

Analisis Hukum Kompetisi terhadap “Big Data” dan Doktrin “Essential Facility” dalam Transaksi Merger di Indonesia

Dian Parluhutan

dian.parluhutan@uph.edu

Abstract

The provisions concerning consultation, notification and assessment of merger, acquisition and consolidation in Indonesia are enshrined in Articles 28 and 29 of the Law Number 5 year of 1999 on Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Practices (“Indonesian Competition Law-ICL”) as well as elaborated in the Government Regulation Number 57 year of 2010 concerning Merger or Consolidation of Business Entities and Acquisition of Shares of Companies which may Cause Monopolistic Practices and Unfair Business Competition. The Indonesian Supervisory Commission for Business Competition (KPPU) has also laid down rigorous provisions concerning assessment over merger proposal and ongoing merger in the Commission Regulation Number 03 year of 2019 on Assessment of Merger and Consolidation or Acquisition of Undertakings which may cause Monopolistic Practices and Unfair Business Competition. KPPU in conducting the assessment over the merger at hand, employs 5 (five) analysis factors: 1. Market concentration (HHI or CR4 Index); 2. Market entry barriers; 3. Potential of Anticompetitive conduct; 4. Efficiency; 5. Insolvency of a company (failing firm consideration). In the Indonesian competition law practice recently, two big digital undertakings, Tokopedia dan Gojek have merged. This merger involved the Big data of the two undertakings. Nevertheless, KPPU, has not possessed provisions pertaining the assessment of Big data and its effects to the competition in the digital market in Indonesia. In the contemporary competition law literature and practice, the ownership of Big data has been regarded as one of antitrust law’s parameter and had been believed to have unilateral and coordinated effects as well as to strengthen an undertaking’s dominant position in the digital market. Furthermore, the European and German competition practices, notably the German Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung-GWB), has already regulated the Big data in its correlation with the “Essential facility” within Section 18 paragraph 3 (a) and Section 19. The German Cartel Office (Bundeskartellamt) had initiated also an investigation related to Big data in the Facebook case based upon the provisions in GWB. Hitherto, KPPU faces a profound challenge to regulate the Big data and its correlation with the “Essential facility” as well as its impact to an effective competition in the Indonesian digital market. This challenge serves as an immediate mandate for KPPU in order to undertake its authorized tasks to supervise and to guard the effective competition in Indonesia according to the Indonesian Competition Law.

Keywords: *Big data, Essential facility, merger, multi-sided markets, Indonesian Competition Law, German Competition Law (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung-GWB)*

Abstrak

Pengaturan tentang konsultasi dan notifikasi serta penilaian (*assessment*) transaksi merger di Indonesia diatur dalam Pasal 28 dan Pasal 29 Undang Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta Peraturan Pemerintah Nomor 57 tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan Yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai Otoritas Persaingan Usaha di Indonesia, kemudian mengeluarkan Peraturan Komisi Nomor 03 tahun 2019 mengenai Pedoman Penilaian Merger dan Akuisisi Perusahaan di Indonesia. Dalam melakukan penilaian dan evaluasi terhadap transaksi merger di Indonesia, KPPU menggunakan analisis 5 faktor, sebagai berikut: 1. Konsentrasi Pasar; HHI atau CR4 Index; 2. Hambatan Masuk Pasar; 3. Potensi Perilaku Anti Persaingan; 4. Efisiensi; dan 5. Kepailitan Perusahaan. Belum lama ini telah dilakukan merger diantara dua perusahaan berbasis pasar platform digital di Indonesia, yakni Tokopedia dan Gojek, menjadi GoTo. Namun demikian,

hingga saat ini, KPPU belum memiliki suatu regulasi spesifik mengenai terhadap kepemilikan “*Big Data*” sebagai salah satu parameter kompetisi dalam pasar digital, yang diduga memiliki dampak unilateral dan terkoordinasi terhadap kompetisi di pasar relevan serta meningkatnya posisi dominan pelaku usaha di pasar digital. Sementara itu, dalam hukum kompetisi di Jerman yakni dalam *the Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB)*, sudah mengatur secara eksplisit mengenai keberadaan “*Big Data*” dalam konteks fasilitas esensial (*essential facility*) dalam Sec. 18 paragraph (3a) serta Sec. 19 dari *the Act against Restraints of Competition (GWB)*. Otoritas Kompetisi Jerman berdasarkan ketentuan tersebut telah melakukan penyelidikan mengenai *Big data* dan dampaknya terhadap persaingan usaha digital dalam perkara Facebook. Dinamika persaingan usaha di pasar digital, khususnya pengaturan secara elaboratif mengenai kepemilikan *Big Data* dalam korelasinya dengan Doktrin fasilitas esensial “*Essential Facilities doctrine*” menjadi suatu tantangan signifikan bagi KPPU untuk menjaga dan mengawasi keberlangsungan kompetisi yang efektif di pasar digital di Indonesia.

Kata kunci: *Big Data; Essential Facility; Merger; Pasar Digital Dua Sisi; Hukum Kompetisi Indonesia; Hukum Kompetisi Jerman (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung-GWB)*

Pendahuluan

Belum lama ini, dua perusahaan digital besar di Indonesia telah menyepakati transaksi merger, yang nilai transaksinya ditaksir mencapai hingga 18 miliar dollar (*US\$18 billion*), yakni antara Tokopedia dengan Gojek [1] Secara individual, sebelum transaksi merger dilaksanakan, Tokopedia memiliki total valuasi bisnis sebesar 10 milyar dollar (*US\$ 10 billion*) serta Gojek memiliki total valuasi bisnis sebesar 7 miliar dollar (*US\$ 7 billion*).[2] Gojek merupakan salah satu perusahaan transportasi online (*ride-hailing*) besar, sementara Tokopedia merupakan salah satu perusahaan *e-commerce* terbesar di Indonesia.[3]

Di Indonesia, transaksi merger, secara tradisional, diatur dalam Pasal 28 dan Pasal 29 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU Kompetisi) serta Peraturan Pemerintah Nomor 57 tahun 2010. Lebih lanjut, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), sebagai otoritas persaingan usaha di Indonesia juga telah mengeluarkan Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2019 tentang Penilaian Terhadap Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha, atau Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan/atau Persaingan Usaha Tidak Sehat (Perkom Nomor 3 Tahun 2019).[4]

Rasionalisasi kenapa transaksi merger harus diatur dalam Undang-Undang Persaingan Usaha di Indonesia, karena alasan, sebagai berikut:

Disatusisi, pertumbuhan usaha perusahaan secara internal, secara umum dapat diterima, walaupun hal tersebut dapat menuju kepada posisi dominan atau situasi monopolistik. Hal ini

diperbolehkan, sepanjang dicapai dengan cara yang legitim menurut ketentuan persaingan usaha. Di sisi lain, pertumbuhan usaha secara eksternal, melalui transaksi merger, dapat berakhir kepada suatu posisi dominan di pasar relevan. Di sini presumsi pencapaian efisiensi tidak sama dengan presumsi pencapaian efisiensi dalam pertumbuhan internal tersebut diatas.[5] Namun demikian, Indonesia, dalam hal ini KPPU, belum memiliki regulasi yang secara spesifik mengatur mengenai metode penilaian (*assessment*) terhadap transaksi merger dalam pasar digital.

Menurut argumentasi *Argentesi, Buccirosi, Calvano, Marazzo dan Nava*, regulasi mengenai pengawasan merger digital merupakan ketentuan yang sangat penting saat ini. Terdapat dua alasan dibalik argumentasi tersebut, sebagai berikut:

Pertama, transaksi merger, yang tidak diregulasi, akan membahayakan pasar digital, manakala perusahaan petahana (*incumbent undertaking*) mengakuisisi, baik aset maupun saham, perusahaan yang dianggap sebagai pesaing aktual maupun pesaing potensial. Kedua, transaksi merger tersebut diatas, akan membahayakan efektivitas kompetisi di pasar digital manakala perusahaan petahana (*incumbent undertaking*) mengakuisisi perusahaan yang menyuplai produk barang dan/atau jasa penunjang yang penting bagi pelaku usaha lainnya, yang dianggap esensial oleh pesaing aktual maupun potensial untuk memberikan produk atau pelayanan jasa yang dapat menandingi perusahaan petahana di pasar digital tersebut.[6]

Dalam mengkaji perihal merger digital yang sudah terlaksana ataupun yang sedang dalam proses pengajuan, seyogianya KPPU, sebagai

otoritas persaingan usaha di Indonesia, juga menganalisis secara terperinci mengenai *Big data* serta penerapan doktrin fasilitas esensial (*essential facility*) untuk mengkuantifikasi secara akurat kekuatan pasar para pelaku usaha di pasar digital serta melihat secara holistik dampak dari kepemilikan *Big data* oleh pelaku usaha terhadap efektivitas kompetisi (*effective/workable competition*) di pasar digital. Dalam praktik hukum kompetisi, *Big data* mengacu kepada sejumlah besar data personal konsumen atau pengguna yang disusun berdasarkan variasi kluster (antara lain berdasarkan usia, pendidikan, jenis kelamin) yang dihasilkan dengan kecepatan tinggi serta dari berbagai sumber dan yang prosesnya serta analisisnya memerlukan instrumen prosesor dengan menggunakan perangkat lunak algoritma baru (*Artificial intelligence*) dan lebih kuat.[27] Dalam literatur hukum kompetisi di Jerman dan Uni Eropa, keberadaan *Big data* cenderung dikorelasikan dengan penerapan '*fasilitas esensial*' (*essential facility*). Dalam kajian hukum persaingan usaha secara umum, "*Essential Facility*" mengacu kepada pemahaman, sebagai berikut: bahwa suatu fasilitas esensial merupakan suatu fasilitas yang dimiliki dan dikendalikan oleh pelaku usaha yang memiliki posisi dominan di pasar tertentu, dimana pada saat yang bersamaan kompetitor memerlukan akses kepada fasilitas tersebut agar dapat menyediakan produk yang serupa di pasar relevan. Suatu fasilitas dikatakan esensial jikalau fasilitas tersebut merupakan fasilitas esensial bagi keberlangsungan persaingan usaha di pasar relevan, karena kompetitor tidak dapat berkompetisi secara efektif di dalam pasar bersangkutan tanpa adanya akses terhadap fasilitas tersebut [10], [27], [28], [29].

Melihat terdapatnya kecenderungan meningkatnya transaksi merger dan akuisisi yang melibatkan perusahaan berbasis platform digital, maka penelitian ini memandang regulasi mengenai merger digital di Indonesia sebagai suatu hal yang penting dan mendesak.

Studi Literatur

Menurut Gabathuler keberadaan *Big data* telah mengundang banyak pertanyaan dalam praktik hukum kompetisi, sebagai contoh pertanyaan mengenai teknologi penyimpanan *cloud*. Gabathuler menjelaskan bahwa istilah *Big data* mengacu kepada suatu konsep yang menggambarkan digitalisasi sebagian besar informasi perihal ekonomi dan masyarakat serta kemungkinan-kemungkinan pertumbuhan atau dinamika yang berasal dari keberadaan digitalisasi data tersebut di masyarakat, seperti analisis data (*data analysis*). Data tersebut di-

peroleh melalui pengumpulan, penyimpanan dan penilaian data melalui serangkaian proses kecerdasan buatan (*Artificial intelligence*) dan dapat disediakan secara lengkap dan terkini (*real-time*). Dalam konteks pengertian tersebut, istilah besar "*Big*" tidak ada hubungannya dengan ukuran khusus dari data tersebut (seperti *terabyte*) ataupun dengan volume tertentu dari data tersebut.[7]

Lebih jauh menurut Dewenter dan Lüth, *Big data* merupakan faktor masukan (*input factor*) dalam arti *Big data* diumpamakan sebagai sumber daya minyak dalam ekonomi pasar digital. Sebagai faktor masukan *Big data* berperan sangat penting bagi perusahaan periklanan di mesin pencari, seperti Google, untuk melakukan segmentasi konsumen di pasar digital. Di sisi lain, *Big data* dianggap sebagai mata uang baru dalam pasar ekonomi digital mengingat konsumen pengguna layanan internet memberikan kontraprestasi berupa data pribadi atau personal atas layanan jasa digital yang digunakannya, seperti layanan sosial media.[29]

Dalam sudut pandang Graef, *Big data*, salah satunya berisikan data perilaku dari nasabah atau konsumen yang diperoleh melalui aktivasi '*cookies*' dalam perangkat komputer yang digunakan dan kemudian dikirimkan kepada server penyedia jasa digital untuk melakukan analisis data. Dalam praktik ekonomi digital, *Big data* diperoleh dari tiga kategori data konsumen atau pengguna, sebagai berikut: Pertama, "*volunteered data*" yaitu data yang diberikan secara sukarela oleh konsumen atau nasabah kepada penyedia layanan jasa digital, seperti data kepemilikan kendaraan mewah. Kedua, "*observed data*", data yang diperoleh dari pengamatan atau observasi secara berkesinambungan terhadap perilaku atau kebiasaan pengguna jasa layanan digital. Ketiga, "*inferred data*", yakni data yang diperoleh melalui serangkaian analisis dengan teknologi kecerdasan buatan untuk melakukan segmentasi konsumen dan menyasar pasar digital di sektor tertentu.[8]

Essential Facility yang mengacu kepada konsep dimana suatu pelaku usaha mempunyai fasilitas yang lebih dibandingkan pelaku usaha lainnya di pasar bersangkutan. Fasilitas yang berbeda jelas menguntungkan pada pelaku usaha yang mempunyai fasilitas terbaik. Melekat dalam konsep *essential facilities* premis bahwa *pemilik essential facilities* memiliki kekuatan untuk memonopoli.[9] Hal yang menjadi masalah adalah ketika ada suatu fasilitas yang seharusnya dapat digunakan oleh semua pelaku usaha malah hanya digunakan oleh satu pelaku usaha dan pelaku usaha yang menggunakan fasilitas tersebut tidak memperbolehkan pesaing usaha

lainnya untuk menggunakan fasilitas yang sama dengan tujuan konsumen akan memilih pelaku usaha yang mempunyai fasilitas lebih tersebut dan menyebabkan keuntungan lebih bagi pelaku usaha tersebut dan juga kerugian bagi pesaing usaha lainnya. Definisi doktrin fasilitas strategis secara luas adalah suatu fasilitas yang dikatakan *essential* atau strategis ketika fasilitas itu tidak dapat dipisahkan dari operasional aktivitas bisnis dari pelaku usaha yang bergerak di pasar bersangkutan yang sama, dengan demikian tidak ada fasilitas pengganti yang tersedia baik secara *factual* maupun secara potensial. Fasilitas strategis biasanya digunakan oleh pelaku usaha untuk meraih keuntungan atau mencegah pesaing usaha lainnya untuk mendapatkan konsumen. Hal ini disebabkan karena konsumen memilih pelaku usaha yang dapat menawarkan barang atau jasa yang lebih baik oleh pelaku usaha dibandingkan dengan pelaku usaha lainnya yang tidak dapat menawarkan hal tersebut. Penyalahgunaan fasilitas strategis dapat ditemukan didalam struktur pasar yang memiliki lebih dari satu pelaku usaha hal ini yang menyebabkan pasar persaingan usaha yang sehat menjadi pasar persaingan usaha tidak sehat.[10]

Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif. Menurut Prahassacita, penelitian hukum normatif mengacu konsep hukum sebagai kaidah dengan metodenya yang doktrinal-nomologik yang bertitik tolak pada kaidah ajaran yang mengkaidahi perilaku subjek hukum. Sementara itu, menurut Ibrahim, penelitian hukum normatif adalah suatu prosedur penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan dari sisi normatifnya. Sisi normatif disini tidak sebatas pada peraturan perundang-undangan saja.[11] Menurut Sidharta, penelitian hukum normatif mengandung makna kajian terhadap norma yang lebih luas. Sementara itu, penelitian norma yuridis, berbicara norma dalam arti sempit, yaitu norma yang terdapat dalam undang-undang dan regulasi dibawahnya.[11]

Lebih lanjut, penelitian dengan komparasi hukum, menurut *Zweigert dan Kötz mengacu kepada* aktivitas membandingkan sejumlah sistem hukum dari beberapa yurisdiksi. Metode komparasi hukum dapat dilakukan baik secara makro (*macrocomparison*) maupun secara mikro (*microcomparison*), walaupun perbatasan diantara keduanya bersifat fleksibel. Dalam komparasi secara makro, yang dikaji adalah roh serta gaya dan metode berpikir juga prosedur hukum yang ada dan digunakan di suatu negara. Sementara itu, perbandingan secara mikro lebih

berfokus kepada kajian terhadap institusi hukum secara spesifik atau permasalahan hukum tertentu, yaitu ketentuan hukum yang dapat atau harus dipergunakan untuk memecahkan situasi dan/atau problematika hukum tertentu di suatu negara.[12]

Transaksi Merger dalam Pasar Digital

Menurut *Black's Law Dictionary* merger mengacu kepada pengertian, sebagai dimana terjadi suatu penggabungan dua pelaku usaha sesuai dengan anggaran dasar perusahaan, dimana salah satu pelaku usaha terus ada dan beroperasi sementara pelaku usaha lainnya menghilang. Dalam konteks ini, salah satu pelaku usaha mengabsorpsi pelaku usaha lain, dimana pelaku usaha sebelumnya akan kehilangan identitas usahanya dan pelaku usaha lainnya tetap mempertahankan nama dan identitas usahanya serta mengakuisisi aset, kewajiban hukum, serta waralaba yang ada sebelumnya serta kekuatan dari pelaku usaha sebelumnya. [13]

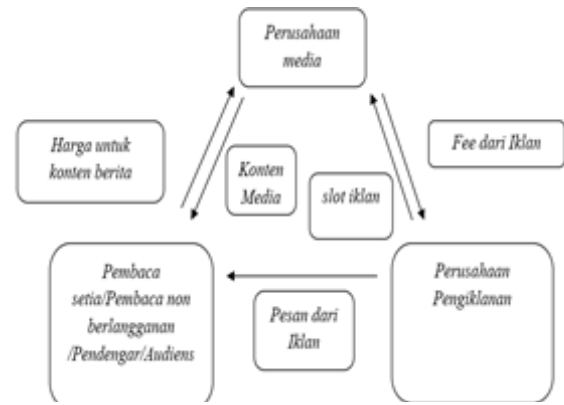
Sementara itu menurut Peraturan KPPU Nomor 3 tahun 2019 (Perkom 3/2019), pengertian merger diartikan secara luas, jika dibandingkan dengan Undang-Undang Nomor 40 tahun 2007 tentang Perseoran Terbatas dimana istilah merger mencakup 3 (tiga) transaksi bisnis sebagai berikut:

Pertama, Pasal 1 paragraf 1 PP Nomor 57 tahun 2010 menyatakan bahwa penggabungan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu badan usaha atau lebih untuk menggabungkan diri dengan badan usaha lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari badan usaha yang menggabungkan diri beralih karena hukum kepada badan usaha yang menerima penggabungan dan selanjutnya status badan usaha yang menggabungkan diri berakhir karena hukum.[14]

Kedua, Pasal 1 paragraf 2 PP Nomor 57 tahun 2010 menyatakan bahwa peleburan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua badan usaha atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu badan usaha baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari badan usaha yang meleburkan diri dan status badan usaha yang meleburkan diri berakhir karena hukum.[14]

Ketiga, Pasal 1 paragraf 3 PP Nomor 57 tahun 2010 menyatakan bahwa pengambilalihan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh pelaku usaha untuk mengambilalih saham dan/atau aset perusahaan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian perusahaan dan/atau aset perusahaan tersebut.[14]

Menurut Coase, ada alasan mendasar dibalik pelaku usaha melakukan merger, yakni suatu perusahaan akan menunda untuk mengembangkan usahanya sampai biaya untuk menyelenggarakan suatu transaksi tambahan dalam perusahaan menjadi setara dengan ongkos menyelenggarakan transaksi yang sama di pasar terbuka. Ongkos transaksi di pasar meliputi, ongkos transaksi terkait kontrak, biaya oportunistik pihak lain terkait kontrak. Sementara itu, biaya atau ongkos dari organisasi meliputi: fluktuasi insentif pegawai serta ongkos pengawasan internal.[5]

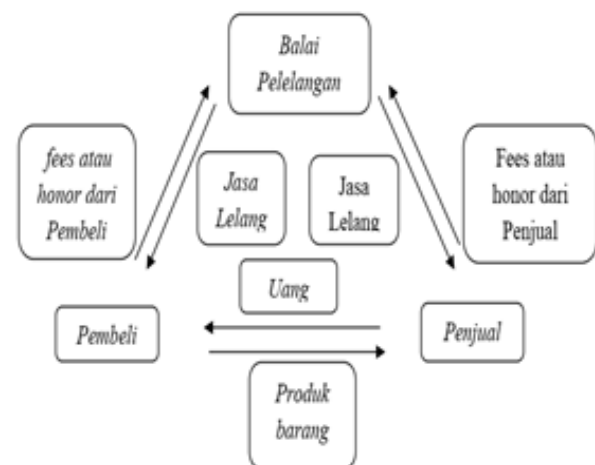


Dalam praktik persaingan usaha, *Schweitzer* membedakan antara transaksi merger dengan kerjasama horisontal (*horizontal agreement*) antara perusahaan. Dalam kerjasama horisontal perusahaan tidak diharapkan munculnya luaran berupa efisiensi usaha. Sementara itu, dalam transaksi merger, yang diharapkan adalah efisiensi usaha, yang mencakup, antara lain, sebagai berikut: sinergi korporasi, ongkos transaksi yang lebih murah, investasi spesifik (*specific investments*). Oleh karenanya, regulasi tentang pengawasan dan penilaian transaksi merger dilandaskan atas presumsi adanya dampak efisiensi di pasar. Dengan demikian, peranan otoritas persaingan usaha sangat besar untuk melakukan intervensi regulasi terhadap transaksi merger.[5]

Kedua, pasar dua sisi yang bertransaksi (*transacting market*). Pasar tipe ini, cirinya dapat dilihat berdasarkan keberadaan serta observasi antara dua kelompok pengguna platform yang dalam tarifnya dapat dikenakan biaya untuk bergabung dan juga dapat digunakan sehingga dapat dikenakan tarif dua bagian. Contoh dari pasar transaksi dua sisi adalah pasar kartu pembayaran, rumah lelang, pasar virtual. Pasar transaksi dua sisi ini ditandai dengan adanya eksternal keanggotaan (efek jaringan tidak langsung) dan eksternal penggunaan. Eksternal keanggotaan juga ada di pasar non transaksi dua sisi yang dapat muncul dari bergabung dengan platform (membeli atau memasang iklan di Koran, memegang kartu pembayaran, menghadiri lelang) dan eksternalitas penggunaan muncul ketika mulai menggunakan platform (membayar atau menerima pembayaran dengan kartu, menjual atau membeli barang di lelang) [15] Pasar yang bertransaksi dapat diilustrasikan, sebagai berikut:

Pasar berbasis Platform Digital

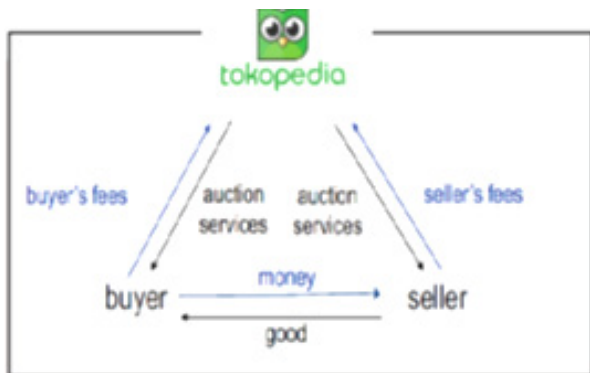
Secara operasional, Tokopedia dan Gojek menjalankan usahanya dengan berbasis platform digital, yakni melalui pasar dua sisi (*multi-sided market*). Menurut *Filistrucchi, Geradin, van Damme dan Affeldt*, pasar dua sisi merujuk kepada suatu keadaan pasar dimana suatu pelaku usaha bertindak sebagai platform yang menjual dua produk yang berbeda kepada dua kelompok konsumen yang berada di dua sisi yang berbeda, sambil mengakui bahwa permintaan dari satu kelompok konsumen bergantung pada permintaan dari kelompok lain dan sebaliknya.[15]



Dalam praktik bisnis di era ekonomi digital, pasar dua sisi dapat diklasifikasi menjadi 2 (dua) tipe, sebagai berikut:

Pertama, pasar non transaksi dua sisi (*non transaction*). Dalam pasar tipe ini tidak ada transaksi antara kedua sisi pasar, meskipun ada interaksi biasanya interaksi tersebut tidak dapat diamati sehingga biaya per transaksi maupun interaksi atau tarif terhadap kedua bagian ini tidak akan terjadi. Contoh dari pasar non transaksi dua sisi adalah pasar media [15], yang dapat digambarkan dalam bagan, sebagai berikut:

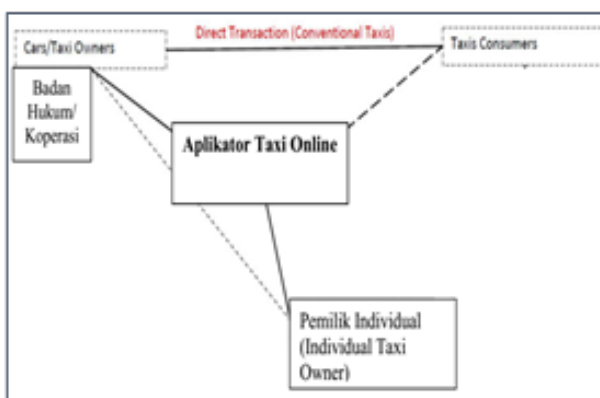
Lebih lanjut, dapat diasumsikan, bahwa Tokopedia menggunakan model operasional usaha, yang dapat digambarkan dalam bagan, sebagai berikut:



Gambar 1.

Model Operasi Usaha Tokopedia.

Sementara itu, dapat diasumsikan, Gojek, khususnya unit usaha Go-car, menggunakan model usaha, yang dapat diilustrasikan dalam bagan, sebagai berikut:



Lebih lanjut, salah satu karakteristik utama dari pasar digital adalah adanya efek jejaring (*network effect*) yang berkesinambungan. Secara definisi, efek jejaring (*network effect*) adalah suatu fenomena ekonomi digital dimana bertambahnya jumlah pengguna dari suatu barang atau jasa meningkatkan nilai dari barang atau jasa itu sendiri, dan memberikan efek positif terhadap barang atau jasa itu kepada orang lain. Contohnya adalah teknologi komunikasi seperti telepon, *e-mail*, akses Internet, faksimili. Ketika suatu efek jaringan hadir, nilai suatu produk atau layanan meningkat sesuai dengan jumlah orang lain yang menggunakannya.[16] Efek jaringan dapat menciptakan "*bandwagon effect*" yang dapat meningkatkan nilai dari jejaring digital tersebut, karena semakin banyak orang yang bergabung dalam jejaring digital. *Bandwagon Effect* adalah suatu situasi dimana sekelompok orang melakukan suatu kegiatan karena orang-orang lain melakukannya juga.

[17] Contohnya adalah pemakaian telepon selular berbasis Android sebagai alat komunikasi suara dan tatap muka virtual saat ini. Karena telepon dengan spesifikasi Android diperlukan oleh kedua pihak, maka dapat menyebabkan penjualan dan pemakaian telepon meningkat, bahkan berlipat ganda. Peningkatan jumlah pengguna berdampak pada peningkatan nilai barang atau jasa yang ditawarkan. Contohnya adalah platform media sosial, seperti Instagram dan platform jejaring profesional, seperti LinkedIn.[18]

Secara bisnis, efek jejaring (*network effect*) merupakan salah satu faktor penting yang mendukung suksesnya suatu pelaku usaha yang menggunakan platform digital seperti media sosial sebagai wahana pengembangan usahanya.[19]

Efek jejaring (*network effect*) merupakan hal yang sangat menguntungkan bagi para produsen produk barang dan jasa serta pelaku bisnis yang menggunakan pasar platform digital untuk memperluas penjualan produknya. Jaringan menjadi sangat penting setelah persentase konsumen yang dituju telah tercapai, yang disebut dengan *critical mass* (massa kritis), dimana nilai yang didapat dari barang atau jasa lebih besar atau sama dengan harga yang dibayar untuk barang atau jasa tersebut. Karena nilai dari produk ditentukan oleh banyaknya pengguna, setelah mencapai suatu jumlah konsumen tertentu, lebih banyak orang akan membeli produk karena nilai yang ditawarkan lebih besar daripada harga yang harus dibayar. Untuk mencapai *critical mass* tersebut, perusahaan harus menggunakan strategi bisnis yang efektif, memberikan promosi atau diskon ketika seorang pengguna merekomendasikan temannya untuk menggunakan produk barang dan/atau jasa yang ditawarkan oleh pelaku usaha digital.[19]

Dalam praktik bisnis digital, efek jejaring (*network effect*) diklasifikasikan menjadi 2 (dua) macam, sebagai berikut:

Pertama, direct network effect atau efek jaringan langsung ("*Same-Side Network Effect*"), dimana peningkatan penggunaan berpengaruh langsung pada peningkatan nilai untuk pengguna lain. Maksudnya adalah dimana konsumsi dari suatu produk meningkat karena semakin banyak orang yang mengkonsumsinya. Contohnya adalah pemakai platform media sosial digital, seperti Facebook.[19]

Kedua, indirect network Effect atau Efek jaringan tidak langsung (*Cross-Side Network Effect*), dimana peningkatan penggunaan

suatu produk menghasilkan peningkatan nilai produk pelengkap, yang pada akhirnya berdampak pada peningkatan produk utamanya. Hal ini terjadi apabila barang/jasa yang ditawarkan memiliki barang komplementer, sehingga tercipta suatu interdependensi antara barang utama dengan barang komplemennya. Keuntungan dari pemakaian atau konsumsi tidak sepenuhnya tergantung pada ukuran jaringan (jumlah konsumen yang membeli produk), tetapi juga kecenderungan dan keputusan orang lain yang pada akhirnya dapat memberikan insentif atau keuntungan terhadap penyediaan barang komplementer. Contoh efek jejaring tidak langsung adalah pemakaian suatu perangkat keras, seperti komputer desktop dan laptop dari merk Apple, yang keduanya mengharuskan pemakaian perangkat lunak atau perangkat luna (*software*) Macintosh.[19]

Melekat dengan efek jejaring dalam pasar digital adalah adanya interoperabilitas (*interoperability*). Interoperabilitas memiliki dampak yang dapat membuat jaringan usaha digital menjadi lebih besar dan meningkatkan nilai dari usaha digital tersebut di mata konsumen dan calon konsumen. Interoperability meningkatkan koneksi potensial dan menarik konsumen baru untuk bergabung ke dalam suatu jaringan usaha digital. Interoperabilitas dapat mengurangi ketidakpastian, meningkatkan "lock-in", dan menekan kompetisi di tingkat harga.[19]

Dalam konteks efek jejaring (*network effect*), terdapat juga efek "lock-in" yang mengkondisikan pengguna atau konsumen untuk kesulitan berpindah atau mencegah konsumen atau pengguna berpindah ke pelaku usaha digital lain.[19] Salah satu cara yang digunakan untuk meningkatkan interoperabilitas adalah dengan standarisasi parameter usaha, seperti pelayanan purna jual dan jaminan uang kembali, agar dapat bersaing untuk menggarap potensi pasar dan bersaing untuk meningkatkan pangsa pasar.[19]

Menarik untuk disimak, bahwa Otoritas Persaingan Usaha Jerman dalam penyelidikannya terhadap suatu pelaku usaha media sosial berbasis digital, mengindikasikan bahwa sejalan dengan meningkatnya efek jejaring (*network effect*) berdampak kepada meningkatnya kesulitan pengguna untuk beralih kepada media sosial lainnya (*lock in effect*), meningkatnya hambatan masuk ke pasar digital. Terkait dengan hal tersebut, meningkatnya aktivitas pengumpulan data

(*data pool*) oleh suatu pelaku usaha media sosial dapat mengarah kepada meningkatnya hambatan masuk pasar serta "tipping" dari pasar media sosial yang dapat mengurangi kompetisi efektif di pasar digital.[19]

Sejauh Mana Efektivitas Pengawasan Merger dari KPPU?

Berdasarkan Pasal 28 dan Pasal 29 UU Kompetisi *jo* Peraturan Pemerintah Nomor 57 tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (PP No. 57/2010), KPPU diberikan otoritas dan/atau wewenang untuk melakukan pengawasan atau supervisi dari transaksi merger yang dilakukan di yurisdiksi Indonesia atau berakibat kepada kelangsungan pasar di Indonesia.[20]

KPPU selanjutnya, mengeluarkan Peraturan Komisi Nomor 3 tahun 2019 mengenai Pedoman Evaluasi terhadap Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Saham Perusahaan yang dapat berakibat kepada Praktik Monopoli dan/atau Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia (Perkom Nomor 3/2019).[20]

Lebih lanjut, Pasal 29 UU Kompetisi 5/1999 serta Pasal 5 *jo* Pasal 10 PP Nomor 57/2010, KPPU berwenang untuk melakukan pengawasan transaksi merger dalam 2 (dua) metode, yakni: Pertama, Post-evaluasi (Pemberitahuan) atau disebut *Ex-post*; Kedua, Pra-evaluasi (Konsultasi) atau disebut sebagai *Ex-ante* [23]. Pada prinsipnya, KPPU dalam melakukan supervisi atau pengawasan terhadap transaksi merger di Indonesia atau berdampak kepada pasar di Indonesia berpedoman kepada "*Theory of Harm*".[21],[22] *Theory of Harm* berkorelasi erat dengan analisis ekonomi dan hukum. Dalam konteks ini KPPU akan melakukan analisis terhadap sejumlah aspek dari transaksi merger, sebagai berikut:

Pertama, analisis atas merger vertikal dan merger konglomerasi, yaitu sejauh mana dampak negatif terhadap kesejahteraan dan kompetisi efektif di pasar relevan timbul. [21],[22]

Kedua, analisis atas merger horisontal dan vertikal, yakni sejauh mana dampak koordinatif (*collective dominance*) yang ditimbulkan terhadap kompetisi di pasar. Apakah transaksi merger akan meningkatkan peluang terjadinya "perjanjian kolusif" diantara pelaku usaha. Hal ini memerlukan standar pembuktian yang ketat. [21],[22]

Ketiga, analisis atas dampak unilateral (*non-coordinated effect*) dari transaksi merger. KPPU akan melihat apakah insentif bagi para pelaku usaha untuk berkompetisi di pasar akan berkurang intensitas atau efektivitasnya, kalau transaksi merger disetujui. Dalam arti, apakah kompetitor tertentu akan dihilangkan dari pasar bersangkutan. KPPU juga melihat sejauh mana transaksi merger dapat membahayakan struktur kompetisi di pasar.[21], [22]

KPPU akan melakukan tindakan pencegahan dan atau melarang transaksi merger, hanya jika merger tersebut akan berakibat kepada timbulnya kekuatan pasar (*market power*) dari para pelaku usaha hasil transaksi merger secara signifikan dan berkesinambungan (*significant and sustainable*) yang berakibat kepada pelemahan kompetisi efektif di pasar bersangkutan (*Substantial Lessening of Competition* atau "SLC").[23], [24]

Dalam Hukum Kompetisi di Jerman dan Uni Eropa, Otoritas Persaingan Usaha Jerman (*Bundeskartellamt*) serta DG Competition Komisi Uni Eropa, menggunakan metode yang relatif baru dalam menilai suatu transaksi merger, yakni *Significantly Impede Effective Competition* ("SIEC") berdasarkan Pasal 2 §2 *the European Merger Regulation (EC) No 139/2004 of January 20, 2004*. [21], [24]

Di Indonesia, KPPU, berdasarkan Pasal 29 UU Kompetisi serta PP No. 57/2010, akan melakukan penilaian (*appraisal*), baik terhadap Pemberitahuan maupun Konsultasi merger berdasarkan analisis terhadap lima parameter kompetisi, sebagai berikut: Pertama, Konsentrasi Pasar (yang digambarkan dalam Herman Herfindahl Index/HHI atau CR4 Index); Kedua, Hambatan Masuk Pasar (*market entry barriers*); Ketiga, Potensi Perilaku Anti Persaingan; Keempat, Efisiensi; Kelima, Kepailitan Perusahaan.[23]

Namun demikian, dalam praktik penegakan hukum kompetisi sekarang ini, sejumlah Otoritas Persaingan Usaha mulai menganalisis keberadaan dan utilisasi *Big data* sebagai salah satu parameter kompetisi yang penting. Di Jerman dan Perancis, otoritas persaingan usaha mereka, *Bundeskartellamt* serta *French Autorité de la concurrence* menyadari peran dan dampak *Big data* dalam efektifitas kompetisi di pasar berbasis platform digital. Oleh karenanya, kedua otoritas persaingan usaha tersebut telah mengeluarkan suatu laporan bersama yang fokus mengkaji tentang keberadaan *Big data* dalam analisis persaingan usaha serta mengukur kekuatan pasar suatu pelaku usaha berdasarkan parameter *Big data*. Dalam konteks

kajian bersama tersebut, otoritas persaingan usaha di Jerman dan Perancis secara responsif menyikapi proses penyelidikan yang dilakukan oleh Komisi Uni Eropa, DG Competition, terhadap Google dan Facebook, dalam perkara "Google/DoubleClick" tahun 2008 serta "Facebook/Whatsapp" tahun 2014.[24], [25]

Secara eksplisit kepala Otoritas Persaingan Usaha Jerman dan Perancis mengeluarkan pernyataan mengenai keberadaan dan peran penting data dalam penegakan hukum kompetisi, bahwa dalam konteks ekonomi digital sekarang ini, model bisnis pelaku usaha banyak melibatkan pengumpulan data personal serta penggunaan atau utilitasnya secara masif. Oleh karenanya, otoritas persaingan usaha kedua negara memandang perlu adanya kajian spesifik terhadap hubungan antara *Big data* dengan penegakan hukum kompetisi. Inisiasi kajian persaingan usaha tersebut juga dipicu oleh penyelidikan yang dilakukan oleh Otoritas Persaingan Usaha Jerman terhadap facebook terkait *Big data*. [24]

Dalam perkara di kuartal pertama tahun 2021, Otoritas Persaingan Usaha Jerman juga secara proaktif melakukan penyelidikan dalam perkara "Google/Alphabet" terkait *Big data* dengan menggunakan *Section 19a German Competition Act "GWB" (GWB Digitalisation Act)* yang disahkan tahun 2021. Berdasarkan ketentuan terbaru tersebut, *Bundeskartellamt* berhak untuk melakukan intervensi dini dan lebih efektif terhadap praktik usaha dari perusahaan digital besar. Artinya, Otoritas Persaingan Usaha Jerman diperbolehkan untuk melarang pelaku usaha digital, yang memiliki pengaruh secara amat signifikan terhadap kompetisi di pasar digital, untuk terlibat dalam praktik usaha yang berlawanan dengan hukum persaingan usaha.[25]

Dalam praktiknya, *Bundeskartellamt*, sebagai Otoritas Persaingan Usaha Jerman akan melihat apakah pelaku usaha digital beroperasi dalam ekosistem bisnis yang melintasi sejumlah pasar digital. Karena banyaknya variasi produk barang dan/atau jasa yang ditawarkan oleh pelaku usaha tersebut, maka akan sulit bagi kompetitor untuk menandingi pengaruh perusahaan digital tersebut di pasar digital. Selanjutnya, Otoritas Persaingan Usaha di Jerman akan menganalisis mengenai metode pengumpulan dan penggunaan (utilisasi) data personal dari perusahaan yang beroperasi di berbagai variasi atau sektor dalam pasar digital tersebut, yang tertuang dalam klausula perjanjian antara pelaku usaha digital tersebut dengan pengguna (*Terms and Condition* atau

T&C) tersebut. Dalam pengamatan Otoritas Persaingan Usaha Jerman, Google memiliki keunggulan strategik karena kepemilikannya atas akses terhadap data pengguna yang penting bagi kompetisi di pasar digital. Otoritas Persaingan Usaha tersebut juga akan mengkaji sejauh mana pengguna atau konsumen diberikan informasi yang menyeluruh dan keleluasaan dalam menentukan pilihan terkait dengan penggunaan data para pengguna (*personal data*) tersebut.[24], [25]

Secara normatif, otoritas persaingan usaha di Jerman juga telah diberikan wewenang yang luas untuk melakukan penyelidikan terhadap *Big data* sebagai salah satu tolak ukur untuk menilai kekuatan pasar dari pelaku usaha di pasar digital. Dalam *the Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB amandemen kesepuluh)*, sudah mengatur secara eksplisit mengenai keberadaan *Big Data* dalam Section 18 paragraf (3a) *GWB*, sebagai berikut:

“In particular in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of:

1. *direct and indirect network effects,*
2. *the parallel use of several services and the switching costs for users,*
3. *the undertaking’s economies of scale arising in connection with network effects,*
4. *the undertaking’s access to Data relevant for competition,*
5. *competitive pressure driven by innovation.”.[26]*

Namun demikian, amat disayangkan, hingga saat ini, KPPU belum memiliki suatu regulasi spesifik terhadap keberadaan *Big data* sebagai salah satu parameter kompetisi utama serta dampaknya, baik secara langsung maupun tidak langsung, terhadap efektivitas persaingan usaha dalam pasar digital di Indonesia.

Big Data dan Dampaknya dalam Perspektif Hukum Kompetisi

Menurut Otoritas Persaingan Usaha Jerman, *Big data* didefinisikan, sebagai berikut:

“Big Data” large amounts of different types of data, produced at high speed from multiple sources, whose handling and analysis require new and more powerful processors and algorithms”. [27]

Dalam konteks penegakan hukum persaingan usaha, penelitian ini berpendapat bahwa data pengguna atau data personal yang terkompilasi dalam *Big data* merupakan

komoditas ekonomi. Ada juga yang mengatakan bahwa *Big data* merupakan bahan baku dalam era ekonomi digital sekarang.[8], [27], [29] Dalam literatur hukum kompetisi kontemporer, terdapat tiga alasan kenapa *Big data* disebut-sebut sebagai komoditas ekonomi era ekonomi digital, sebagai berikut:

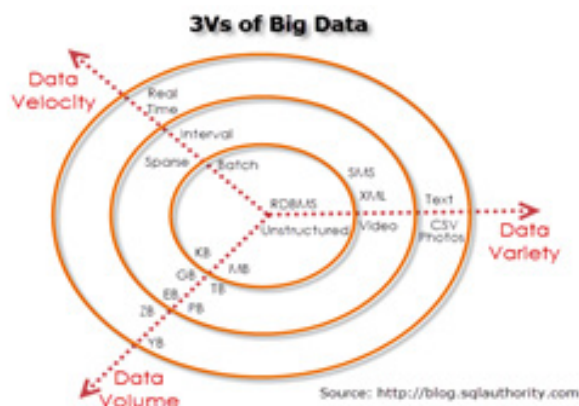
Pertama, *Big data* dapat diperdagangkan sebagai komoditas komersial di pasar digital.

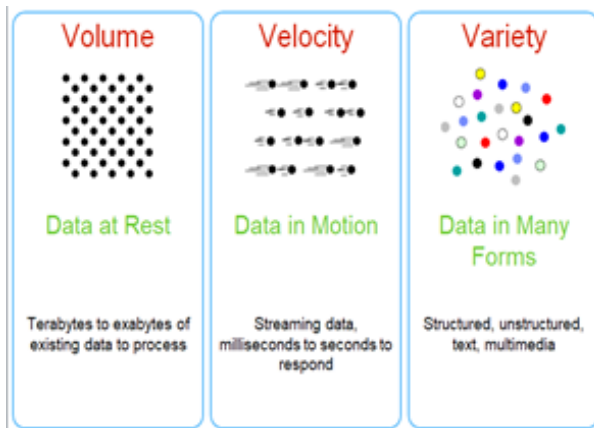
Kedua, *Big data* punya kedudukan dalam banyak transaksi sebagai kontraprestasi terhadap penggunaan pelayanan jasa tertentu di pasar digital.

Ketiga, *Big data* punya peran penting sebagai sumber daya bagi perusahaan digital untuk melakukan inovasi bisnis. Sebagai contoh, *Big data* dapat memungkinkan pelaku usaha digital melakukan analisis prediktif (*predictive analysis*) terhadap perilaku dan kebiasaan pengguna atau konsumen, sehingga perusahaan digital dapat mengurangi risiko bisnis di pasar. Lebih lanjut, *Big data* memungkinkan pelaku usaha digital untuk melancarkan serangkaian periklanan secara spesifik dan menetapkan harga produk secara personal berdasarkan segmentasi pengguna atau konsumen yang terdapat dalam *Big data*.

Apalagi dengan adanya kecerdasan buatan (*Artificial intelligence*), perusahaan digital dapat mengadaptasi model bisnisnya untuk menggarap segmen pengguna atau konsumen secara spesifik di pasar digital. Dengan kata lain, *Big data* dapat dikatakan memiliki dampak yang pro kompetisi.[27], [28], [29]

Secara skema, *Big data* dalam dinamika kompetisi di pasar, dapat digambarkan dengan skema sebagai berikut:[23], [20]





Menurut Otoritas Persaingan Usaha Jerman, kepemilikan *Big data* dalam transaksi merger di pasar digital dapat membuat hambatan masuk pasar (*market entry barriers*) dan meningkatkan kekuatan pasar (*market power*) suatu pelaku usaha, apabila:

1. Akses ke data yang spesifik sangat penting bagi pelaku usaha untuk unggul di pasar atau mendominasi pasar;
2. Kompetitor tidak bisa mengumpulkan data spesifik tersebut, baik secara mandiri maupun dengan bantuan/lewat pihak ketiga.[26], [27], [28], [29]

Dalam praktik persaingan usaha, menurut Lüth dan Dawenter, keberadaan *Big data* dapat menimbulkan bukan hanya dampak secara tidak langsung (*indirect competitive effect*), namun juga dampak secara langsung (*direct competitive effect*) terhadap kompetisi di pasar digital.[29]

Dampak tidak langsung *Big data* mencakup empat aspek, sebagai berikut:

Pertama, penyediaan informasi mengenai pengguna atau konsumen secara efisien.

Menurut pandangan aliran pemikiran mazhab Chicago, penyediaan dan transfer data pengguna (*personal data*) akan mengurangi asimetri informasi yang pada akhirnya memberikan dampak efisiensi kepada pelaku usaha digital. Oleh karenanya, adanya undang-undang tentang perlindungan data akan mempersulit penyediaan data pengguna di pasar digital yang dapat berakhir kepada inefisiensi di pasar digital.[29]

Kedua, hak disposisi terkait *Big data*. Dalam praktik bisnis digital, seringkali tidak ada kejelasan mengenai hak kepemilikan atas *Big data*. Secara operasional, hak kepemilikan atas *Big data* tersebut dapat diperjualbelikan secara leluasa. Pengalihan hak kepemilikan atas *Big data* memerlukan pengaturan khusus untuk melindungi pengguna atau konsumen di pasar digital.[29]

Ketiga, diskriminasi harga secara sempurna dan penetapan harga kepada pengguna secara tersegmentasi (*scalable price targeting*).[29] [30] Jikalau pelaku usaha digital punya informasi yang lengkap tentang kebiasaan konsumsi pengguna serta kesanggupan mereka untuk mengeluarkan uang untuk suatu produk, maka perusahaan digital dapat menerapkan diskriminasi harga secara sempurna. Tetapi hal ini mensyaratkan kepemilikan kekuatan pasar dari perusahaan digital tersebut, sehingga pengguna tidak dapat dengan mudah berpindah kepada pelaku usaha serta produk lain di pasar digital.[29], [30]

Keempat, aktivitas periklanan produk secara spesifik kepada pengguna tertentu serta penggunaan kecerdasan buatan (*Artificial intelligence*), misalkan dengan cara "deep learning" dari perusahaan digital yang diyakini dapat meningkatkan efisiensi dalam hal pengeluaran biaya pemasaran perusahaan digital.[28], [29]

Sementara itu dampak langsung dari *Big data* mencakup empat aspek sebagai berikut:

Pertama, kedudukan *Big data* sebagai hambatan masuk pasar (*entry market barrier*). [28] [29]

Kedua, peningkatan "skala ekonomi" (*economies of scale*) melalui *Big data*. Menurut kamus OECD, skala ekonomi mengacu kepada suatu keadaan dimana biaya produksi luaran rata-rata per unit satu barang atau jasa secara gradual menurun seiring dengan meningkatnya skala atau kapasitas luaran (*output*) yang dapat dihasilkan oleh suatu pelaku usaha.[28], [29]

Ketiga, *Big data* sebagai "Essential facilities". Dalam literatur kompetisi saat ini, terdapat perdebatan apakah kepemilikan dan penggunaan *Big data* oleh pelaku usaha dapat dianggap sebagai fasilitas yang esensial (*essential facility*) dalam kompetisi di pasar digital. Isu ini akan diuraikan dalam diskusi di bawah.[28], [29]

Keempat, metode penilaian terhadap merger digital. Kepemilikan *Big data* dalam penilaian transaksi merger digital menjadi signifikan pada saat otoritas persaingan usaha menemukan adanya peningkatan kekuatan pasar akibat terlaksananya transaksi merger digital. Kekuatan pasar tersebut dapat muncul, khususnya dari transaksi merger horisontal serta dari terutama dari transaksi merger konglomerasi (*diagonal merger*). Dalam transaksi merger konglomerasi (*diagonal merger*), Otoritas Persaingan Usaha wajib menilai, berdasarkan rentang waktu secara gradual, apakah transaksi merger akan menghasilkan kekuatan finansial

yang signifikan terhadap efektivitas kompetisi, timbulnya efek *portfolio* produk dari perusahaan, serta timbulnya penutupan akses pasar (*market foreclosure*) terhadap pelaku usaha lain di pasar digital.[5], [29]

Menurut *Hoffmann dan Johannsen*, otoritas persaingan usaha seyogyanya menilai keberadaan *Big data* dalam transaksi merger digital dengan menggunakan dua tahap penilaian mengenai kemungkinan adanya dampak penutupan akses pasar terhadap pelaku usaha lain di pasar digital. Tahap pertama adalah penilaian mengenai adanya dampak yang mendistorsi kompetisi efektif di pasar melalui kepemilikan *Big data* secara eksklusif (*absolute foreclosure scenario*). Tahap kedua, otoritas persaingan usaha perlu menilai munculnya kekuatan pasar pelaku usaha pemilik *Big data*, dimana pelaku usaha lain tidak dapat menandingi keunggulan pelaku usaha tersebut (*relative foreclosure scenario*).[5], [29]

Big data dan Doktrin "Essential Facility"

Dalam literatur hukum persaingan usaha secara umum, "*Essential Facility*" mengacu kepada pemahaman, sebagai berikut: bahwa suatu fasilitas esensial merupakan suatu fasilitas yang dimiliki dan dikendalikan oleh pelaku usaha yang memiliki posisi dominan di pasar tertentu, dimana pada saat yang bersamaan kompetitor memerlukan akses kepada fasilitas tersebut agar dapat menyediakan produk yang serupa di pasar relevan. Suatu fasilitas dikatakan esensial jikalau fasilitas tersebut merupakan fasilitas esensial bagi keberlangsungan persaingan usaha di pasar relevan, karena kompetitor tidak dapat berkompetisi secara efektif di dalam pasar bersangkutan tanpa adanya akses terhadap fasilitas tersebut.[27], [28], [29] Hukum Persaingan Usaha juga mengenal doktrin *essential facilities* yang menyatakan pendapat, sebagai berikut:

"Doktrin fasilitas penting akan menghukum perusahaan monopolis, yang menguasai fasilitas penting, menolak akses yang wajar perusahaan lainnya untuk suatu produk atau jasa yang harus diperoleh demi bersaing dengan monopolis.[28], [29]

Dalam praktik kompetisi di pasar digital, kepemilikan *Big data*, pada awalnya, tidak dianggap sebagai suatu fasilitas esensial (*essential facility*), dengan alasan tidak memenuhi persyaratan tidak dapat diduplikasi [*non-duplicability*] serta tidak dapat disubstitusikan (*non-substitutability*).[27], [28] [29], [32] Namun demikian, kepemilikan *Big data* dapat menjadi fasilitas esensial (*essential facility*) manakala dua kondisi terpenuhi sebagai berikut:

Pertama, keberadaan skala ekonomi (*economy of scale*) begitu besar sehingga hanya perusahaan digital yang sangat besar yang dapat mengumpulkan data pengguna (*personal data*) dalam jumlah yang paling optimal. Dalam situasi tersebut, terjadi yang namanya suatu monopoli semu (*Quasi-monopoly*) terhadap data oleh pelaku usaha. Dalam situasi pertama ini, otoritas persaingan usaha seyogyanya menganalisis secara kasuistis untuk menyimpulkan apakah adanya fasilitas esensial terkait kepemilikan *Big data* oleh pelaku usaha.[31], [33]

Kedua, adalah situasi dimana data pengguna (*personal data*) hanya tersedia bagi satu pelaku usaha digital, sehingga kompetitor tidak dapat memperoleh data yang serupa tersebut. Dalam situasi ini, otoritas persaingan usaha sebaiknya menilai secara empiris kemungkinan munculnya hambatan masuk pasar secara signifikan bagi kompetitor serta skala ekonomi dari pelaku usaha digital. Namun demikian, otoritas persaingan usaha perlu menilai lebih jauh adanya faktor yang merelatifkan hambatan masuk pasar bagi kompetitor, seperti keberadaan *Opt-in dan Opt-out* yang akan memudahkan pengguna untuk berpindah ke pelaku usaha digital lainnya.[31], [33]

Hukum Persaingan Usaha Jerman (GWB) telah mengatur mengenai kepemilikan *Big data* dalam korelasinya dengan fasilitas esensial (*essential facility*). Section 19 paragraph 2 (4) GWB menyatakan sebagai berikut:

"*Refuses to supply another undertaking with such a good or commercial service for adequate consideration, in particular to grant it access to data, networks or other infrastructure facilities, and if the supply or the granting of access is objectively necessary in order to operate on an upstream or downstream market and the refusal threatens to eliminate effective competition on that market, unless there is an objective justification for the refusal*".[26]

Dalam praktik penegakan kompetisi digital, khususnya untuk menilai *Big data* dalam hubungannya dengan posisi dominan di pasar digital, yang umumnya melibatkan transaksi non finansial, otoritas persaingan usaha dapat menerapkan metode SSNDQ (*Small but significant and non-transitory decrease in quality*) sebagai pengganti metode SSNIP (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*), untuk mengukur, secara lebih akurat, kekuatan pasar relevan dari pelaku usaha digital di Indonesia. Dalam hal ini, KPPU dapat menilai sejauh mana terjadinya penurunan kualitas ketika suatu pengguna atau konsumen berpindah dari satu pelaku usaha digital ke pelaku usaha lainnya.[32]

Kesimpulan

Berdasarkan pemaparan di atas, sudah amat mendesak bagi KPPU untuk membuat regulasi mengenai merger digital di Indonesia pada umumnya, serta regulasi mengenai kepemilikan *Big data* serta dampaknya terhadap efektivitas kompetisi (*effective competition*) di pasar digital, baik dampak tidak langsung maupun dampak langsung, seperti ketentuan mengenai fasilitas esensial (*essential facility*), pada khususnya. Dalam konteks regulasi kompetisi digital tersebut, terdapat korelasi positif antara analisis kompetisi terhadap meningkatnya posisi dominan pelaku usaha di pasar dengan analisis merger di pasar digital. Dengan kata lain, KPPU dapat melakukan prognosis secara menyeluruh, apakah dengan terlaksananya merger di pasar digital, maka suatu pelaku usaha akan secara gradual memperoleh posisi dominan atau meningkat intensitas posisi dominan tersebut. Proposisi ini sejalan dengan mandat yang diberikan kepada KPPU berdasarkan Pasal 2 dan Pasal 3 paragraf (a) Peraturan Komisi Nomor 01 tahun 2014 tentang Organisasi dan Tata Kerja KPPU serta Keputusan Presiden RI Nomor 75 tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang menyatakan dengan eksplisit bahwa KPPU memiliki fungsi mengawasi dan menegakkan hukum larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat serta melakukan pencegahan dan pengawasan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, dalam konteks menjaga keberlangsungan kompetisi efektif di pasar digital di Indonesia.

Daftar Referensi

- [1] Mercedes Ruehl, "Indonesia's Gojek and Tokopedia agree \$18bn merger", Financial Times, May 17, 2021 [Online]. Tersedia: <https://www.ft.com/content/ce944c28-a6d1-42b9-9da2-12e90cb2ae19>. [Diakses 16 Oktober 2021].
- [2] U. Silalahi, "Merger dan Akuisisi Perusahaan Digital: Perspektif Hukum Persaingan Usaha Indonesia", presentasi pada Webinar FDPU bekerjasama dengan FH UNSRI, 27 April 2021, Jakarta, Indonesia, 2021.
- [3] Ayman Falak Medina, "Tokopedia and Gojek Merger Creates Indonesia's Largest Digital Services Company", May 25, 2021 [Online]. Tersedia: <https://www.aseanbriefing.com/news/tokopedia-and-gojek-merger-creates-indonesias-largest-digital-services-company/> [Diakses 25 Oktober 2021].

- [4] Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2019 [Online]. Tersedia: https://kppu.go.id/wp-content/uploads/2020/04/Perkom_3_Tahun_2019.pdf. [Diakses: 25. Oktober 2021].
- [5] Heike Schweitzer, "Vorlesung zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Sitzung 12: Missbrauch marktbeherrschender Stellungen (letzter Teil) Fusionskontrolle," presented at Competition Law Lecture Series, Winter Semester 2016/2017, Berlin, Germany, 2016.
- [6] Elena Argentesi, Paolo Buccrossi, Emilio Calvano Tomaso Duso and Alessia Marrazzo, Salvatore Nava, "Merger Policy In Digital Markets: An Ex Post Assessment," Journal of Competition Law & Economics, Vol. 17(1), hal. 95-140, 2019.
- [7] Silvan Gabathuler, Big Data Management in Theorie und Praxis aus rechtlicher Sicht, Dissertation, Universität St. Gallen, Difo-Druck GmbH, Bamberg 2018.
- [8] Inge Graef, "Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms" World Competition 38, no. 4 (2015): hal. 473-506.
- [9] J. Gregory Sidak dan Abbott B. Lipsky, "Essential Facilities", Stanford Law Review, Vol. 51, No. 5, Mei 1999, hal. 1187-1249,
- [10] Fahmi, Sirait, et.al., Hukum Persaingan Usaha Edisi Kedua, KPPU, Jakarta, 2017
- [11] Vidya Prahassacitta, "Penelitian Hukum Normatif dan Penelitian Hukum Yuridis"- Fakultas Hukum Universitas Bina Nusantara [Online] Tersedia: <https://business-law.binus.ac.id/2019/08/25/penelitian-hukum-normatif-dan-penelitian-hukum-yuridis/> [Diakses]: 17 Oktober 2021.
- [12] Konrad Zweigert dan Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3rd Edition. Oxford: Oxford University Press, 1998, hal. 3-5.
- [13] Henry Campbell Black. Black Law dictionary, St. Paul Minn: West Publishing Co, 1990, hal. 867.
- [14] Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 57 tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat [Online]. Tersedia: <https://kppu.go.id/wp-content/uploads/2019/09/PP-57-2010.pdf>. [Diakses: 16 Oktober 2021]

- [15] Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric Van Damme, Pauline Affeldt, "Market definition in two-sided markets: Theory and practice" *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 10, Issue 2, hal. 293-339, 2014. Tersedia: http://explore.bl.uk/primo_library/libweb/action/display.&ct=display&fn=search&doc=ETOCRN353711713&iidx=1&recIds=ETOCRN353711713. [Diakses: 16 Oktober 2021].
- [16] H. Shelanski dan S. Knox, "Network Effects and Efficiencies in Multisided Markets" in *Hearing on Re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets*, 21-23 June 2017, Paris, France [Online]. Tersedia: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)40/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)40/FINAL/en/pdf). [Diakses: 17 Oktober 2021].
- [17] Investopedia, "Network Effects", [Online] Tersedia: <https://www.investopedia.com/terms/n/networkeffect.asp>: Internet. [Diakes: 3 Agustus 2018].
- [18] Liangfei Qiu, Qian Tang, dan Andrew B. Whinston, "Two Formulas for Success in Social Media: Learning and Network Effects", *Journal of Management Information Systems*, Vol. 32, No. 4, hal. 78-108, 2015.
- [19] Dian Parluhutan dan Udin Silalahi, "Analisa Hukum Kompetisi Aliansi Strategis dalam Ekonomi Digital: Studi Kasus Taxi Online" Laporan Penelitian Internal, Program Pascasarjana Hukum Universitas Pelita Harapan, Jakarta, Indonesia, November 2019.
- [20] Komisioner Kodrat Wibowo, "Merger dan Akuisisi dalam Perspektif Persaingan Usaha berdasarkan PP Nomor 57 tahun 2010 dan Perkom Nomor 3 tahun 2019" di dalam Webminar KPPU, 29 Februari 2020, Jakarta, Indonesia [Online]. Tersedia: <https://kppu.go.id/wp-content/uploads/2020/07/Aktivitas-1-Merger-dan-Akuisisi-dalam-Perspektif-Persaingan-Usaha.pdf>. [Diakses: 17 Oktober 2021].
- [21] Directorate General Competition, EU Commission, Intervention triggers and underlying theories of harm Prof. Massimo Motta Prof. Martin Peitz Expert advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool. Brussels, 2020. Tersedia: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420575enn.pdf. [Diakses:18 Oktober 2021].
- [22] Australian Competition and Consumer Commission, *Merger Guidelines*, Canberra: November 2008. [Online]. Tersedia: <https://www.accc.gov.au/system/files/Merger%20guidelines%20-%20Final.PDF>. [Diakses: 16 Oktober 2021].
- [23] Dian Parluhutan, "Merger dan Akuisisi Ditinjau dari Perpektif Hukum Persaingan Usaha: Bahan Mengajar Mata Kuliah Hukum Persaingan Usaha", Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan 2019-2020, Semester Genap 2020.
- [24] Bundeskartellamt and Autorité de la concurrence, "Competition Law and Data" Bonn, 10th May 2016. [Online] Tersedia: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2. [Diakses: 17 Oktober 2021].
- [25] Bundeskartellamt, "Proceeding against Google based on new rules for large digital players (Section 19a GWB) – Bundeskartellamt examines Google's significance for competition across markets and its data processing terms" date of issue: 25 May 2021. [Online]. Tersedia: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/25_05_2021_Google_19a.html. [Diakses: 16 Oktober 2021].
- [26] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) [Online]. Tersedia: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>. [Diakses: 18 Oktober 2021].
- [27] Andreas Mundt and Bruno Lasserre, "Competition Law and Big Data: The Enforcer's View" *Rivista Italiana Antitrust*, 2017 [Online]. Tersedia: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Competition_Law_and_Big_Data_The_enforcers_view.pdf?__blob=publicationFile&v=2. [Diakses: 17 Oktober 2021].
- [28] Bundesministerium für Bildung und forschung, Boris P. Paal and Moritz Henneman (Eds), *Big Data as an Asset: Daten und Kartellrecht*. Berlin: 2019. Number 0 1 I S 1 5 0 1 6 A – F. [Online]. Tersedia: https://www.abida.de/sites/default/files/Gutachten_ABIDA_Big_Data_as_an_Asset.pdf. [Diakses: 17 Oktober 2021].
- [29] Ralf Dewenter, Hendrik Lüth, "Big Data aus wettbewerblicher Sicht" *Analysen und Berichte: Digitalisierung*. ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft,

- Wirtschaftsdienst, 2016. [Online]. Tersedia: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10273-016-2029-6>. [Diakses: 16 Oktober 2021].
- [30] Jean-Pierre Dubé and Sanjog Misra, "Personalized Pricing and Consumer Welfare", National Bureau Economic Research (NBER), Massachusetts, September 2017 [Online] Tersedia: <http://www.nber.org/papers/w23775/> National Bureau of Economic Research. [Diakses: 17 Oktober 2021].
- [31] Jörg Hoffmann and Germán Oscar Johannsen, "EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies" Munich: 31 May 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-05 [Online]. Tersedia: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364792. [Diakses: 28 Oktober 2021].
- [32] Andreas Heinemann, "Big Data im Kartellrecht" in: Notter, Markus; Weber, Rolf; Heinemann, Andreas; Baumgartner, Tobias. Europäische Idee und Integration - mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals. Zürich: 2018, Schulthess, hal. 311-321 [Online] Tersedia: <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/160874/> [Diakses: 16 Oktober 2021].
- [33] Christian Bongard, "Big Data und Wettbewerbsrecht" in Hamburger Forum Medienökonomie Interdisziplinärer Workshop, Big Data, Datenschutz und Wettbewerb, Hamburg: 4th November 2016 [Online] Tersedia: <http://hermes.hsu-hh.de/doctoralstudy/2016/10/14/hfm-workshop-big-data-datenschutz-und-wettbewerb-04-11-2016/> [Diakses: 18 Oktober 2021].
- [34] Indonesia. Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, Peraturan Komisi Nomor 01 tahun 2014 tentang Organisasi dan Tata Kerja KPPU. Jakarta: 2014 [Online] Tersedia: Peraturan Komisi Nomor 01 tahun 2014 tentang Organisasi dan Tata Kerja KPPU. [Diakses: 17 Oktober 2021].
- [35] Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 75 Tahun 1999 Tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha. [Online] Tersedia: https://kppu.go.id/wp-content/uploads/2021/10/Keppres_No_75_Th_1999.pdf [Diakses: 17 Oktober 2021].