

Penguasaan dan Posisi Tawar dalam Perjanjian Kemitraan: Sebuah Diskursus tentang Penyalahgunaan Posisi Tawar dalam Perjanjian Kemitraan antara UMKM dan Usaha Besar

Kurnia Togar P. Tanjung
kurnia.tanjung@ui.ac.id

Dosen di Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Diterima: (28/05/2022); Selesai Revisi : (08/07/2022); Disetujui : (02/12/2022)

ABSTRACT

The partnership between Micro, Small and Medium Enterprises (MSMEs) and Large Enterprises is believed can significantly increase the growth of MSMEs. In the dynamics of the asymmetrical relationship of economies of scale and the bargaining position between MSMEs and Large Enterprises, the Large Enterprises are likely to have ownership and/or control over MSME partners. Ownership, of course, is apparent in the form of a portion of shares to assets. On the other hand, control does not yet have a clear stipulation. Control can effectively support Large Enterprise to act according to their subjective interests and ignores the interests of MSMEs such as setting adverse partnership agreement clauses. This is prohibited in the laws and regulations regarding MSMEs as protection for MSMEs themselves. One of the discourses that can be put forward is to regulate the prohibition of control in the prohibition on competition for dominant bargaining positions through business competition law regime as carried out by various jurisdictions. KPPU's experience in defining "de facto control" in Temasek Case can become a lesson learned to decide whether there is any control from one to another entity.

Keywords: MSME, Enterprise, Partnership, Control.

ABSTRAK

Kemitraan antara Usaha Mikro, Kecil dan Menengah (UMKM) dan Usaha Besar diyakini menjadi upaya signifikan untuk meningkatkan pertumbuhan UMKM dalam ekonomi nasional. Dalam dinamika hubungan yang asimetris dari segi skala ekonomi serta posisi tawar antara UMKM dan Usaha Besar dimungkinkan Usaha Besar melakukan pemilikan dan/atau penguasaan terhadap mitra UMKM. Pemilikan tentunya sudah jelas tercermin dari adanya kepemilikan berupa porsi saham hingga aset. Penguasaan sendiri belum memiliki definisi yang jelas. Penguasaan memungkinkan Usaha Besar untuk bertindak sesuai kepentingan subjektifnya dan tidak mengindahkan kepentingan UMKM seperti menetapkan klausula perjanjian kemitraan yang merugikan. Hal tersebut sejatinya dilarang dalam berbagai peraturan perUndang-Undangan tentang UMKM sebagai bentuk perlindungan terhadap UMKM sendiri. Salah satu diskursus yang bisa dikemukakan adalah mengatur larangan penguasaan tersebut dalam bentuk larangan penyalahgunaan posisi tawar dominan lewat rezim hukum persaingan usaha sebagaimana dilakukan oleh berbagai yurisdiksi. Pengalaman Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam mendefinisikan "pengendalian de facto" lewat Perkara Temasek dapat dijadikan pembelajaran untuk menentukan apakah telah terjadi penguasaan oleh satu entitas terhadap entitas lainnya.

Kata kunci: UMKM, Usaha, Kemitraan, Pengendalian.

PENDAHULUAN

Justifikasi empiris menunjukkan peran signifikan Usaha Mikro, Kecil, Menengah (UMKM) terhadap perekonomian nasional. Tidaklah berlebihan untuk menyebut UMKM sebagai “tulang punggung” ekonomi nasional. Data Kementerian Koperasi dan Usaha Kecil Menengah (Kemenkop UKM) menunjukkan bahwa berdasarkan jumlah unit usaha yang terdata di tahun 2019, pangsa pasar UMKM dalam perekonomian nasional adalah 99,99% dengan usaha mikro berpangsa 98,67%, usaha kecil 1,22% dan usaha menengah 0,1%. Usaha besar sendiri tercatat hanya memiliki 0,01% pangsa. [13]

Sektor UMKM juga berjasa dalam menyerap tenaga kerja. Di tahun 2019, tidak kurang dari 119.562.843 tenaga kerja adalah mereka yang bekerja di berbagai usaha dengan skala UMKM atau menyerap 96,92% tenaga kerja dengan usaha mikro menyerap 89,04%, usaha kecil menyerap 4,81%, usaha menengah 3,07% dan usaha besar 3,08%.

Diukur dari sisi pertumbuhannya, medio 2018 – 2019, pangsa UMKM tumbuh 1,98% dengan kenaikan jumlah unit usaha sebanyak 1.271.528. Dalam periode yang sama, terdapat pula pertumbuhan penyerapan tenaga kerja di sektor UMKM sebesar 2.770.534 orang atau tumbuh 2,3%. [17]

Sebagai aktor utama ekonomi nasional, tidaklah mengejutkan pula apabila UMKM menjadi yang paling terdampak ketika pandemi *coronavirus disease* (COVID-19) muncul. Berdasarkan survei dari Lembaga Penyelidikan Ekonomi dan Masyarakat, Fakultas Ekonomi dan Bisnis, Universitas Indonesia (LPEM-FEB-UI) dan *United Nations Development Programme* (UNDP) terhadap 1.180 responden UMKM di lima belas provinsi di Indonesia tahun 2020 ditemukan fakta bahwa sembilan dari sepuluh UMKM menghadapi penurunan permintaan selama pandemi atau 80% UMKM mengalami penurunan margin keuntungan. Belum lagi akibat mobilitas yang dibatasi, 45% UMKM kesulitan untuk memperoleh barang mentah dan 56% harus mengurangi karyawan. [19]

Namun, di waktu yang bersamaan, berbagai studi menunjukkan cara Indonesia dapat melakukan *rebound* pasca terperangkap kontraksi saat pandemi adalah setali tiga uang dengan pertumbuhan UMKM. Digitalisasi masif UMKM yang hijrah memasarkan komoditasnya dari luring ke daring turut membantu ekonomi nasional tetap aktif berdenyut selama pandemi. Tercatat 44% UMKM bergabung ke dalam *online marketplace* di tahun pertama pandemi COVID-19 di Indonesia (2020) dibandingkan dengan sebelumnya 28%.

[19] Transaksi digital juga membantu proses digitalisasi UMKM ketika Bank Indonesia (BI) merilis kode respon cepat atau QR Code Indonesia Standard (QRIS) di mana hingga November 2021, nilai transaksi QRIS mencapai Rp 7,6 triliun dengan 94% transaksi terjadi lewat pelaku UMKM dan 88% terdiri dari usaha mikro dan kecil. [20]

Pengembangan UMKM tidaklah hanya berlangsung dalam waktu yang terbatas namun termaktub dalam politik kebijakan ekonomi nasional yang ajeg dan berjangka panjang. Dalam rangka pengembangan UMKM, penyisipan ketentuan mengenai “kemitraan” dalam sebuah Undang-Undang mengenai UMKM [9] adalah bagian dari afirmasi politik ekonomi nasional untuk hal tersebut. Apabila frase “perekonomian disusun sebagai usaha bersama atas asas kekeluargaan” dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diejawantahkan sebagai sebuah arahan kebijakan politik ekonomi nasional, maka struktur ekonomi yang ideal adalah perekonomian yang mengedepankan “kolaborasi” (baca: kemitraan) yang saling menguntungkan di antara antar pelaku ekonomi mulai dari usaha mikro, kecil, menengah, koperasi, usaha besar swasta hingga Badan Usaha Milik Negara (BUMN) (Pasal 2 TAP MPR XVI/MPR/1998). [8]

Perjanjian kemitraan atau *partnership* lahir sebagai praksis dari adanya hubungan saling menguntungkan antar pelaku ekonomi tersebut dalam hal ini antara UMKM dan usaha besar. Selain saling menguntungkan, sebuah keterkaitan usaha antara UMKM dan usaha besar tersebut berpegangan pula pada prinsip saling memerlukan, mempercayai dan memperkuat satu sama lain (*vide* Pasal 1 angka 13 UU Nomor 20 Tahun 2008).

Di awal, prinsip filantropis atau biasa juga disebut sebagai Tanggung Jawab Sosial Perusahaan (*Corporate Social Responsibility*) mengemuka sebagai alasan usaha besar bermitra dengan UMKM. Seiring berjalannya waktu, tujuan korporatis dan profitabilitas juga memperoleh justifikasi secara empiris di mana setidaknya *the United Nations Industrial Development Organization* (UNIDO) mencatat beberapa keuntungan melakukan kemitraan antara usaha besar dan UMKM berdasarkan survei yang dilakukan yaitu:

- a. mereduksi biaya;
- b. meningkatkan akses pasar;
- c. memberikan jaminan lebih untuk bahan baku atau mentah;
- d. meningkatkan kualitas pasokan;
- e. bagian dari kepatuhan terhadap peraturan perUndang-Undangan;
- f. hubungan yang lebih baik bahkan insentif dari pemerintah;

- g. keuntungan dari sisi merek dagang (*branding*);
- h. menciptakan kondisi ekonomi lokal yang lebih positif. [22]

Berpijakan pada definisi Undang-Undang untuk kemitraan, tentunya idealitas kemitraan adalah hubungan (hukum) yang setara antara UMKM dan usaha besar. [22] Hanya dalam kesetaraan hubunganlah tujuan kemitraan tercapai di mana masing-masing pihak merasakan faedah dari perjanjian kemitraan dibandingkan tidak melakukannya.

Tercapainya kesetaraan hubungan dalam kemitraan sayangnya terhambat dari pondasi lahirnya kemitraan itu sendiri. Sejak awal, meskipun diniatkan bahwa hubungan yang ada adalah setara, kemitraan sejatinya lahir dari ketidaksetaraan skala ekonomi. Kemitraan selalu hadir dari posisi ekonomi yang tidakimbang antara pelaku usaha yang memiliki kekuatan ekonomi secara relatif lebih besar ketimbang mitranya. Kemitraan selalu hadir dalam dinamika antara "si besar" atau "si kuat" dengan "si lemah" atau "si kecil".

Mengutip filosof politik, Montesquieu, pengalaman mengajarkan bahwa setiap pihak yang memiliki kekuatan cenderung menyalahgunakannya dan menggunakan kekuatannya tersebut sejauh mungkin [1]. Logika tersebut sejalan dengan perlindungan dalam kemitraan di mana usaha besar dilarang untuk melakukan setiap bentuk kepemilikan dan penguasaan terhadap UMKM sehingga setidaknya walaupun dibuat dalam kondisi yang memang tidak setara, pendulum tetap dapat bergerak ke tengah, ke arah kesetaraan ketimbang mencerminkan posisi tawar usaha besar yang dominan dalam menentukan berjalannya kemitraan tanpa menyisakan ruang bagi UMKM untuk secara mandiri menentukan dan menjalankan kepentingannya. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai otoritas yang diberikan atribusi UU UMKM dalam mengawasi kemitraan antara UMKM dan usaha besar menunjukkan bahwa kemitraan yang tujuannya mengembangkan UMKM justru dapat merugikan UMKM. Hal mana misalnya marak terjadi dalam sebuah skema kemitraan inti-plasma di sektor perkebunan.

Lewat rilis Ringkasan Eksekutif Penelitian Persaingan Usaha Terkait Kemitraan di Kelapa Sawit [18], terdapat beberapa temuan kerugian yang diterima perusahaan plasma (UMKM) dalam skema kemitraan inti-plasma perkebunan kelapa sawit.

Pertama, acap kali terjadi petani (plasma) yang memperoleh harga Tandan Buah Segar (TBS) sawit yang terlampau murah. Harga tersebut

ditentukan dengan kesepakatan kemitraan dengan pelaku perusahaan perkebunan inti dan faktanya seringkali jauh dari harga yang sebenarnya ditentukan Direktorat Jenderal Perkebunan, Kementerian Pertanian. [18]

Kedua, ketimpangan area penguasaan lahan antara plasma dan inti. Perusahaan perkebunan inti sering lebih didukung baik oleh pemerintah maupun sektor keuangan sehingga dominasi lahan timpang dimiliki inti ketimbang plasma. Hal mana menyebabkan potensi konflik yang tinggi antara inti dan plasma. [18]

Ketiga, penghitungan harga TBS sering hanya memperhitungkan biaya operasional dan pemasaran perusahaan inti namun tidak mencakup biaya produksi petani plasma. Hal tersebut menyebabkan harga TBS petani dinilai rendah oleh perusahaan perkebunan inti ditambah banyak TBS dari petani yang ditolak perusahaan. Belum lagi kerap terdapat tambahan berbagai potongan yang dibebankan kepada petani dalam kemitraan misalnya dengan alasan untuk biaya transportasi atau pemasaran dari perusahaan inti. [18]

Keempat, para perusahaan plasma membiayai pengelolaan kebunnya lewat mekanisme kredit perbankan. Perusahaan perkebunan inti bertindak sebagai penjamin (avalis) untuk mempermudah akses plasma terhadap kredit. Namun ditemukan skema yang memotong pembayaran kredit dan bunga oleh perusahaan dari pembayaran TBS ke petani plasma sehingga penerimaan petani jauh lebih kecil. [18]

Berbagai kerugian yang diterima UMKM (perusahaan atau petani plasma) di atas patut diduga diakibatkan adanya ketimpangan hubungan antara usaha besar (inti) dan UMKM (plasma) yang dimanifestasikan dengan adanya penguasaan efektif dari usaha besar terhadap mitra UMKMnya. Sebuah pelanggaran Undang-Undang yang dapat ditindak KPPU. Pertanyaannya, sejauh mana soal penguasaan tersebut telah jelas diatur Undang-Undang? Apakah KPPU memiliki pedoman yang memadai dalam menentukan apakah penguasaan telah terjadi atau tidak?

TINJAUAN TEORETIS

Tafsir Penguasaan secara Keperdataan

Larangan penguasaan dalam kemitraan diatur dalam Pasal 35 undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah (UU UMKM) di mana usaha besar atau menengah dilarang untuk melakukan penguasaan dan/atau pemilikan terhadap mitra UMKM (yang skalanya lebih kecil) dalam skema kemitraan (*vide* Pasal 35 UU 20 Tahun 2008).

Penjelasan Pasal 35 UU UMKM yang sebelumnya hanya ditulis “cukup jelas” berubah dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU Cipta Kerja) [12]. Berdasarkan Pasal 87 UU Cipta Kerja, ketentuan penjelasan Pasal 35 UU UMKM diubah sehingga memiliki didefinisikan sebagai terjadinya kepemilikan secara yuridis terhadap badan usaha, perusahaan maupun aset atau kekayaan yang dimiliki UMKM oleh Usaha Besar sebagai mitra. Selanjutnya penguasaan didefinisikan sebagai tercapainya peralihan penguasaan secara yuridis atas kegiatan usaha yang dijalankan hingga aset atau kekayaan yang dimiliki UMKM oleh Usaha Besar sebagai mitra (*vide* penjelasan Pasal 35 UU 20 Tahun 2008 jo. UU 11 Tahun 2020).

Terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam membaca baik ketentuan UU UMKM dan UU Cipta Kerja di atas. Pertama-tama, UU UMKM memberikan distingsi antara perilaku “memiliki” dan “menguasai”. Undang-Undang melarang dilakukannya baik kepemilikan dan penguasaan yang dilakukan Usaha Besar terhadap mitra UMKM dan Usaha Menengah terhadap mitra yang digolongkan memiliki skala Usaha Kecil dan Usaha Mikro.

Apabila dicermati lebih lanjut, terdapat potensi ketidaksinkronan alih-alih kebingungan apabila melekatkan penjelasan Pasal 35 UU Cipta Kerja terhadap UU UMKM. Dalam penjelasan Pasal 35 ayat (1) UU Cipta Kerja yang ingin dijelaskan seolah adalah hanya definisi hubungan kepemilikan antara UMKM dengan Usaha Besar sebagai mitra di mana Usaha Besar dikatakan “memiliki” UMKM ketika terdapat peralihan kepemilikan badan usaha/perusahaan dan/atau aset atau kekayaan dari UMKM kepada Usaha Besar. Padahal, Pasal 35 ayat (1) UU UMKM yang coba dijelaskan UU Cipta Kerja sendiri bicara juga soal “menguasai” dan bukan hanya “memiliki”. Idealnya penjelasan Pasal 35 ayat (1) UU UMKM dalam UU Cipta Kerja menjelaskan pula bagaimana bentuk “menguasai” Usaha Besar terhadap UMKM tersebut dalam ayat (1).

Bagi seseorang yang memahami dan terbiasa dalam menerapkan asas-asas pembentukan peraturan perUndang-Undangan di mana salah satu asasnya adalah “kejelasan rumusan”, (*vide* Pasal 5 huruf f UU Nomor 12 Tahun 2011) [10] ketentuan penjelasan Pasal 35 ayat (2) UU UMKM dalam UU Cipta Kerja juga berpeluang membuat kening tidak kalah berkerenyitnya. Penjelasan Pasal 35 ayat (2) UU Cipta Kerja seolah hanya fokus menjelaskan apa yang dimaksud “menguasai” yaitu, tidak jauh beda dengan definisi “memiliki” di penjelasan ayat (1), adanya peralihan penguasaan (secara yuridis) atas kegiatan usaha yang

dijalankan UMKM sekaligus peralihan penguasaan terhadap aset atau kekayaan yang dimiliki oleh UMKM. Padahal, apabila intensi UU Cipta Kerja adalah menjelaskan Pasal 35 ayat (2) UU UMKM, niat tersebut terasa tidak tersampaikan.

Bukankah apabila dibaca Pasal 35 ayat (2) UU UMKM secara *letterlijk* bicara soal larangan kepemilikan dan/atau penguasaan Usaha Menengah terhadap Usaha Kecil dan/atau Usaha Mikro dalam pelaksanaan kemitraan antara mereka. Pasal 35 ayat (2) UU UMKM tidak berbicara soal larangan penguasaan dari Usaha Besar terhadap UMKM yang coba dirumuskan UU Cipta Kerja.

Namun, tulisan ini sendiri tidaklah sekadar fokus pada kebingungan-kebingungan yang mungkin hadir dalam membaca Pasal 35 UU UMKM ketika dijahit dengan penjelasannya dalam UU Cipta Kerja. Biarlah hal tersebut “direparasi” di masa perbaikan cara penyusunan UU Cipta Kerja yang diputuskan Mahkamah Konstitusi yang tenggang waktunya 2 (dua) tahun semenjak putusan diucapkan mahkamah. [14] Apapun itu, Pasal 35 UU UMKM butuh penjelasan memadai soal “memiliki” dan “menguasai” ketimbang hanya dianggap “cukup jelas”. Selanjutnya mari berfokus pada apa itu “memiliki” dan “menguasai” yang dalam UU Cipta Kerja ditambahkan diksi “secara yuridis”. Hal mana tentunya tepat apabila dijawab dalam konteks hukum keperdataan.

Pasal 570 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) mengatur hak milik (*eigendom*) sebagai hak untuk menikmati kegunaan sesuatu kebendaan dengan leluasa serta dimungkinkan untuk berbuat bebas terhadap benda dengan kedaulatan sepenuhnya selama tidak bertentangan dengan peraturan perUndang-Undangan dan tidak mengganggu hak orang lain. [4]

Ciri-ciri dari hak milik tersebut adalah pertama hak milik merupakan hak induk terhadap hak kebendaan lain. Kedua, hak milik adalah hak yang selengkap-lengkapnyanya. Ketiga, hak milik sifatnya tetap dan tidak akan lenyap terhadap hak kebendaan yang lain serta hak milik merupakan inti dari kebendaan yang lain. [5] Dapat disimpulkan secara yuridis kepemilikan merupakan hak terkuat terhadap benda. Ketika seseorang memiliki benda tertentu maka tidak hanya dia dapat melakukan penguasaan dan menikmati benda tersebut namun secara yuridis dia dapat dibuktikan sebagai pemilik yang sah misalnya dengan dibuktikan lewat dokumen tertentu misalnya sertifikat untuk tanah. Dengan demikian, peralihan kepemilikan dapat diartikan tidak hanya dilakukan secara nyata (*feiteleijke levering*) namun lebih mengarah ke sebuah penyerahan secara yuridis (*yuridische levering*).

Dalam konteks penjelasan Pasal 35 ayat (1) UU UMKM yang termaktub dalam UU Cipta Kerja maka peralihan kepemilikan secara yuridis dapat disimulasikan terjadi ketika misalnya dalam kemitraan UMKM dan Usaha Besar, Usaha Besar menjadi pemilik baru dari badan usaha UMKM dimaksud misalnya lewat pembelian saham dan dia tercatat sebagai pemegang saham yang baru. Hal ini dapat pula terjadi misalnya ketika aset yang dimiliki UMKM benar-benar beralih kepemilikannya kepada Usaha Besar misalnya peralihan kepemilikan hak milik atas tanah yang sebelumnya dimiliki UMKM kepada Usaha Besar dengan dibuktikan lewat akta yang dibuat oleh pejabat yang berwenang berdasarkan peraturan perUndang-Undangan (*vide* Pasal 37 ayat (1) PP Nomor 24 Tahun 1997).

Beda dengan kepemilikan, maka menguasai tidak berarti memiliki. Seseorang dapat saja menguasai (*bezit*) sebagai *bezitter* selama secara nyata memang dia memegang atau menikmati benda yang dikuasainya seolah-olah benda itu adalah miliknya sendiri [2]. Dengan demikian, dapat saja seseorang menguasai benda karena memang dialah pemiliknya (iktikad baik) atau seseorang yang menguasai benda tertentu padahal dia bukan pemiliknya dan kemungkinan penguasaan tersebut digugat di depan hakim karena dilakukan dengan iktikad buruk. [4]

Dalam konteks kemitraan, peralihan penguasaan dari UMKM kepada Usaha Besar atau dari setiap mitra yang inferior ke mitra superiornya (dominan), terjadi dalam jangkauan yang lebih luas. Perlu ada sebuah pembuktian bahwa terjadi penguasaan terhadap kegiatan usaha, aset atau kekayaan UMKM kepada Usaha Besar yang bahkan tidak terjadi secara tertulis baik itu lewat peralihan dokumen (akta) kepemilikan atau perjanjian untuk benda-benda yang misalnya memang secara faktual milik UMKM namun dikuasai oleh mitra Usaha Besarnya.

Lebih luas, penguasaan patut diduga terjadi ketika adanya perilaku Usaha Besar yang dalam posisinya dapat mempengaruhi setiap keputusan mitra UMKM dalam kegiatan usahanya agar sejalan dengan kemauan Usaha Besar walau dalam kenyataannya ada potensi hal tersebut hanya menguntungkan Usaha Besar namun merugikan UMKM. Dengan kata lain adanya sebuah implementasi posisi tawar yang lebih tinggi dari satu pihak terhadap pihak lain tanpa adanya kemampuan dari pihak yang lebih inferior untuk memutuskan sesuai kehendak bebasnya. Hal inilah yang sejatinya menjadi tantangan dalam membuktikan adanya penguasaan yang bertentangan dengan Undang-Undang.

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Redefinisi Penguasaan untuk Kepastian Hukum Penguasaan sebagai Pengendalian *De Facto*: Belajar dari Perkara Temasek Perihal Pengendalian *De Facto*

Dalam kemitraan, penguasaan yang terjadi tidak hanya dapat disebut berlangsung ketika adanya pemilikan atau penguasaan aset atau kekayaan dari satu pihak kepada pihak lain. Lebih jauh ternyata Undang-Undang juga berbicara mengenai “penguasaan kegiatan usaha” UMKM oleh Usaha Besar. Hal inilah yang sejatinya perlu dibahas lebih lanjut alih-alih menyempurnakannya lewat sebuah pedoman dalam peraturan perUndang-Undangan yang berlaku sebagai hukum positif.

Penguasaan dalam kemitraan berarti pula penguasaan “di bawah tangan” dari Usaha Besar kepada UMKM. Penguasaan yang bahkan lahir dari sebuah kesepakatan tidak tertulis namun sebuah praktik yang berlangsung dan tidak dapat ditolak UMKM dalam posisi tawarnya yang inferior terhadap mitra Usaha Besarnya. Undang-Undang yang menegaskan penguasaan secara yuridis sejatinya dapat menimbulkan kebingungan tafsir apakah berarti yang dimaksud “yuridis” di sini adalah penguasaan yang diatur dalam konteks keperdataan atau *bezit*? Bagaimana apabila penguasaan tersebut berarti pula penguasaan dari segi pengaruh? Bagaimana apabila penguasaan tersebut berarti pula sebuah kekuasaan untuk “memaksakan” klausula tertentu dalam hubungan kontraktual yang dituangkan dalam perjanjian tertulis?

Mengingat soal penguasaan dalam kemitraan tersebut adalah domain Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam pembuktian perkaranya maka ada baiknya kita mengingat kembali sebuah perkara yang ditangani juga oleh KPPU yaitu Perkara Temasek. [15] Tidaklah berlebihan untuk mengatakan persoalan “penguasaan” yang dimaksud dalam UU UMKM jo. UU Cipta Kerja berselaras jalan dengan “pengendalian” di mana keduanya dapat disebut kita sebut sebagai “*control*”.

Walaupun *vis a vis* bukanlah kasus yang berkaitan dengan kemitraan Usaha Besar dan UMKM ataupun berhubungan dengan adanya hubungan antara dua pelaku usaha yang memiliki skala usaha dan posisi tawar berbeda, Perkara Temasek dapat dijadikan pembelajaran dalam konteks pendefinisian pengendalian secara faktual (*de facto*) yang dapat dianalogikan pula sebagai penguasaan dalam melihat hubungan antara dua entitas berbeda.

Dalam Perkara Temasek yang menjadi terlapor adalah delapan perusahaan 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 Telecommunication Ltd., dan Singapore Telecom Mobile Pte.Ltd. Semuanya berhimpun dalam Kelompok Usaha Temasek (*Temasek Group*). [15]

Kelompok Usaha Temasek lewat anak usahanya, STT, memiliki saham 41,94% pada PT Indosat dan lewat Singtel, sebesar 35%, pada PT Telkomsel. Dalam kasus ini, KPPU menguraikan dua bentuk pengendalian yaitu *de jure* (secara hukum) dan *de facto* (secara faktual). Pengendalian oleh satu entitas lainnya pada dasarnya paling tampak dan efektif terjadi ketika terdapat pengendalian *de jure* di mana memang satu entitas adalah pemilik dari entitas lainnya yaitu, dalam konteks badan hukum, terjadi ketika satu badan hukum memiliki saham lebih dari 50% (lima puluh persen) terhadap badan hukum lainnya. Sederhananya, pemegang saham mayoritas secara hukum tentunya logis sebagai pengendali entitas yang dimilikinya (Putusan KPPU Nomor 07/KPPU-L/2007). [15]

Namun KPPU juga ternyata menegaskan adanya pengendalian faktual atau *de facto*. Pengendalian faktual terjadi lebih jauh dan luas ketimbang pengendalian *de jure*. Pengendalian faktual berarti sebuah kemampuan *an sich* untuk mengendalikan kebijakan entitas lain. Kemampuan mengendalikan tersebut bahkan dapat saja terjadi tanpa adanya kepemilikan saham mayoritas. Inilah yang membuat misalnya Pengendalian Merger (*Merger Control*) di Britania Raya menempatkan pengendalian faktual sebagai tahapan lanjut dari pengendalian *de jure*. Bahkan terdapat tahapan berikutnya yaitu kemampuan mempengaruhi secara materil (*material influence*) di mana satu entitas mampu mempengaruhi kebijakan entitas lain secara signifikan dan efektif. [3]

Simulasinya adalah mungkin saja X memiliki 80% (tujuh puluh lima persen) saham dan Y memiliki 20% (dua puluh lima persen). Ketika dilakukan pengambilan keputusan terkait sebuah perseroan terbatas, Y memiliki kekuatan untuk melakukan *veto* (*negative control*) atau membatalkan keputusan X. Hal inilah yang menahbiskan Y sebagai pengendali *de facto* atau sebagai pemilik pengaruh materil. [3]

Dalam melihat kasus ini, KPPU mengafirmasi keberadaan pengendalian *de jure* di mana menurut KPPU walau kepemilikan silang yang dilakukan Kelompok Usaha Temasek lewat anak-

anak usahanya terhadap Indosat dan Telkomsel tidaklah kepemilikan saham yang lebih dari 50% (lima puluh persen), secara faktual terdapat kemampuan Kelompok Usaha Temasek untuk mempengaruhi harga jasa seluler dari Indosat dan Telkomsel di Indonesia.

Belajar dari kasus Temasek, apabila pengendalian (penguasaan) murni disepakati secara yuridis (*de jure*), apakah Kelompok Usaha Temasek dapat diputus melanggar Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU Persaingan Usaha)? Jawabannya tentu tidak. KPPU mengambil posisi lebih jauh dalam melihat pengendalian lewat pengendalian *de facto* dan mengafirmasi *UK Merger Control* di mana seharusnya hal tersebut dapat juga ditransplantasi dan digunakan dalam konteks penguasaan sebuah entitas terhadap entitas lainnya dalam kemitraan.

Penyalahgunaan Posisi Tawar Dominan sebagai Implementasi Penguasaan

Sebagaimana telah disinggung, KPPU memiliki otoritas atributif dari UU UMKM serta UU Cipta Kerja maupun turunannya dalam mengawasi kemitraan. Hal tersebut menjadi mutatis mutandis dengan atribusi KPPU untuk menentukan apakah telah terjadi pemilikan atau penguasaan yang merugikan berdasarkan Undang-Undang. Menjadi 'unik' karena stipulasi tersebut diatur terpisah dari *core* KPPU yaitu UU Persaingan Usaha (*vide* Pasal 36 ayat (2) UU Nomor 20 Tahun 2008).

Kemungkinan KPPU sebagai otoritas persaingan usaha berlaku layaknya 'hakim perdata' yang menilai sebuah relasi kontraktual dalam perjanjian kemitraan bukanlah hal baru. Alih-alih fokus hanya pada penilaian soal penyalahgunaan posisi dominan (*abuse of dominant position*) dalam pasar bersangkutan yang dampaknya tidak hanya pelaku usaha lain tapi juga konsumen, otoritas persaingan usaha di berbagai yurisdiksi juga diberikan kewenangan atribusi untuk menilai terjadinya penyalahgunaan posisi tawar dominan (*abuse of superior bargaining position*) dalam UU Persaingan Usaha (*antitrust law*).

Apabila ambang batas utama penyalahgunaan posisi dominan adalah kekuatan pasar (*market power*) yang diukur dari pangsa pasar atau konsentrasi pasar terduga atau para terduga pelanggaran, maka dapat dikatakan penilaian terhadap pelanggaran penyalahgunaan posisi tawar dominan adalah kekuatan pasar secara relatif (*relative market power*) [7] bukan di pasar bersangkutan namun antara pelaku usaha yang lebih superior atau dominan kekuataannya lewat

ukuran skala ekonomi terhadap pelaku usaha yang lebih inferior kekuatannya dalam sebuah hubungan kontraktual. [6]

Memberikan kewenangan terhadap otoritas persaingan usaha yang sering dianggap lebih bersentuhan dengan urusan "hukum publik" dan mengingat dampak luas tindakan anti persaingan bukanlah pilihan populer dari berbagai yurisdiksi. Persoalan relasi kontraktual sendiri dalam pandangan konvensional diyakini sebagai sebuah kewajaran prosedural (*procedural fairness*) di mana selama syarat sahnya sebuah perjanjian secara formal tercapai maka apa yang tertuang dalam substansi kontrak tidaklah perlu dinilai apakah sudah mencerminkan keadilan atau benar-benar dibuat dalam keadaan setara dan bukannya hasil keputusan sepihak dan lebih menguntungkan salah satu pihak yang posisinya relatif lebih superior ketimbang pihak lain.

Diskursus untuk mengatur penyalahgunaan posisi tawar dominan sejalan dengan bentuk pelanggaran anti persaingan lain dan diatribusikan kewenangannya kepada otoritas persaingan usaha menyeruak dalam konferensi *International Competition Network (ICN)* di Kyoto, Jepang, pada tahun 2008 lalu. Dari paparan 32 otoritas persaingan usaha di berbagai negara, mayoritas negara tidak merasa perlu mengatur persoalan penyalahgunaan posisi tawar dominan dalam Undang-Undang persaingan usahanya dan mengembalikan hal tersebut kepada domain hukum perdata. Tercatat tiga negara yang merasa perlu mengatur hal tersebut dalam regulasi terkait persaingan usahanya: Jerman, Korea Selatan dan Jepang. [21]

Sebagai contoh adalah otoritas persaingan usaha Britania Raya (Inggris) yang memberikan justifikasi mengapa tidak menempatkan soal penyalahgunaan posisi tawar dominannya dalam regulasi persaingan usaha. Menurut mereka, tujuan sebuah penegakan rezim hukum persaingan usaha adalah mutlak untuk melindungi setiap pihak secara luas dan bukan hanya pihak yang terlibat dalam sebuah perjanjian tertentu dari penggunaan kekuatan pasar secara sendiri atau gabungan beberapa pelaku usaha untuk mematikan usaha atau potensi usaha lain. Perlindungan pihak yang inferior dalam relasi kontraktual terlalu "sempit" untuk diatur dalam rezim hukum persaingan usaha dan sebaiknya dikembalikan ke proses peradilan perdata. [21]

Sementara Jerman dalam Undang-Undang Anti Hambatan Persaingan Usaha [16] mengatur bagian khusus perihal larangan penyalahgunaan posisi tawar dominan. Kekuatan pasar relatif satu pelaku usaha terhadap pelaku usaha lainnya dianggap akan efektif ketika terdapat

ketergantungan dari pelaku usaha inferior terhadap pelaku usaha dominan yang hadir dari ketiadaan alternatif untuk berpindah mitra ke pelaku usaha lain di dalam hubungan yang melibatkan berbagai tingkatan produksi (*mutisided market*) karena misalnya pelaku usaha inferior (*supplier*) diberikan *privilese* oleh pelaku usaha dominan seperti diskon. Hal mana menyebabkan adanya ketergantungan dari pelaku usaha inferior terhadap pelaku usaha dominan. [16]

Ditambahkan bahwa ketergantungan tersebut juga lahir dari tergantungnya pelaku usaha inferior untuk mengakses data atau informasi tertentu yang dimiliki pelaku usaha dominan agar dapat melakukan kegiatannya. GWB juga mengatur bahwa penolakan untuk memberikan akses data atau informasi yang demikian dapat digolongkan sebagai bagian hambatan persaingan usaha. [16]

Selain itu, salah satu pengaturan dalam GWB adalah melarang pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar yang lebih superior dalam relasinya dengan usaha kecil dan menengah untuk menggunakan superioritasnya tersebut dalam menetapkan harga untuk distribusi barang atau jasa yang lebih tinggi kepada mitra usaha kecil dan menengahnya dibandingkan harga yang lazim ditawarkan di pasar untuk distribusi barang atau jasa tersebut. [16]

Korea Selatan dalam *Monopoly Regulation and Fair Trade Act* juga meletakkan pengaturan khusus tentang penyalahgunaan posisi tawar dominan sebagai salah satu praktik perdagangan curang atau anti persaingan. Tujuan diaturnya penyalahgunaan posisi tawar dominan adalah untuk memastikan adanya tindakan yang menghambat kemampuan pengembangan diri dari salah satu pihak dalam perjanjian dan karenanya dapat dianggap sebagai praktik perdagangan curang.

Tipe-tipe perilaku yang mungkin ditemui dan dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki posisi tawar dominan adalah pemaksaan transaksi, pemaksaan memasukkan ketentuan yang menentukan pihak berposisi dominan, pemaksaan target penjualan yang menyulitkan, setiap kegiatan yang menyebabkan kesulitan mitra yang inferior dan setiap bentuk campur tangan dari kegiatan usaha mitra inferior. Sebagai simulasi *the Korea Fair Trade Commission (KFTC)* selaku otoritas persaingan usaha di Korea Selatan memberikan contoh sebuah pabrikan produk elektronik ternama yang karena superioritas posisi tawarnya "memaksa" untuk memasok secara eksklusif (berlebihan) kuantitas dari produknya kepada agen penjual tanpa adanya permintaan sebelumnya dari agen tadi tanpa memperhatikan kecukupan pergudangan maupun intensi untuk mengambil pasokan tersebut. [23]

Sejalan dengan Jerman dan Korea Selatan, *Anti Monopoly Act* (AMA) juga secara spesifik mengatur tentang ketentuan penyalahgunaan posisi tawar dominan. AMA Jepang mengatur penyalahgunaan posisi tawar dominan dilakukan lewat beberapa tindakan yang dapat dipandang tidak dapat dijustifikasi dalam hubungan usaha yang normal namun terjadi karena adanya superioritas posisi tawar dari satu pihak secara relatif kepada pihak lain. [7]

Adapun kategorisasi tindakan tersebut berdasarkan AMA Jepang dilakukan dengan cara:

- a. membuat pihak lain (inferior) membeli barang atau jasa lain dari pihak yang dominan atau superior (dominan);
- b. membuat pihak lain menyediakan untuk pihak yang lebih dominan uang, jasa atau keuntungan-keuntungan ekonomi lainnya; dan
- c. menolak untuk menerima barang dari pihak lain yang inferior dan menyebabkan pihak yang inferior tadi merugi padahal telah melakukan transaksi sebelumnya dari pemasok, menunda pembayaran, mengurangi jumlah pembayaran, mengubah syarat perdagangan atau melakukan setiap bentuk transaksi yang merugikan pihak yang lebih inferior. [7]

KESIMPULAN

Pertama-tama, ketentuan UU Cipta Kerja yang mengelaborasi apa itu “penguasaan yuridis” perlu memiliki tafsir lebih lanjut agar tidak menimbulkan kebingungan dan kerancuan sehingga potensial mereduksi kepastian dalam penegakan hukum. Semiminalnya terdapat sebuah pedoman penegakan hukum yang menjadi acuan KPPU semisal di tingkat Peraturan Komisi (Perkom) yang mengafirmasi tentang konsep penguasaan secara keperdataan yang berada dalam KUHPerdara.

Sebagai awal, KPPU tentunya dapat mendudukan “penguasaan” layaknya “pengendalian *de facto*” yang pernah digunakan dalam perkara Temasek di masa lampau. Setiap perkara kemitraan tentunya memiliki dinamikanya sendiri dan sebagai indikasi awal adanya penguasaan tersebut, KPPU dapat mengambil inspirasi dari berbagai pengaturan maupun penegakan hukum terkait penyalahgunaan posisi tawar dominan di Jerman, Korea Selatan dan Jepang. Bahkan bukan tidak mungkin di masa depan hal tersebut benar-benar diatur secara khusus dalam perubahan UU Persaingan Usaha ketimbang membiarkannya lepas dan terpisah diatur dalam rezim UU UMKM dan turunannya.

Ketika hal tadi diatur dalam UU Persaingan Usaha dalam sebuah ketentuan khusus tentang

tindakan pelanggaran penyalahgunaan posisi tawar dominan, konsekuensi logisnya bahkan ketentuan tersebut dapat diekstensifikasi tidak hanya berkuat pada sebuah perjanjian kemitraan belaka tapi dapat juga berlaku dalam sebuah hubungan timpang antara dua pelaku usaha yang memiliki posisi tawar berbeda. Bukankah mungkin saja penguasaan (baca: penyalahgunaan posisi tawar dominan) tersebut hadir juga antara sebuah perjanjian antara dua pelaku usaha besar? Berdasarkan pengaturan seperti ini, sekali dayung maka dua tiga pula terlampaui.

Lewat ekstensifikasi pengaturan, UMKM terlindungi dari setiap praktik penguasaan dalam kemitraan namun setiap pelaku usaha yang relatif inferior tanpa harus memperhatikan apakah dia tergolong UMKM atau bukan akan otomatis terlindungi dalam relasi kontraktualnya dengan pelaku usaha yang relatif lebih dominan atau superior posisi tawarnya.

Atribusi KPPU dalam melakukan pengawasan kemitraan telah menjadi pondasi untuk melebarkan domain perlindungan usaha dari praktik usaha curang dan menjadikan KPPU berlaku pula layaknya ‘hakim perdata’. KPPU dituntut untuk menggeser prinsip keadilan prosedural (*procedural fairness*) dalam hukum perjanjian (keperdataan) menjadi keadilan substantif (*substantive fairness*). Bukan tugas yang mudah karena hal tersebut potensial kontraproduktif ketika forum yang dipilih justru adalah peradilan perdata dan bukan KPPU yang sering fokus pada formalitas perjanjian dan bukannya fokus pada relasi timpang antara para pihak dalam melahirkan dan menjalankan perjanjian.

Tantangan KPPU dalam memeriksa kasus bernuansa penguasaan pelaku usaha dominan terhadap inferior juga tidak hanya ada dalam kondisi pelaksanaan perjanjian yaitu ketika perjanjian telah lahir atau saat klausula-klausula telah disepakati. Tugas berat KPPU juga adalah menginvestigasi secara *ex ante* apakah pasal-pasal dalam perjanjian yang melibatkan dua pihak yang secara relatif berbeda kekuatan ekonominya tersebut lahir dari sebuah kondisi di mana pihak inferior tidak memiliki alternatif lain sehingga apapun yang diminta pihak dominan maka tidak ada jalan lain selain menyetujuinya. Tugas KPPU juga adalah melihat bagaimana dampak adanya klausula-klausula tertentu tersebut secara *ex post* yaitu kemampuan untuk mensimulasikan apa kerugian yang mungkin diterima pihak inferior dalam pelaksanaan klausula dan mungkin saja menjustifikasi apa dampaknya bagi keadilan usaha secara luas yang tidak hanya melibatkan para pihak dalam perjanjian namun juga dampaknya terhadap kepentingan orang banyak termasuk konsumen.

UCAPAN TERIMA KASIH

Penulis berterima kasih kepada rekan-rekan dari Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) terutama dari Direktorat Pengawasan Kemitraan yang intens berdiskusi dengan penulis mengenai tema tulisan ini selama dua tahun terakhir.

DAFTAR PUSTAKA

- [1] Cohler, Anne M, et.al (Ed.). *Spirits of the Law*, Book 11, Chapter 4, Volume 1. (Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1989).
- [2] Hasbullah, Frieda Husni. *Hukum Kebedaaan Perdata: Hak-hak yang memberi Kenikmatan*. (Jakarta: Ind-Hill-Co., 1998).
- [3] Parr, A. Niger, Roger J. Finbow, Matthew
- [4] J. Hughes. *UK Merger Control: Law and Practice*, Second Edition. (London: Sweet & Maxwell, 2005).
- [5] Subekti, R., & R. Tjitrosudibio. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgelijk Wetboek)*. (Jakarta: Pradnya Paramita, 1987).
- [6] Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen. *Hukum Perdata: Hukum Benda*. (Yogyakarta: Liberty, 2000).
- [7] Hou, Liyang. "Superior Bargaining Power: the Good, the Bad and the Ugly," *Asia Pacific Law Review*, 2019, Vol. 27, No. 1, 39- 61.
- [8] Masako, Wakui and Cheng, Thomas K. "Regulating Abuse of Superior Bargaining Position under the Japanese Competition Law: An Anomaly or A Necessity?" *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, 0, 1-32.
- [9] Indonesia. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor tentang Politik Ekonomi dalam Rangka Demokrasi Ekonomi*, TAP MPR No. XVI/MPR/1998.
- [10] Indonesia. *Undang-Undang tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah*, UU No. 20 Tahun 2008, LN No. 93 Tahun 2008, TLN 4866.
- [11] Indonesia, *Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12 Tahun 2011, LN No. 82, TLN No. 5234.
- [12] Indonesia, *Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011*, UU No. 15 Tahun 2019, LN No. 183, TLN No. 6398
- [13] Indonesia, *Undang-Undang tentang Cipta Kerja*, UU No. 11 Tahun 2020, LN No. 245 Tahun 2020, TLN 6573.
- [14] Indonesia, *Peraturan Pemerintah*
- [15] *tentang Kemudahan, Perlindungan dan Pemberdayaan Koperasi dan Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah*, PP No. 7 Tahun 2021, LN No. 17 Tahun 2021, TLN 6619.
- [16] *Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PUU-XIX/2021 (Putusan UU Cipta Kerja)*.
- [17] *Putusan KPPU Nomor: 07/KPPU-L/2007 (Putusan Temasek)*.
- [18] *Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Germany's Act against Restraints of Competition)*, diterjemahkan oleh Language Service of the Bundeskartellamt in cooperation with Renate Tietjen: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0063
- [19] Kementerian Koperasi dan UKM. "Perkembangan Data Usaha Mikro, Kecil, Menengah (UMKM) dan Usaha Besar (UB) 2018 - 2019." https://www.kemenkopukm.go.id/uploads/laporan/1617162002_SANDINGAN_DATA_UMKM_2018-2019.pdf.
- [20] KPPU. "Ringkasan Eksekutif Penelitian Persaingan Usaha Terkait Kemitraan di Kelapa Sawit," Komisi Pengawas Persaingan Usaha, 2020
- [21] Lembaga Penyelidikan Ekonomi dan Masyarakat Fakultas Ekonomi dan Bisnis Universitas Indonesia (LPEM FEB UI) & United Nations Development Programme (UNDP), *Report: Impact of COVID-19 Pandemic on MSMEs in Indonesia*, (Jakarta: LPEM FEB UI, 2020).
- [22] Medcom.id, <https://www.medcom.id/ekonomi/makro/GNlgrM5K-airlangga-umkm-topang-pertumbuhan-ekonomi-ri-di-tengah-pandemi>, 13 November 2021.
- [23] Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, "Report on Abuse of Superior Bargaining Position," ICN Special Program for Kyoto Annual Conference, April 14-16, 2008.
- [24] The United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), *Partnership for Small Enterprise Development*, Resource Document, (US: New York City, 2004).
- [25] The Korean Fair Trade Commission, "Unfair Trade Practices - Overview; What are "unfair trade practices"?", <https://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=3076>