpulan sebagai berikut:

1. Keberadaan ASEAN *Competition Law* dalam rangka penegakan hukum persaingan usaha di kawasan ASEAN sangat diperlukan. Alasan yang mendasari perlunya ASEAN *Competition Law* adalah, *pertama*, adanya pasar yang terintegrasi dan kompetitif dalam AEC akan menimbulkan kebutuhan adanya suatu regulasi bersama dalam penegakan hukum persaingan pada kawasan ASEAN. *Kedua*, dalam suatu pasar, diperlukan adanya hukum

persaingan usaha yang bertujuan untuk mengawasi pasar agar pelaku pasar tidak berperilaku yang dapat mengakibatkan “kegagalan pasar” dan perolehan penguasaan pangsa pasar dengan cara yang tidak sah. *Ketiga*, adanya berbagai perbedaan parameter dalam hukum persaingan negara anggota ASEAN sehingga suatu tindakan pelaku usaha dapat dianggap melanggar atau tidak melanggar oleh Otoritas Persaingan Usaha masing masing Negara dapat menimbulkan ketidakpastian hukum;

2. ASEAN *Competition Law* dapat dirumuskan melalui mekanisme pengambilan keputusan di ASEAN melalui beberapa tahap, yaitu, *Pertama*, inisiatif dari badan kementerian sektoral ASEAN/ badan kerja di bawahnya, dalam hal ini ASEAN *Expert Group on Competition (AEGC)* dengan hasil berupa *concept note*, *Kedua*, *endorsement* dalam ASEAN *Senior Economic Official Meeting*, dan *Ketiga*, *adoption* pada ASEAN *Economic Minister Meeting*. ASEAN *Competition Law* dirumuskan dalam bentuk perjanjian internasional tersendiri yang terpisah dari ASEAN *Charter*, yaitu dalam bentuk ASEAN *Agreement on Competition Law Enforcement* yang disepakati, ditandatangani dan diratifikasi oleh negara-negara anggota ASEAN.

DAFTAR PUSTAKA

- [1] Kementerian Luar Negeri Republik Indonesia, “Sejarah Dan Latar Pembentukan Asean.”
- [2] Komisi Pengawas Persaingan Usaha, “Menuju Pasar Bebas ASEAN,” *Kompetisi*, vol. 42, 2013.
- [3] P. C. Commission, “Commission Resolution No. 08-2018 Directing the Mergers and Acquisitions Office to Commence a Motu Proprio Review of the Acquisition by Grab Holdings, Inc. and MyTaxi.PH, Inc. of the Assets of Uber B.V. and Uber Systems, Inc.,” *Philippine Competition Commission*, 2018. <https://www.phcc.gov.ph/commission-resolution-no-08-2018-directing-mergers-acquisitions-office-commence-motu-proprio-review-acquisition-grab-holdings-inc-mytaxi-ph-inc-assets-uber-b/> (diakses pada 1 Oktober 2020)

- [4] U. Silalahi and D. Parluhutan, "The Necessity of ASEAN Competition Law: Rethinking," *Hasanuddin Law Rev.*, vol. 3, no. 3, pp. 218, Dec. 2017, doi: 10.20956/halrev.v3i3.1165.
- [5] G. O. R. G. Rodríguez, G. R. Albor, and C. C. López, "Proyección internacional y estabilidad regional el caso de brasil y el MERCOSUR En la política internacional," *Investig. desarro*, vol. 18, no. 2, 2010, [Online]. Available: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-32612010000200003 (diakses pada 1 Oktober 2022)
- [6] "Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union," *the European Union*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (diakses pada 10 Juli 2022)
- [7] S. Suryokusumo, *Hukum Organisasi Internasional*, 1st ed. Jakarta: Universitas Indonesia, 1990, pp. 26
- [8] E. Burmansyah, *Rezim Baru ASEAN: Memahami Rantai Pasokan dan Masyarakat Ekonomi ASEAN*. Jakarta: Perpustakaan Nasional, 2014.
- [9] ASEAN, "Piagam ASEAN," ASEAN, 2009. https://www.kemlu.go.id/portal/id/read/117/halaman_list_lainnya/piagam-asean (diakses pada 10 Juli 2022)
- [10] U. Silalahi, "Accelerating The Development of ASEAN Competition Culture," *Law Rev. XII*, no. 241-254, 2AD.
- [11] A. Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004. pp.13
- [12] N. N. Sirait, *Asosiasi & Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Medan: Pustaka Bangsa Press, 2003. pp. 15
- [13] J. W. Mayo, "The Evolution of 'Competition': Lessons for 21st Century Telecommunications Policy," *SSRN Electron. J.*, 2016, doi: 10.2139/ssrn.2756127.
- [14] G. H. Montague, "Unfair Methods of Competition," *Yale Law J.*, vol. 25, no. 1, 1915. pp.26
- [15] Shidarta, "Peran Komunitas Intelektual Ala Von Savigny," *BINUS University*, 2017. diakses dari <https://business-law.binus.ac.id/2017/09/02/peran-komunitas-intelektual-ala-von-savigny/>. (Diakses pada 10 Juli 2022)
- [16] A. Z. Muhdlor, "Kajian Politik Hukum Terhadap Transplantasi Hukum di Era Global," *J. Huk. dan Peradil.*, vol. 5, no. 2, pp. 195-208, 2016.
- [17] N. Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*. Cambridge University Press, 2015. doi: 10.1017/CBO9781107707481.
- [18] M. Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*. Cambridge University Press, 2013. doi: 10.1017/CBO9781139087452.
- [19] M. K. Huda, N. Nugraheni, and Kamarudin, "Harmonizing Competition Law in The ASEAN Economic Community," *Int. J. Business, Econ. Law*, vol. 9, no. 4, pp. 48-53, 2016, [Online]. Available: https://ijbel.com/wp-content/uploads/2016/05/K9_210.pdf (diakses pada 31 Desember 2021)
- [20] C. W. Sayekti, "Sayekti, Cenuk Widiyastrisna (2016). The harmonisation of competition policy in ASEAN economic community: problems and prospects," Macquarie University, 2016. doi: <https://doi.org/10.25949/19432445.v1>.
- [21] U. Silalahi, "Peranan Hukum Persaingan Usaha dan Tantangannya Dalam Mengawasi Kegiatan Usaha di Era MEA," 2015.
- [22] ASEAN, *ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy*. Jakarta: ASEAN, 2010. [Online]. Available: <https://asean.org/wp-content/uploads/2021/08/ASEAN-Regional-Guidelines-on-Competition-Policy.pdf>(diakses pada 31 Desember 2021)
- [23] C. P. and I. D. (CCPID) Competition, "Commonalities and Differences across Competition Laws in ASEAN and Areas Feasible for Regional Convergence," *The ASEAN Secretariat*, 2020. https://asean-competition.org/file/post_image/Study on Commonalities and Differences and Strategy-FINAL.pdf. (diakses pada 13 Juli 2022)
- [24] M. S. Gal, "REGIONAL COMPETITION LAW AGREEMENTS: AN IMPORTANT STEP FOR ANTITRUST ENFORCEMENT," *Univ. Tor. Law J.*, vol. 60, no. 2, 2010, doi: <https://www.jstor.org/stable/40801405>
- [25] Ayudhaya, Phanomkwan Devahastin Na. "ASEAN Harmonization of International Competition Law: What is the Most Efficient Option?". *International Journal of Business, Economics and Law*, 2(3). 2013

- [26] "Benefits and challenges of regional competition agreements," *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, 2018. <https://www.oecd.org/daf/competition/benefits-and-challenges-of-regional-competition-agreements.htm> (diakses pada 13 Juli 2022)
- [27] "Why strong EU competition and state aid rules matter," *Government of the Netherlands*, 2021. <https://www.government.nl/latest/news/2021/11/11/why-strong-eu-competition-and-state-aid-rules-matter> (diakses pada 1 November 2022)
- [28] J.T. de A. Jr., "Toward a Common Competition Policy in Mercosur," in *Competition Policy in Infrastructure Services: Second Generation Issues in the Reform of Public Services*, 2001.
- [29] The Editors of Encyclopaedia Britannica, "Andean Community," *Britannica*. <https://www.britannica.com/topic/Andean-Community> (Diakses pada 20 Desember 2021).
- [30] "Andean Community (CAN)," 2013. https://www.mea.gov.in/Portal/ForeignRelation/Andean_Community_February.2013.pdf (Diakses pada 20 Desember 2021)
- [31] N. Samie, "The Doctrine of 'Effects' and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws," *Univ. Miami Inter-American Law Rev.*, vol. 14, 1982, pp. 23
- [32] C. Paisey and N. J. Paisey, "Harmonisation of company law," *Manag. Decis.*, vol. 42, no. 8, pp. 1037–1050, Sep. 2004, doi: 10.1108/00251740410555506.
- [33] G. A. Zaphiriou, "Unification and Harmonization of Law Relating to Global and Regional Trading," *North. Ill. Univ. Law Rev.*, vol. 14, no. 2, 1994, [Online]. Available: <https://huskiecommons.lib.niu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1583&context=niulr> (diakses pada 31 Desember 2021)
- [34] S. Gautama, "UNIFIKASI DAN HARMONISASI HUKUM DAGANG INTERNASIONAL USAHA NEGARA-NEGARA ASIA AFRIKA DAN UNCITRAL," *J. Huk. Pembang.*, vol. 10, no. 4, 1980, https://www.researchgate.net/publication/318650337_UNIFIKASI_DAN_HARMONISASI_HUKUM_DAGANG_INTERNASIONAL_USAHA_NEGARA-NEGARA_ASIA_AFRIKA_DAN_UNCITRAL/link/59754c4d458515e26d09cde1/download (diakses pada 31 Desember 2021)
- [35] Koesrianti, *Association of South East Asian Nations (ASEAN), Sejarah Konstitusi dan Integrasi Kawasan*. Surabaya: Airlangga University Press, 2014, pp. 103
- [36] A. S. Feraru, "ASEAN Decision-Making Process: Before And After The ASEAN Charter," *Asian Dev. Policy Rev.*, vol. 4, no. 1, pp. 26–41, 2016.
- [37] ASEAN Foundation, *Model ASEAN Meeting: a guidebook understanding ASEAN processes and mechanisms*. Jakarta, 2016, pp. 8