**BAB II**

**TINJAUAN UMUM MEREK, PRAKTEK MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT**

1. **Ruang Lingkup dan Perlindungan Merek**

Merek dapat diartikan sebagai janji penjual untuk secara konsisten memberikan *feature*, manfaat dan jasa tertentu kepada pembeli. Dengan demikian, merek bukanlah sekedar simbol, tapi lebih dari itu. Merek menyiratkan manfaat produk, dalam arti pelanggan tidak membeli atribut melainkan manfaatnya. Atribut merupakan manfaat fungsional dan atau emosional. Merek juga menyatakan sesuatu tentang nilai produsen, merek juga mencerminkan kepribadian tertentu dan merek menunjukan jenis konsumen yang membeli atau menggunakan produk.[[1]](#footnote-1)

Merek merupakan suatu tanda pengenal dalam kegiatan perdagangan barang atau jasa yang sejenis dan sekaligus merupakan jaminan mutunya bila dibandingkan dengan produk barang atau sejenis yang dibuat pihak lain.[[2]](#footnote-2) Pada dasarnya suatu merek juga merupakan janji penjual untuk secara konsisten menyampaikan serangkaian ciri-ciri, manfaat dan jasa tertentu kepada para pembeli. Merek yang baik juga menyampaikan jaminan tambahan berupa jaminan kualitas.

Merek sendiri digunakan untuk beberapa tujuan yaitu:[[3]](#footnote-3)

“a) Sebagai identitas, yang bermanfaat dalam diferensiasi atau membedakan produk suatu perusahaan dengan produk perusahaan saingannya. Ini akan memudahkan konsumen untuk mengenalinya saat berbelanja dan saat melakukan pembelian ulang;

b) Alat promosi, yaitu sebagai daya tarik produk;

c) Untuk membina citra yaitu dengan memberikan keyakinan, jaminan kualitas, serta prestise tertentu kepada konsumen;

d) Untuk mengendalikan pasar.”

Merek memegang peranan penting dalam pemasaran. Ada perbedaan yang cukup besar antara produk dan merek. Produk hanyalah sesuatu yang dihasilkan pabrik. Sedangkan merek merupakan sesuatu yang dibeli konsumen. Bila produk bisa dengan mudah ditiru pesaing maka merek selalu memiliki keunikan yang relatif sukar untuk dijiplak. Merek berkaitan erat dengan persepsi, sehingga persaingan yang terjadi antara perusahaan adalah pertarungan persepsi dan bukan pertarungan produk.

Merek yang dianggap tahan lama adalah merek yang berorientasi pada nilai, budaya dan kepribadian, selain tentunya juga memuat atribut dan manfaat merek itu sendiri. Merek adalah nama atau simbol yang diasosiasikan dengan produk atau jasa dan menimbulkan arti psikologis atau asosiasi, inilah yang membedakan antara produk dan merek. Merek bukan hanya apa yang tercetak di dalam produk atau kemasannya, tetapi termasuk apa yang ada dibenak konsumen dan bagaimana konsumen mengasosiasikannya. Merek memberikan tanda mengenai sumber produk serta melindungi konsumen maupun produsen dari para pesaing yang berusaha memberikan produk-produk yang tampak identik.

1. **Pengertian Merek**

Secara etimologis, istilah merek berasal dari bahasa Belanda. Dalam bahasa Indonesia, merek berarti tanda yang dipakai pada barang yang diperdagangkan oleh suatu perusahaan.[[4]](#footnote-4)

Merek dalam Pasal 15 ayat (1) TRIPs *Agreement*:

“*Any sign or any combination of signs, capable of distinguishing, the goods of services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark.*

*Such signs, in particular words including personal names, letters, numerals, figurative elements and combinations of colours as well as any combination of such signs, shall be eligible for registration as trademark. Where signs are not inherently capable of distinguishing the relevant goods or services, members may make registrability depend on distinctiveness acquired through use.*

*Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible.*”

“Setiap tanda, atau kombinasi dari beberapa tanda, yang mampu membedakan barang atau jasa satu dari yang lain, dapat membentuk merek. Tanda-tanda tersebut, terutama yang berupa kata-kata termasuk, nama orang, huruf, angka, unsur figuratif dan kombinasi dari beberapa warna, atau kombinasi warna-warna tersebut, dapat didaftarkan sebagai merek. Dalam hal suatu tanda tidak dapat membedakan secara jelas barang atau jasa satu dengan yang lain, negara anggota dapat mendasarkan keberadaan daya pembeda tanda-tanda tersebut melalui penggunaannya, sebagai syarat bagi pendaftarannya.

Negara anggota dapat menetapkan persyaratan bahwa tanda-tanda tersebut harus dapat dikenali secara visual sebagai syarat pendaftaran suatu merek.”

Pengertian merek menurut Undang-undang Amerika Serikat dalam Pasal 45 atau g1127, 15 USC, *Lanham Act*:[[5]](#footnote-5)

“*The term “trademark” include any word,name, symbol, or device, or any combination thereof-*

1. *Used by a person*
2. *Which a person has a bonafide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product. From those manufactured or sold by others and to indicate the source or the goods, when if that source is unknown.*”

“Istilah merek dagang termasuk kata, nama, simbol atau alat lainnya kobinasi yang-

1. Digunakan oleh seseorang, atau
2. Dimana seseorang mempunyai perhatian khusus menggunakannya dalam perdagangan dan harus mendaftar pada kepala pendaftaran yang dibuat atau timbul dari bab ini, untuk mengidentifikasikan dan membedakan barang-barang kepunyaannya, termasuk produk yang unik. Dari yang semua dihasilkan atau dijual oleh yang lain dan untuk mengidentifikasi asal barang, kerika asalnya tidak diketahui.”

Menurut Pasal 1 angka 1 UU No. 15 Tahun 2001 dinyatakan, bahwa:

“Merek adalah tanda yang berupa gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang atau jasa.”

Sehingga dapat disimpulkan bahwa merek harus mengandung unsur-unsur, sebagai berikut:[[6]](#footnote-6)

“a) Merupakan tanda pada barang atau jasa (unsur-unsur: gambar, nama, kata,huruf-huruf, angka-angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut);

b) Mempunyai fungsi pembeda;

c) Tidak memenuhi unsur-unsur yang bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum;

d) Bukan menjadi milik umum;

e) Tidak merupakan keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa yang dimintakan pendaftaran.”

Uraian mengenai gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka serta susunan warna dalam UU No. 15 Tahun 2001 tidak dijelaskan,tetapi dalam praktiknya, terdapat petunjuk teknis yang merinci unsur-unsur merek tersebut, yaitu:[[7]](#footnote-7)

1. Gambar

Setiap karya berupa gambar sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dapat dijadikan merek, tetapi gambar tersebut tidak boleh terlalu rumit seperti benang kusut atau juga terlalu sederhana seperti titik, sehingga gambar dapat melambangkan kekhususan tertentu dalam bentuk lencana atau logo, dan secara visual langsung memancarkan identitas yang erat kaitannya daya pembeda.

1. Nama

Pada dasarnya nama orang, badan usaha, kota, benda, dapat dijadikan sebagai merek. Namun, tetap saja memiliki daya pembeda (*distinctive power*) yang kuat agar dapat menjadi identitas yang sangat spesifik dari pemilik nama. Nama yang sangat umum yang tidak memiliki daya pembeda yang kuat tidak dapat didaftarkan sebagai merek karena akan mengaburkan identitas khusus seseorang dan membuat bingung masyarakat. Begitu pula dengan nama yang mempunyai lebih dari satu pengertian tidak bisa dijadikan merek. Dalam Pasal 6 ayat (3) UU No. 15 Tahun 2001 disebutkan bahwa pendaftaran merek akan ditolak oleh Direktorat Merek apabila merupakan atau menyerupai nama orang terkenal. Larangan ini tidak berlaku mutlka apabila ada persetujuan dari yang berhak.[[8]](#footnote-8)

1. Kata

Kata dapat dijadikan sebagai merek jika mempunyai kekhususan yang memberikan kekuatan daya pembeda dari merek lain yang meliputi berbagai bentuk yaitu:

1. Dapat merupakan kata dari bahasa asing, bahasa Indonesia, dan bahasa daerah;
2. Dapat berupa kata sifat, kata kerja, dan kata benda;
3. Dapat merupakan kata yang berasal dari istilah bidang tertentu, seperti budaya, pendidikan, kesehatan, teknik, olahraga, seni, dan sebagainya;
4. Bisa merupakan satu kata saja atau lebih dari satu kata, dua atau beberapa kata.
5. Huruf

Sama halnya dengan gambar, sepanjang tidak memuat susunan yang rumit dan tidak terlalu sederhana, huruf juga dapat dijadikan merek. Huruf juga harus memiliki daya pembeda yang kuat untuk dapat didaftarkan sebagai merek.

1. Angka

Jika hanya terdiri dari satu angka, tidak dapat dijadikan sebagai merek karena terlalu sederhana dan tidak memiliki daya pembeda yang cukup. Oleh karena itu, angka harus dibuat sedemikian rupa hingga memiliki daya pembeda, tetapi tidak terlalu rumit juga karena akan sulit didefinisikan sehingga tidak dapat didaftarkan sebagai merek.

1. Susunan Warna

Merek yang berupa susunan warna berarti merek tersebut terdiri dari satu unsur warna. Susunan warna yang dibuat sederhana tanpa dikombinasikan dengan unsur gambar atau lukisan geometris, diagonal atau lingkaran, atau gambar dalam bentuk apa saja, kurang memberikan daya pembeda. Tanpa ada wadah untuk meletakkan susunan warna tersebut, tujuan untuk menjadikan susunan warna lebih mempunyai karakter identitas bila dibandingkan dengan angka-angka.

1. Merek Kombinasi

Merek kombinasi merupakan unsur merek yang terdiri dari gabungan unsur-unsur di atas yang secara keseluruhan tidak merupakan satu kesatuan pengertian sendiri. Banyak merek-merek yang berbentuk kombinasi dari berbagai unsur. Bahkan, pada umumnya hampir semua merek merupakan kombinasi dari dua, tiga, atau seluruh unsur.

1. **Sistem Pendaftaran Merek**

Pendaftaran merek merupakan keharusan agar dapat memperoleh hak atas merek. Tanpa pendaftaran, negara tidak akan memberikan hak atas merek kepada pemilik merek. Hal ini berarti tanpa mendaftarkan merek, seseorang tidak akan diberikan perlindungan hukum oleh negara apabila mereknya ditiru oleh orang lain.

Dalam memproses suatu permintaan pendaftaran merek terdapat 2 syarat yang harus dilakukan, yaitu:[[9]](#footnote-9)

1. Syarat administratif; dan
2. Syarat permintaan pendaftaran merek karena merek sebagai objek yang dapat didaftarkan dan syarat ini merupakan persyaratan objektif.

Kedua syarat itu merupakan bagian yang tidak terpisahkan dalam mengajukan permintaan pendaftaran merek.

Merek yang diajukan permintaan pendaftarannya tidak akan dapat diterima pendaftarannya jika syarat pertama tidak dipenuhi. Syarat pertama merupakan syarat administratif yang berupa kelengkapan dokumen, misalnya: mengisi formulir pendaftaran, mencantumkan dan menyertakan beberapa etiket merek, dan membayar biaya permohonan pendaftaran merek. Persyaratan ini harus dipenuhi pada awal pengajuan permintaan pendaftaran merek tersebut. Ketentuan persyaratan administratif itu diatur dalam Pasal 4 Undang-undang Merek. Dan filter kedua yang harus dilalui dalam mengajukan permintaan pendaftaran merek, dan merupakan persyaratan kedua yang harus dilewati adalah Pasal 5 dan Pasal 6 Undang-undang Merek.

Dalam Pasal 1 butir 5 UU No. 15 Tahun 2001 disebutkan bahwa permohonan merupakan permintaan pendaftaran yang diajukan secara tertulis kepada Direktorat Jenderal. Sehingga tidak dimungkinkan permohonan pendaftaran merek dapat berlangsung dengan tertib, pemeriksaan merek tidak hanya dilakukan berdasarkan kelengkapan persyaratan formal saja, tetapi juga dilakukan pemeriksaan substantif. Pemeriksaan substantif atas permohonan pendaftaran merek ini dimaksudkan untuk menentukan dapat atau tidaknya merek yang dimohonkan didaftarkan, yang dilakukan dalam jangka waktu paling lama 9 (sembilan) bulan.

Apabila dari hasil pemeriksaan substantif ternyata permohonan tersebut tidak dapat diterima atau ditolak atas persetujuan Direktorat Merek, hal tersebut diberitahukan secara tertulis pada pemohon atau kuasanya dengan menyebutkan alasannya. Pasal 4, 5,dan 6 UU No. 15 Tahun 2001 menyatakan bahwa merek tidak dapat didaftarkan atas itikad tidak baik, merek juga tidak dapat didaftar apabila merek tersebut mengandung salah satu unsur yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, moralitas agama, kesusilaan, atau ketertiban umum, tidak memiliki daya pembeda, telah menjadi milik umum, dan merupakan keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa yang dimohonkan pendaftaran.

Selain pemeriksaan substantif, harus pula ditempuh mekanisme Pengumuman dalam waktu 3 (tiga) bulan dengan menempatkan pada papan pengumuman yang khusus dan dapat dengan mudah dilihat oleh masyarakat dalam Berita Resmi Merek yang ditertibkan secara berkala oleh Direktorat Merek. Hal ini dilakukan untuk memungkinkan pihak-pihak yang dirugikan mengajukan bantahan terhadap pendaftaran merek dan dapat mencegah pendaftaran merek yang dilakukan oleh orang yang tidak bertitikad baik.

Apabila masa pengumuman berakhir dan tidak ada sanggahan atau keberatan dari pihak lain Direktorat Merek mendaftarkan merek tersebut dalam daftar umum merek serta dilanjutkan dengan pemberian sertifikat merek. Sertifikat merek merupakan alat bukti bahwa merek telah terdaftar dan juga sebagai bukti kepemilikan.

Dalam hal permintaan pendaftaran merek ditolak, keputusan tersebut diberitahukan secara tertulis oleh Direktorat Merek kepada pemilik merek atau kuasanya dengan disertai alasan-alasan. Penolakan terhadap putusan ini dapat diajukan banding secara tertulis oleh pemilik merek atau kuasanya kepada Komisi Banding Merek. Tentang permohonan banding dan Komisi Banding Merek terdapat dalam Pasal 29 - Pasal 34 Undang-undang Nomor 15 Tahun 2001.

1. **Merek yang Tidak Dapat Didaftar dan Merek yang Harus Di Tolak**

Tidak semua permohonan pendaftaran merek dikabulkan oleh Direktorat Hak Kekayaan Intelektual karena permohonan pendaftaran merek dapat menghadapi tiga kemungkinan, yaitu:[[10]](#footnote-10)

1. Tidak dapat di daftarkan;
2. Harus ditolak pendaftarannya;
3. Diterima/ didaftar.

UU No. 15 Tahun 2001 membedakan antara merek yang tidak dapat didaftarkan dan merek yang harus ditolak. Ketentuan tentang merek yang tidak dapat didaftarkan terdapat dalam Pasal 4 dan 5 Undang-undang Merek, sedangkan ketentuan merek yang harus ditolak terdapat dalam Pasal 6 Undang-undang Merek.[[11]](#footnote-11)

Merek tidak dapat didaftarkan apabila:

1. Diajukan oleh pemohon yang beritikad tidak baik;
2. Bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum;
3. Tidak memiliki daya pembeda;
4. Telah menjadi milik umum;
5. Merupakan keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa yang dimintakan pendaftarannya.

Merek harus ditolak apabila:

1. Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan merek pihak lain yang sudah terdaftar untuk barang dan/atau jasa yang sejenis;
2. Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan merek yang sudah terkenal milik orang lain untuk barang dan/atau jasa yang sejenis;
3. Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan indikasi geografis untuk barang dan/atau jasa yang sejenis;
4. Merupakan atau menyerupai nama orang terkenal, foto, merek, dan nama badan hukum yang dimiliki oleh orang lain yang sudah terkenal, kecuali atas persetujuan tertulis;
5. Merupakan peniruan atau menyerupai nama atau singkatan nama, bendera, lambang, atau simbol/ emblem negara atau lembaga nasional maupun internasional, kecuali atas persetujuan tertulis dari pihak yang berwenang;
6. Merupakan peniruan atau menyerupai tanda, cap, atau stempel resmi yang digunakan oleh negara atau lemabaga pemerintah, kecuali atas persetujuan tertulis dari pihak yang berwenang;
7. Merupakan atau menyerupai ciptaan orang lain yang dilindungi hak cipta, kecuali atas persetujuan tertulis dari pemegang hak cipta tersebut.
8. **Itikad Tidak Baik**

Merek harus didaftar dengan itikad baik. Jika seseorang mencoba mendaftarkan sebuah merek yang disadarinya sebagai merek orang lain atau serupa dengan merek orang lain, merek tersbeut tidak dapat didaftarkan. Persyaratan itikad baik juga berarti bahwa untuk dapat didaftarkan, sebuah merek harus digunakan atau dimaksudkan untuk digunakan dalam perdagangan barang dan atau jasa.[[12]](#footnote-12)

Jika sebuah merek diajukan di Indonesia oleh seseorang yang tidak bermaksud memakai merek tersebut dan bertujuan untuk menghalangi pihak lain masuk ke pasar lokal, merek tersebut tidak dapat didaftarkan di Indonesia.

Masalah itikad baik tersebut juga akan timbul jika seseorang telah memakai suatu merek dalam periode sebelumnya, tetapi memilih tidak mendaftarkan merek tersebut. Jika seseorang itu dapat membuktikan bahwa dia sudah menggunakan merek, usaha untuk mendaftarkan merek tersebut oleh orang lain dapat dicegah dengan menyebutkan usaha tadi sebagai “itikad tidak baik”.

1. **Perbuatan *Passing Off* (Pemboncengan Reputasi)**

Menurut salah satu ahli hukum di bidang HKI Indonesia, definisi umum dari doktrin *passing off* adalah: *a common-law tort to enforce unregistered trademark*.[[13]](#footnote-13)

Menurut definisi tersebut, maka ada dua unsur dari *passing off*:

1. *Passing off* merupakan *tort* (yang sering kali disandingkan dengan perbuatan melawan hukum pada Pasal 1365 BW).
2. *Passing off* merupakan upaya hukum yang dilakukan pemilik merek yang belum didaftarkan untuk melindungi mereknya dari digunakan oleh pihak lain.

*Passing Off* sendiri adalah sebuah pranata hukum yang dihasilkan oleh *case law*, bukan peraturan perundang-undangan, dan menurut *case law, passing off* hanya dapat dituntut oleh pemegang merek, bukan publik.

Sistem hukum Anglo Saxon dikenal berbagai macam *tort*, dan *passing off* masuk ke dalam kategori *tort of misrepresentation* yang mengakar dari hukum kontrak. Di Indonesia padanan yang mirip dengan *tort of misrepresentation* dapat ditafsirkan dari Pasal 1320 jo Pasal 1321 jo Pasal 1322 jo Pasal 1328 jo Pasal 1335 jo Pasal 1337 jo Pasal 1365 BW.

Elemen yang diperlukan agar *passing off* dapat digunakan adalah:

1. Reputasi: yaitu apabila seorang pelaku usaha selaku penggugat memiliki reputasi bisnis yang sangat baik di mata publik atau sudah dikenal publik.
2. *Misrepresentasi*: dengan terkenalnya merek yang digunakan oleh pelaku usaha tersebut, maka apabila ada pelaku usaha lain mendompleng merek yang sama, maka publik yang relevan dengan merek tersebut dapat terkecoh dan khilaf atau tertipu.
3. Kerugian: elemen kerugian jelas dapat ditimbulkan oleh merek pendompleng terhadap reputasi yang telah dibangun oleh merek yang didompleng.
4. **Penyelesaian Sengketa Merek**

Pemilik merek terdaftar dapat mengajukan gugatan kepada Pengadilan Niaga terhadap pihak lain yang secara tanpa hak menggunakan merek yang mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya untuk barang atau jasa yang sejenis berupa:

1. Gugatan ganti rugi; dan/atau
2. Penghentian semua perbuatan yang berkaitan dengan penggunaan merek tersebut.

Gugatan ganti kerugian dan/atau penghentian perbuatan yang berkaitan dengan penggunaan merek secara tanpa hak tersebut memang sudah sewajarnya, karena tindakan tersebut sangat merugikan pemilik merek yang sah. Bukan hanya kerugian ekonomi secara langsung, tetapi juga dapat merusak citra merek tersebut apabila barang atau jasa yang menggunakan merek secara tanpa hak tersebut kualitasnya lebih rendah daripada barang atau jasa yang menggunakan merek secara sah.

Gugatan atas pelanggaran merek sebagaimana dimaksud di atas dapat diajukan oleh penerima lisensi merek terdaftar baik secara sendiri maupun bersama-sama dengan pemilik merek yang bersangkutan.

Hak penerima lisensi untuk mengajukan gugatan sebagaimana hak pemilik merek terdaftar sebab pemegang lisensi memang sangat berkepentingan karena dia ikut mengalami kerugian atas adanya pelanggaran atas merek tersebut.

Selama masih dalam pemeriksaan dan untuk mencegah kerugian yang lebih besar, atas permohonan pemilik merek atau penerima lisensi selaku penggugat, hakim dapat memerintahkan tergugat untuk menghentikan produksi, peredaran dan/atau perdagangan barang atau jasa yang menggunakan merek tersebut secara tanpa hak.

Dalam hal tergugat dituntut juga untuk menyerahkan barang yang menggunakan merek secara tanpa hak, hakim dapat memerintahkan bahwa penyerahan barang atau nilai barang tersebut dilaksanakan setelah putusan pengadilan mempunyai kekutan hukum yang tetap. Kewenangan hakim untuk “menunda” penyerahan barang atau nilai barang tersebut, dapat disamakan dengan penolakan atas gugatan yang meminta agar suatu gugatan dapat dilaksanakan lebih dahulu.

Penundaan penyerahan barang atau nilai barang yang menggunakan merek secara tanpa hak tersebut merupakan tindakan hati-hati karena bagaimanapun, secara hukum setiap putusan pengadilan niaga masih dimungkinkan untuk dibatalkan dalam perkara kasasi. Hal ini terkait dengan masih tersedianya upaya hukum kasasi atas putusan Pengadilan Niaga yang memeriksa gugatan yang berkaitan dengan pelanggaran merek tersebut. Kasasi merupakan upaya hukum biasa satu-satunya karena terhadap putusan Pengadilan Niaga hanya dapat diajukan kasasi.

1. **Ruang Lingkup Persaingan Usaha Tidak Sehat dan Hal-Hal yang Dikecualikan**
	1. **Ruang Lingkup Hukum Persaingan Usaha Tidak Sehat**

Latar belakang diundangkannya UU No. 5 Tahun 1999 karena sebelum undang-undang tersebut diundangkan muncul iklim persaingan usaha yang tidak sehat di Indonesia, yaitu adanya pemusatan kekuatan ekonomi pada perorangan atau kelompok tertentu, baik itu dalam bentuk monopoli maupun bentuk-bentuk persaingan usaha tidak sehat lainnya.

Pemusatan kekuatan ekonomi pada kelompok pengusaha tertentu terutama yang mempunyai kekuasaan, telah menyebabkan ketahanan ekonomi Indonesia menjadi rapuh karena bersandarkan pada kelompok pengusaha-pengusaha yang tidak efisien, tidak mampu berkompetensi, dan tidak memiliki jiwa wirausaha untuk membantu mengangkat perekonomian Indonesia.[[14]](#footnote-14)

UU No. 5 Tahun 1999 ini diundangkan setelah Indonesia mengalami krisis ekonomi di tahun 1997-1998 yang melemahkan nilai rupiah dan merugikan perekonomian negara dan hampir semua pelaku ekonomi. Undang-undang ini juga merupakan salah satu bentuk reformasi ekonomi yang disyaratkan oleh *International Monetary Fund* untuk bersedia membantu Indonesia keluar dari krisis ekonomi.[[15]](#footnote-15)

Salah satu kegiatan perjanjian usaha yang tidak dikategorikan melanggar UU No. 5 Tahun 1999 adalah “perjanjian dan atau perbuatan yang bertujuan untuk ekspor yang tidak mengganggu kebutuhan dan atau pasokan pasar dalam negeri.” (Pasal 50 huruf g UU No. 5 Tahun 1999 ). Ketentuan ini sulit dan terlalu singkat, yang dapat menimbulkan perbedaan penafsiran dan ketidakpastian hukum dalam pelaksanaannya.

UU No. 5 Tahun 1999 memiliki peranan yang sangat penting dan strategis dalam mewujudkan iklim persaingan usaha yang sehat di Indonesia, karena undang-undang ini berazaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.

Undang-undang ini ingin mewujudkan sebuah iklim kesempatan berusaha serta mengoptimalkan persaingan usaha yang sehat dan efektif pada suatu pasar tertentu agar para pelaku usaha melakukan efisiensi untuk bersaing dengan para pesaingnya. UU No. 5 Tahun 1999 dibuat dengan tujuan untuk menciptakan iklim usaha yang sehat dan kompetitif di Indonesia. Oleh karena itu UU No. 5 Tahun 1999 melarang segala bentuk persaingan usaha yang mengakibatkan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Dengan adanya UU No. 5 Tahun 1999 ini diharapkan adanya jaminan kepastian hukum untuk dapat mencegah praktek monopoli dan persaingan tidak sehat dalam mobilitas perekonomian, sehingga dapat tercipta efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha yang dapat meningkatkan efisiensi nasional sebagai salah satu cara dalam meningkatkan kesejahteraan rakyat serta menarik minat penanam modal baik dalam dan luar negeri.

Persaingan usaha tidak sehat yang adalah setiap kegiatan usaha yang mengandung unsur-unsur:[[16]](#footnote-16)

1. Ada cara yang tidak jujur dalam kegiatan usaha, baik di bidang produksi maupun pemasaran;
2. Cara yang dilakukan itu merupakan perbuatan melawan hukum;
3. Perbuatan melawan hukum itu bertujuan untuk meniadakan persaingan;
4. Ada unsur perbuatan *barriers to entry* (menghambat masuk pasar);
5. Perbuatan itu dilakukan antara sesama pelaku usaha.

Secara etimologi, kata “monopoli” berasal dari kata Yunani *‘Monos’* yang berarti sendiri dan *‘Polein’* yang berarti penjual. Dari akar kata tersebut secara sederhana orang lantas memberi pengertian monoopli sebagai suatu kondisi dimana hanya ada satu penjual yang menawarkan (*supply)* suatu barang atau jasa tertentu.

UU No. 5 Tahun 1999 memberi arti kepada *monopolis* sebagai suatu penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha (Pasal 1 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 ).

Dengan demikian UU No. 5 Tahun 1999 dalam memberikan arti kepada posisi dominan atau perbuatan anti persaingan lainnya mencakup baik kompetisi yang *interbrand*, maupun kompetisi yang *intraband.* Yang dimaksud dengan kompetisi yang *interbrand* adalah kompetisi diantara produsen produk yang generiknya sama. Dilarang misalnya jika satu perusahaan menguasai 100 persen pasar televisi, atau yang disebut dengan istilah “monopoli”. Sedangkan yang dimaksud dengan kompetisi yang *intraband* adalah kompetisi diantar distributor atas produk dari produsen tertentu.[[17]](#footnote-17)

Dalam undang-undang *Fair Trading* di Inggris tahun 1973, istilah monopoli diartikan sebagai keadaan sebuah perusahaan atau sekelompok perusahaan menguasai sekurang-kurangnya 25% penjualan atau pembelian dari produk-produk yang ditentukan. Sementara dalam UU No. 5 Tahun 1999 , suatu monopoli dan *monopsoni* terjadi jika terdapatnya penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% (lima puluh persen) (Pasal 17 ayat (2) *juncto* Pasal 18 ayat (2) Undang-undang No 5 Tahun 1999.[[18]](#footnote-18)

Dalam Pasal 17 ayat (1) Undang- undang UU No. 5 Tahun 1999 dikatakan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan pasar atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan tidak sehat.”

Sedangkan dalam Pasal 17 ayat (2) dikatakan bahwa:

“Pelaku usaha patut diduga atau dianggap melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila:

1. Barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada subtitusinya; atau
2. Mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan atau jasa yang sama; atau
3. Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha mengusasai lebih dari 50 % (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.”

Dalam ilmu hukum monopoli beberapa sikap *monopolistik*[[19]](#footnote-19)yang mesti sangat dicermati dalam rangka memutuskan apakah suatu tindakan dapat dianggap sebagai tindakan monopoli.

Sikap *monopolistik* tersebut adalah sebagai berikut:[[20]](#footnote-20)

“a. Mempersulit masuknya para pesaing ke dalam bisnis yang bersangkutan;

b. Melakukan pemasungan sumber suplai yang penting atau suatu outlet distribusi yang penting;

c. Mendapatkan hak paten yang dapat mengakibatkan pihak pesaingnya sulit untuk menandingi produk atau jasa tersebut;

d. Integrasi ke atas atau ke bawah yang dapat menaikkan persediaan modal bagi pesaingnya atau membatasi akses pesaingnya kepada konsumen atau supplier;

e. Mempromosikan produk secara besar-besaran;

f. Menyewa tenaga-tenaga ahli yang berlebihan;

g. Perbedaan harga yang dapat mengakibatkan sulitnya bersaing dari pelaku pasar yang lain;

h. Kepada pihak pesaing disembunyikan informasi tentang pengembangan produk, tentang waktu atau skala produksi;

i. Memotong harga secara drastis;

j. Membeli atau mengakuisisi pesaing- pesaing yang tergolong kuat atau tergolong prospektif;

k. Menggugat pesaing-pesaingnya atas tuduhan pemalsuan hak paten, pelanggaran hukum anti monopoli dan tuduhan-tuduhan lainnya.”

Jika ditelusuri dalam ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 , maka tindakan-tindakan yang berhubungan dengan pasar yang perlu diatur sekaligus merupakan ruang lingkup dari hukum anti monopoli tersebut adalah sebagai berikut :[[21]](#footnote-21)

1. Perjanjian yang dilarang;
2. Kegiatan yang dilarang;
3. Penyalahgunaan posisi dominan;
4. Komisi pengawas persaingan usaha;
5. Tata cara penanganan perkara;
6. Sanksi-sanksi;
7. Perkecualian-perkecualian

Sedangkan hal-hal yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 sebagai berikut :

1. Perjanjian-perjanjian tertentu yang berdampak tidak baik untuk persaingan pasar, yang terdiri dari :
	1. Oligopoli
	2. Penetapan harga
	3. Pembagian wilayah
	4. Pemboikotan
	5. Kartel
	6. Trust
	7. Oligopsoni
	8. Integrasi vertikal
	9. Perjanjian tertutup
	10. Perjanjian dengan pihak luar negeri
2. Kegiatan-kegiatan tertentu yang berdampak tidak baik untuk persaingan pasar, meliputi kegiatan-kegiatan sebagai berikut :
3. Monopoli
4. Monopsoni
5. Penguasaan pasar
6. Persekongkolan
7. Posisi dominandi pasar, yang meliputi :
8. Pencegahan konsumen untuk memperoleh barang atau jasa yang bersaing
9. Pembatasan pasar dan pengembangan teknologi
10. Menghambat persaingan untuk bisa masuk pasar
11. Jabatan rangkap
12. Pemilikan saham
13. Merger, akuisisi dan konsolidasi.

Pada UU No. 5 Tahun 1999 , dapat juga di deskripsikan ruang lingkup dari hukum anti monopoli menjadi sebagai berikut :

* 1. Tentang Pembatasan Persaingan yang Horisontal.
	2. Tentang Pembatasan Persaingan yang Vertikal.
	3. Tentang Penguasaan Pasar yang Besar.
	4. Tentang Penyalahgunaan Posisi Dominan.
	5. Tentang Diskriminasi Harga.
	6. Tentang Merger dan Akuisisi.
	7. Tentang Badan Penegakan Hukum.
	8. Tentang Sanksi-Sanksi.
	9. Tentang Prosedur Penegakan Hukum.
	10. Tentang Perkecualian-Perkecualian.

**2. Pendekatan Dalam Hukum Persaingan Usaha**

Dalam hukum persaingan usaha dikenal beberapa pendekatan dalam penerapannya, yaitu teori *Per Se* dan teori *Rule of Reason*.

Dengan teori *Per Se* dimaksudkan bahwa pelaksanaan setiap tindakan yang dilarang akan bertentangan dengan hukum yang berlaku, sementara dengan teori *Rule of Reason*, jika dilakukan tindakan tersebut, masih dilihat seberapa jauh hal tersebut akan merupakan monopoli atau akan berakibat pada pengekangan persaingan pasar. Jadi tidak seperti pada teori *Per Se,* dengan memakai teori *Rule of Reason* tindakan tersebut tidak otomatis dilarang, sehingga perbuatan yang dituduhkan tersebut dalam kenyataannya terbukti telah dilakukan.[[22]](#footnote-22)

Pendekatan *Per Se* maupun *Rule Of Reason* adalah teori yang diterapkan untuk pelaku bisnis yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999 . Pendekatan *Rule Of Reason* adalah suatu teori pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Sebaliknya, pendekatan *Per Se* yaitu menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai *ilegal*, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang di timbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *Per Se* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali. Kedua teori pendekatan tersebut memiliki perbedaaan ekstrim dan juga digunakan dalam UU No. 5 Tahun 1999 .

Jika kita menelusuri UU No. 5 Tahun 1999 , maka ada perjanjian atau tindakan yang dilarang tersebut dapat dikategorikan sebagai berikut: dilarang secara *Per Se;* dilarang dengan *Rule of Reason*; dan dilarang oleh *Per Se* dan *Rule of Reason.*

1. **Asas dan Tujuan Hukum Persaingan Usaha**

Asas dan tujuan akan memberi reaksi bagi bentuk pengaturan dan norma-norma yang dikandung dalam aturan tersebut. Selanjutnya pemahaman terhadap norma-norma aturan hukum tersebut akan memberi arahan dan mempengaruhi pelaksanaan dan cara-cara penegakan hukum yang akan dilakukan.

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

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

“a. Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasionalsebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;

 b. Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persainganusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah danpelaku usaha kecil;

 c. Mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha, dan

 d. Terciptanya efektivitas dan efesiensi dalam kegiatan usaha.”

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

Pasal 2 dan 3 tersebut di atas menyebutkan asas dan tujuan-tujuan utama UU No. 5 Tahun 1999 . Diharapkan bahwa peraturan mengenai persaingan akan membantu dalam mewujudkan demokrasi ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 Ayat 1 UUD 1945 (Pasal 2) dan menjamin sistem persaingan usaha yang bebas dan adil untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat.

1. **Hal–Hal yang Dikecualikan oleh UU No. 5 Tahun 1999**

Disebutkan bahwa banyak hal atau perjanjian yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 , yakni hal atau perjanjian yang mengakibatkan suatu praktek monopoli dan atau suatu persaingan curang dalam berbisnis, akan tetapi sebagaimana biasanya suatu kaidah hukum bisnis, maka setiap ada ketentuan yang berlaku umum, terdapat juga perkecualiannya. Dalam hal ini UU No. 5 Tahun 1999 walaupun belum lengkap benar tetapi sudah cukup mengatur secara terperinci mengenai perkecualian-perkecualian terhadap perjanjian atau hal-hal yang dilarang tersebut.

Menurut Pasal 50 UU No. 5 Tahun 1999 mengemukakan pengecualian terhadap ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 , yaitu sebagai berikut:

1. Perjanjian yang dikecualikan

 Yang termasuk dalam kategori “perjanjian” yang dikecualikan adalah sebagai berikut:

* 1. Perjanjian yang berkaitan dengan hak atas kekayaan intelektual, tidak terbatas pada lisensi, paten, merek dagang, hak cipta, desain produk industri, rangkaian elektronik terpadu, dan rahasia dagang. Walaupun tidak ditegaskan dalam UU No. 5 Tahun 1999 , perkecualian ini hanya berlaku secara terbatas. Sebab, tidak semua aturan tentang monopoli dan persaingan sehat dapat dilanggar oleh pelaku bisnis tersebut mempunyai hak milik intelektual.
	2. Perjanjian yang berkaitan dengan waralaba. Sama seperti keterangan di atas, walaupun tidak ditegaskan dalam UU No. 5 Tahun 1999 , perkecualian ini juga hanya berlaku secara terbatas. Sebab tidak semua aturan tentang monopoli dan persaingan sehat dapat dilanggar oleh pelaku bisnis tersebut yang melaksanakan bisnisnya secara waralaba.
	3. Perjanjian penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa yang tidak mengekang dan atau menghalangi persaingan.
	4. Perjanjian dalam rangka keagenan yang isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan atau jasa denganharga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan.
	5. Perjanjian kerja sama penelitian untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas.
	6. Perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh pemerintah Republik Indonesia.
		1. Perbuatan yang dikecualikan

Yang tergolong ke dalam “perbuatan” yang dikecualikan oleh UU No. 5 Tahun 1999 , adalah sebagai berikut:

1. Perbuatan pelaku usaha yang tergolong ke dalam usaha kecil. Perkecualian ini ditafsirkan dengan sangat terbatas, karena pengusaha kecil tidak dapat seenaknya melanggar aturan tentang monopoli atau persaingan curang.
2. Kegiatan usaha koperasi yang secara khusus bertujuan untuk melayani anggota.
	1. Perbuatan dan atau perjanjian yang dikecualikan

Perjanjian dan atau perbuatan yang dikeculikan oleh UU No. 5 Tahun 1999 , adalah sebagai berikut:

* + 1. Perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hal ini sebenarnya tidak menjelaskan apa-apa karena tanpa pencantuman ketentuan seperti ini dalam UU No. 5 Tahun 1999 , hal tersebut sudah semestinya juga berlaku.
		2. Perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan untuk eksport yang tidak mengganggu kebutuhan dan atau pasokan pasar dalam negeri. Tentunya walaupun untuk eksport, aturan tentang persaingan sehat tidak dapat diabaikan begitu saja.
1. Usahawan Indonesia, *Nilai Finansial Suatu Merek No 07*, Juli 2003, hlm 2 [↑](#footnote-ref-1)
2. Rachmadi Usman, *op.cit*, hlm 321 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fandi Tjiptono, *Strategi Pemasaran*, Penerbit Andi, Yogyakarta, 1999, hlm 73 [↑](#footnote-ref-3)
4. Pipin Syarifin dan Dedah Jubaedah, *Peraturan Hak Kekayaan Intelektual di Indonesia*, Pustaka Bani Quraisy, Bandung, 2004, hlm 166 [↑](#footnote-ref-4)
5. Di Amerika Serikat, walaupun Undang-undang Merek Amerika Serikat terkahir adalah *Federal Trademark Dilution Act of 1995*, tetapi peraturan-peraturannya tetap dimasukkan ke dalam “*Lanham Act of 1946*” atau “*Federal Trademark Lanham Act*” sebagai induk dari Undang-undang Merek Amerika Serikat “*United States Trademark Statue*” [↑](#footnote-ref-5)
6. Muh. Djumhana dan R. Djubaedilah, *Hak Milik Intelektual; Cetakan Kedua,* PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.hlm 158 [↑](#footnote-ref-6)
7. Dwi Rezki Sri Astarini, *Penghapusan Merek Terdaftar*, PT Alumni, Bandung, 2009, hlm 40 [↑](#footnote-ref-7)
8. M. Yahya Harahap, *Tinjauan Merek Secara Umum dan Hukum Merek di Indonesia Berdasarkan Undang-undang Nomor 19 Tahun 1992*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm 189 [↑](#footnote-ref-8)
9. Insan Budi Maulana, *Perlindungan Merek Terkenal Di Indonesia Dari Masa Ke Masa*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm 28 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ahmadi Miru, *op.cit*, hlm 13 [↑](#footnote-ref-10)
11. Sudaryat, Sudjana dan Rika Ratna Permata, *op.cit*, hlm 62-64 [↑](#footnote-ref-11)
12. Penjelasan pasal 61 ayat (2) dan Pasal 4 Penjelasan Undang-undang Nomor 15 Tahun 2001 [↑](#footnote-ref-12)
13. Hukum Online, “Dapatkah Doktrin Passing Off Diaplikasikan di Indonesia?”, [*http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol20887/dapatkah-doktrin-passing-off-diaplikasikan-di-indonesia*](http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol20887/dapatkah-doktrin-passing-off-diaplikasikan-di-indonesia)*,*diunduh pada tanggal 24 Februari 2014, pukul 13.00 WIB [↑](#footnote-ref-13)
14. Lihat Penjelasan Umum atas UU No. 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. [↑](#footnote-ref-14)
15. Lihat *Letter of Intent and Memorandum of Economic and Financial Policies* yang dibuat oleh Pemerintah Indonesia kepada IMF tanggal 11 September 1998.*http://www.imf.org/external/np/loi/091198.htm*. diakses pada 24februari 2014 pukul 22.10 WIB [↑](#footnote-ref-15)
16. Elya Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan Undang-Undang No 5 Tahun 1999*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm 21 [↑](#footnote-ref-16)
17. Munir Fuady, *op.cit*, hlm 213-214 [↑](#footnote-ref-17)
18. Undang-Undang Antimonopoli Indonesia mengacu kepada *Sherman Act,* yang merupakan reflksi dari kehendak dari banyak kelompok kepentingan yang berbeda-beda, mulai dari petani, kaum populis, pengusaha kecil, dan *frontiersman* yang menghendaki agar praktik bisnis tidak jujur dapat dihentikan. Elya Ras Ginting, *op.cit,* hlm 21 [↑](#footnote-ref-18)
19. Pasar dengan banyak produsen yang menghasilkan komoditas yang berbeda karakteristik Sugiarto, *et all, Ekonomi Makro Sebuah Kajian Komprehensif,* PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta 2007, hlm 413 [↑](#footnote-ref-19)
20. Rizkiimaments, “Ruang Lingkup Hukum Anti Monopoli”, [*http://rizkiimaments.wordpress.com/2011/05/23/b-ruang-lingkup-hukum-anti-monopoli/*](http://rizkiimaments.wordpress.com/2011/05/23/b-ruang-lingkup-hukum-anti-monopoli/) diunduh pada tanggal 25 Februari 2014 pada pukul 10.36 WIB [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ibid*, hlm 9 [↑](#footnote-ref-21)
22. A.M Tri Anggraini, 2005 dalam Jurnal Hukum Bisnis Volume 24 halaman 5 [↑](#footnote-ref-22)