



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENERAPAN *ECONOMIC EVIDENCE* DALAM PEMBUKTIAN KASUS
PENETAPAN HARGA (ANALISA YURIDIS PUTUSAN KOMISI
PENGAWAS PERSAINGAN USAHA TERHADAP PERKARA NOMOR:
25/KPPU-I/2009 TENTANG PENETAPAN HARGA *FUEL SURCHARGE*
DALAM INDUSTRI JASA PENERBANGAN DOMESTIK INDONESIA)**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada
Fakultas Hukum Universitas Indonesia

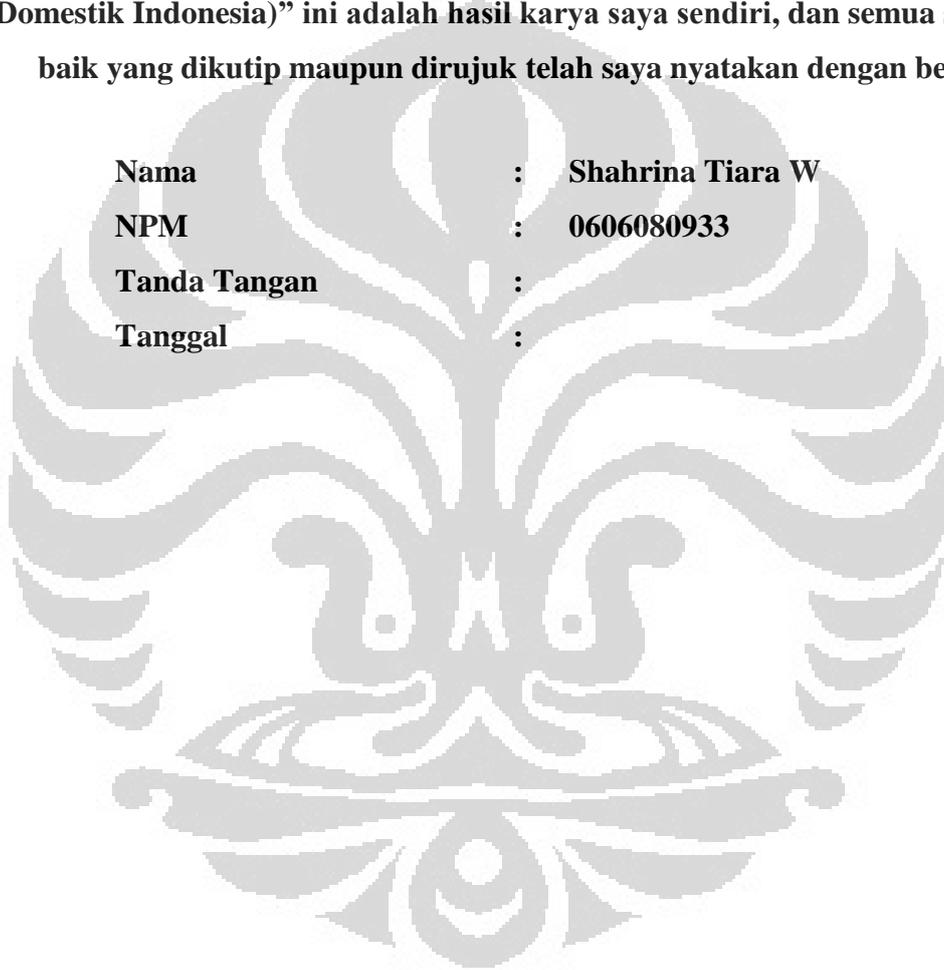
**SHHRINA TIARA W
0606080933**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
PROGRAM KEKHUSUSAN
HUKUM TENTANG KEGIATAN EKONOMI
DEPOK
JANUARI 2011**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Skripsi dengan judul “Penerapan *Economic Evidence* dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga (Analisa Yuridis Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)” ini adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : Shahrina Tiara W
NPM : 0606080933
Tanda Tangan :
Tanggal :



HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh

Nama : Shahrina Tiara W
 NPM : 0606080933
 Program Studi : Ilmu Hukum
 Program Kekhususan Hukum Tentang Kegiatan Ekonomi
 Judul Skripsi : Penerapan *Economic Evidence* dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga (Analisa Yuridis Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Program Kekhususan Hukum Tentang Kegiatan Ekonomi

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Ditha Wiradiputra, S.H., M.E. ()
 Pembimbing : Teddy Anggoro, S.H., M.H. ()
 Penguji : Parulian Aritonang, S.H., LL.M. ()
 Penguji : M. Sofyan Pulungan, S.H., MA. ()
 Penguji : Wenny Setiawati, S.H., MLI. ()

Ditetapkan di : Depok

Tanggal :

KATA PENGANTAR

Puji syukur Penulis panjatkan ke hadirat Allah SWT, atas rahmat dan karunia-Nya Penulis dapat menyelesaikan skripsi yang berjudul ”Penerapan *Economic Evidence* dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga (Analisa Yuridis Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)”. Penulisan skripsi ini ditulis sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Selama melakukan penulisan skripsi, Penulis mendapatkan begitu banyak pengetahuan dan masukan serta bantuan dari berbagai pihak, oleh karena itu mengucapkan syukur Alhamdulillah dari lubuk hati yang dalam kepada Allah SWT Tuhan Semesta Alam atas segala barokah dan karunia serta bimbingan-Nya. Engkau tidak pernah lepas memberikan pertolongan, pencerahan, bimbingan, rahmat, karunia, rezeki, dan barokah kepada Penulis untuk menyelesaikan skripsi ini. Serta rahmat dan junjungan kepada RasulNya, Muhammad SAW.;

Begitu pula ucapan terima kasih sebesar-besarnya kepada:

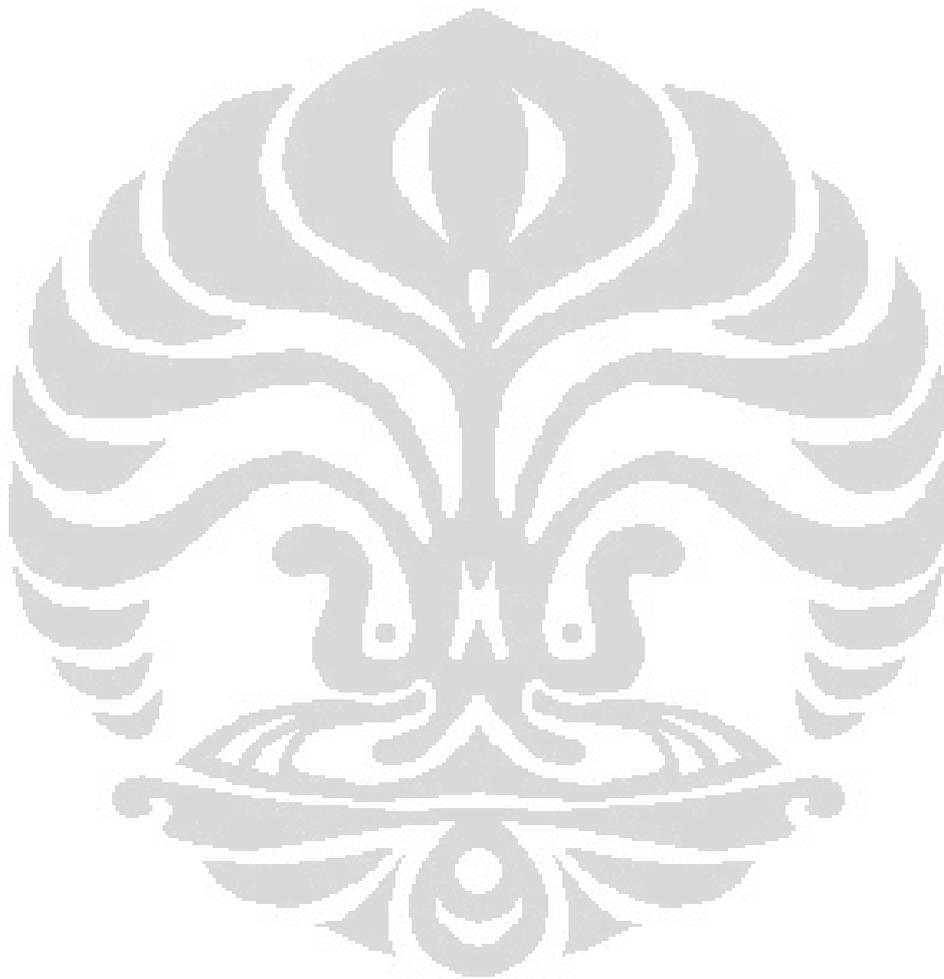
1. Keluarga tercinta, Mama Upik Sjahrir, Papa Erwin Saksono, Adik Harwindra Syahriar dan, Adik Shahneza Tiara Anindita atas segala dukungan, bantuan, dan doa yang diberikan kepada Penulis selama masa penulisan skripsi;
2. Bapak Prof. Safri Nugraha, S.H., LL.M., Ph.D selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia;
3. Bang Ditha Wiradiputra, S.H., M.E., selaku Pembimbing Materi dan Teknis, yang tiada henti melakukan koreksi demi koreksi skripsi ini dan memberikan masukan yang sangat berarti bagi perkembangan penulisan skripsi ini;
4. Bang Teddy Anggoro, S.H., M.H., selaku Pembimbing Materi dan Teknis untuk kesediaannya membimbing Penulis di sela-sela kesibukannya dan juga membantu dan memberi motivasi bagi Penulis atas segala permasalahan baik dalam skripsi maupun perkuliahan;
5. Ibu, Surini Ahlan Syarif, S.H. M.H., selaku Ketua Bidang Studi Hukum Keperdataan yang telah begitu membantu Penulis semasa masa studi;

6. Mbak Lidwina Inge Nurcahyo, selaku Pembimbing Akademis yang senantiasa membantu Penulis sepanjang masa pendidikannya di Fakultas Hukum Universitas Indonesia;
7. Seluruh staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah memberikan banyak sekali ilmu-ilmu yang pasti akan berguna di masa yang akan datang;
8. Bapak Andhika Dhanejsvara, selaku Manager Pendidikan dan seluruh staf Sub Bagian Administrasi Akademik Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah banyak membantu Penulis menyelesaikan masalah administrasi selama kuliah dan penulisan skripsi;
9. Ibu Melda Kamil Ariadno, S.H., LL.M. selaku Ketua Lembaga Pengkajian Hukum Internasional dan Tim Pengajar Hukum Internasional yang telah banyak membantu Penulis;
10. Gabriella Ticoalu, Christine Tambunan, Anisa Putri Larasati, Karisa Utami Pangaribuan, Yesi Luisa Samosir, Andreas Aghyp, Shinta Nurfauzia, Lavie Daramarezkya, Patrisia Ticoalu, Yvonne Navi, Avindra Yuliansyah, Dipta Prabhaswara, Alvin Sukmana Ambardy, Pradhama S. Paska, Tsu Yoshi, Satria Walensa, Bintang Taufiq Hidayanto, Novandy Haroen, Moh. Haekal Hasan, Dwi Januar, Zidny Fadlan, IMN Pratama, Anetta Diah, David Sinaga, Harza Sandityo, Ega Windratno serta semua teman-teman yang telah memberikan dorongan moril selama Penulis menghabiskan waktunya di bangku kantin, bangku depan dan belakang kelas, di telepon, dan dimanapun;
11. Boogee Garystho yang telah bersedia meluangkan waktu dan tenaganya untuk membantu penulis dalam membuat Daftar Isi untuk skripsi ini.
12. Seluruh teman-teman yang namanya tidak dapat disebutkan satu persatu, semoga sukses selalu;
13. Para pekerja kesekretariatan di Kopma dan Barel yang banyak membantu Penulis semasa kuliah;
14. *And last but not any least*, Imanuel Alexander Frederik Rumondor yang telah menemani Penulis dalam suka maupun duka dan memberi motivasi yang sungguh besar kepada Penulis untuk menyelesaikan skripsi ini.

Akhir kata, lepas dari segala kekurangan skripsi ini Penulis berharap banyak masukan, kritikan yang bersifat membangun, dan semoga skripsi ini dapat memberikan banyak manfaat bagi pembaca, terutama bagi mereka yang tertarik dengan *economic evidence* dalam pembuktian penetapan harga dan segala permasalahannya.

Depok, Desember 2010

Penulis



HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini,

Nama : Shahrina Tiara W
NPM : 0606080933
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

“Penerapan *Economic Evidence* dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga (Analisa Yuridis Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)”

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok
Pada Tanggal :
Yang Menyatakan

(Shahrina Tiara W)

ABSTRAK

Nama : Shahrina Tiara
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : “Penerapan *Economic Evidence* dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga (Analisa Yuridis Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)”

Skripsi ini membahas mengenai penerapan *economic evidence* dalam pembuktian penetapan harga *fuel surcharge* yang dilakukan oleh maskapai-maskapai penerbangan domestik Indonesia. Dalam putusan atas dugaan penetapan harga tersebut, yaitu Putusan terhadap Perkara No: 25/KPPU-I/2009, KPPU menyatakan bahwa para Terlapor (PT Garuda Indonesia (Tbk), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service dan PT Indonesia Air Asia) dinyatakan telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan dihukum dengan sanksi administratif untuk membayar denda dan ganti rugi yang dibayarkan pada kas Negara. Dalam kasus ini KPPU menggunakan uji statistik terhadap pergerakan grafik *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh masing-masing Terlapor dan KPPU menemukan persamaan *trend* dalam pergerakan harga *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh para Terlapor tersebut. Maka pembuktian yang dilakukan oleh KPPU dalam kasus ini adalah dengan menggunakan *economic evidence*. Dalam penerapannya, pengaturan hukum diperlukan untuk melindungi pihak-pihak yang terlibat di dalamnya, baik konsumen maupun para pelaku usaha.

Kata kunci:
Penetapan Harga, *Fuel Surcharge*, *Economic Evidence*, Pembuktian

ABSTRACT

Name : Shahrina Tiara W
Study Program : Law
Title : "The Application of Economic Evidence in The Evidencing of a Price Fixing Case (Judicial Analysis of The Decision of The Case No.25/KPPU-1/2009 in Relation of The Fuel Surcharge Fixing in The Domestic Airlines Industry"

This essay discusses about the application of economic evidence in the evidencing of a fuel surcharge fixing conducted by Indonesia's domestic airlines. In the verdict on the alleged price fixing by the Decision on Case No. 25/KPPU-I/2009, KPPU states that the Parties (PT Garuda Indonesia (PT), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service and PT Indonesia Air Asia) have violated Article 5 of Law No. 5 1999 and were penalized with administrative sanctions to pay fines and compensation payable to the State Treasury. In this case, KPPU used statistical tests to trace the movement of fuel surcharge set that were set by each Party and KPPU found similarities in the trend of price movements that were set by the Parties. Thus, the evidencing conducted by KPPU in this case is by way of using economic evidence. In such practice, the legal regulations are necessary to protect every parties involved, both consumers and business actors. Because we can not deny that they have big role in the growth of the nation's economy.

Key words:

Price Fixing, Fuel Surcharge, Economic Evidence, Evidencing

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI ILMIAH	vii
ABSTRAK DALAM BAHASA INDONESIA	viii
ABSTRAK DALAM BAHASA INGGRIS	ix
DAFTAR ISI	x
BAB 1	
PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang Permasalahan	1
1.2. Pokok Permasalahan	6
1.3. Tujuan Penelitian	7
1.4. Definisi Operasional	7
1.5. Metodologi Penelitian	10
1.6. Sistematika Penulisan	11
BAB 2	
KAJIAN TEORITIS MENGENAI PENETAPAN HARGA SEBAGAI PERJANJIAN YANG DILARANG DIKAITKAN DENGAN PEMBUKTIAN MENGGUNAKAN <i>ECONOMIC EVIDENCE</i>	13
2.1. Pengertian Penetapan Harga	13
2.2. Pengertian Kartel	14
2.3. Penetapan Harga Sebagai Bentuk Perjanjian yang Dilarang	17
2.4. Penetapan Harga Termasuk Kartel dalam Arti Luas	23
2.5. Peran dan Wewenang KPPU dalam Penyelesaian Kasus Penetapan Harga	25
2.6. Pembuktian Penetapan Harga Oleh KPPU	31
2.6.1. Istilah Dan Teori Pembuktian	31
2.6.2. Prinsip Pembuktian	32
2.6.3. Alat-Alat Bukti di KPPU	35
2.6.3.1. Keterangan Saksi	35
2.6.3.2. Keterangan Ahli	38
2.6.3.3. Surat dan/atau Dokumen	40
2.6.3.4. Dokumen Perusahaan	41
2.6.3.5. Pengalihan Dokumen Perusahaan	42
2.6.3.6. Petunjuk	44
2.6.3.7. Keterangan Pelaku Usaha/Terlapor	44
2.6.4. Pengambilan Keputusan	44

2.6.5. Tugas dan Wewenang KPPU dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga	46
2.6.6. Pendekatan <i>Per Se Illegal</i> dan <i>Rule of Reason</i> Dalam Penetapan Harga	51
2.7. <i>Economic Evidence</i> Sebagai Alat Bukti dalam Kasus Penetapan Harga	56
2.7.1. <i>Direct Evidence</i> atau Pembuktian Langsung	57
2.7.2. <i>Circumstantial Evidence</i>	58
2.7.3. Praktek Pembuktian Adanya Kartel Dengan Menggunakan <i>Economic Evidence</i> di Negara Lain	60
2.6.3.1 Brazil	60
2.6.3.2 Amerika Serikat	64
2.6.3.3 Chili	69
2.6.3.4 Korea	72
2.6.3.5 Swiss	73
2.6.3.6 Cina	74
BAB 3	
PENERAPAN <i>ECONOMIC EVIDENCE</i> DALAM PEMBUKTIAN KASUS PENETAPAN HARGA (ANALISA YURIDIS PUTUSAN KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA TERHADAP PERKARA NOMOR: 25/KPPU-I/2009 TENTANG PENETAPAN HARGA <i>FUEL SURCHARGE</i> DALAM INDUSTRI JASA PENERBANGAN DOMESTIK INDONESIA)	76
3.1. Penerapan <i>Economic Evidence</i> Dalam Hukum Persaingan di Indonesia	76
3.2 . Analisa atas Kasus Penetapan Harga <i>Fuel Surcharge</i> Menurut Hukum dan Doktrin yang Berlaku, Dalam Kaitannya dengan Penerapan <i>Economic Evidence</i>	79
3.2.1 Kasus Posisi	79
3.2.2 Pertimbangan KPPU	82
3.2.3 Pembuktian yang Dilakukan Oleh KPPU	84
3.2.4 Analisis Mengenai <i>Economic Evidence</i> Sebagai Alat Bukti dalam Kasus Penetapan Harga <i>Fuel Surcharge</i> dan Kendala dalam Pembuktian Penetapan Harga, Dibandingkan dengan Hukum Persaingan Negara-Negara Lain	88
BAB 4	
PENUTUP	99
4.1. Kesimpulan	99
4.2. Saran	102
DAFTAR REFERENSI	104

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Persaingan dalam dunia usaha merupakan syarat mutlak bagi terselenggaranya ekonomi pasar. Adanya persaingan menuntut pelaku usaha untuk terus memperbaiki barang dan/atau jasa yang dihasilkannya, dan terus melakukan inovasi yang akan menghasilkan produk secara efisien, sehingga dapat memberikan barang dan/atau jasa yang terbaik bagi konsumen.

Di sisi lain, konsumen mempunyai pilihan dalam membeli barang dan/atau jasa yang dihasilkan dengan harga yang rendah dengan kualitas yang tinggi. Sebaliknya jika tidak ada pesaing, maka kemungkinan yang timbul adalah pasar monopoli. Monopoli menyebabkan pelaku usaha menjadi tidak efisien dalam menghasilkan barang dan/atau jasa karena tidak ada pesaing. Konsumen akan sangat dirugikan karena tidak memiliki pilihan pada saat akan membeli barang dan/atau jasa tertentu dengan kualitas yang baik dan harga yang wajar. Misalnya dalam industri penerbangan di Indonesia, meningkatnya pengguna jasa angkutan penerbangan menyebabkan meningkatnya persaingan di antara maskapai penerbangan. Persaingan itu berdampak pada industri penerbangan yang tidak efisien dapat tersingkir dari pasar. Untuk mengatasi dampak tersebut para pelaku usaha maskapai penerbangan tersebut harus dapat menjalankan usahanya dengan efisien, namun mereka pun menemukan cara lain untuk dapat bertahan di pasar yaitu dengan melakukan perjanjian-perjanjian satu sama lain. Dari perjanjian-perjanjian tersebutlah terdapat perjanjian yang dapat merugikan konsumen.

Guna menghindari terjadinya monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat di antara pelaku usaha, maka diperlukan pengaturan hukum. Hukum persaingan usaha dalam rangka mendukung sistem ekonomi pasar diciptakan agar persaingan usaha tetap hidup, persaingan usaha antar pelaku usaha dilakukan secara sehat, dan konsumen tidak dieksploitasi oleh pelaku usaha.

Pada tanggal 5 Maret 1999 disahkan sebuah undang-undang baru yang mengatur secara khusus mengenai persaingan usaha yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya akan disebut Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999).

Tujuan utama diberlakukannya Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah demi terciptanya persaingan usaha yang sehat, sehingga tercapai ekonomi pasar yang efisien.¹ Ekonomi pasar yang efisien akan memberikan kebebasan konsumen dalam memilih barang dan jasa dengan harga yang kompetitif dan kualitas yang optimal sesuai dengan kemampuannya. Sementara itu produsen juga mempunyai kebebasan untuk menentukan jumlah, jenis dan harga barang dan/atau jasa yang diproduksinya sesuai permintaan pasar.² Maka dapat dikatakan bahwa tujuan diberlakukannya Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah untuk mewujudkan iklim usaha yang sehat, sehingga dapat menjamin kepastian kesempatan berusaha yang sama baik bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha kecil dan pelaku usaha menengah.

Agar implementasi Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 serta peraturan pelaksanaannya dapat berjalan efektif sesuai dengan asas dan tujuannya, maka dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha (selanjutnya akan disebut KPPU), yaitu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh pemerintah dan pihak lain, yang berwenang melakukan pengawasan persaingan usaha dan menjatuhkan sanksi. Pada intinya tugas KPPU adalah: melakukan penilaian yang sifatnya preventif terhadap perjanjian-perjanjian dagang maupun kegiatan perdagangan, dan melakukan tindakan yang diperlukan terhadap perjanjian atau kegiatan perdagangan yang menimbulkan praktek monopoli atau praktek usaha tidak sehat lainnya.³

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 memperkenalkan banyak larangan terhadap kegiatan usaha atau perjanjian yang dapat menimbulkan praktek

¹ Knud Hansen, dkk, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Jakarta: Katalis, 2001, hal. 1.

² KPPU, *Laporan Pengawas Persaingan Usaha Tahun 2001*, Jakarta, April 2002, hal.1.

³ Elyta Ras Ginting, *Hukum anti Monopoli Indonesia (Analisis dan Perbandingan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999)*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001

monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Namun pada dasarnya larangan-larangan tersebut terbagi dalam 3 (tiga) kelompok yaitu: perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, dan larangan yang berkaitan dengan posisi dominan.⁴

Perjanjian yang dilarang diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang terdiri dari perjanjian-perjanjian yang bertujuan untuk: melakukan praktek oligopoli, menetapkan harga (*price fixing*), membagi wilayah (*market allocation*), pemboikotan (*boycott*), kartel (*cartel*), trust oligopsoni, integrasi vertikal (*vertical integration*), perjanjian tertutup (*exclusive dealing*), dan perjanjian dengan pihak luar negeri.⁵

Bentuk-bentuk perjanjian penetapan harga yang dilakukan oleh para pelaku usaha sangat bervariasi. Perjanjian bisa dalam bentuk tertulis maupun tidak tertulis. Dalam perjanjian tertulis para pelaku usaha secara tegas dan nyata melakukan perjanjian penetapan harga, yang biasanya dituangkan dalam surat kesepakatan bersama atau bentuk lainnya. Namun dalam perjanjian tidak tertulis ada berbagai cara. Pengumuman terbuka dapat saja menjadi semacam standarisasi harga untuk pelaku usaha lain dalam industri serupa, walaupun pelaku usaha itu tidak menjadi anggota asosiasi.

Luasnya cakupan larangan dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 mengharuskan setiap pelaku usaha yang melakukan usahanya di Indonesia menyesuaikan dengan ketentuan-ketentuan yang ada dalam Undang-undang tersebut. Tidak terkecuali dengan para pelaku usaha yang berkecimpung dalam industri jasa penerbangan domestik Indonesia.

Munculnya airlines-airlines baru di Indonesia pada kurun waktu 7 (tujuh) tahun terakhir ini mengakibatkan tingkat persaingan menjadi semakin ketat baik dari aspek produk, pelayanan, dan harga. Ketidakmampuan airlines untuk bersaing dalam aspek-aspek tersebut akan mengakibatkan airlines kehilangan pelanggannya.

Namun dikarenakan oleh terus meningkatnya harga minyak dunia

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

perkembangan industri maskapai penerbangan di Indonesia tetap berusaha untuk tetap bertahan dalam persaingan yang ketat ini, maka dikeluarkanlah komponen tarif biaya yang ditujukan untuk menutup biaya yang diakibatkan oleh kenaikan harga avtur yang signifikan sebagai imbas dari kenaikan harga minyak dunia. Fenomena pemberlakuan *fuel surcharge* dalam industri penerbangan sesungguhnya merupakan sebuah fenomena yang juga berlaku di beberapa belahan dunia. Hal ini bisa dipahami mengingat biaya yang diakibatkan oleh kenaikan avtur sangat signifikan bagi maskapai penerbangan.⁶

Dalam perkembangan di Indonesia, *fuel surcharge* memperlihatkan perkembangan yang cukup mencengangkan. Dimulai dengan harga Rp 20.000/liter pada Mei 2006 pada saat harga avtur Rp 5.920/liter kemudian merangkak naik dan menjadi Rp 160.000-480.000 pada saat harga avtur Rp 8.206/liter pada bulan Desember 2008. Kenaikan 8-24 kali, adalah sebuah kenaikan yang luarbiasa besar, sementara pada saat yang sama kenaikan avtur tidak mencapai 2 kali lipatnya.⁷

Memperhatikan hal tersebut, maka KPPU kemudian memutuskan untuk melakukan kajian dan analisa terhadap pemberlakuan *fuel surcharge* tersebut, dengan hipotesis sangat dimungkinkan bahwa kenaikan yang sangat signifikan tersebut dan menyebabkan tarif yang eksekutif tersebut, akibatnya oleh perilaku pelaku usaha yang bertentangan dengan UU No 5 Tahun 1999 atau karena kebijakan yang tidak tepat.⁸ Dan pada akhirnya KPPU mengeluarkan putusan terhadap perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 mengenai Penetapan Harga Fuel Surcharge Dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia.

Namun Putusan KPPU yang memvonis sejumlah maskapai penerbangan nasional melakukan kartel karena melanggar Pasal 5 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut dianggap banyak memiliki kelemahan dan dianggap tidak memiliki bukti yang kuat. Alat-alat bukti yang digunakan KPPU dalam tuntutanannya dianggap tidak sah, karena KPPU hanya membuktikannya dengan uji

⁶ *Ibid.*

⁷ www.kppu.go.id/docs/Positioning.../positioning_paper_fuel_surcharge, diunduh pada tanggal 1 Agustus 2010

⁸ *Ibid.*

statistik data yang didasari oleh analisa ekonomi.⁹ Bahkan dua dua maskapai yaitu Garuda Airlines dan Mandala Airlines mengajukan banding atas putusan KPPU tersebut. Upaya banding tersebut didukung oleh Dirjen Perhubungan Udara Kementerian Perhubungan yang mengatakan bahwa penetapan *fuel surcharge* oleh perusahaan penerbangan menurut keadaan yang dihadapi pada prinsipnya tidak melanggar ketentuan sebagaimana yang telah ditetapkan di Keputusan Menteri Nomor 8 Tahun 2009 Tentang Mekanisme Penetapan dan Formulasi Penghitungan Tariff Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi dan Keputusan Menteri Nomor 9 Tahun 2009 Tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal. Beliau juga berpendapat bahwa tidak ada praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang dilakukan oleh perusahaan penerbangan, mengingat *fuel surcharge* ditetapkan oleh hampir semua airlines dengan formula yang sama berdasarkan pedoman Ditjen Perhubungan Udara, dimana penetapan besarnya ditetapkan oleh masing-masing maskapai.¹⁰

Prof. Ine Minara S.Ruky, Guru Besar Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia berpendapat bahwa dari sisi analisa ekonomi dalam pembuktian kasus kartel, justifikasi bisnis dan ekonomi perlu diberikan. Namun hasil analisa ekonomi bukan merupakan satu-satunya pertimbangan. Beliau mengatakan bahwa dalam kasus kartel, bukti langsung yang menunjukkan adanya kartel tetap diperlukan.¹¹

Namun Tidak dapat dipungkiri bahwa unsur ekonomi dalam pembuatan kebijakan, baik pada tingkat pembentukan, implementasi maupun *enforcement* peraturan perundang-undangan telah sangat berpengaruh di Indonesia. Dalam hal hukum persaingan usaha, yang merupakan perkawinan antara ilmu hukum dengan ilmu ekonomi, selain menggunakan prinsip-prinsip hukum pada umumnya, juga menggunakan teori-teori ekonomi dalam pengaplikasiannya.

Economic evidence memainkan peranan utama dalam proses pembuktian hukum persaingan usaha, walaupun Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak

⁹ <http://www.dephub.go.id/read/berita/2482>, diunduh pada tanggal 27 September 2010

¹⁰ Putusan KPPU Terhadap Maskapai Penerbangan Dinilai Memiliki Banyak Kekurangan, <http://www.dephub.go.id/read/berita/2482>, diunduh pada tanggal 28 September 2010

¹¹ *Ibid.*

menyebutkan hal ini secara eksplisit. Dimana analisa ekonomi digunakan sebagai alat bantu untuk menghasilkan rasio di balik sebuah keputusan (*ratio decidendi*) yang tepat. Ditinjau dari kategorisasi alat bukti yang terdapat dalam Pasal 42 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, *economic evidence* termasuk dalam kategori petunjuk.¹² Namun tidak dijelaskan bagaimana kekuatan *economic evidence* tersebut sebagai suatu alat bukti petunjuk seperti yang diatur dalam Undang-undang.

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, akan dibahas lebih lanjut mengenai pembuktian yang dilakukan oleh KPPU dalam memutus perkara penetapan harga fuel surcharge tersebut diatas. Dimana dalam kasus tersebut KPPU tidak menemukan adanya perjanjian antara maskapai-maskapai penerbangan tersebut, namun menggunakan analisa ekonomi yang diperoleh melalui data-data statistik yang diperoleh sebagai alat bukti. Apakah pendekatan ekonomi dalam pembuktian yang dilakukan oleh KPPU sesuai dengan teori pembuktian dalam Hukum Acara Persaingan Usaha yang berlaku? Berangkat dari pertanyaan tersebut, selanjutnya akan dibahas dan dituangkan dalam judul: **“Penerapan *Economic Evidence* dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga (Analisa Yuridis Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)”**.

1.2 Pokok Permasalahan

Berdasarkan latar belakang masalah diatas, penulis akan membatasi permasalahan pokok sehingga permasalahan-permasalahan yang dapat diidentifikasi adalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah idealnya penerapan *economic evidence* dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia?

¹² Farid F. Nasution, *Peranan Analisis Ekonomi dalam Pembuktian Pelanggaran Hukum Persaingan Usaha*, Media Berkala KPPU KOMPETISI (Edisi 10 2008), hlm. 8.

2. Bagaimanakah pembuktian dengan menggunakan *economic evidence* digunakan dalam penegakan hukum persaingan di negara lain?
3. Bagaimanakah analisa atas kasus fuel surcharge menurut hukum dan doktrin yang berlaku, dalam kaitannya dengan penerapan *economic evidence*?

1.3 Tujuan Penelitian

Tujuan umum dari penulisan skripsi ini adalah untuk menganalisa pendekatan ekonomi dalam kasus penetapan harga *fuel surcharge* dalam industri jasa penerbangan domestik indonesia berdasarkan putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009.

Adapun tujuan khusus dari penelitian ini adalah:

1. Mengetahui *penerapan economic evidence* yang ideal dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.
2. Mengetahui pembuktian dengan menggunakan *economic evidence* digunakan dalam penegakan hukum persaingan di negara lain.
3. Menganalisa atas kasus fuel surcharge menurut hukum dan doktrin yang berlaku, dalam kaitannya dengan penerapan *economic evidence*.

1.4 Definisi Operasional

Penelitian ini menggunakan beberapa istilah yang dapat dijadikan pedoman operasional di dalam proses pengumpulan, pengolahan, dan analisa. Definisi istilah-istila tersebut adalah:

1. Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa atas penggunaan jasa tertentu oleh suatu pelaku usaha atau satu keompok pelaku usaha¹³

¹³ Indonesia, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, op. Cit., Pasal 1 angka 1.

2. Praktek monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.¹⁴
3. Pelaku usaha adalah setiap perorangan atau badan hukum baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum Negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.¹⁵
4. Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.¹⁶
5. Perjanjian adalah suatu perbatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikat diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.¹⁷
6. Perjanjian pentapan harga (*price fixing agreement*) adalah perjanjian diantara (para) pihak penjual untuk menaikkan harga dengan tujuan membatasi persaingan antar perusahaan dan meraih keuntungan yang lebih tinggi.¹⁸
7. Pasar adalah lembaga ekonomi dimana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan jasa.¹⁹

¹⁴ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 2.

¹⁵ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 5.

¹⁶ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 6.

¹⁷ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 7.

¹⁸ Mustafa Kemal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Praktiknya di Indonesia)*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010)

¹⁹ Indonesia, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, op. Cit., Pasal 1 angka 9.

8. Pasar bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substansi dari barang dan atau jasa tersebut.²⁰
9. Struktur pasar adalah keadaan pasar yang memberikan petunjuk tentang aspek-aspek yang memberi pengaruh penting terhadap perilaku usaha dan kinerja pasar, antara lain jumlah penjual dan pembeli, hambatan masuk dan keluar pasar, keragaman produk, sistem distribusi, dan penggunaan pangsa pasar.²¹
10. Harga pasar adalah harga yang dibayar dalam transaksi barang dan/atau jasa sesuai kesepakatan antara para pihak di pasar bersangkutan.²²
11. Konsumen adalah setiap pemakai dan/atau pengguna barang dan/atau jasa baik untuk kepentingan pribadi maupun untuk kepentingan pihak lain.²³
12. Barang adalah setiap benda, baik benda berwujud maupun benda tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen maupun pelaku usaha.²⁴
13. Jasa adalah setiap layanan, yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.²⁵
14. Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.²⁶

²⁰ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 10.

²¹ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 11.

²² Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 14.

²³ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 15.

²⁴ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 16.

²⁵ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 17.

²⁶ Indonesia, *Ibid.* Pasal 1 angka 17.

1.5 Metodologi penelitian

Penelitian senantiasa bermula dari rasa ingin tahu (*niewgierigheid*) sehingga penelitian bertujuan untuk memperoleh pengetahuan yang benar tentang objek yang diteliti atau tentang rasa ingin tahu tersebut. Agar dapat penelitian tersebut dapat dikatakan sebagai penelitian ilmiah, maka salah satunya harus menggunakan metode, artinya penyelidikan yang berlangsung menurut suatu rencana tertentu. Untuk menjawab permasalahan yang menjadi objek penelitian seseorang, maka diperlukan kajian ilmu hukum. Dalam penelitian ini, kajian ilmu hukum yang digunakan adalah kajian ilmu hukum normatif yang dilakukan dengan cara meneliti terhadap hukum positif tertulis maupun tidak tertulis. Selain itu, dalam memahami kaidah hukum dalam suatu peraturan perundang-undangan, penelitian ini dapat dilakukan untuk mencari asas hukum baik yang dirumuskan secara tersirat maupun tersurat. Sedangkan metode yang digunakan adalah metode yuridis normatif yaitu penelitian yang menggunakan mengacu pada norma-norma hukum yang ada.²⁷ Alat pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder, yakni data yang diperoleh dari kepustakaan, dan juga data yang didapat dari *research*.

Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang meliputi :

1. Bahan hukum primer yaitu bahan-bahan hukum yang merupakan peraturan perundang-undangan yang mempunyai kekuatan mengikat kepada masyarakat yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti, dimana dalam penelitian kali ini penulis menggunakan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dan peraturan perundang-undangan lain yang terkait sebagai bahan hukum primer dan putusan-putusan KPPU mengenai perkara-perkara penetapan harga.
2. Bahan hukum sekunder yaitu bahan-bahan hukum yang isinya menjelaskan mengenai bahan-bahan hukum primer, berupa literature-

²⁷ Sri Mamudji et al, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum* (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005) hal.28.

literatur, buku, majalah, artikel internet, tesis, disertasi, dan makalah dalam seminar yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti.

3. Bahan hukum tersier yaitu bahan-bahan penunjang yang memberikan petunjuk-petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder yaitu kamus, enslikopedi dan bibliografi.²⁸

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisis atas kasus yang dilakukan dengan studi komparatif.

1.6.1 Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan dalam menguraikan permasalahan dan pembahasan skripsi ini adalah sebagai berikut :

Bab 1. Pendahuluan

Bab ini akan memberikan pandangan umum tentang penulisan skripsi ini. Dalam pendahuluan berisikan latar belakang masalah, pokok permasalahan, tujuan penelitian, definisi operasional, metodologi penelitian dan sistematika penulisan.

Bab 2. Pengertian Penetapan Harga dan Penerapan *Economic Evidence* untuk Pembuktian dalam Hukum Acara Persaingan Usaha

Bab ini akan membahas mengenai perjanjian dan kegiatan yang dilarang, serta posisi dominan berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999, khususnya mengenai bentuk-bentuk penetapan harga yang dilakukan oleh pelaku usaha dan pengaturan penetapan harga, penetapan harga termasuk kartel dalam arti luas, beserta teori

²⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cet. 3 (Jakarta : Penerbit Universitas Indonesia UI Press, 1986), hlm. 32.

mengenai *economic evidence* sebagai alat bukti berdasarkan Pembuktian dalam Hukum Acara Persaingan Usaha.

Bab 3. Penerapan *Economic Evidence* dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga (Analisis Yuridis Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)

Dalam bab ini akan diuraikan mengenai idealnya *penerapan economic evidence* dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia dengan melakukan perbandingan terhadap pembuktian dengan menggunakan *economic evidence* digunakan dalam penegakan

Selanjutnya akan dibahas kasus posisi dan analisa Putusan KPPU terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia dalam kaitannya dengan penggunaan *economic evidence* sebagai alat bukti sebagai pertimbangan dalam putusan.

Bab 4. Penutup

Bab ini akan membahas mengenai kesimpulan dan saran-saran dari hasil penulisan skripsi ini. Kesimpulan yang ada merupakan suatu hasil yang diperoleh setelah adanya pembahasan mengenai putusan-putusan penetapan harga serta beberapa hal yang dapat dilakukan agar situasi industri nasional tetap berada dalam situasi persaingan usaha yang sehat dan pembuktian dalam Hukum Acara Persaingan Usaha sesuai dengan peraturan-peraturan yang berlaku.

BAB 2

KAJIAN TEORITIS MENGENAI PENETAPAN HARGA SEBAGAI PERJANJIAN YANG DILARANG DIKAITKAN DENGAN PEMBUKTIAN MENGGUNAKAN *ECONOMIC EVIDENCE*

2.1 Pengertian Penetapan Harga

Harga atau *price* dapat didefinisikan sebagai nilai sesuatu yang diutarakan dalam bentuk sejumlah uang untuk memperoleh suatu barang.²⁹ Secara tradisional, harga berperan sebagai penentu utama dari pilihan pembeli. Harga merupakan salah satu unsur terpenting yang menentukan pangsa pasar dan profitabilitas perusahaan. Pada umumnya harga ditetapkan oleh pembeli dan penjual yang saling bernegosiasi.³⁰ Penetapan harga yang dilakukan oleh pelaku usaha dimaksudkan untuk memenuhi tujuan bisnis, salah satunya adalah untuk memaksimalkan laba. Di samping itu, tujuan penetapan harga berhubungan dengan berbagai keinginan yang diharapkan oleh penjual dengan menjual produknya.³¹ Dalam hukum persaingan, yang dimaksud penetapan harga adalah suatu persekongkolan diantara produsen atau penjual yang bersaing untuk menetapkan harga suatu produk atau jasa.³² Lebih lanjut R.S. Khemani menjelaskan bahwa penetapan harga adalah perjanjian antara para pelaku usaha untuk menaikkan atau menetapkan harga dalam penawaran untuk membatasi persaingan antar pelaku usaha dan memperoleh keuntungan yang tinggi. Perjanjian penetapan harga tersebut dibentuk oleh pelaku usaha dengan tujuan untuk melakukan monopoli.³³

²⁹ A.F.Elly Erawaty; *Kamus Hukum Ekonomi*; (Jakarta: ELIPS, 1996), hal. 103.

³⁰ Philip Kotler; *Manajemen Pemasaran*; (Jakarta: Prenhallindo, 2002), hal. 518.

³¹ Ricky W. Griffin dan Ronald J. Ebert; *Bisnis* diterjemahkan oleh Edina C. Tarmidzi (Jakarta: Prenhallindo, 1997), hal. 106.

³² A.F.Elly Erawaty, *Loc.Cit.*

³³ R.S Khemani, *Op.Cit.*, hal. 44.

Menurut Winardi,³⁴ penetapan harga merupakan bidang keputusan yang penting bagi manajemen bisnis. Jika penetapan harga dilaksanakan secara tepat, maka volume penjualan meningkat, citra produk dan perusahaan semakin baik, posisi pasar jadi menguntungkan. Keputusan harga yang kurang baik dan yang terimplementasi secara kurang tepat cenderung menyebabkan posisi pasar menjadi lemah. Pada umumnya dapat terjadi keadaan ekstrim yaitu kegagalan bisnis yang bersangkutan.

Penetapan harga yang terjadi dapat secara vertikal maupun horizontal. Dalam hukum persaingan hal ini dianggap sebagai hambatan perdagangan (*restraint of trade*) karena membawa akibat buruk terhadap persaingan harga. Jika penetapan harga dilakukan, kebebasan untuk menentukan harga secara independen menjadi berkurang. Penetapan harga horizontal terjadi apabila lebih dari satu perusahaan yang berada pada tahap produksi yang sama, menentukan harga jual produk mereka dalam tingkat yang sama. Sedangkan penetapan harga vertikal terjadi apabila suatu perusahaan yang berada pada tahap produksi tertentu, menentukan harga produk yang harus dijual oleh perusahaan lain yang berada dalam tahap produksi yang lebih rendah. Contoh penetapan harga vertikal adalah apabila sebuah perusahaan distributor menentukan harga barang yang harus di jual pada konsumen oleh pengecer.³⁵

2.2 Pengertian Kartel

Kartel pada dasarnya adalah perjanjian antara satu pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya untuk menghilangkan persaingan diantara mereka.³⁶ Pengertian lain dari kartel adalah kelompok produsen independen yang bertujuan menetapkan harga, untuk membatasi suplai dan kompetisi. Kartel biasanya timbul dalam kondisi oligopoli, dimana terdapat sejumlah kecil penjual.³⁷ Dalam struktur pasar yang memiliki bentuk oligopoli kemungkinan pelaku pasar untuk bekerja

³⁴ Winardi; *Harga dan Penetapan Harga*; (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1992), hal. 4.

³⁵ Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha, Cet. , (Jakarta: Ghalia Indonesia:2001)*, hal. 40.

³⁶ Jhonny Ibrahim. *Hukum Persaingan Usaha (Filosofi, Teori, Dan Implikasi Penerapannya di Indonesia)*, (Jakarta : Bayumedia Publishing, 2006), . hal. 35

³⁷ *ibid*, hal 36

sama dan menentukan harga produk dan jumlah produksi dari masing-masing pelaku usaha tumbuh menjadi lebih besar. Oligopoli ini merupakan salah satu bentuk pasar yang di dalamnya hanya terdapat sedikit perusahaan. Sedikitnya jumlah pelaku usaha ini disebabkan adanya *Barrier to Entry* yang mampu menghalangi para pelaku usaha baru untuk masuk ke dalam pasar. Praktek kartel dapat berjalan sukses apabila pelaku usaha yang terlibat dalam kartel tersebut merupakan para pelaku mayoritas dari pelaku usaha yang berkecimpung di dalam usaha tersebut³⁸.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia salah satu pengertian kartel adalah persetujuan sekelompok perusahaan dengan maksud mengendalikan harga komoditas tertentu. Sedangkan dalam Black's Law Dictionary dikemukakan bahwa kartel merupakan "*A combination of producers of any product joined together to control its production, sale and price and so as to obtain a monopoly and restrict competition in any particular industry or commodity.*" Dalam kamus lengkap Ekonomi edisi kedua yang disusun oleh Christopher Pass dan Bryan Lowes, kartel diartikan sebagai bentuk persekongkolan atau kolusi antara suatu kelompok pemasok untuk mencegah persaingan sesama mereka secara keseluruhan atau sebagian.³⁹

Pada Pasal 11 UU No. 5 tahun 1999 dijelaskan bahwa "Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian, dengan pelaku usaha pesaingnya, yang bermaksud untuk mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat." Dari adanya ketentuan tersebut dapat diambil suatu kesimpulan bahwa kartel diatur dengan pendekatan *Rule of Reason*. Yang dimaksud dengan *Rule of Reason* adalah untuk menyatakan bahwa suatu perbuatan yang dituduhkan melanggar hukum persaingan, penegak hukum harus mempertimbangkan keadaan sekitar kasus untuk menentukan apakah perbuatan tersebut membatasi persaingan secara tidak patut, dan untuk itu disyaratkan bahwa penegak hukum harus menunjukkan akibat-akibat anti persaingan, atau

³⁸ Ditha Wiradiputra, *Perjanjian Yang Dilarang" dalam Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia* (Depok : Lembaga Kajian Persaingan dan Kebijakan Usaha, 2003), hal. 38.

³⁹ *Ibid.*

kerugian yang secara nyata terhadap persaingan.⁴⁰ Dengan pengertian tersebut dapat diartikan bahwa pendekatan *Rule of Reason* lebih mengutamakan adanya akibat yang dimunculkan dari suatu perbuatan. *Rule of Reason* diterapkan terhadap tindakan-tindakan yang tidak bisa secara mudah dilihat illegalitasnya tanpa menganalisis akibat tindakan tersebut terhadap kondisi persaingan.⁴¹ Perjanjian hanya dilarang jika menimbulkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Jadi pelarangan hanya dilakukan jika terbukti perjanjian tersebut menimbulkan praktek monopoli atau persaingan tidak sehat. Pembuktian dampak inilah yang menjadi esensi *Rule of Reason*. Pendekatan *Rule of Reason* dipergunakan untuk mengakomodasi tindakan-tindakan yang berada dalam “*grey area*” antara legalitas dan ilegalitas. Dengan analisis *Rule of Reason*, tindakan-tindakan yang berada dalam “*grey area*” namun ternyata berpengaruh positif terhadap persaingan menjadi berpeluang untuk diperbolehkan.⁴²

Secara klasik, kartel dapat dilakukan melalui tiga hal : harga, produksi dan wilayah pemasaran.⁴³ Akibat yang ditimbulkan adalah terciptanya praktek monopoli oleh pelaku kartel sehingga secara perekonomian makro mengakibatkan inefisiensi alokasi sumber daya yang dicerminkan dengan timbulnya *deadweight loss*. Dari sisi konsumen, konsumen akan kehilangan pilihan harga, kualitas barang atau jasa yang bersaing, dan layanan purna jual yang baik.⁴⁴

Ada beberapa jenis kartel yaitu kartel daerah, kartel produksi, kartel kondisi, kartel pembagian laba dan kartel harga. Kartel daerah yaitu masing-masing perusahaan membagi daerah pemasaran yang boleh dikuasainya. Salah satu perusahaan tidak boleh menjual barangnya ke daerah lain. Kartel produksi, yaitu perusahaan mengadakan perjanjian untuk menentukan luas produksi masing-masing. Kartel kondisi, yaitu perjanjian yang mengatur syarat-syarat penjualan termasuk syarat penyerahan barang, tempat, penjualan tunai dan kredit, pemberian potongan dan sebagainya. Kartel pembagian laba, yaitu perjanjian dalam

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Jhonny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha (Filosofi, Teori, Dan Implikasi Penerapannya di Indonesia)*, (Jakarta : Bayumedia Publishing, 2006), hal. 227

⁴³ Majalah Kompetisi, edisi 11, hal. 8. A. Junaidi

⁴⁴ *Ibid.*

menentukan besarnya laba yang diterima oleh masing-masing anggota. Laba dibagi berdasarkan besarnya volume penjualan yang dicapai oleh masing-masing anggota. Sedangkan kartel harga merupakan perjanjian yang diadakan untuk menentukan harga minimum dari barang-barang yang dijual, sehingga bentuk ini dapat mengurangi persaingan harga diantara para anggota.⁴⁵

Dari beberapa kasus yang ada, pelaku usaha mendasarkan perilaku kartelnya atas dasar untuk menstabilkan harga di pasar. Ketidakstabilan harga dipicu oleh adanya perang harga yang ditimbulkan oleh para pelaku usaha yang bersaing sehingga perusahaan-perusahaan tersebut berusaha untuk mencapai kesepakatan harga, biasanya dalam bentuk tarif minimal.⁴⁶

2.3 Penetapan Harga Sebagai Bentuk Perjanjian yang Dilarang

Di dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 mengatur mengenai 3 (tiga) hal yang dilarang yaitu perjanjian yang dilarang (diatur dalam Bab III); kegiatan yang dilarang (diatur dalam Bab IV); dan Penyalahgunaan Posisi dominan (diatur dalam Bab V). Mengenai perjanjian yang dilarang dalam Bab III, terdapat 10 (sepuluh) tindakan yang tergolong “perjanjian yang dilarang”, salah satunya adalah penetapan harga yang diatur dalam Bagian Kedua.

Bentuk-bentuk penetapan harga yang diatur dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, yaitu :

1. Penetapan Harga antar Pelaku Usaha

Penetapan harga antar pelaku usaha ini diatur dalam Pasal 5. Dalam ayat (1) dinyatakan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan/atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

Penetapan harga antar pelaku usaha dilarang oleh Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 karena penetapan harga secara bersama-sama dikalangan pelaku usaha ini akan menyebabkan tidak berlakunya hukum pasar tentang harga yang terbentuk dari adanya penawaran dan permintaan. Akan tetapi di dalam ayat (2) diberikan pengecualian terhadap larangan membuat perjanjian penetapan harga antar pelaku usaha ini, yaitu jika perjanjian harga tersebut dibuat dalam hal:

- a. dalam suatu usaha patungan; atau
- b. didasarkan pada undang-undang yang berlaku.

2. Penetapan Harga yang Berbeda Terhadap Barang atau Jasa yang Sama

Penetapan harga yang berbeda terhadap barang atau jasa yang sama diatur dalam Pasal 6.

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pembeli untuk barang dan/atau jasa yang sama.”

Penetapan harga yang berbeda terhadap barang dan/atau jasa yang sama seringkali dikenal dengan istilah diskriminasi harga (*price discrimination*). Berdasarkan pada rumusan Pasal 6, dapat dilihat bahwa diskriminasi yang dilarang adalah perjanjian yang menimbulkan diskriminasi harga antara para konsumen yang satu dengan yang lain dalam pasar yang sama (*relevant market*) untuk produk/jasa yang sama.

3. Penetapan Harga Di Bawah Harga Pasar Dengan Pelaku Usaha Lain

Penetapan harga di bawah harga pasar dengan pelaku usaha lain diatur dalam Pasal 7.

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Larangan tersebut berlaku apabila penetapan harga di bawah harga pasar tersebut dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Larangan pembuatan perjanjian yang berisikan penetapan harga barang atau jasa dibawah pasar dimaksudkan agar pihak pesaingnya tidak dirugikan karena barang atau jasanya tidak laku, padahal harga barang atau jasanya sesuai dengan harga pasar.

Di samping itu, apabila perjanjian yang menetapkan harga di bawah harga pasar ini tidak dilarang, maka pihak yang kurang kuat modalnya tentu tidak sanggup menyainginya. Kemudian pada gilirannya nanti, yang tidak sanggup bersaing akan gugur, setelah itu pihak yang membuat perjanjian tadi kembali menaikkan harga dengan sangat tinggi karena merasa tidak ada lagi persaingan. Hal ini tentunya akan sangat merugikan konsumen.

4. Penetapan Harga Jual Kembali

Penetapan harga jual kembali diatur dalam Pasal 8.

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan/atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan/atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Penetapan harga jual kembali juga dikenal dengan istilah *resale price maintenance*. Perbuatan *resale price maintenance* ini biasanya dilakukan oleh pelaku usaha yang selevel untuk diterapkan pada pelaku usaha yang tidak selevel.

Larangan terhadap perjanjian penetapan harga jual kembali ini karena seharusnya pihak pembeli bebas untuk menetapkan harga dari barang atau jasa yang sudah dibelinya sesuai dengan permintaan dan penawaran yang ada dipasar.

Berkaitan dengan penetapan harga *fuel surchare* yang dilakukan oleh para Perusahaan Jasa Penerbangan Domestik Indonesia, maka penetapan harga yang dimaksud dalam penulisan ini adalah penetapan harga antar pelaku usaha atau yang juga dikenal dengan istilah Kartel Harga (untuk selanjutnya disebut penetapan harga).

Penetapan harga pada dasarnya merupakan suatu perjanjian yang dibuat antara para pelaku usaha untuk menetapkan harga atas suatu barang dan/atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen.

Di Amerika penetapan harga dikenal dengan istilah *price fixing* yaitu apabila terjadi persetujuan antara beberapa pelaku usaha yang merupakan pesaing, yang membawa akibat langsung terhadap harga barang atau jasa yang ditawarkan. Harga yang ditentukan bersama tersebut tidak harus harga yang tepat sama akan tetapi dapat juga karena, rentang harga tertentu. Hal ini sudah cukup untuk menyatakan bahwa telah terjadi penetapan harga. Penetapan harga ini dilarang karena sangat erat kaitannya dengan inti dari praktik monopoli bagi pasar dari suatu barang atau jasa tertentu.⁴⁷ Larangan terhadap penetapan harga membutuhkan kejelian dalam penilaiannya, hal ini karena adanya rentang harga tertentu sudah dianggap sebagai perbuatan penetapan harga. Oleh karena itu, penetapan harga merupakan hal penting yang harus dicermati bagi setiap pelaku usaha.

Sebagai perbandingan, di dalam Undang-Undang Antimonopoli Amerika (selanjutnya disebut sebagai Amerika *Antitrust law*) mengatur tentang 4 (empat) macam tindakan bisnis yang secara tegas dilarang, yaitu:⁴⁸ *Monopolization*, *horizontal restraints*, *vertical restraints*, dan *mergers*. Dalam hal ini yang

⁴⁷ Asril Sitompul; *Praktik Monopoli dan Persalngan Usaha Tidak Sehat*; (Bandung: PT. Citra Aditya, 1999), hal. 47.

⁴⁸ Abdul Hakim G. Nusantara, Op.Cit.,hal. 97.

termasuk *horizontal restraints* adalah: penetapan harga, kontrol produksi, dan melakukan tindakan boikot.

Demikian juga halnya di Indonesia, penetapan harga menurut Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 juga merupakan perjanjian penetapan harga horizontal, yaitu terjadi apabila lebih dari satu perusahaan yang berada pada feahap produksi yang sama (antar pelaku usaha), memerlukan harga jual produk mereka yang harus dibayar oleh konsumen, di pasar bersangkutan yang sama.

Penetapan harga di Amerika (Section 1 the Sherman Act 1890) dan di Australia (Section 45A The Trade Practices Act 1974) dianggap sebagai “naked restraint of trade with no purpose except the stifling of competition”. Oleh karena itu dianggap sebagai per se illegal.⁴⁹ Indonesia, dalam hal ini juga mengikuti anggapan kedua negara tersebut. Dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dikatakan bahwa perjanjian penetapan harga horizontal dilarang tanpa melihat efek negatif dari perjanjian tersebut terhadap persaingan.⁵⁰

Tidak dapat dipungkiri bahwa beberapa ketentuan yang terdapat dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 hampir sama dengan Amerika *Antitrust Law*. Menurut Sutan Remy Sjahdeini,⁵¹ Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 telah banyak dipengaruhi oleh Amerika *Antitrust Law* dalam pembuatannya, bukan saja banyak terminologi yang digunakan oleh Undang-Undang tersebut mengambil alih dan merupakan terjemahan dari Amerika *Antitrust Law* tersebut, tetapi, juga isi dari Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 belajar dari Amerika *Antitrust Law*.

Indonesia sebagai negara yang belum lama memiliki Undang-Undang tentang Antimonopoli sudah seyogyanyalah jika belajar dari pengalaman yang terjadi di negara maju, dimana mereka telah terlebih dahulu memiliki Undang-Undang Antimonopoli. Demikian pula dalam hal kasus yang berkaitan dengan penetapan harga (*price fixing*). Di jepang, terdapat kasus yang cukup terkenal yang berkaitan dengan bentuk penetapan harga (*price fixing*) yaitu kasus asosiasi tukang cukur (*Barber Shops Association Cases*)⁵² :

⁴⁹ ELIPS, *Op.Cit.*, hal. 79.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Sutan Remy Sjahdeini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Jurnal Hukum Bisnis Vol:10 (2000).

⁵² Mitsuo Matsuhita; *International Trade and Competition Law in Japan*;(Oxford University Press, 1993)

Kasus ini telah diputuskan oleh Federal Commission of Trade (FTC) Jepang, tanggal 11 Agustus 1965. Kasus tersebut berawal dari sebuah asosiasi tukang cukur di propinsi Akita yang mengadakan sebuah survei tentang pendapat para tukang cukur yang menjadi anggota asosiasi.

Pertanyaan dalam survei tersebut antara lain:

Apakah mereka mengharapkan kenaikan tarif? Berapa besar tarif yang tepat? Berdasarkan analisis hasil survei tersebut menunjukkan bahwa sebagian besar anggota asosiasi menghendaki adanya kenaikan tarif. Kenaikan tarif yang dianggap tepat adalah sebesar 300 yen.

Berdasarkan pada hal tersebut, kemudian para tukang cukur menetapkan standar tarif sebesar 300 yen. Federal komisi perdagangan Jepang menyatakan bahwa perbuatan tersebut melanggar artikel 8 (1) huruf i Undang-Undang Antimonopoli Jepang. Di dalam ketentuan tersebut, melarang asosiasi perdagangan untuk mempengaruhi kegiatan yang secara substansi menghalangi persaingan khususnya di bidang perdagangan.

Dalam hal ini tidak ada bukti secara langsung yang menyatakan bahwa asosiasi perdagangan memaksakan penetapan standar harga kepada para anggota-anggotanya. Namun dalam hal ini, asosiasi diniiai menggunakan tekanan kepada para anggotanya untuk mematok harga sebesar 300 yen dengan cara mengumumkan hasil survei. Tindakan asosiasi itu dapat diperhitungkan sebagai sebagian kecil bukti tidak langsung untuk menetapkan harga. Dengan mengumumkan hasil survei tersebut para anggota asosiasi mengefahui bahwa mayoritas dari mereka. Tentunya berpikir bahwa harga yang telah ditetapkan adalah sebesar 300 yen. Hal ini tentunya dapat mempengaruhi para anggota asosiasi untuk menetapkan harga sesuai dengan harga standar asosiasi untuk jasa potong rambut.

Contoh kasus yang terjadi di Jepang tersebut menunjukkan bahwa tanpa suatu perjanjian tertulis, para anggota asosiasi dapat melakukan kesepakatan di dalam menetapkan harga. Dengan kata lain, perjanjian penetapan harga dapat dilakukan berdasarkan perjanjian tidak tertulis.

Perjanjian penetapan harga ini dibentuk oleh perusahaan-perusahaan sebagai usaha bersama untuk melakukan monopoli. Perbuatan perjanjian penetapan harga dapat terjadi dalam bidang perdagangan yang meliputi barang dan jasa.

2.4 Penetapan Harga Termasuk Kartel dalam Arti Luas

Kartel dapat berarti sebagai suatu kerjasama dari pelaku usaha produk tertentu yang bertujuan untuk mengawasi produksi, penjualan dan harga serta untuk melakukan monopoli terhadap komoditas atau industri tertentu.⁵³ Kerjasama para pelaku usaha sebagaimana dimaksud, biasanya dalam bentuk asosiasi. Oleh karena itu, kartel dapat juga diartikan sebagai gabungan beberapa perusahaan besar dalam suatu industri yang terselubung, berusaha untuk mengendalikan pasar dimana mereka bergerak.⁵⁴

Cara asosiasi mengendalikan pasar sebagaimana dimaksud antara lain:⁵⁵

1. Penetapan harga pada suatu tingkat tertentu, oleh beberapa perusahaan yang saling bersaing, yang berbeda dengan tingkat harga yang terbentuk di pasar kompetitif dan yang memberikan laba lebih besar dibandingkan dengan yang diperoleh jika hanya terbentuk pada tingkat yang semata-mata ditentukan oleh kekuatan pasar kompetitif.
2. Pembagian pasar (*market division*), yaitu persetujuan yang sifatnya rahasia di antara beberapa perusahaan yang saling bersaing untuk membagi pasar di antara mereka.
3. Konspirasi dalam penawaran barang/jasa (*bid rigging*), yaitu suatu persetujuan yang sifatnya rahasia di antara beberapa perusahaan yang saling bersaing, untuk tidak bersaing dalam menawarkan barang dan/atau jasa kepada pihak pembeli, tetapi menetapkan suatu harga penawaran yang lebih tinggi daripada tingkat harga yang terbentuk di pasar kompetitif.

Melalui kartel, anggota kartel dapat menetapkan harga atau syarat-syarat perdagangan lainnya untuk mengekang suatu persaingan sehingga hanya menguntungkan para anggota kartel yang bersangkutan. Di sisi lain, kartel juga dapat mengontrol atau mengekang masuknya pesaing baru dalam bisnis yang bersangkutan.

⁵³ Henry Campbell, Black Law sebagaimana dikutip oleh Munir Fuady, *Op.Cit.*, hal. 63.

⁵⁴ Thee Kian Wie, *Aspek-Aspek Ekonomi Yang Perlu Diperhatikan Dalam Implementasi UU No. 5 Tahun 1999*, (Jakarta: Jurnal Hukum Bisnis; Volume 7, 1999), hal. 67.

⁵⁵ *Ibid.*

Di dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, istilah kartel digunakan secara khusus pada bagian (5) Lima Pasal 11, yaitu:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya, yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan/atau pemasaran suatu barang dan/atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.”

Istilah kartel yang digunakan dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 terlalu sempit.⁵⁶ Sebagai perbandingan, di banyak negara, perjanjian untuk membagi wilayah, mengalokasikan pelanggan atau menetapkan harga adalah kartel.

Kartel sebenarnya memiliki pengertian yang luas. Dalam hal ini lebih lanjut, R.S.Khemani menjelaskan bahwa Kartel adalah perjanjian formal, antara perusahaan-perusahaan dalam sebuah industri oligopoli. Anggota kartel membuat kesepakatan antara lain masalah harga, total produk industri, pembagian pasar, pembagian konsumen, pembagian wilayah, persekongkolan, pembuatan agen penjualan bersama dan pembagian keuntungan atau kombinasi hal tersebut secara umum. Kartel atau tindakan yang mencerminkan kartel mencoba melakukan monopoli dengan membatasi produk industri, meningkatkan atau menetapkan harga dalam penawaran untuk memperoleh keuntungan tinggi.⁵⁷

Oleh sebab itu dapat dikatakan di sini bahwa pengaturan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yang menentukan larangan terhadap perjanjian penetapan harga secara horizontal, juga merupakan suatu bentuk kartel, yaitu kartel harga.

Dalam hal ini pelaku usaha atau produsen menetapkan harga yang harus dibayar oleh penerima barang dan/atau jasa (konsumen) yang diperdagangkan di pasar bersangkutan yang sama dari segi faktual dan geografis.

Pengaruh buruk penetapan harga sudah tentu baku yaitu perjanjian penetapan harga dapat menimbulkan harga yang terlalu tinggi. Oleh karena itu,

⁵⁶ A.M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Perse Illegal atau Rule of Reason*. Cet 1. Jakarta: Program Parca Sarjana FHUI 2003., hal. 402.

⁵⁷ R.S Khemani, *Op.Cit.*, hal. 7.

dapat dipastikan bahwa harga tersebut pasti bukan harga pasar. Tekanan inilah yang ditiadakan oleh suatu kartel melalui perjanjian penetapan harga. Dengan demikian dapat mengakibatkan tidak adanya persaingan usaha.

2.5 Peran dan Wewenang KPPU Dalam Penyelesaian Kasus Penetapan Harga

Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau yang lebih dikenal dengan sebutan KPPU adalah suatu institusi penegak hukum Antimonopoli di Indonesia yang menjaga agar pelaku usaha menaati ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Hal ini agar persaingan usaha yang sehat (*Fair Competition*) dapat diwujudkan. Oleh karena itu, yang hendak dilindungi dalam Undang-Undang Antimonopoli adalah eksistensi dari persaingan itu sendiri, sebab jika persaingan hilang yang akan terjadi adalah keadaan monopolistik. Hal ini tentunya juga mengakibatkan perekonomian menjadi tidak efisien.

Keberadaan KPPU merupakan konsekuensi dari lahirnya Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Sebuah perjalanan yang panjang manakala akhirnya bangsa Indonesia memiliki peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur mengenai Antimonopoli. Hal ini dikarenakan pada masa pemerintahan Orde Baru terdapat konglomerasi di sektor-sektor industri, perdagangan, pertanian, jasa maupun keuangan dikuasai oleh segelintir pengusaha-pengusaha yang mempunyai hubungan dekat dengan penguasa telah melahirkan praktik-praktik monopoli yang merugikan konsumen. Praktik-praktik monopoli tersebut terbentuk kartel. Kartel sebagaimana dimaksud wujudnya sebagai asosiasi, perkumpulan, persatuan para pengusaha yang eksistensinya diakui oleh pemerintah. Misalnya: Kartel dalam bidang industri kayu lapis, pulp dan industri kertas, yaitu APKI (Asosiasi Pulp dan Kertas Indonesia) melalui asosiasi ini ditetapkan patokan harga kertas (*Price Fixing*) yang mengakibatkan konsumen harus membayar harga tinggi untuk barang atau jasa yang dihasilkan oleh industri ini. Hal ini terjadi karena tidak semua industri yang dikuasai kartel-karel tersebut dapat melakukan persaingan

harga (*price Competition*) akibatnya biaya produksi dibebankan kepada konsumen dalam rangka mempertahankan kelangsungan hidup perusahaan yang tidak sehat yang berada di bawah naungan kartel.⁵⁸

Sebagai akibat dari praktik-praktik berusaha tersebut, sejak awal Tahun 1980-an sebagian pelaku usaha dan ahli ekonomi mendesak pemerintah untuk membuat Undang-Undang Antimonopoli. Namun, desakan itu tidak pernah dihiraukan oleh pemerintah sampai akhirnya Indonesia mengalami krisis ekonomi.

Dapat dikatakan bahwa krisis ekonomi yang terjadi di Indonesia merupakan titik tolak lahirnya harapan perekonomian yang lebih baik di Indonesia melalui persaingan usaha yang sehat. Hal ini karena salah satu prasyarat prinsip ekonomi modern adalah adanya iktim persaingan usaha yang sehat. Prinsip ini sudah dikenal pada negara-negara maju yang telah memiliki perangkat Undang-Undang Antimonopoli. Amerika merupakan negara yang hukum Antimonopolinya banyak di adopsi oleh negara-negara lain.

Masyarakat Indonesia pada umumnya memiliki kultur yang menjunjung tinggi keharmonisan, kerjasama dan kegotong-royongan. Pemahaman akan prinsip kompetisi atau bersaing tentu tidak akan mudah diterima karena bangsa Indonesia telah terbiasa hidup dengan nilai-nilai tersebut. Walaupun demikian, bukan berarti kompetisi tidak dikenal sama sekali dalam kehidupan tatanan masyarakat Indonesia yang heterogen. Kompetisi dalam berusaha untuk mendapatkan keuntungan memang sudah ada secara naluriah (*inherent*) hampir pada setiap pelaku usaha. Kompetisi tersebut antara lain dalam bentuk harga, jumlah, pelayanan ataupun konibinasi berbagai faktor yang dinilai oleh konsumen.⁵⁹

Pada kenyataannya, perekonomian Indonesia hancur, salah satunya karena kemudahan yang diberikan penguasa tidak berpihak pada kepentingan rakyat serta tidak dibarengi dengan iktim berusaha dan bersaing secara sehat. Oleh karena itu, keberadaan Undang-Undang Antimonopoli dianggap sebagai suatu jawaban alternatif yang dapat menjadi alat untuk menciptakan suatu “*level playing field*”

⁵⁸ Elyta Ras. Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 9.

⁵⁹ ELIPS, *Op.Cit.*, hal. 24.

yang relatif sama bagi semua pelaku usaha.⁶⁰

Agar sumber-sumber daya ekonomi nasional dapat dikelola secara, efisien, maka perlu diusahakan bekerjanya mekanisme ekonomi pasar, dimana keterlibatan pemerintah di dalam kegiatan ekonomi dikurangi. Itu berarti dunia usaha harus diberi kebebasan yang lebih besar dan insentif yang lebih kuat sehingga akan mendorong terwujudnya efisiensi kegiatan usaha, produktivitas investasi, dan pertumbuhan ekonomi. Bersamaan dengan itu diharapkan terjadi peningkatan kesejahteraan konsumen yang disebabkan oleh peningkatan kuantitas barang dengan harga yang lebih murah. Akan tetapi hal itu hanya dapat terwujud bila para pengusaha dalam melakukan kegiatannya didorong oleh semangat persaingan yang sehat dimana ketidakpuasan konsumen akan menimbulkan sanksi pasar terhadap produk usaha yang buruk.

Oleh karena itu, di dalam Pasal 2 Undang-Undang Antimonopoli menganut asas bahwa:

Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.

Lebih lanjut diatur dalam Pasal 3 bahwa tujuan pembentukan Undang-Undang Antimonopoli adalah untuk :

1. Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
2. Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil;
3. Mencegah praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
4. Terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Dalam rangka penegakan hukum Antimonopoli dan mewujudkan tujuan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, maka diperlukan sebuah perangkat hukum

⁶⁰ *Ibid.*

yang bertanggung jawab terhadap penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia. Berdasarkan Pasal 30 diatur bahwa :

- a. Untuk mengawasi pelaksanaan Undang-Undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang selanjutnya disebut Komisi.
- b. Komisi adalah suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah serta pihak lain.
- c. Komisi bertanggung jawab kepada Presiden.

Oleh karena itu, dalam menjalankan tugasnya, Komisi (untuk selanjutnya dalam penulisan ini disebut KPPU), tidak boleh terpengaruh oleh kepentingan politik pemerintah dan tidak boleh terpengaruh oleh kekuatan ekonomi atau uang dari dunia usaha. Selain itu, sekalipun diatur dalam Pasal 30 bahwa KPPU bertanggung jawab kepada Presiden, tidak berarti KPPU tunduk kepada pengaruh pemerintah.

Sebagai perbandingan praktik di negara-negara lain yang lebih dahulu mempunyai Undang-Undang Antimonopoli, juga memperlihatkan bahwa lembaga organ penegak hukum persaingannya bertanggung jawab kepada kepala pemerintahan (Presiden atau Perdana Menteri). Sebagai contoh: Di Amerika dalam *Federal Trade Commission Act Section 1* dinyatakan bahwa “... *any Commissioners may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.*” Di Jepang, pada *Section 27 (2) Undang-Undang Antimonopoli Jepang* menyatakan bahwa “*The Fair Trade Commission shall be administratively attached to the Prime Minister.*”⁶¹

Dengan demikian independensi lembaga penegak hukum persaingan tidak terkait secara signifikan dengan kepada siapa lembaga tersebut bertanggungjawab, akan tetapi lebih banyak ditentukan oleh integritas dari anggota lembaga tersebut. Oleh karena itu, KPPU bertanggungjawab kepada Presiden adalah hal yang wajar karena dalam hal ini KPPU melaksanakan sebagian dari tugas-tugas pemerintahan.⁶²

Di sisi lain untuk menjaga independensi KPPU, maka proses rekrutmen dan pemberhentian anggota-anggota KPPU tidak bisa dilakukan oleh Presiden sendiri, tetapi memerlukan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Hal ini diatur dalam Pasal 31 ayat (2)

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

yaitu “Anggota komisi diangkat dan diberhentikan oleh Presiden atas persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR)”

Oleh karena itu, secara khusus dalam Pasal 35 huruf g, KPPU berkewajiban memberikan laporan berkala atas hasil kerjanya kepada Presiden dan DPR.

Mengenai tugas KPPU, Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 mengaturnya dalam Pasal 35 yang meliputi :

1. Melakukan penilaian terhadap perjanjian

Tugas penilaian dilakukan terhadap perjanjian-perjanjian yang dilarang dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16 karena dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

2. Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha

Kegiatan usaha yang dilarang adalah kegiatan usaha sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan pasal 24, dimana kegiatan usaha tersebut dan/atau tindakan pelaku usaha tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

3. Melakukan penilaian terhadap ada atau tidaknya penyalahgunaan posisi dominan

Posisi dominan di pasar bukan merupakan suatu hal yang dilarang oleh Undang-Undang ini, apalagi kalau posisi dominan itu diperoleh secara alamiah. Namun terdapat kecenderungan penyalahgunaan posisi dominan oleh pelaku usaha.

Oleh karena itu, KPPU memiliki tugas untuk melakukan penilaian terhadap ada atau tidaknya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28.

4. Mengambil Tindakan

Tindakan sebagaimana dimaksud yang menjadi tugas. KPPU adalah tindakan yang sesuai dengan wewenang KPPU sebagaimana diatur dalam Pasal 36.

5. Memberikan Saran dan Pertimbangan

Saran dan pertimbangan sebagaimana dimaksud terhadap kebijakan pemerintah yang berkaitan dengan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

6. Menyusun dan/atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.
7. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja KPPU kepada Presiden dan DPR.

Berkaitan dengan penyelesaian kasus penetapan harga, dalam hal ini KPPU berpedoman pada ketentuan Pasal 35 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, secara khusus diatur dalam butir a bahwa KPPU memiliki tugas untuk melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha sebagaimana diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16. Larangan penetapan harga sebagaimana telah diketahui merupakan perjanjian yang dilarang, diatur dalam Pasal 5 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.

Lebih lanjut sebagai institusi penegak hukum KPPU oleh Undang-Undang juga diberikan wewenang yaitu :

1. Menerima laporan dari masyarakat dan/atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat;
2. Melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan/atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat;
3. Melakukan penyelidikan dan/atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan oleh komisi sebagai hasil dari penelitiannya;
4. Menyimpulkan hasil penyelidikan dan/atau pemeriksaan tentang ada atau tidaknya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat;
5. Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan Undang-Undang ini;
6. Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang ini;
7. Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang sebagaimana dimaksud huruf a dan huruf f, yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi;

8. Meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan/atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini;
9. Mendapatkan, meneliti, dan/atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain guna penyelidikan dan/atau pemeriksaan;
10. Memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat;
11. Memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat;
12. Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang ini.

2.6 Pembuktian Penetapan Harga Oleh KPPU

Berikut ini akan dibahas beberapa hal terkait dengan pembuktian yang dilakukan oleh KPPU.

2.6.1 Istilah dan Teori Pembuktian

Bukti maksudnya adalah sesuatu yang menyatakan kebenaran suatu peristiwa, keterangan nyata, tanda.⁶³ Membuktikan dalam hukum acara mempunyai arti yuridis. Di dalam ilmu hukum tidak dimungkinkan adanya pembuktian yang logis dan mutlak berlaku bagi setiap orang serta menutup kemungkinan akan bukti lawan, akan tetapi merupakan pembuktian yang konvensional yang bersifat khusus. Pembuktian dalam arti yuridis hanya berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara atau yang memperoleh hak dad mereka. Dengan demikian pembuktian dalam arti yuridis tidak menuju kepada kebenaran mutlak.⁶⁴

Dalam hal tertentu, tidak tertutup kemungkinan bahwa keterangan saksi, surat, keterangan saksi ahli⁶⁵ adalah tidak benar atau palsu atau dipalsukan.⁶⁶

⁶³ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2005), ha;. 172.

⁶⁴ Sudikno Mertokusumo, *Hiikiim Acara Perdata Indonesia, Edisi Kelima*, (Yogyakarta: Liberty, 1998), hal. 108.

⁶⁵ Ada satu anekdot atau sindiran tentang peranan saksi ahli di dalam suatu perkara tertentu. Saksi ahli yang semestinya memberikan keterangannya secara konsisten, adakalanya saksi ahli

Maka dalam hal ini dimungkinkan adanya bukti lawan. Pembuktian secara yuridis tidak lain adalah pembuktian secara “historis”.⁶⁷ Pembuktian secara historis ini mencoba menetapkan apa yang telah terjadi secara konkreto (nyata). Baik dalam pembuktian yang yuridis maupun yang ilmiah, membuktikan pada hakekatnya berarti mempertimbangkan secara logis mengapa peristiwa-peristiwa tertentu dianggap benar. Membuktikan dalam arti yuridis tidak lain berarti memberi dasar-dasar yang cukup kepada Majelis Komisi yang memeriksa perkara yang bersangkutan guna memberi kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukan. Membuktikan secara yuridis tidak hanya memberi kepastian kepada Majelis Komisi, tetapi juga terjadinya suatu peristiwa, yang tidak tergantung pada tindakan para pihak, seperti pada persangkaan-persangkaan, dan tidak tergantung pada keyakinan Majelis Komisi atas keterangan Terlapor misalnya. Membuktikan ialah meyakinkan Majelis Komisi tentang kebenaran dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu laporan mengenai dugaan pelanggaran terhadap Undang-undang No. 5 tahun 1999.⁶⁸

2.6.2 Prinsip Pembuktian

Salah satu tugas Majelis Komisi adalah untuk menyelidiki apakah suatu hubungan hukum yang menjadi dasar dari laporan dugaan mengenai pelanggaran,

bersangkutan tidak selalu teguh dengan pendiriannya. Dalam hal tertentu saksi ahli tersebut berpendirian bahwa tindakan atau perbuatan tertentu (ketika diajukan sebagai saksi ahli dari penggugat/pelapor) mengatakan bahwa tindakan atau perbuatan tersebut tidak dapat dibenarkan. Namun ketika ditampilkan sebagai saksi ahli dari tergugat atau terlapor, sikap atau pendirian yang sebelumnya mengatakan suatu perbuatan tidak dapat dibenarkan, namun karena posisinya sekarang diajukan sebagai saksi ahli dari tergugat/terlapor, perbuatan atau tindakan yang tadinya tidak dibenarkan, kemudian menjadi dibenarkan. Yang tadinya tidak diperbolehkan sekarang sudah diperbolehkan. Dengan kata lain pendapat saksi ahli tergantung pada pihak yang mempergunakannya. Dalam perkara yang sama saksi ahli mempunyai pendirian yang berbeda. Ada anekdot terhadap sikap saksi ahli yang mudah berubah pendirian ini, yaitu bahwa pendapat (opini) tergantung atau disesuaikan dengan pendapatan.

⁶⁶ Dalam salah satu perkara perdata di salah satu Pengadilan Negeri, salah seorang Advokat yang pada perkara sebelumnya bertindak selaku kuasa hukum dari pihak salah satu pihak yang berperkara. Namun dalam perkara yang lain, yang berkaitan dengan perkara, yang ditanganinya sebelumnya, Advokat bersangkutan harus berhadapan dengan proses hukum pidana. Advokat bersangkutan didudukkan sebagai terdakwa oleh aparat penegak hukum. Penyebabnya adalah oleh karena advokat bersangkutan berdasarkan bukti permulaan yang cukup, diduga telah ikut serta ikut berperan serta dalam penerbitan dokumen palsu yang diajukannya sebagai bukti dalam persidangan perkara perdata sebelumnya.

⁶⁷ Sudikno, *Op. cit.*, hal. 109.

⁶⁸ R. Subekti, *Hukum Acara Perdata, Cefakan Ketiga*, (Bandung: Binadpta, 1989), hal. 78.

benar-benar melanggar atau tidak melanggar ketentuan dari Undang-Undang No. 5 tahun 1999.⁶⁹ Adanya hubungan hukum inilah yang harus dibuktikan apabila Pelapor menginginkan laporannya dikabulkan oleh Komisi. Apabila pelapor tidak berhasil membuktikan dalil-dalilnya yang menjadi dasar laporannya, hal itu bermakna bahwa laporannya akan ditolak atau tidak jadi dilanjutkan pemeriksaannya. Sedangkan apabila berhasil membuktikan, maka laporan tersebut akan dikabulkan oleh Majelis Komisi.

Tidak semua dalil yang menjadi dasar laporan harus dibuktikan kebenarannya, sebab dalil-dalil yang tidak disangkal terlebih apalagi diakui sepenuhnya oleh Terlapor, maka tentu tidak perlu dibuktikan lagi.⁷⁰ Dalam hal Pelaku Usaha Terlapor mengakui kebenaran dari laporan Pelapor, hanya dengan itu saja sudah cukup alasan bagi Majelis Komisi untuk menjatuhkan putusan bahwa Pelaku Usaha Terlapor terbukti melakukan pelanggaran terhadap pasal tertentu dari Undang-undang No. 5 tahun 1999.

Dalam pembuktian di KPPU, yang berkepentingan bukan hanya pelapor semata. Majelis Komisi akan menentukan siapa di antara pihak-pihak yang berperkara yang diwajibkan untuk memberikan bukti, apakah itu pihak pelapor atau sebaliknya pihak Pelaku Usaha Terlapor. Dengan perkataan lain, Majelis Komisi sendiri yang akan menentukan pihak mana yang akan memikul beban pembuktian.⁷¹

Di dalam menjatuhkan beban pembuktian, Majelis Komisi harus bertindak arif dan bijaksana, serta tidak boleh berat sebelah.⁷² Semua peristiwa dan keadaan yang konkrit harus diperhatikan secara seksama oleh Majelis Komisi.

Selain untuk hal-hal yang telah diakui atau setidaknya tidak disangkal, masih terdapat satu hal lagi yang tidak perlu atau tidak harus dibuktikan, ialah berupa hal-hal atau keadaan-keadaan yang telah diketahui oleh

⁶⁹ Menurut pasal 36 huruf (d) Undang-undang No. 5 tahun 1999 salah satu wewenang KPPU adalah menyimpulkan hasil penyelidikan atau pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

⁷⁰ Yang perlu dibuktikan adalah apa yang disangkal oleh Terlapor, sedangkan yang sudah diakui kebenarannya oleh Terlapor, hal itu tidak perlu lagi dibuktikan.

⁷¹ Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata, *Hukum Acara Perdata Dalam Teori dan Praktek, Cetakan X*, (Bandung: Mandar Maju, 2005), hal. 58-59.

⁷² Hal ini sesuai dengan asas dalam hukum yang mengatakan bahwa pihak yang mengadili perkara harus mendengarkan kedua belah pihak yang berperkara secara seimbang. Audi et alteram partem.

khalayak ramai. Hal tersebut terakhir ini dalam hukum disebut fakta notoir. Adalah sudah diketahui oleh khalayak ramai, sudah merupakan pengetahuan umum, merupakan fakta notoir, bahwa pada hari minggu semua kantor pemerintah tutup dan bahwa harga tanah di kota, terutama di kota besar seperti Jakarta, Surabaya, Medan dan Makasar adalah lebih mahal dari tanah di desa. Fakta notoir merupakan hal atau keadaan yang sudah diketahui dengan sendirinya oleh Majelis Komisi.⁷³

Tugas Tim Pemeriksa atau Majelis Komisi adalah menyelidiki apakah hubungan hukum yang menjadi perkara benar-benar ada atau tidak. Hubungan hukum inilah yang harus terbukti di muka Komisi dan tugas Pelapor dan Terlapor adalah memberikan bahan-bahan bukti yang diperlukan oleh Majelis Komisi untuk menentukan terbukti tidaknya laporan dugaan pelanggaran terhadap Undang-Undang No. 5 tahun 1999.

Membuktikan adalah membenarkan hubungan hukum/ yaitu misalnya apabila Komisi menyatakan Terlapor terbukti melakukan pelanggaran terhadap pasal tertentu dari Undang-undang No. 5 tahun 1999. Menerima dan membenarkan laporan Felapor, hal ini mengandung arti Majelis Komisi sampai pada kesimpulan bahwa laporan pelapor tentang dugaan pelanggaran terhadap Undang-Undang No. 5 tahun 1999 adalah benar terjadi. Karena itu, membuktikan dalam arti yang luas adalah memperkuat kesimpulan Majelis Komisi dengan syarat-syarat bukti yang sah.⁷⁴

Dalam arti yang terbatas, pembuktian hanya diperlukan apabila laporan Pelapor itu dibantah oleh Pelaku Usaha Terlapor. Karena itu apa yang tidak dibantah oleh Pelaku Usaha Terlapor, maka tidak perlu dibuktikan. Pasal 163 HIR menentukan bahwa, barang siapa mengaku mempunyai hak atau mengajukan suatu peristiwa untuk menguatkan pengakuan haknya (laporannya), atau untuk membantah haknya orang lain (laporan pihak lain), maka orang itu harus membuktikan benar adanya hak atau peristiwa itu.

Komisi akan menentukan, apa yang harus dibuktikan dan pihak mana yang harus memberi bukti. Artinya, Komisi akan menentukan, pihak mana (Pelapor

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Bandingkan dengan R. Soepomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri, Cetakan Keempat belas*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2000), hal. 62-63.

atau Teriapor) akan memikul resiko, tentang beban pembuktian.

Hendaknya tidak selalu satu pihak saja yang diwajibkan memberi bukti, melainkan menurut keadaan yang konkrit pembuktian terhadap sesuatu hal itu hendaknya diwajibkan kepada pihak yang paling sedikit dibenarkan.⁷⁵

2.6.3 Alat-Alat Bukti Di KPPU

Untuk menentukan terbukti tidaknya pelanggaran terhadap Undang-Undang No. 5 tahun 1999 berdasarkan laporan atau hasil monitoring, alat-alat bukti yang dipergunakan Tim Pemeriksa atau Majelis Komisi adalah:

- 1) Keterangan Saksi
- 2) Keterangan Ahli
- 3) Surat dan/atau dokumen
- 4) Petunjuk
- 5) Keterangan Teriapor.⁷⁶

Majelis Komisi menentukan sah atau tidak sahnya suatu alat bukti dan menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti yang sah.⁷⁷ Namun setelah ada Peraturan Komisi KPPU No.1 Tahun 2010, peraturan mengenai adanya minimal 2 (dua) alat bukti tersebut dihapuskan, dan Majelis Komisi KPPU berwenang untuk menentukan sah atau tidaknya alat bukti tersebut.⁷⁸

2.6.3.1 Keterangan Saksi

Dalam laporan di KPPU, pelapor berusaha untuk mendapatkan saksi-saksi yang dapat membenarkan atau menguatkan dalil-dalil laporan yang diajukannya di KPPU. Sebaliknya, Pelaku Usaha Terlapor akan berusaha sebisa mungkin mendapatkan saksi-saksi mendukung sanggahannya atas laporan dugaan pelanggaran terhadap Undang-Undang No. 5 tahun 1999. Pelaku Usaha Terlapor akan berupaya semampu mungkin untuk mematahkan ketidakbenaran dari laporan Pelapor.

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 63-64.

⁷⁶ Pasal 42 Undang-undang No. 5 tahun 1999. Lihat juga pasal 72 ayat (1) Peraturan KPPU No. 1 tahun 2010.

⁷⁷ Pasal 64 ayat (2) Peraturan Komisi KPPU No. 1 tahun 2006.

⁷⁸ Pasa 72 ayat (2) Peraturan Komisi KPPU No. 1 Tahun 2010.

Saksi menurut Surat Keputusan KFPU No. 1 tahun 2006 adalah setiap orang atau pihak yang mengetahui terjadinya pelanggaran dan memberikan keterangan guna kepentingan pemeriksaan.

Saksi-saksi itu ada yang secara kebetulan melihat atau mengalami sendiri peristiwa yang harus dibuktikan di muka Majelis Komisi, ada pula yang memang dengan sengaja diminta menyaksikan suatu perbuatan hukum yang sedang dilakukan, misalnya menyaksikan pembuatan akta penggabungan atau merger perusahaan, akuisisi atau peleburan perusahaan.

Seorang saksi diharapkan akan menerangkan tentang apa yang diketahui, dilihat dan dialaminya sendiri. Dan lagi tiap kesaksian itu harus disertai dengan alasan-alasan bagaimana diketahuinya hal-hal yang diterangkan itu. Pendapat maupun perkiraan-perkiraan yang diperoleh dengan jalan pikiran bukanlah suatu kesaksian.⁷⁹

Seorang saksi tidak boleh memberikan keterangan yang berupa kesimpulan. Yang berwenang untuk menarik kesimpulan adalah Majelis Komisi, bukan saksi. Misalnya seorang saksi tidak dapat menerangkan bahwa pada waktu pelapor sedang berkunjung ke salah satu hotel berbintang lima, pada saat itu saksi melihat dua orang pengusaha yang diduga melakukan persengkolan tender sedang makan malam bersama. Beberapa saat setelah acara makan malam tersebut, kemudian salah satu dari perusahaan Pelaku Usaha Terlapor dinyatakan sebagai pemenang tender, yang dilarang oleh Undang-Undang No. 5 tahun 1999. Hanya dengan adanya makan malam bersama tersebut, kemudian saksi berkesimpulan bahwa yang dibicarakan pada malam bersama tersebut pastilah persekongkolan tender.

Pemeriksaan saksi di KPPU pada prinsipnya sama dengan pemeriksaan saksi di Pengadilan Negeri. Sebelum saksi memberikan keterangan, saksi bersangkutan terlebih dahulu harus mengangkat sumpah sesuai dengan agama dan kepercayaannya.⁸⁰ Namun yang berbeda adalah proses pemeriksaan. Pemeriksaan saksi dalam perkara perdata di Pengadilan Negeri pada umumnya dilaksanakan

⁷⁹ Tiap-tiap kesaksian harus disertai dengan alasan-alasan bagaimana diketahuinya hal-hal yang diterangkan. Pendapat-pendapat maupun perkiraan-perkiraan khusus, yang diperoleh dengan jalan pikiran bukanlah kesaksian. (Pasal 1907 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).

⁸⁰ Lihat pasal 9 ayat (1) huruf d) Peraturan KPPU No.1 Tahun 2010.

secara terbuka. Pemeriksaan saksi secara tertutup dilakukan hanya terhadap perkara tertentu, seperti misalnya perkara perceraian.

Sedangkan pemeriksaan saksi di KPPU pada dasarnya dilakukan secara tertutup. Pemeriksaan saksi atau saksi ahli pada prinsipnya dilakukan secara tertutup. Pemeriksaan terhadap saksi atau saksi ahli hanya boleh dilakukan secara terbuka apabila saksi atau saksi ahli bersangkutan bersedia untuk menyatakan pemeriksaan terhadap dirinya dilakukan secara terbuka.

Perlunya saksi mengangkat sumpah di KPPU adalah karena bilamana terhadap putusan KPPU nantinya ada keberatan dari pihak Pelaku Usaha Terlapor, Hakim tidak perlu lagi melakukan pemeriksaan terhadap saksi. KPPU dalam melakukan pemeriksaan terhadap saksi didahului dengan cara mengangkat sumpah. Karena saksi sudah disumpah di KPPU, maka keterangan di depan KPPU inilah yang akan dipertimbangkan hakim kelak bilamana terhadap putusan KPPU ada keberatan dari Pelaku Usaha Terlapor. Dengan singkat dapat dikatakan bahwa oleh karena pada waktu saksi memberikan keterangan di KPPU sudah mengangkat sumpah, maka oleh karena itu pula keterangan saksi di KPPU mengikat untuk pemeriksaan selanjutnya di Pengadilan Negeri. Dalam memberikan kesaksian, seorang saksi tidak perlu dan tidak pada tempatnya untuk mengangkat sumpah sebanyak dua kali di dalam kaitannya memberikan kesaksian sebanyak 1 (satu) kali.⁸¹

2.6.3.2 Keterangan Ahli

Undang-undang No. 5 tahun 1999 tidak memberikan arti atau definisi dari ahli. Karena itu untuk mendapatkan pemahaman yang lebih luas mengenai apa itu ahli dan keterangan ahli harus dicari dari peraturan atau sumber lain.

Ahli menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah orang yang mahir, paham sekali di suatu ilmu; mahir benar. Saksi ahli adalah seseorang yang memiliki keahlian khusus yang memberikan keterangan kepada Majelis Komisi.⁸²

⁸¹ Lihat pasal 5 ayat (4) Peraturan Mahkamah Agung No. 3 tahun 2005. Pemeriksaan keberatan dilakukan hanya atas dasar putusan KPPU dan berkas perkara.

⁸² Lihat pasal 1 ayat (20) Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 05/KPPU/Kep/IX/2000 tanggal 8 September 2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Peringatan Dugaan Pelanggaran Terhadap Undang-Undang No. 5 tahun 1999. Peraturan ini

Di dalam peraturan lain, yaitu di dalam Undang-Undang No. 8 tahun 1981 bahwa yang dimaksud dengan keterangan ahli adalah keterangan yang diberikan oleh seorang yang memiliki keahlian khusus tentang hal yang diperlukan untuk membuat suatu terang perkara pidana guna pemeriksaan.⁸³

Kalau membaca struktur keterangan ahli dalam hukum positif, maka fungsi keterangan ahli bersifat tentatif. Pertama, keterangan ahli bukanlah merupakan keterangan yang final. Karena sebagai salah satu alat bukti perlu tidaknya digunakan sebagai dasar memutus laporan dugaan mengenai pelanggaran terhadap Undang-Undang No. 5 tahun 1999 (perkara) sepenuhnya menjadi kewenangan Majelis Komisi. Kedua, keterangan ahli merupakan penjelasan yang bersifat transisional, maksudnya sebagai argumentasi pada antara pembuktian dengan penilaian perkara.⁸⁴ Hal ini dikarenakan keterangan ahli merupakan keterangan yang diberikan seseorang atas dasar pengetahuannya dan berhubungan dengan perkara yang sedang diperiksa. Kalau keterangan yang diberikan berbentuk pendengaran, penglihatan, atau pengalamannya sehubungan dengan peristiwa yang terjadi, maka sekalipun diberikan oleh ahli, tidak bernilai sebagai bukti keterangan ahli, tapi berubah menjadi alat bukti keterangan saksi.⁸⁵

Sebuah keterangan ahli tidak mutlak. Ada faktor-faktor yang mempengaruhi mengapa atas suatu peristiwa hukum konkrit satu orang ahli hukum ekonomi, misalnya, dengan ahli yang lain dapat menghasilkan kesimpulan yang tidak sama.⁸⁶

Menurut Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati⁸⁷ praktik hukum menyangkut 2 (dua) aspek utama yaitu pembentukan hukum dan penerapan hukum. Dengan demikian, pengetahuan hukum secara praktis bertujuan untuk

telah dicabut oleh Peraturan KPPU No. 1 tahun 2010. Hanya di dalam Keputusan KPPU No. 1 tahun 2010 apa yang dimaksud dengan keterangan ahli tidak diatur.

⁸³ Lihat pasal 1 ayat (28) Undang-undang No. 8 tahun 1981.

⁸⁴ http://isharyanto-hukurn.com/makalah_seminar/Isharyanto-MAKALAH_SEMINAR_SAKSI_AHLI_UNTAG.doc diakses pada tanggal 2 Oktober 2010.

⁸⁵ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia* (Jakarta: Saptar Artha Java, 1996), hal. 283.

⁸⁶ Ada sebuah pemeo yang mengatakan bahwa kalau dua orang sarjana hukum berkumpul, paling sedikit ada tiga pendapat (*"Tweejtiristen, drie meningen*). Lihat Soedargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Bina Cipta, 1987), hal. 1.

⁸⁷ Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, 2005, *Argumentasi Hukum*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005), hal. 10.

memecahkan persoalan hukum tertentu atau memberikan jalan keluar terhadap problema hukum (*legal problem solving*).⁸⁸ Untuk tujuan ini maka dibutuhkan suatu argumentasi hukum (*legal argumentation*) yang mana dalam hal ini seringkali harus menggunakan logika sebagai pisau analisis. Sementara itu, argumentasi hukum itu sendiri mempunyai 2 (dua) kekhususan mendasar yaitu:

Pertama, tidak ada ahli yang mulai berargumentasi dari suatu keadaan hampa. Argumentasi hukum selalu dimulai dari hukum positif dan hukum positif bukan merupakan suatu keadaan yang tertutup atau statis, akan tetapi merupakan suatu perkembangan yang berkelanjutan.⁸⁹ Orang dapat bernalar dari ketentuan hukum positif dari asas-asas yang terdapat di dalamnya untuk mengambil argumentasi-argumentasi yang bermacam-macam.

Kedua, argumentasi hukum berkaitan dengan kerangka prosedural berupa argumentasi rasional berupa lapisan logika, lapisan dialektik, dan lapisan prosedural. Dengan metode tertentu, argumentasi hukum akan melahirkan metode interpretasi atau penafsiran dan metode penalaran/konstruksi hukum. Metode interpretasi merupakan metode penemuan hukum dalam hal peraturannya ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwanya, atau bahkan sama sekali belum diatur.⁹⁰ Sementara itu penalaran/konstruksi hukum dapat berupa analogi, penghalusan hukum (penyempitan hukum), dan metode *a contrario*.⁹¹

Dengan faktor di atas, maka sudah tentu dapat dimaklumi apabila antara ahli yang satu dengan ahli yang lain mempunyai pendapat yang tidak harus sama untuk menganalisis suatu perkara hukum. Hal di atas adalah faktor yang dilandasi alasan berpikir positif. Jangan sampai perbedaan itu, seperti pernah diungkapkan oleh J.E. Sahetapy, karena berlakunya asas “pendapat disesuaikan dengan

⁸⁸ *Ibid.*, hal. 12.

⁸⁹ Ini khas corak hukum yang berkiblat kepada sistem Eropa Kontinental. Hal ini tidak sama dengan orientasi pada sistem Anglo Saxon. Lihat: Soetandyo Wignjosebroto, *Hukum: Paradigma, Metode, dan Masalahnya*, (Jakarta: ELSAM dan Huma, 2002).

⁹⁰ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitio, 1993, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hal. 21.

⁹¹ Lihat uraian selanjutnya dalam Mochtar Kusumaatmadja dan B.Arief Sidharta, 1999, *Pengantar Ilmu Hukum Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum (Buku I)*, Bandung: Aiumni, hal. 111-120. Baca juga, Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2003), hal. 71, dst.

pendapatan.”⁹² Dalam hal ini yang menentukan pendapat dari ahli bersangkutan, bukan kemampuan atau keahliannya, akan tetapi lebih ditentukan oleh motif sosial, ekonomi atau daya tarik kekuasaan dan pengaruh dari pihak yang meminta bantuannya bertindak selaku saksi ahli. Di sini saksi ahli bertindak sudah seperti ‘tukang jahit’ karena pendapatnya tergantung pada selera dan/atau pesanan dan pihak menggunakan pendapat atau keahliannya.

2.6.3.3 Surat dan/atau Dokumen

Alat bukti tertulis atau surat ialah segala sesuatu yang memuat tanda-tanda bacaan yang dimaksudkan untuk mencurahkan isi hati atau untuk menyampaikan buah pikiran seseorang dan dipergunakan sebagai pembuktian. Dengan demikian, maka segala sesuatu yang tidak memuat tanda-tanda bacaan atau memuat tanda-tanda bacaan, akan tetapi tidak mengandung buah pikiran, tidaklah termasuk dalam pengertian alat bukti atau surat.

Potret atau gambar tidak memuat memuat tanda-tanda bacaan atau buah pikiran, demikian juga dengan denah atau peta, meskipun ada tanda-tanda bacaannya, tetapi tidak mengandung suatu buah pikiran atau isi hati seseorang. Itu semuanya hanya sekedar merupakan barang atau benda untuk meyakinkan saja. Sebaliknya sepucuk surat yang berisi curahan hati yang diajukan di muka Majelis Komisi ada kemungkinan tidak merupakan alat bukti tertulis atau surat, tetapi sebagai sebuah benda untuk meyakinkan saja, karena bukan kebenaran isi atau bunyi surat itu yang harus dibuktikan atau digunakan sebagai bukti, melainkan eksistensi surat itu menjadi bukti sebagai barang yang diperdagangkan misalnya.

Arti surat yang lebih mendetail dapat ditemukan dalam Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Nasional Indonesia. Menurut pasal 2 huruf (m) Peraturan Prosedur BANI, yang dimaksud dengan tulisan adalah baik dibuat dalam huruf besar atau huruf kecil, adalah dokumen-dokumen yang dilukis atau dicetak di atas kertas, tetapi juga dokumen-dokumen yang dibuat dan/atau dikirimkan secara

⁹² Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam kesimpulannya pada perkara Temasek mengemukakan keberatannya terhadap keterangan saksi ahli yang bernama Michael Montag dan Michael Keden. KPPU menyebut kedua saksi ahli tersebut adalah ‘antek’ Temasek. Keduanya pernah memberikan kesaksian pada saat pemeriksaan di KPPU. Selain itu mereka juga menerima upah dan fasilitas dari Temasek. Sehingga independensinya diragukan untuk menjadi ahli.-Lihat Hukum Online tanggal 22 April 2008.

elektronis, yang meliputi tidak saja perjanjian-perjanjian, tetapi juga pertukaran korespondensi, catatan-catatan rapat, telex, telefax, e-mail dan bentuk-bentuk komunikasi lainnya yang sedemikian; dan tidak boleh ada perjanjian, dokumen korespondensi, surat pemberitahuan atau instrumen lainnya yang dipersyaratkan untuk diwajibkan secara tertulis, ditolak secara hukum dengan alasan bahwa hal-hal tersebut dibuat atau disampaikan secara elektronik.⁹³

2.6.3.4 Dokumen Perusahaan

Menurut Undang-Undang No. 8 tahun 1997 dokumen perusahaan adalah data, catatan dan atau keterangan yang dibuat dan atau diterima oleh perusahaan dalam rangka pelaksanaan kegiatannya, baik tertulis di atas kertas atau sarana lain maupun terekam dalam bentuk corak apapun yang dapat dilihat, dibaca dan didengar.

Dokumen perusahaan terdiri dari dokumen keuangan dan dokumen lainnya. Dokumen keuangan terdiri dari catatan, bukti pembukuan, dan data pendukung administrasi keuangan, yang merupakan bukti adanya hak dan kewajiban serta kegiatan usaha suatu perusahaan. Sedangkan dokumen lainnya terdiri dari data atau setiap tulisan yang berisi keterangan yang mempunyai nilai guna bagi perusahaan meskipun tidak terkait langsung dengan dokumen keuangan.

Catatan terdiri dari neraca tahunan, perhitungan laba rugi tahunan, rekening, jurnal transaksi harian, atau setiap tulisan yang berisi keterangan mengenai hak dan kewajiban serta hal-hal lain yang berkaitan dengan kegiatan usaha suatu perusahaan. Bukti pembukuan terdiri dari warkat-warkat yang digunakan sebagai dasar pembukuan yang mempengaruhi perubahan kekayaan, utang dan modal.

Data pendukung administrasi keuangan merupakan data administratif yang berkaitan dengan keuangan untuk digunakan sebagai pendukung penyesuaian dan pembuatan dokumen keuangan. Data pendukung administrasi keuangan terdiri dari:

- a. data pendukung yang merupakan bagian dari bukti pembukuan

⁹³ http://www.bani-arb.org/bani_prosedur_ind.html diakses 2 Oktober 2010.

- b. data pendukung yang tidak merupakan bagian dari bukti pembukuan.

2.6.3.5 Pengalihan Bentuk Dokumen Perusahaan dan Legalisasi

Dokumen perusahaan dapat dialihkan ke dalam mikrofilm atau media lainnya. Mikrofilm adalah film yang memuat rekaman bahan tertulis, tercetak dan tergambar dalam ukuran yang sangat kecil. Media lainnya adalah alat penyimpanan informasi yang bukan kertas dan mempunyai tingkat pengamanan yang dapat menjamin keaslian dokumen yang dialihkan atau ditransformasikan, misalnya Compact Disk-Read Only Memory (CD-ROM), dan Write-Once-Read-Many (WORM).

Pengalihan dokumen perusahaan ke dalam mikrofilm atau media lainnya dapat dilakukan sejak dokumen tersebut dibuat atau diterima oleh perusahaan yang bersangkutan. Dalam mengalihkan dokumen perusahaan, pimpinan perusahaan wajib mempertimbangkan kegunaan naskah asli dokumen yang perlu tetap disimpan karena mengandung nilai tertentu demi kepentingan perusahaan atau kepentingan nasional. Suatu dokumen perusahaan mempunyai makna kepentingan nasional apabila dokumen perusahaan tersebut memiliki nilai historis yang digunakan dalam rangka kegiatan pemerintahan dan pembangunan serta kehidupan kebangsaan, misalnya rekening atau bukti iuran untuk pembangunan Monumen Nasional.

Dalam hal dokumen perusahaan yang dialihkan ke dalam mikrofilm atau media lainnya adalah naskah asli yang mempunyai kekuatan pembuktian otentik dan masih mengandung kepentingan hukum tertentu, pimpinan perusahaan wajib tetap menyimpan naskah asli tersebut. Masih mengandung kepentingan hukum tertentu maksudnya adalah apabila naskah asli tersebut masih mengandung hak dan atau kewajiban yang masih dipenuhi oleh pihak yang berkepentingan.

Setiap pengalihan dokumen perusahaan wajib dilegalisasi. Penggunaan kata wajib dalam dimaksudkan untuk memberikan penekanan bahwa pimpinan perusahaan tetap harus menyimpan naskah asli, apabila dokumen tersebut masih mempunyai kekuatan pembuktian otentik dan atau mengandung kepentingan hukum tertentu.

Legalisasi dilakukan oleh pimpinan perusahaan atau pejabat yang ditunjuk

di lingkungan perusahaan yang bersangkutan, dengan dibuatkan berita acara. Berita acara sekurang-kurangnya memuat :

- a. keterangan tempat, hari, tanggal, bulan dan tahun dilakukannya legalisasi. Legalisasi adalah tindakan pengesahan isi dokumen perusahaan yang dialihkan atau ditransformasikan ke dalam mikrofilm atau media lain yang menerangkan atau menyatakan bahwa isi dokumen perusahaan yang terkandung di dalam mikrofilm atau media lain tersebut sesuai dengan naskah aslinya.
- b. keterangan bahwa pengalihan dokumen perusahaan yang dibuat di atas kertas ke dalam mikrofilm atau media lainnya telah dilakukan sesuai dengan aslinya; dan
- c. tandatangan dan nama jelas pejabat yang bersangkutan.

Dokumen perusahaan yang telah dimuat dalam mikrofilm atau media lainnya dan atau hasil cetaknya merupakan alat bukti yang sah. Apabila dianggap perlu dalam hal tertentu dan untuk keperluan tertentu dapat dilakukan legalisasi terhadap hasil cetak dokumen perusahaan yang telah dimuat dalam mikrofilm atau media lainnya.

Kelalaian dalam melaksanakan kewajiban tersebut, pimpinan perusahaan bertanggungjawab sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penggunaan kata wajib dimaksudkan untuk memberikan penekanan bahwa setiap pengalihan dokumen perusahaan harus dilegalisasi. Legalisasi adalah tindakan pengesahan isi dokumen perusahaan yang dialihkan atau ditransformasikan ke dalam mikrofilm atau media lain yang menerangkan atau menyatakan bahwa isi dokumen perusahaan yang terkandung di dalam mikrofilm atau media lain tersebut sesuai dengan naskah aslinya. Apabila pengalihan dokumen perusahaan tidak dilegalisasi, maka dokumen perusahaan hasil pengalihan tersebut secara hukum tidak dapat dijadikan sebagai alat bukti yang sah.

2.6.3.6 Petunjuk

Undang-Undang No. 5 tahun 1999 maupun Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 1 tahun 2010 tidak mengatur dan tidak memberikan penjelasan mengenai apa itu petunjuk dan bagaimana petunjuk tersebut dipergunakan dalam pembuktian di KPPU. Dalam pasal 72 ayat (3) dikatakan bahwa petunjuk merupakan pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahuikan diyakini kebenarannya.

Sebagai perbandingan dapat dikemukakan bahwa di dalam Undang-Undang No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP bahwa petunjuk adalah perbuatan, kejadian atau keadaan, yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan tindak pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya.⁹⁴

Petunjuk hanya dapat diperoleh dari:

- 1) keterangan saksi
- 2) surat
- 3) keterangan terlapor

Dengan mengacu kepada rumusan dalam Undang-Undang No. 8 tahun 1981 tersebut di atas, maka petunjuk dalam perkara di KPPU dapat diartikan sebagai perbuatan atau kejadian atau keadaan, yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan laporan dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999, menandakan bahwa telah terjadi suatu pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999 dan siapa pelakunya.

2.6.3.7 Keterangan Pelaku Usaha (Terlapor)

Keterangan Terlapor adalah apa yang yang Terlapor nyatakan di depan Majelis Komisi tentang perjanjian, perbuatan ia lakukan sendiri, ketahui sendiri atau alami sendiri.

2.6.4 Pengambilan Putusan

Majelis Komisi memutuskan telah terjadi atau tidak terjadi pelanggaran berdasarkan penilaian Hasil Pemeriksaan Lanjutan dan seluruh surat dan/atau

⁹⁴ Pasal 188 ayat (t) Undang-undang No. 8 tahun 1981.

dokumen atau alat bukti lain yang disertakan di dalamnya termasuk pendapat atau pembelaan Terlapor. Keputusan Majelis Komisi disusun dalam bentuk Putusan Komisi. Apabila terbukti telah terjadi pelanggaran, Majelis Komisi dalam Putusannya menyatakan Terlapor telah melanggar ketentuan Undang-Undang dan menjeruhkan sanksi administratif sesuai dengan ketentuan undang-undang.

Sanksi Administratif dalam Undang-Undang No. 5 tahun 1999 diatur dalam pasal 47 Undang-Undang No. 5 tahun 1999. Sanksi administratif yang dapat dikenakan oleh KPPU terhadap

Pelaku Usaha yang terbukti melakukan pelanggaran adalah:

- a. penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 13, Pasal 15, dan Pasal 16; dan atau
- b. perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14; dan atau
- c. perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktek monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat; dan atau
- d. perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan; dan atau
- e. penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28; dan atau
- f. penetapan pembayaran ganti rugi; dan atau
- g. pengenaan denda serendah-rendahnya Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp 25.000.000. 000,00 (dua puluh lima miliar rupiah).

Pengambilan Putusan Komisi dilakukan melalui musyawarah untuk mufakat. Apabila musyawarah tidak mencapai mufakat, Putusan Komisi diambil melalui pemungutan suara, Putusan Komisi berdasarkan mayoritas Anggota Majelis.

Dalam hal terdapat Anggota Majelis Komisi yang mempunyai pendapat yang berbeda dengan mayoritas Anggota Majelis Komisi (*dissenting opinion*). Anggota dimaksud dapat meminta agar pendapatnya dimasukkan dalam pertimbangan putusan. *Dissenting opinion* disertai dengan alasan-alasan dan

disampaikan kepada Ketua Majelis Komisi pada Sidang Majelis Komisi terakhir, yaitu Sidang Majelis sebelum dibacakannya putusan.

2.6.5 Tugas dan Wewenang KPPU dalam Pembuktian Kasus Penetapan Harga

KPPU dalam melakukan tugas dan wewenangnya berdasarkan laporan yang diterimanya dari masyarakat yang mengetahui terjadinya praktik usaha tidak sehat maupun dari laporan tertulis dari pihak yang dirugikan akibat dari perbuatan tersebut. Hal ini diatur dalam Pasal 38 ayat (1) dan ayat (2).

Pasal 38 ayat (1)

“Setiap orang yang mengetahui telah terjadi atau patut diduga telah terjadi pelanggaran terhadap Undang-Undang ini dapat melaporkan secara tertulis kepada Komisi dengan keterangan yang jelas tentang telah terjadinya pelanggaran, dengan menyertakan identitas pelapor.”

Pasal 38 ayat (2)

“Pihak yang dirugikan sebagai akibat terjadinya pelanggaran terhadap Undang-Undang ini dapat melaporkan secara tertulis kepada Komisi dengan keterangan yang lengkap dan jelas tentang telah terjadinya pelanggaran serta kerugian yang ditimbulkan dengan menyertakan identitas pelapor.”

Selain itu, KPPU juga dapat melakukan penelitian maupun pemeriksaan⁹⁵ tanpa adanya laporan, yaitu jika KPPU menduga telah terjadi pelanggaran Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Ini disebut sebagai inisiatif KPPU yang dilaksanakan berdasarkan ketentuan Pasal 40.

Pasal 40

- 1) *Komisi dapat melakukan pemeriksaan terhadap pelaku usaha apabila ada dugaan terjadi pelanggaran Undang-Undang ini walaupun tanpa laporan.*
- 2) *Pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilaksanakan sesuai dengan tata cara sebagaimana diatur dalam Pasal 39.*

⁹⁵ Pasal 1 Butir 2 Peraturan Komisi KPPU No.1 Tahun 2010, yang dimaksud dengan pemeriksaan adalah serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh Investigator dan/atau Majelis Komisi yang dibantu oleh Panitera untuk memeriksa dan meminta keterangan Pelapor, Terlapor, Pelaku Usaha, pihak lain yang terkait, Saksi, Ahli dan Instansi Pemerintah.

Terhadap “inisiatif KPPU” tersebut, sebelum dilakukan pemeriksaan, terlebih dahulu dilakukan monitoring dan kajian. Monitoring dilakukan apabila indikasi pelanggaran sudah mengarah pada pelaku usaha tertentu. Kajian dilakukan apabila indikasi pelanggaran persaingan usaha tidak sehat terjadi pada sektor industri dan melibatkan beberapa atau banyak pelaku usaha.⁹⁶ Hasil kegiatan monitoring maupun kajian disampaikan kepada forum pleno anggota KPPU. Rapat pleno KPPU kemudian menetapkan perlu-tidaknya dilakukan penyelidikan dan/atau pemeriksaan.

Tahap pertama dari tindakan KPPU terhadap laporan yang diterimanya atau terhadap adanya dugaan dari KPPU sendiri tentang telah dilanggarnya ketentuan dalam Undang-Undang ini adalah melakukan penelitian. Penelitian tersebut oleh Undang-Undang disebut pemeriksaan pendahuluan. Hal ini diatur dalam Pasal 39 ayat (1) .

Pasal 39 ayat (1)

“Berdasarkan laporan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38 (1) dan (2), Komisi wajib melakukan pemeriksaan pendahuluan dan dalam waktu selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari setelah menerima laporan, Komisi wajib menetapkan perlu atau tidaknya dilakukan pemeriksaan lanjutan.”

Dalam tahap pemeriksaan pendahuluan,⁹⁷ Tim Pemeriksa Pendahuluan memanggil terlapor untuk diminta keterangannya terhadap laporan pelapor atau informasi adanya pelanggaran (dalam hal atas inisiatif KPPU). Hal ini sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 45 Peraturan Komisi KPPU No. 1 Tahun 2010.

Pemeriksaan Pendahuluan, sebagaimana telah dijelaskan, dilakukan oleh Tim Pemeriksa Pendahuluan yang anggotanya terdiri dari beberapa anggota KPPU (komisioner), beberapa orang staf penyelidik (investigator) serta Sekretaris

⁹⁶ Syamsul Maarif; *Pokok-Pokok Hukum Acara Persaingan*; Materi Pelatihan Hukujn Persaingan Usaha Angkatan II (Jakarta: FH UI Lembaga Kajian Persaingan dan Kebijakan Usaha, 9-13 Febuari 2004), hal. 8.

⁹⁷ Pasal 1 angka 8 Peraturan Komisi KPPU No. 1 Tahun 2010, Pemeriksaan Pendahuluan adalah serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh Majelis Komisi terhadap laporan dugaan pelanggaran untuk menyimpulkan perlu atau tidak perlu dilakukan Pemeriksaan Lanjutan.

(panitera). Dalam tahap ini, Tim disamping meneliti kembali kelengkapan dan kejelasan laporan, juga masalah yurisdiksi. Tim bisa saja menyatakan menutup suatu laporan apabila ditemukan bahwa masalah yang sebenarnya bukan masalah persaingan usaha tetapi merupakan masalah yang lain yang bukan rilyah Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.

Tahap kedua adalah pemeriksaan lanjutan. Pemeriksaan Lanjutan adalah serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh Majelis Komisi terhadap adanya dugaan pelanggaran untuk menyimpulkan ada atau tidak adanya bukti pelanggaran.⁹⁸ Dalam Pemeriksaan Lanjutan, Majelis Komisi melakukan penilaian terjadi atau tidak terjadi pelanggaran yang dilakukan oleh Terlapor dan ada atau tidak ada kerugian sebagai akibat dari pelanggaran dimaksud. Dalam melakukan penilaian sebagaimana dimaksud, tindakan Majelis Komisi adalah :⁹⁹

- a. melakukan Pemeriksaan Pendahuluan dan Pemeriksaan Lanjutan;
- b. meminta keterangan dari Instansi Pemerintah;
- c. meneliti dan/atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti dalam Laporan Dugaan Pelanggaran;
- d. mendapatkan surat, dokumen, atau alat bukti lain;
- e. meminta bantuan Penyidik untuk menghadirkan Terlapor, Saksi, Ahli dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran yang tidak bersedia memenuhi panggilan untuk memberikan keterangan dan/atau data.
- f. memberikan kesempatan kepada Terlapor untuk menyampaikan pembelaan terkait dengan dugaan pelanggaran;
- g. mempelajari dan menilai semua hasil Pemeriksaan;
- h. menentukan waktu Sidang Majelis untuk Pemeriksaan dan pembacaan Putusan Komisi;
- i. menandatangani Putusan Komisi;
- j. memberikan rekomendasi kepada Ketua Komisi untuk
- k. memberikan saran dan pertimbangan kepada Pemerintah;
 - a. menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada

⁹⁸ Pasal 1 Butir 9 Peraturan KPPU No.1 Tahun 2010.

⁹⁹ Pasal 3 ayat (3) Peraturan Komisi KPPU No. 1 Tahun 2010

pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang. Untuk mendukung pemeriksaan, dibutuhkan alat-alat bukti. Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dalam Pasal 42 mengatur bahwa alat-alat bukti pemeriksaan Komisi berupa: (a) keterangan saksi; (b) keterangan ahli; (c) surat dan atau dokumen; (d) petunjuk; (e) keterangan pelaku usaha.

Dalam hal pembuktian perjanjian penetapan harga, sesuai dengan ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa :

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan/atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”

Berdasarkan rumusan diatas dapat dilihat bahwa suatu perbuatan dikatakan melanggar ketentuan penetapan harga, pada dasarnya harus memenuhi unsur-unsur penetapan harga yang terdapat dalam Pasal 5 ayat (1) tersebut. Unsur-unsur penetapan harga sebagaimana dimaksud adalah:

1) Pelaku usaha

Pelaku usaha dalam hal ini sebagai pihak yang melakukan perjanjian. Dalam ketentuan Umum Pasal 1 butir 5 yang dimaksud dengan Pelaku usaha adalah-setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

2) Perjanjian untuk menetapkan harga

Pelaku usaha yang saling bersaing harus melakukan perjanjian. Perjanjian sebagaimana dimaksud adalah perjanjian yang diatur dalam

Pasal 1 butir 7 yaitu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun baik tertulis maupun tidak tertulis.

3) Pelaku usaha pesaing

Dalam hal ini pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya. Pesaing dalam hal ini hanya dianggap sebagai pihak yang melakukan kegiatan ekonomi, jadi bukan pembeli.

4) Pasar bersangkutan yang sama

Pasar bersangkutan yang sama adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan/atau jasa tersebut. Definisi pasar bersangkutan seperti ini memperlihatkan kawasan berlangsungnya persaingan usaha yang efektif. Pasar yang bersangkutan merupakan unsur mutlak yang menentukan pangsa pasar.

Perjanjian penetapan harga sebagaimana yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) merupakan perjanjian penetapan harga horizontal. Pasal 5 ayat (1) melarang pelaku usaha membuat perjanjian dengan pesaing-pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa bagi konsumen atau pelanggannya. Dalam hal ini seharusnya para pelaku usaha yang mengadakan perjanjian tersebut bersaing satu sama lain di dalam harga tetapi karena adanya perjanjian tersebut, maka tidak ada lagi persaingan diantara mereka.

Jadi dalam hal ini untuk pembuktian terhadap adanya perjanjian penetapan harga, KPPU menggunakan pendekatan *Per Se Illegal*. Dengan pendekatan *Per Se Illegal*. KPPU menilai apakah dugaan pelanggaran penetapan harga sebagaimana dimaksud memenuhi 4 (empat) unsur yang terdapat dalam Pasal 5 ayat (1). Dalam hal ini apabila 4 (empat) unsur tersebut terpenuhi, maka perjanjian penetapan harga tersebut dilarang tanpa melihat efek negatif dari perjanjian tersebut terhadap persaingan. Dengan kata lain, walaupun efek negatif terhadap persaingan tersebut kecil, perjanjian penetapan harga tetap dilarang.

2.6.6 Pendekatan *Per Se Illegal* dan *Rule Of Reason* Dalam Penetapan Harga

Dalam usaha untuk menilai apakah suatu perbuatan dikatakan melanggar ketentuan Undang-Undang Antimonopoli, digunakan acuan pendekatan *per se Illegal* dan *rule of reason*. Penerapan kedua metode tersebut juga dipergunakan di beberapa negara yang telah lama memberlakukan hukum persaingan, salah satunya adalah Amerika.

Per se Illegal adalah suatu pendekatan untuk menilai sebuah tindakan yang bersifat anti persaingan, dimana analisis terhadap fakta-fakta untuk menentukan bahwa tindakan tersebut melanggar hukum tidak lagi penting. Dapat dikatakan bahwa suatu tindakan tertentu jelas-jelas melanggar hukum persaingan usaha sehingga sertamerta dapat ditentukan sebagai tindakan yang ilegal. Penilaiannya hanya dengan membuktikan bahwa tindakan tersebut telah dilakukan dan tanpa melakukan analisis lebih jauh terhadap alasan-alasan yang mungkin dikemukakan untuk membenarkan tindakan tersebut. Sedangkan *rule of reason* adalah pendekatan yang diterapkan untuk tindakan-tindakan yang tidak dapat dilihat ilegalitasnya tanpa menganalisis akibat tindakan tersebut terhadap kondisi persaingan.¹⁰⁰

Pendekatan *rule of reason* mensyaratkan untuk mempertimbangkan faktor-faktor seperti latar belakang dilakukannya tindakan, alasan bisnis dibalik tindakan itu, serta posisi si pelaku tindakan dalam industri tertentu. Setelah mempertimbangkan faktor-faktor tersebut barulah dapat diketahui suatu perbuatan merupakan monopoli atau berakibat pada pengekanan persaingan pasar. Jadi, pendekatan *rule of reason* digunakan terhadap tindakan yang tidak otomatis dilarang, sekalipun perbuatan yang dituduhkan tersebut dalam kenyataannya terbukti telah dilakukan.¹⁰¹

Di dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, untuk membedakan suatu ketentuan menggunakan pendekatan *per se illegal* atau *rule of reason* dapat dilihat dari rumusannya. Apabila dalam ketentuan rumusannya mencantumkan “dapat

¹⁰⁰ A.M. Tri Anggraini, *Op.Cit.*, hal. 8.

¹⁰¹ A.M. Tri Anggraini, *Op.Cit.*, hal. 9.

mengakibatkan” dan atau “patut diduga”, hal ini menunjukkan perlunya penelitian mendalam apakah suatu tindakan menimbulkan” monopoli yang merugikan persaingan. Pendekatan yang digunakan dalam hal ini adalah pendekatan *rule of reason*. Sedangkan untuk pendekatan *per se Illegal*, didalam rumusan ketentuannya mencantumkan kata “dilarang” tanpa anak kalimat “patut diduga” atau “yang dapat mengakibatkan...”.¹⁰²

Terhadap perjanjian penetapan harga, dalam ketentuan *The Sherman Act*, perjanjian penetapan harga termasuk perjanjian horizontal yang melanggar Pasar 1 *The Sherman Act*. Pendekatan yang digunakan dalam penyelesaian kasus penetapan harga adalah *per se illegal*.

Perkara *United States v. Trans-Missouri Freight Association*.¹⁰³ Perkara ini mengenai 18 (delapan belas) perusahaan kereta api yang membuat perjanjian pada tanggal 15 Maret 1889, dengan membentuk “*Trans-Missouri Freight Association*”, yaitu asosiasi perusahaan kereta api di sebelah barat Mississippi. Para anggota asosiasi melimpahkan wewenang kepengurusan kepada sebuah komite, yang merupakan badan perwakilan para anggota. Kewenangan komite tersebut antara lain menyusun dan mengumumkan secara resmi struktur tarif angkutan, yang akan ditetapkan bagi seluruh perusahaan kereta api. Tujuan dari asosiasi ini adalah untuk saling melindungi dengan cara menetapkan tarif yang menurut mereka pantas, membuat aturan dan peraturan mengenai pengangkutan setempat.

Pemerintah kemudian menggugat asosiasi, dengan meminta agar pengadilan menetapkan, pembubaran asosiasi tersebut dan para tergugat dilarang, baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama.

Asosiasi menolak tuduhan tersebut dan menyatakan bahwa tujuan asosiasi adalah untuk menetapkan tarif yang masuk akal, aturan mengenai semua angkutan dan raempertahankan tarif tersebut sampai ia mengalami perubahan sebagaimana yang nantinya ditetapkan oleh Undang-Undang. Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan, bahwa perjanjian di antara para anggota asosiasi tersebut adalah *per se Illegal*, karena melanggar Pasal 1 *the Sherman Act*.

¹⁰² A.M. Tri Anggraini, *Op.Cit.*, hal. 8.

¹⁰³ *United States v. Trans -Missouri Freight Association*, 166 U.S.290,17S.Ct.540,41 L. Ed. 1007 (1897) sebagaimana dikutip oleh A.M. Tri Anggraini, *Ibid.*, hal. 80-82.

Dalam perkembangannya di Amerika, penyelesaian kasus penetapan harga tidak hanya menggunakan pendekatan *per se Illegal* tetapi juga menggunakan pendekatan *rule of reason*. Dalam hal ini adalah perkara *United States v. Joint Traffic*.¹⁰⁴ Pemerintah mengajukan ugatan di pengadilan New York Selatan, sehubungan dengan perjanjian antara 31 perusahaan kereta api yang membentuk Asosiasi. 31 perusahaan tersebut menetapkan Anggaran Dasar Asosiasi, dimana mereka setuju asosiasi dijalankan oleh beberapa Dewan yang berbeda, yang memiliki yurisdiksi atas semua lalu lintas kereta api dimana perusahaan-perusahaan seharusnya bersaing. Asosiasi akan mempublikasikan daftar tarif, harga karcis dan biaya serta aturan-aturan yang akan diterapkan. Dari waktu ke waktu para manajer asosiasi dapat membuat rekomendasi untuk perubahan harga karcis dan biaya serta aturan yang masuk akal dan adil untuk semua angkutan yang disebutkan dalam perjanjian guna melindungi kepentingan para pihak dalam perjanjian.

Ketidaksediaan untuk melaksanakan rekomendasi *oleh* pihak manapun dianggap sebagai pelanggaran terhadap perjanjian. Pemerintah menuduh bahwa perjanjian yang dibuat oleh para tergugat tersebut adalah “...*unlawfully intending to restrain commerce among the several states, and. to prevent competition...*”

Namun, tergugat *the Joint Traffic Association* dalam jawabannya menolak tuduhan bahwa kontrak itu tidak sah dan tidak merupakan konspirasi untuk menghambat perdagangan atau berusaha untuk memonopoli dan menghambat persaingan antara perusahaan-perusahaan kereta api. Tujuan dari perjanjian itu antara lain adalah dalam rangka harmonisasi dari rute yang berlainan, dan hal itu perlu, baik bagi masyarakat maupun perusahaan-perusahaan kereta api yang bersangkutan.

Terhadap perkara ini, Mahkamah Agung kembali kepada dalil hukum yang pernah disinggung pada *Trans-Missouri*. Hal ini karena kedua perkara tersebut memiliki persamaan yang besar. *Pertama*, membedakan antara pengaturan yang secara langsung dan segera akan mengurangi persaingan sebagai penetapan harga (*price fixing*) diantara para pesaing, dan pengaturan yang hanya

¹⁰⁴ *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505,19 S.Ct.25,43 L. Ed., 259 (1898) sebagaimana dikutip oleh A.M. Tri ngraini. *Ibid.* ,hal. 82-85.

berpengaruh secara tidak' langsung dan insidental. Kedua, dalam menanggapi perilaku membahayakan yang secara hipotetis dilakukan oleh tergugat, maka Mahkamah Agung menyatakan bahwa beberapa pengaturan yang berdampak terhadap persaingan, seperti perjanjian untuk tidak ikut serta dalam bisnis sejenis, sama sekali bukanlah merupakan hambatan perdagangan (*restraint of trade*). Oleh karena itu, Mahkamah Agung menegaskan bahwa suatu pengaturan yang dilakukan dengan maksud tertentu dan secara eksplisit mematikan persaingan di antara perusahaan yang beroperasi secara mandiri di pasar yang sama, akan dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum.

Dalam hal ini dapat dilihat, sebagaimana yang dikemukakan oleh Hakim. Peckham, dimana telah memberikan pandangan baru bahwa bila Undang-Undang telah menetapkan standar persaingan, maka standar tersebut akan diterapkan dimanapun, dan tidak dapat mengesampingkan model alternatif beroperasinya pasar yang lebih bermanfaat bagi masyarakat. Mengingat persaingan merupakan standar, maka penetapan harga (*price fixing*), yang secara langsung dan signifikan membatasi persaingan, akan dianggap tidak berlaku tanpa perlunya pembuktian lebih lanjut. Dalam hal ini dapat dilihat bahwa pendekatan yang digunakan adalah *per se illegal*. Disisi lain, mungkin terdapat suatu pengaturan yang bila melalui suatu analisis akan tampak tidak berdampak secara signifikan terhadap persaingan. Dalam pengertian ini, pengaturan tersebut dianggap sebagai sesuatu yang wajar (*reasonable*) dan tidak menghambat perdagangan, sehingga tidak bertentangan dengan Undang-Undang. Untuk melihat hal ini, maka pendekatan yang digunakan adalah *rule or reason*.

Sebagaimana telah disebutkan diatas bahwa di dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, untuk membedakan apakah ketentuan dalam undang-undang menggunakan pendekatan *per se Illegal* atau *rule of reason*, dilihat berdasarkan rumusannya.

Perjanjian penetapan harga dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Pasal 5 ayat (1) menyatakan bahwa :

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa

yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”

Dari rumusan tersebut, dapat dilihat secara tegas bahwa pendekatan yang digunakan terhadap perjanjian penetapan harga Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 adalah pendekatan *per se Illegal*.

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya bahwa yang dimaksud dengan, perjanjian penetapan harga adalah perjanjian di antara para penjual untuk menaikkan atau menetapkan harga, guna membatasi persaingan antar perusahaan dan meraih keuntungan yang lebih tinggi. Perjanjian penetapan harga dibentuk oleh sekelompok perusahaan (pelaku usaha) dalam usahanya untuk bertindak secara kolektif dalam suatu monopoli.

Penetapan harga dengan mudah dapat dilakukan di pasar tertentu dari pada praktek-praktek lain, tetapi mungkin penetapan harga tidak dapat berjalan sama sekali di pasar yang lain. Hal ini penting untuk diketahui, karena perjanjian tersebut biasanya merupakan perjanjian yang terselubung (*clandestine*) dan seringkali sangat sulit dideteksi.¹⁰⁵ Dibutuhkan naluri ekonomi yang baik guna menciptakan penegakan hukum di pasar terkait yang paling kondusif bagi terjadinya penetapan harga.

Di samping itu, penetapan harga merupakan bentuk kartel. Di banyak negara, kartel diakui sebagai perbuatan bisnis yang paling merugikan. Oleh karena itu/ kartel dinilai dengan menggunakan pendekatan *per se Illegal*, sebab apabila harus dilakukan penyelidikan secara rinci meraunginkan terjadinya penyimpangan terhadap keampuhan hukum itu sendiri.

Di sisi lain juga terdapat kelemahan terhadap pendekatan *per se Illegal* dalam hal penyelesaian kasus penetapan harga. Pendekatan *per se Illegal*, biasanya selalu beranggapan, akan menghukum setiap perjanjian atau tindakan yang bersifat menghambat perdagangan. Dalam hal ini perlu juga dilihat bahwa tidak semua perjanjian diantara para pesaing merugikan persaingan.¹⁰⁶ Terdapat banyak kegiatan bersama yang mendatangkan manfaat secara kompetitif. Di

¹⁰⁵ *Ibid.*, hal. 306.

¹⁰⁶ *Ibid.*, hal. 149.

samping itu juga, kegiatan-kegiatan tersebut dapat juga mendukung efisiensi, mengurangi resiko, menciptakan produk atau metode distribusi baru yang lebih baik atau memperbaiki arus informasi.

Dalam hal meneliti suatu perjanjian penetapan harga, maka dibutuhkan suatu batasan/ukuran yang digunakan untuk menganalisis perjanjian yang mendukung persaingan atau bahkan anti persaingan ataupun seimbang diantara keduanya, batasan/ukuran analisis perjanjian penetapan harga tersebut antara lain¹⁰⁷:

- a. Berkenaan dengan pengekangan atau pengendalian tersebut sifatnya akan membatasi dan menaikkan harga.
- b. Berkenaan dengan pengekangan atau pengendalian tersebut sebenarnya atau ternyata berhubungan dengan intergrasi dari sumber-sumber ekonomi yang pro persaingan.
- c. Berkenaan dengan pengekangan atau pengendalian tersebut inembatasi produksi dan menaikkan harga atau sebaliknya menciptakan atau memfasilitasi berjalannya kegiatan pasar.
- d. Berkenaan dengan pembatasan atau pengendalian tersebut perlu untuk mencapai tujuan-tujuan untuk menciptakan persaingan.
- e. Berkenaan dengan pembatasan atau pengendalian tersebut lebih menguntungkan persaingan daripada resiko anti persaingan.

Kewenangan untuk menentukan *per se Illegal* atau *rule of reason* dalam hal ini merupakan kewenangan penuh dari KPPU. Tujuan akhir dari kedua pendekatan tersebut adalah sama yaitu mengatasi tindakan pelaku usaha yang menghambat persaingan sehingga mengakibatkan hilangnya efisiensi yang akhirnya merugikan konsumen.

2.7 Economic Evidence Sebagai Alat Bukti dalam Kasus Penetapan Harga

Dalam melakukan pembuktian terhadap kasus penetapan harga, KPPU

¹⁰⁷ Erman Rajagukguk; *Peranan Hukum di Indonesia: Menjaga Persatuan Bangsa Memulihkan Ekonomi dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*; (Jakarta: Pidato Dies Natalis 50 Tahun Universitas Indonesia, 2000), hal. 9.

menggunakan dua jenis alat bukti, yaitu *direct evidence* dan *circumstantial evidence* atau disebut juga dengan *indirect evidence*. Kedua jenis alat bukti tersebut mempunyai peranan yang penting bagi KPPU dalam melakukan pembuktian kasus penetapan harga, dimana dalam hal ini KPPU berpedoman pada The OECD Global Forum on Competition, Policy Roundtables, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*, 2006. Seperti yang dikemukakan oleh KPPU dalam putusan terhadap Perkara Nomor 24/KPPU-I/2009 tentang kartel minyak goreng, mengenai *indirect evidence*.

Seperti di Indonesia, di sebagian besar negara, kartel (dan pelanggaran lain dari hukum persaingan) diberlakukan hukum administratif. Prinsip sanksi administratif yang diterapkan untuk melakukan ini adalah denda (biasanya hanya dijatuhkan terhadap organisasi tapi kadang-kadang bisa juga terhadap orang individu) dan perintah perbaikan. Dalam beberapa negara, kartel dianggap tindak kriminal. Dalam kebanyakan kasus, beban pembuktian yang dimiliki lembaga persaingan lebih tinggi dalam kasus pidana. Akibatnya adalah penting adanya *direct evidence* (bukti langsung) berupa perjanjian dalam kasus ini. Amerika Serikat telah lama menggunakan proses pidana oleh pemerintah dalam kasus-kasus kartel, dan hampir semua kasus yang didasari pada *direct evidence*. Namun, *circumstantial evidence* tetap dapat diterima dan berguna di negara tersebut dan di negara-negara lain.¹⁰⁸

2.7.1 Direct Evidence

Jenis *direct evidence* :¹⁰⁹

1. Dokumen mengenai perjanjian kartel dan identifikasi pihak-pihak yang terkait (termasuk *e-mail messages*)
2. Pernyataan tertulis maupun tidak tertulis dari pihak-pihak yang terkait yang menjelaskan mengenai kegiatan perjanjian kartel mereka dan keikutsertaan mereka didalamnya.

¹⁰⁸ OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, Policy Brief Edisi Juni 2008

¹⁰⁹ *Ibid.*

2.7.2 Circumstantial Evidence

Circumstantial evidence tidak kalah penting dari *direct evidence*. Menurut The OECD Global Forum on Competition, Policy Roundtables, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*, 2006:

Circumstantial evidence is of no less value than direct evidence for it is the general rule that the law makes no distinction between direct and circumstantial evidence but simply requires that before convicting a defendant the jury must be satisfied of the defendant's guilt beyond a reasonable doubt from all of the evidence in the case.

In order to prove the conspiracy, it is not necessary for the government to present proof of verbal or written agreements. Very often in cases like this, such evidence is not available. You may find that the required agreement or conspiracy existed from the course of dealing between or among the individuals through the words they exchanged or from their acts alone.

Banyak sekali kasus yang memang sulit atau tidak memiliki *direct evidence* karena memang perjanjian kartel seringkali tidak dibuat berdasarkan perjanjian tertulis diantara para pihak. Disinilah peranan *circumstantial evidence* dibutuhkan untuk membuktikan adanya perjanjian tersebut.

Circumstantial evidence terbagi menjadi dua kategori, yaitu *communication evidence* (bukti komunikasi) dan *economic evidence* (bukti ekonomi). Bukti dimana para pihak melakukan komunikasi, baik bertemu atau berkomunikasi dengan cara lain yang membahas mengenai perjanjian kartel disebut dengan *communication evidence* meskipun tidak terdapat substansi dari pertemuan dan/atau komunikasi tersebut, mencakup:¹¹⁰

1. rekaman telepon antara para pelaku usaha pesaing atau travel dengan tempat tujuan yang sama, ataupun partisipasi dalam meeting, contohnya dalam suatu *trade conference*.
2. Bukti lain yang berhubungan dengan komunikasi antara para pihak mengenai perjanjian tersebut, contohnya note pada meeting yang berisi

¹¹⁰ *Ibid.*

diskusi mengenai penetapan harga, demand, dan supply barang dan/atau jasa. Contoh lainnya dapat berupa dokumen internal mengenai strategi harga dan pemasaran pelaku usaha pesaing, seperti dokumen mengenai strategi untuk menaikkan harga milik pelaku usaha pesaing.

Kategori yang lebih luas dalam *circumstantial evidence* adalah *economic evidence* (bukti ekonomi). Bukti ekonomi tidak hanya mengidentifikasi tindakan perusahaan yang mengesankan bahwa sebuah kesepakatan dicapai, tetapi juga melakukan industri secara keseluruhan, elemen-elemen struktur pasar yang menyatakan bahwa terdapat sebuah perjanjian penetapan harga, dan praktek-praktek tertentu yang dapat digunakan dalam perjanjian kartel.

Conduct evidence adalah jenis yang paling penting dalam perihal *economic evidence*. Seperti disebutkan sebelumnya, berdasarkan observasi tertentu, suatu perbuatan yang mencurigakan sering memicu investigasi terhadap kartel. Analisis yang cermat terhadap perbuatan para pihak sangat penting untuk mengidentifikasi tindakan yang dapat dicirikan sebagai tindakan yang bertentangan dengan kepentingan pribadi para pihak, maka hal tersebut menimbulkan dugaan mengenai adanya suatu perjanjian. *Conduct evidence* meliputi:¹¹¹

1. *Parallel pricing* - perubahan harga yang identik antar para pesaing, atau hampir identik. Ini termasuk bentuk lain dari *parallel conduct*, seperti pengurangan kapasitas, adopsi persyaratan standar penjualan, dan pola penawaran mencurigakan, misalnya, rotasi diprediksi memenangkan penawar.
2. Kinerja industri juga dapat digambarkan sebagai *conduct evidence*. Hal ini termasuk:
 - tinggi laba yang tidak normal;
 - pangsa pasar yang stabil;
 - sejarah pelanggaran hukum persaingan

¹¹¹ *Ibid.*

3. Bukti yang berhubungan dengan struktur pasar juga dapat digunakan terutama untuk membuat penemuan perjanjian kartel lebih masuk akal, meskipun faktor struktur pasar tidak membuktikan adanya kesepakatan tersebut. Bukti ekonomi yang relevan yang berkaitan dengan struktur pasar meliputi:
 - a. konsentrasi tinggi;
 - b. konsentrasi rendah di sisi berlawanan dari pasar;
 - c. besarnya hambatan masuk;
 - d. tingkat integrasi vertikal yang tinggi;
 - e. produk standar atau homogen.

Jenis *economic conduct evidence* yang spesifik adalah *facilitating practices*, yaitu kegiatan untuk memfasilitasi praktek-praktek yang dapat mempermudah para pesaing untuk mencapai kesepakatan (perjanjian). Penting untuk dicatat bahwa memfasilitasi praktek tidak selalu melanggar hukum. *Facilitating practices* dapat dilakukan melalui *price signaling* dalam kegiatan promosi dalam waktu yang tidak bersamaan serta pertemuan-pertemuan atau komunikasi antar pesaing melalui asosiasi.¹¹²

2.7.3 Praktek Pembuktian Adanya Kartel Dengan Menggunakan *Indirect Evidence* di Negara Lain

Berikut ini akan dijabarkan mengenai penggunaan *economic evidence* di beberapa negara anggota OECD.

2.7.3.1 Brazil

Era modern kebijakan persaingan di Brasil dimulai pada 1994 dengan diberlakukannya undang-undang baru sebagai bagian dari "Real Plan", satu set kebijakan yang dikembangkan untuk mengatasi periode hiperinflasi. Hukum yang

¹¹² *Ibid.*

mengatur mengenai persaingan usaha di Brazil yaitu *Brazilian Competition Policy System* (BCPS) yang terdiri dari tiga lembaga: *Administrative Council for Economic Defence* (CADE), yang semula diciptakan pada tahun 1962, *the Economic Law Office* (SDE) di Departemen Kehakiman, dan *Secretariat for Economic Monitoring* (SEAE) di Departemen Keuangan. CADE memiliki kewenangan untuk memutuskan perkara kasus BCPS, sementara SDE memiliki peran investigasi utama, dan SEAE bertanggung jawab untuk menyediakan analisis ekonomi.¹¹³

Di Brazil, kartel dapat dituntut secara pidana maupun administratif, dan tidak ada pembatasan hukum mengenai penuntutan sebuah kasus hanya dengan *circumstantial evidence*. Berdasarkan hukum administratif, Law 8.884/94 tidak memberikan kewenangan untuk untuk memutuskan apakah akan menyelidiki suatu kasus atau tidak. Oleh karena itu, setiap kali diajukan laporan kartel, ada kewajiban hukum untuk menyelidiki kasus tersebut, terlepas dari nilai bukti yang disajikan. Namun demikian, pihak komisi persaingan usaha dapat menentukan prosedur apa yang akan digunakan untuk menyelidiki laporan tersebut.¹¹⁴

Secara umum, setiap kasus yang disampaikan kepada komisi persaingan usaha diajukan sebagai Prosedur Administrasi (*Procedimento Administrativo*) dan tergantung pada kekuatan bukti dan keadaan kasus, komisi persaingan usaha akan memiliki pilihan berikut:¹¹⁵

- a. memulai penyelidikan awal (*Averiguacao Preliminar*);
- b. memprakarsai Proses Administrasi (*Processo Administrativo*);
- c. memberhentikan kasus tanpa penyelidikan lebih lanjut, jika pengaduan tersebut tidak terkait dengan masalah persaingan usaha atau jika praktek tersebut jelas tidak menimbulkan kerugian apapun yang terkait dengan hukum anti persaingan.

Selain dari keputusan untuk membatalkan kasus ini sementara masih merupakan Prosedur Administrasi, semua keputusan lain dari SDE diajukan untuk

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

mendapat persetujuan dari CADE. Jika CADE tidak setuju dengan keputusan Sekretariat Hukum Ekonomi untuk menutup sebuah kasus, maka CADE dapat mengirim kasus itu kembali ke SDE dan meminta dilakukan penyelidikan lebih lanjut.¹¹⁶

Secara khusus mengenai kartel, setiap pengaduan atau laporan selalu akan diselidiki, bahkan jika diajukan hanya dengan *circumstantial evidence*, terlepas dari kekuatannya. Tergantung pada temuan-temuan yang diperoleh dari penelitian ini, SDE akan memutuskan prosedur yang akan diambil. Penting untuk diketahui bahwa sistem tersebut tidak memiliki batasan formal tentang penuntutan dan / atau penghukuman kasus kartel yang hanya didasarkan pada *circumstantial evidence*.¹¹⁷

Dalam hukum pidana (Law 8.137/90), dilakukan dengan sistem yang sama namun dengan beberapa perbedaan prosedural. Dalam hukum ini, kasus tersebut diajukan ke *Public Attorney Office* (Kantor Kejaksaan), yang akan mengevaluasi bukti yang diberikan. Jika bukti dianggap tidak cukup, *Public Attorney* bisa menutup kasus, dengan ketentuan bahwa terdapat pembenaran formal untuk pemberhentian tersebut. *Public Attorney* juga dapat mengirim kasus tersebut ke Departemen Polisi untuk melakukan penyelidikan lebih lanjut, dimana laporan teknis akan disiapkan pada akhir prosedur, dan selanjutnya mereka dapat merekomendasikan apakah kasus tersebut harus ditutup atau tidak. Kemudian, *Public Attorney Office*, dapat menerima atau menolak isi laporan teknis tersebut, tapi harus memberi alasan yang jelas.¹¹⁸

Jadi, dapat disimpulkan bahwa ada beberapa kemungkinan cara untuk menangani kasus-kasus yang didasarkan pada *circumstantial evidence* dan *economic evidence*, tetapi dalam setiap kasus wajib untuk dilakukan beberapa penyelidikan awal untuk menentukan apakah kasus akan ditutup atau akan ditindaklanjuti.¹¹⁹

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

a. Kasus Steel Cartel (Brazil)

Di Brazil, terdapat kasus kartel baja terkemuka di mana CADE memutuskan para pihak bersalah berdasarkan *indirect evidence of collusion*.¹²⁰

Kasus ini melibatkan perjanjian untuk meningkatkan harga produk baja *flat rolled*. Hanya ada tiga produsen di pasar dalam negeri, dua di antaranya dihubungkan oleh sebuah kepemilikan silang 50% (*cross-ownership*).¹²¹

Pada bulan Juli tahun 1996 wakil-wakil dari Lembaga Steel Brasil bertemu dengan pejabat Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) dan memberitahu mereka bahwa anggotanya bermaksud untuk meningkatkan harga produk dengan jumlah tertentu tertentu dan pada hari tertentu. Latar belakang ke pertemuan ini adalah bahwa sampai dengan tahun 1992 produk ini tunduk pada kontrol harga, yang diberikan sebagian oleh SEAE. Sehari setelah pertemuan SEAE menginformasikan Steel Institut melalui fax bahwa perjanjian tersebut adalah pelanggaran terhadap hukum persaingan dan merupakan tindakan ilegal. Namun demikian, tiga produsen melakukan penetapan harga (kenaikan harga) terhadap produk-produk ini pada awal Agustus tahun itu. Peningkatan harga tersebut kurang lebih sama seperti yang diberikan kepada SEAE oleh Steel Institute.¹²²

Dalam kasus tersebut, *Brazil's Council for Economic Defence* (CADE) menemukan adanya kartel tanpa adanya bukti langsung bahwa perusahaan melakukan koordinasi untuk menaikkan harga. Pada kasus ini CADE menyatakan bahwa tindakan kartel dapat dibuktikan hanya berdasarkan bukti ekonomi, ketika tidak ditemukan adanya penjelasan rasional. Kenyataannya, CADE memutuskan para pihak dinyatakan bersalah berdasarkan *price parallelism* dan faktor-faktor lainnya seperti penggunaan bukti pertemuan diantara perusahaan tersebut untuk

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *From Brazil OECD 2000 Report, elaborated by John Clark.*

membicarakan permasalahan diantara mereka sebelum permasalahan tersebut disampaikan kepada Pemerintah.¹²³

b. Kasus Sao Paulo Airlines (Brazil)

Pada kasus ini, investigasi yang dilakukan menyimpulkan adanya *price parallelism* dan juga adanya pertukaran informasi diantara perusahaan pesaing melalui sistem komputerisasi pencatatan harga yang dilakukan oleh perusahaan yang mempublikasikan tarif pesawat (ATPCO). Berdasarkan investigasi yang dilakukan oleh CADE terdapat 3 (tiga) faktor yang mengindikasikan bahwa perusahaan tersebut melakukan penetapan harga yaitu *price parallelism*, pertemuan para pemimpin perusahaan, dan adanya media untuk melakukan koordinasi harga.¹²⁴

2.7.3.2 Amerika Serikat

Negara Amerika Serikat telah lama mengatur secara jelas tentang pentingnya program penegakan anti-kartel yang efektif. Pendeteksian dan penuntutan kartel *hard core* selalu menjadi prioritas utama penegakan hukum.¹²⁵

Terdapat konsensus yang luas bahwa *hard core* kartel baik dalam bentuk penetapan harga, pembatasan output, *bid rigging*, atau *division market* merupakan tindakan yang paling parah dari pelanggaran hukum *antitrust*, menurut *Supreme Court* (Mahkamah Agung) mereka, tindakan-tindakan persekongkolan ini merupakan adalah “*supreme evil of antitrust*”.¹²⁶

Istilah *hard core* cartel ini tidak didefinisikan dalam baik dalam hukum Amerika Serikat, peraturan, maupun pedoman, namun konsep ini dipahami dengan baik. Seperti yang tercantum dalam bagian pelanggaran antitrust (*United States Sentencing Commission Guidelines*) Pedoman Hukuman Komisi Amerika

¹²³ OECD, *Op.Cit.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

Serikat,¹²⁷ terdapat perjanjian-perjanjian yang dilarang dilakukan oleh para pesaing dalam usaha, seperti penetapan harga horizontal (termasuk *bid-rigging*) dan alokasi pasar horizontal, dapat menyebabkan kerusakan ekonomi yang serius. Perjanjian antara pesaing yang tercakup dalam bagian ini hampir selalu berupa persekongkolan terselubung yang dimaksudkan untuk membatasi output dan menaikkan harga.¹²⁸

Di Amerika Serikat, tindakan kartel diperlakukan sebagai *per se ilegal*. Sebuah aturan *per se* untuk mengevaluasi tindakan *hard-core* kartel hanya berfokus pada perbuatan itu sendiri. Pendekatan ini tidak memerlukan bukti “membahayakan persaingan” dan tidak mengizinkan pihak untuk mengklaim pembenaran efisiensi. Selain itu, berdasarkan analisis *per se*, perusahaan tidak berhak untuk mencoba untuk menunjukkan kewajaran atau perlunya melakukan suatu tindakan. Sebagai contoh, penetapan harga tidak bisa dianggap benar dengan menyatakan bahwa tindakan itu perlu untuk menghindari persaingan yang kejam, atau bahwa itu hanya mengakibatkan harga yang wajar. Pendekatan *per se* memberikan kepastian berkenaan dengan legalitas tindakan tertentu.¹²⁹

Kartel di Amerika Serikat dianggap sebagai tindak pidana berdasarkan Sherman Act. Bagian Pertama dari Sherman Act mengatur bahwa:¹³⁰

“[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

Pelanggaran Pidana dari Sherman Act dapat dihukum dengan denda sampai \$100 juta untuk terdakwa korporasi dan \$1 juta untuk individu. Denda juga dapat ditetapkan pada dua kali jumlah kotor keuntungan yang diperoleh oleh terdakwa atau kerugian korban. Pidana pelanggaran oleh individu dari Sherman Act juga dapat dikenai hukuman sampai 10 (sepuluh) tahun penjara. Jika gugatan perdata

¹²⁷ United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual*, §2R1.1 Commentary (Nov. 2005).

¹²⁸ OECD, *Loc.cit.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

pribadi mengikuti tindakan pemerintah berdasarkan Sherman Act di mana terdakwa telah ditemukan bertanggung jawab, penggugat dapat menggunakan penilaian sebelumnya sebagai bukti *prima facie* pelanggaran. Pihak swasta dapat memperoleh bantuan *injunctive* dan umumnya berhak untuk mendapat *treble damages*¹³¹, serta penggantian biaya pengacara yang wajar, terhadap pelanggaran undang-undang antitrust. Pemerintah AS juga dapat menuntut *treble damages* untuk memulihkan segala kerusakan pada bisnis atau harta benda akibat dari pelanggaran antitrust.¹³²

To prove concerted action, "there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective." Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 US 752, 768 (1984). Furthermore, "it is generally believed ... that an agreement involving actual, verbalised communication, must be proved in order for a price-fixing conspiracy to be actionable under the Sherman Act." In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651, 654 (7th Cir. 2002)(Posner, J.).

The Department of Justice (DOJ) mau melakukan penuntutan hanya bila ada *direct evidence* dari suatu perjanjian yang melanggar hukum. Dalam kasus di mana terdakwa tidak mengaku bersalah, *direct evidence* yang paling sering ditemukan adalah berupa kesaksian dari peserta kartel, yang mungkin menjadi pemohon keringanan hukuman, saksi, atau bekas peserta kartel yang mengundurkan diri dari perjanjian, selain itu juga bisa berupa video atau kaset audio atau dokumen yang merupakan *direct evidence* dari perjanjian terlarang tersebut.¹³³

¹³¹ *Treble Damage* merupakan sebuah istilah yang menunjukkan bahwa dalam undang-undang membolehkan pengadilan untuk mengali tiga kali lipat jumlah / kerusakan yang sebenarnya akan menjadi kompensasi yang akan diberikan kepada penggugat yang berlaku, umumnya dalam rangka untuk menghukum pihak yang kalah untuk melakukan disengaja. *Treble damage* adalah kelipatan, dan bukan tambahan, kerusakan yang sebenarnya. Dengan demikian, di mana seseorang menerima ganti rugi sebesar \$ 100 untuk cedera, pengadilan menerapkan *treble damage* akan meningkatkan sampai \$ 300.

¹³² OECD, loc.cit.

¹³³ *Ibid.*

Dipicu oleh prospek *treble damages*, tuduhan melakukan *hard core* kartel sering terjadi antara pihak swasta di pengadilan Amerika Serikat, dan sering didasarkan pada *circumstantial evidence*.¹³⁴

Karena penetapan harga adalah *per se* pelanggaran terhadap Sherman Act, sebuah pengakuan oleh terdakwa bahwa mereka setuju untuk melakukan penetapan harga adalah bukti penggugat butuhkan. Dengan tidak adanya pengakuan tersebut, penggugat harus menunjukkan bukti mengenai adanya kesepakatan. Bukti yang biasanya digunakan oleh penggugat terdiri dari dua jenis, yaitu *economic evidence* menunjukkan bahwa para terdakwa tidak melakukan persaingan secara sehat, dan bukti-bukti non ekonomi yang menunjukkan bahwa mereka tidak bersaing karena mereka telah sepakat untuk tidak bersaing.¹³⁵

Economic evidence pada umumnya dibagi menjadi dua jenis, yaitu bukti bahwa struktur pasar yang memperlihatkan adanya penetapan harga rahasia dan bukti bahwa pasar berperilaku non kompetitif. Kedua bentuk *economic evidence* ini bukan merupakan bukti krusial, karena perjanjian penetapan harga adalah ilegal bahkan jika pihak-pihak tersebut terlihat benar-benar tidak mungkin dapat mempengaruhi harga pasar. *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 654-55.¹³⁶

Banyak kasus pribadi yang mencari-cari kerusakan berdasarkan tuduhan perjanjian kartel yang melanggar hukum. Dengan tidak adanya *direct evidence* dari perjanjian, pengadilan juga mempertimbangkan berbagai *economic evidence* yang mungkin mendukung menemukan bahwa pasar memungkinkan adanya penetapan harga.¹³⁷

Hakim Richard Posner, seorang sarjana *antitrust* terkemuka, mengemukakan daftar indikator-indikator yang semuanya dapat menjadi subjek dari kesimpulan ambigu dan sangat bergantung pada fakta:¹³⁸

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Posner, Richard A., *Antitrust Law* (2d. ed.), University of Chicago Press (2001), pp. 69-79.

- a. pasar terkonsentrasi pada sisi penjualan;
- b. tidak ada penjual kecil pinggiran;
- c. permintaan dengan harga kompetitif adalah inelastis;
- d. untuk masuk dalam pasar memakan waktu lama;
- e. sisi pembelian dari pasar tidak terkonsentrasi;
- f. produk distandarisasikan (bukan disesuaikan);
- g. perusahaan utama menjual pada level yang sama dalam rantai distribusi;
- h. persaingan harga lebih penting daripada bentuk-bentuk persaingan lainnya;
- i. ada suatu rasio tinggi yang tetap dengan biaya variabel;
- j. ada struktur biaya dan proses produksi yang serupa;
- k. permintaan statis atau menurun dari waktu ke waktu;
- l. harga dapat berubah dengan cepat;
- m. pasar beroperasi dengan penawaran yang tertutup;
- n. pasar lokal;
- o. perusahaan pesaing saling bekerjasama;
- p. industri memiliki sejarah perilaku kartel.

Dia membuat daftar jenis bukti lainnya ekonomi yang dapat menunjukkan adanya perjanjian penetapan harga meskipun tindakan yang jelas tidak ada persekongkolan yang terdeteksi, yaitu:¹³⁹

- a. pangsa pasar relatif tetap
- b. diskriminasi harga pasar yang luas
- c. pertukaran informasi harga
- d. variasi harga regional
- e. penawaran yang identik
- f. perubahan harga, output, dan kapasitas pada pembentukan kartel
- g. *industry wide resale price maintenance*
- h. penurunan pangsa pasar yang ditetapkan para pemimpin
- i. amplitudo dan fluktuasi perubahan harga
- j. elastisitas permintaan pada harga pasar

¹³⁹ Posner, Id. at 79-93.

- k. tingkat dan pola laba
- l. harga pasar berkorelasi terbalik dengan jumlah perusahaan atau elastisitas permintaan
- m. *basing-point pricing*
- n. adanya praktek eksklusiver

2.7.3.3 Chili

Chili memiliki tradisi penting pada persaingan usaha. Prinsip-prinsip tentang kompetisi dan akses pasar diterbitkan pertama pada tahun 1959, bahkan namun sebenarnya hukum persaingan diciptakan oleh by the Decree Law number 211 of 1973 dan pembaruan-pembaruan berikutnya yang disetujui dalam dekade terakhir.¹⁴⁰

Hukum persaingan yang berlaku tidak memberikan definisi khusus atau cara penanganan untuk *hard core cartel*. Situasi ini dijelaskan oleh fakta bahwa hukum Chili hanya memiliki definisi umum untuk perbuatan-perbuatan anti persaingan.¹⁴¹

Berdasarkan hukum yang berlaku, *hard core cartel* dikategorikan dalam bentuk umum "perjanjian kolektif antara pelaku usaha" dalam cara yang eksplisit atau implisit. Dalam kasus pertama, *hard core cartel* memiliki perjanjian eksplisit (tapi biasanya tidak tertulis) dalam rangka untuk mempengaruhi atau menyebabkan distorsi di pasar. Namun pada kasus kedua, tidak ada perjanjian, hanya perilaku umum antara pesaing yang menghasilkan efek yang sama. Kedua jenis perbuatan tersebut adalah ilegal menurut hukum persaingan Chili. Kartel dibawah "perjanjian implisit" menciptakan *parallel conduct* secara sadar.¹⁴²

Dilihat dari segi sanksinya, kartel seperti semua tindakan anti persaingan lainnya, tidak dituntut secara pidana di Chili, pada umumnya mereka dikenakan denda hingga US \$ 12,5 juta. Selain itu, hukum memberikan kepada *Competition*

¹⁴⁰ OECD, *Loc.Cit*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

Court (Mahkamah Kompetisi) wewenang untuk memaksakan mengubah atau menghentikan tindakan, kontrak, perjanjian, sistem atau pengaturan yang bertentangan dengan ketentuan hukum, termasuk perubahan atau pembubaran kemitraan, perusahaan-perusahaan swasta lainnya yang terlibat.¹⁴³

Pembuktian dan alat bukti adalah hal yang sangat penting dalam penyelidikan dan penuntutan *hard core cartel*. Dalam kasus Chili, hukum persaingan memberikan fleksibilitas. Salah satunya (dan yang paling relevan) adalah evaluasi bukti sesuai dengan prinsip *sana critica*¹⁴⁴. Bentuk evaluasi ini memberikan hakim kesempatan untuk memberikan nilai untuk setiap bukti berdasarkan proses, logika, dan pengalamannya.¹⁴⁵

Hal penting lainnya adalah anggapan atau *circumstantial evidence* yang ada dalam proses adalah cara yang efektif untuk membuktikan suatu perbuatan. Artikel 22 dikatakan: “*The means of evidence indicated in the article 341 of the Code of Civil Procedure shall be admissible as proof, as well as any findings or grounds that, in the opinion of the Court, are fit to establishing the relevant facts*”

Economic Evidence sangat relevan dalam kasus-kasus karena kartel dan *collusive conduct* pada umumnya di bawah hukum Chili tidak termasuk dalam tindak pidana. Dengan demikian, kekuatan Jaksa untuk menyelidiki dibatasi oleh hukum dan tidak bisa mempertimbangkan langkah-langkah seperti telepon intersepsi atau bukti-bukti komunikasi lainnya.¹⁴⁶

Terkait dengan hal tersebut diatas maka dapat dikatakan bahwa cara pengadilan untuk menangani kasus kartel membutuhkan analisis mendalam tentang fakta-fakta dan bukti untuk menyimpulkan dalam bukti ekonomi yang memungkinkan adanya *collusive agreement*. Namun, dari perspektif hukum, tidak ada perbedaan antara kartel yang dibuktikan dengan *direct evidence* atau tidak. Dalam kedua kasus, itu adalah wewenang Pengadilan untuk menentukan sanksi

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Sana Critica* adalah istilah yang digunakan di Chili untuk menjelaskan prinsip untuk menjalankan suatu prosedur dan evaluasi dengan logis dan masuk akal.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

dan denda, mempertimbangkan, berdasarkan "*the seriousness of conduct*" (pasal 27).

Berdasarkan sudut pandang sistem hukum persaingan usaha Chili, adanya beberapa aturan yang memberikan fleksibilitas terhadap alat bukti dalam penyelidikan kartel dan bentuk tindakan anti persaingan lainnya, memungkinkan untuk penuntutan yang efektif. Namun, kurangnya aturan untuk melakukan penyelidikan yang lebih efektif terhadap tindakan anti persaingan tersebut, terkadang dapat menyebabkan kesulitan untuk membawa kasus tersebut ke Pengadilan.¹⁴⁷

The fresh milk case

Pada tahun 1995, *the Fiscalía Nacional Económica* memulai sebuah investigasi terhadap pasar susu segar. Penyelidikan tersebut berpura-pura membuktikan adanya beberapa bentuk perbuatan anti persaingan salah satu dari enam industri yang lebih penting produk susu yang berbasis di pusat dan selatan Chili.¹⁴⁸

Setelah penyelidikan yang panjang, otoritas Persaingan yang dibutuhkan oleh *Resolutive Commission* (yang sebelumnya merupakan *Court of Competition* pada saat ini) untuk melakukan berikut: distribusi pasar, menolak untuk membeli, diskriminasi harga, penurunan harga sewenang-wenang dalam prasangka penyedia dan ketiadaan proses teratur, jelas dan publik untuk kontrol kualitas susu segar.¹⁴⁹

Keputusan Pengadilan yang dikeluarkan pada tahun 2004, memutuskan hal ini dan ditentukan tiga aspek yang relevan untuk pasar ini: (1) bahkan ketika tidak ada hambatan untuk masuk atau keluar dari pasar, sangat diperlukan untuk menghindari perjanjian eksplisit atau implisit antara perusahaan dalam rangka mengkoordinasikan mereka politik harga, khususnya karena mereka

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

menyesuaikan suatu oligopsoni efektif; (2) sesuai dengan bukti, pasar menunjukkan beberapa ketidaksempurnaan dan tidak adanya transparansi yang perlu mengoreksi untuk mencegah pelaksanaan kekuatan pasar, dan (3) transparansi dan 'prinsip tidak adanya diskriminasi' yang bersatu untuk kompetisi, dan harus dipertimbangkan dalam proses penentuan harga.¹⁵⁰

Tindakan yang lebih penting dalam keputusan ini adalah: (1) industri pengolah susu harus memiliki daftar harga untuk membeli dengan informasi yang cukup untuk penjual, (2) perubahan dalam kondisi untuk membeli, oleh industri, harus diberitahu minimal satu bulan terlebih dahulu kepada penyedia susu segar; (3) penolakan untuk membeli harus didirikan; (4) industri susu harus memiliki daftar penolakan-tawaran, (5) dalam waktu enam bulan setelah keputusan, industri proses susu harus melaksanakan sistem umum untuk menentukan kualitas susu. Sistem juga ini harus disetujui oleh lembaga persaingan.¹⁵¹

Hal ini menunjukkan dengan jelas bahwa perjanjian di antara para pesaing dimana tidak terdapat *direct evidence*. Pengadilan, berikut dengan pembuktian dan alat bukti yang disusun oleh Lembaga Persaingan, menekankan perlunya untuk memasukkan tindakan tersebut dalam rangka meningkatkan informasi tentang pasar, memberikan perlindungan kepada pemberi dan mengurangi asimetri informasi.¹⁵²

Saat ini, Lembaga Persaingan bertugas untuk mengawasi perilaku industri di pasar ini untuk mencegah mereka melakukan jenis-jenis perbuatan anti persaingan (terutama karena struktur pasar susu segar) baik untuk *parallel conduct* atau *parallel agreement*.

2.7.3.4 Korea

Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA) saat ini menetapkan bahwa, terlepas dari adanya *direct evidence* dari suatu perjanjian, kartel dapat dikenakan biaya tambahan hingga 10% dari penjualan tersebut dan bahwa pihak

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

yang bersangkutan dapat dituntut dan dikenakan baik jangka tiga penjara yearis atau denda tidak melebihi 200 juta won.¹⁵³ Sanksi tersebut lebih kuat daripada terhadap penyalahgunaan dominasi pasar atau kegiatan perdagangan yang tidak adil yang memberlakukan biaya tambahan sebesar 3% dan 2% dari penjualan tersebut masing-masing.¹⁵⁴

Namun, kartel sering terbentuk secara rahasia tanpa adanya *direct evidence* dari perjanjian, dan dalam kenyataannya tidak mudah untuk mengidentifikasi mereka. Oleh karena itu, apa yang paling penting dalam mengatur kartel yang *direct evidence* dari kesepakatan tidak ditemukan atau tidak ada, adalah dengan menentukan apakah jumlah dan kualitas bukti cukup untuk membuktikan kesepakatan. Pada ini, *Korean Fair Trade Commission* (KFTC) telah membuktikan perjanjian dengan menggunakan komunikasi antara operator kartel diduga, kondisi pasar, struktur pasar, dan lain-lain.¹⁵⁵

Kartel terus dilakukan oleh para pelaku usaha yang ingin menghindari persaingan meskipun terdapat sanksi yang kuat terhadap kartel. Untuk lebih menanggapi ini dan membuktikan adanya perjanjian kartel, persaingan penegak hukum harus benar-benar menganalisis bukti komunikasi dan bukti ekonomi untuk menemukan *circumstantial evidence* dari suatu perjanjian.¹⁵⁶

2.7.3.5 Swiss

Mengenai kasus kartel di Swiss, otoritas persaingan pertama-tama harus dapat membuktikan adanya perjanjian antara perusahaan. Bukti adanya perjanjian kartel dapat berasal dari serangkaian potongan bukti yang membuatnya mungkin. Bagaimanapun, akan sulit untuk merangkai bukti-bukti tersebut untuk menjadi

¹⁵³

http://www.korealaw.com/sub/information/boardView.asp?brdIdx=42&mode=view&brdId=corp_orate, diunduh pada tanggal 13 Desember 2010

¹⁵⁴ <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/25/sections/90/chapters/947/korea-overview/>, diundug pada tanggal 13 Desember 2010

¹⁵⁵ OECD, *Loc.cit*

¹⁵⁶ *Ibid.*

suatu kesimpulan bahwa terdapat perjanjian kartel antara para pelaku usaha tersebut.¹⁵⁷

Kedua, bukti harus dianalisa berdasarkan akibat dari perjanjian tersebut. Hal ini biasanya berasal dari analisis ekonomi kasus tersebut, yang dilakukan dengan cara kuesioner atau survei.¹⁵⁸

2.7.3.6 Cina

Setelah 14 tahun menerapkan aturan pada kartel, *Chinese Taipei's Fair Trade Commission* (FTC) telah menemukan lebih dari 114 pelanggaran Pasal 14 dari Fair Trade Act. FTC tidak terlalu kuat dalam menerapkan ketentuan terhadap “tindakan bersama para pelaku usaha” sebelum amandemen *Fair Trade Act* pada tahun 1999, karena fakta bahwa ada hukuman pidana langsung terhadap pelanggaran tersebut. Sejak tahun 1999 perubahan, FTC telah mampu menerapkan Pasal 14 dan telah dikenakan denda administratif secara lebih aktif. Hal ini dapat diharapkan bahwa FTC akan terus mengikuti posisi yang ketat pada saat melakukan penegakan hukum terhadap tindakan yang dilakukan dengan persetujuan bersama para pelaku usaha.

Mengingat kesulitan dalam memperoleh bukti substantif yang dilarang tersebut, hal itu telah menjadi semakin lebih umum di kalangan otoritas hukum persaingan untuk mengadopsi *leniency programme*. Dengan ini, pihak-pihak yang melakukan persekongkolaj yang secara sukarela mengungkapkan kepada otoritas persaingan hukum atau organisasi peradilan kesepakatan kolusif tersebut dan membantu dalam penyelidikan dapat menerima kekebalan atau pengurangan kewajiban mereka baik secara administratif maupun pidana. Sedangkan isi dari *leniency programme* bervariasi di seluruh negara, secara umum, pihak-pihak yang melakukan persekongkolan secara sukarela harus mengungkapkan atau membantu sebelum otoritas mempelajari perjanjian atau memperoleh bukti alternatif yang memadai, mereka diwajibkan untuk memberikan bukti nyata dalam proses penyelidikan yang memungkinkan pihak berwenang untuk menyelesaikan

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

penyelidikan mereka. Program tersebut dapat menghemat biaya investigasi, mencegah penyebaran cedera, menghalangi kartel *hard-core* dan berkontribusi untuk mencegah dan mengecilkan hati perusahaan dari begitu miring. Mengingat potensi keuntungan yang berasal dari *leniency programme*, FTC telah meneliti desain dan metode pelaksanaan program seperti di negara lain. Temuan akan menjadi referensi penting bagi adopsi dan pengenalan program seperti itu untuk Cina Taipei. Sebagaimana disebutkan di atas, sering kali sangat sulit bagi FTC untuk mengumpulkan informasi untuk membuktikan adanya aktivitas anti-kompetitif. FTC telah menandatangani perjanjian dengan otoritas persaingan di Selandia Baru, Australia dan Perancis di mana terdapat ketentuan untuk kerja sama antara lembaga-lembaga penegakan hukum di yurisdiksi masing-masing. Namun, belum ada kesepakatan dimasukkan oleh FTC dengan badan-badan penegak hukum dari yurisdiksi asing di mana FTC telah mampu memperoleh informasi rahasia yang berguna untuk memperbaiki kegiatan ilegal. FTC sedang menjajaki kemungkinan masuk ke dalam perjanjian kerjasama dengan rekan-rekan lain di negara-negara lain untuk memastikan bahwa kegiatan penegakan hukum dapat dilakukan secara lebih efektif dan untuk meningkatkan penegakan hukum persaingan untuk memerangi praktek-praktek anti persaingan lintas-perbatasan dan kartel internasional.¹⁵⁹

¹⁵⁹ *Ibid.*

BAB 3

PENERAPAN *ECONOMIC EVIDENCE* DALAM PEMBUKTIAN KASUS PENETAPAN HARGA (ANALISA YURIDIS PUTUSAN KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA TERHADAP PERKARA NOMOR: 25/KPPU-I/2009 TENTANG PENETAPAN HARGA *FUEL SURCHARGE* DALAM INDUSTRI JASA PENERBANGAN DOMESTIK INDONESIA)

3.1 Penerapan *Economic Evidence* dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

Kartel merupakan isu yang sangat penting dan fenomenal dalam penerapan hukum persaingan usaha di banyak negara. Kartel termasuk pelanggaran berat dari hukum persaingan usaha. Hal tersebut dikarenakan oleh dampaknya terhadap penurunan social welfare dianggap cukup nyata. Oleh karena itu, dapat dipahami jika KPPU *concern* untuk melakukan investigasi.

Kebanyakan otoritas persaingan usaha di berbagai negara sangat hati-hati dalam pembuktian kartel. Sebagai contoh, berbagai keadaan yang sering dianggap sebagai indikator adanya kartel sebenarnya perbedaannya sangat tipis dengan situasi dimana persaingan secara sehat berlangsung. Misalnya, tentang indikasi harga yang paralel (*price parallelism*) sering dianggap sebagai tindakan yang dilakukan secara bersama-sama secara kolusif untuk menentukan harga (*price fixing*) oleh para anggota kartel. Dalam praktiknya, terlalu banyak faktor yang menyebabkan terjadinya *parallelism* harga, yang terjadi justru karena pasarnya bersaing secara kompetitif.

Dengan kata lain, *parallel price* atau *uniform price* atau persamaan harga tidak serta-merta membuktikan adanya kesepakatan kartel diantara pelaku usaha pesaing. Indikasi-indikasi ekonomi seperti itulah yang sering disebut sebagai *cicumstantial evidence* atau *indirect evidence* atau bukti tidak langsung.

Perdebatan yang selalu muncul adalah apakah bukti tidak langsung dapat dijadikan alat untuk membuktikan pelanggaran kartel. Ada yang menyetujui hal tersebut, tetapi praktik di kebanyakan negara tidak menyetujui bukti tak langsung dijadikan satu-satunya alat pelanggaran kartel.

Kartel adalah perjanjian atau kesepakatan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pesaingnya dalam pasar oligopoli yang tujuan utamanya adalah untuk mencari profit/laba secara berlebihan. Perjanjian atau kesepakatan kartel antara lain penetapan harga, pembatasan produksi, alokasi pangsa pasar, alokasi konsumen, pembagian wilayah, pengaturan keuntungan dan bahkan sampai pengaturan tender. Unsur kunci dalam investigasi kartel adalah pembuktian adanya kesepakatan tersebut.

Dalam teori hukum persaingan usaha, alat-alat bukti dalam proses investigasi kartel dapat diklasifikasikan menjadi dua jenis. Pertama, bukti langsung (*direct evidence*) yakni bukti yang dapat menjelaskan adanya perjanjian atau kesepakatan tertulis atau tidak tertulis yang secara jelas menerangkan materi kesepakatan, contohnya adalah adanya perjanjian tertulis.

Misalnya untuk menyepakati harga, mengatur produksi, mengatur pasar, membagi wilayah pemasaran, menyepakati tingkat keuntungan masing-masing. Rekaman komunikasi antara pelaku kartel yang menyepakati mengenai adanya suatu kolusi kartel.

Kedua, bukti tidak langsung (*indirect evidence*) yaitu bukti yang tidak dapat menjelaskan secara terang dan spesifik mengenai materi kesepakatan antara pelaku usaha yang terdiri dari bukti ekonomi dan bukti komunikasi. Bukti komunikasi yang membuktikan adanya komunikasi dan/atau pertemuan antar pelaku kartel, namun tidak menjelaskan mengenai substansi yang dibicarakan, contohnya adalah rekaman komunikasi antar pesaing dan bukti perjalanan menuju suatu tempat yang sama antar pesaing. Selain itu, notulen rapat yang menunjukkan pembicaraan mengenai harga, permintaan atau kapasitas terpasang.

Untuk *economic evidence*, contohnya antara lain perilaku pelaku usaha didalam pasar atau industri secara keseluruhan, dan bukti perilaku yang

memfasilitasi kartel seperti pertukaran informasi dan adanya signal harga. Namun, ketentuan perundang-undangan (Pasal 42 UU No. 5/1999 juncto Pasal 64 ayat (1) Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 1 tahun 2006) secara tegas mempersyaratkan dalam menilai terjadi atau tidaknya pelanggaran alat bukti yang digunakan adalah keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan/atau dokumen, petunjuk, serta keterangan terlapor. Majelis Komisi menentukan sah atau tidak sahnya suatu alat bukti dan menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti yang sah (Pasal 64 ayat (2) Peraturan Komisi Persaingan Usaha Tahun 2006)

Namun selanjutnya peraturan perundang-undangan tersebut diperbaharui oleh Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tahun 2010. Dalam Peraturan Komisi yang baru tersebut, peraturan mengenai minimal 2 (dua) alat bukti yang sah sudah tidak ada lagi. Hal tersebut memberikan keleluasaan yang besar dalam kewenangan KPPU untuk melakukan suatu pembuktian. Selain itu, Majelis Komisi menentukan sah atau tidak sahnya suatu alat bukti (Pasal 72 ayat (2) Peraturan Komisi Persaingan Usaha Tahun 2010). Jadi Majelis Komisi KPPU disini memang memiliki wewenang luar biasa dalam melakukan pembuktian.

Dengan demikian, apabila *indirect evidence* hendak digunakan, kedudukannya adalah sebagai bukti petunjuk, namun didalam Perkom KPPU tersebut tidak dijelaskan secara lanjut apa saja yang termasuk dalam bukti petunjuk tersebut. Hanya dalam Pasal 72 ayat (3) Peraturan Komisi Persaingan Usaha dikatakan bahwa petunjuk merupakan pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya. Di samping itu, dalam menggunakan *indirect evidence* harus terdapat kesesuaian fakta secara utuh yang diperoleh melalui metodologi keilmuan.

Dalam praktiknya, yang kerap digunakan KPPU sebagai *indirect evidence* adalah hasil analisis terhadap hasil pengolahan data yang mencerminkan terjadinya supernormal profit yang terjadi bukan karena peningkatan efisiensi dan produktivitas perusahaan.

3.2 Analisa atas Kasus Penetapan Harga *Fuel Surcharge* Menurut Hukum dan Doktrin yang Berlaku, Dalam Kaitannya dengan Penerapan *Economic Evidence*

3.2.1 Kasus Posisi

Fuel surcharge merupakan sebuah komponen tarif baru dalam maskapai penerbangan yang ditujukan untuk menutup biaya yang diakibatkan oleh kenaikan harga avtur yang signifikan sebagai imbas dari kenaikan harga minyak dunia. Fenomena sesungguhnya merupakan sebuah fenomena yang juga berlaku di beberapa belahan dunia. Hal ini bisa dipahami mengingat biaya yang diakibatkan oleh kenaikan avtur sangat signifikan bagi maskapai penerbangan. Pemberlakuan *surcharge fuel* dalam industri penerbangan sesungguhnya merupakan sebuah fenomena yang juga berlaku di beberapa belahan dunia. Hal ini bisa dipahami mengingat biaya yang diakibatkan oleh kenaikan avtur sangat signifikan bagi maskapai penerbangan.

Semua *stakeholder* penerbangan telah bersepakat bahwa implementasi *fuel surcharge* sebagai komponen tarif penerbangan merupakan sebuah hal yang bisa “dipahami”, selama *fuel surcharge* tersebut memang ditujukan untuk menutup kenaikan biaya yang diakibatkan oleh kenaikan harga avtur semata.

Dalam perkembangan di Indonesia, *fuel surcharge* memperlihatkan perkembangan yang cukup mencengangkan. Dimulai dengan harga Rp 20.000/liter pada Mei 2006 pada saat harga avtur Rp 5.920/liter kemudian merangkak naik dan menjadi Rp 160.000-480.000 pada saat harga avtur Rp 8.206/liter pada bulan Desember 2008. Kenaikan 8-24 kali, adalah sebuah kenaikan yang luarbiasa besar, sementara pada saat yang sama kenaikan avtur tidak mencapai 2 kali lipatnya.

Memperhatikan hal tersebut, maka KPPU kemudian memutuskan untuk melakukan kajian dan analisa terhadap pemberlakuan *fuel surcharge* tersebut,

dengan hipotesis sangat dimungkinkan bahwa kenaikan yang sangat signifikan tersebut dan menyebabkan tarif yang eksekutif tersebut, akibatnya oleh perilaku pelaku usaha yang bertentangan dengan UU No 5 Tahun 1999 atau karena kebijakan yang tidak tepat.

Awalnya *fuel surcharge* dilakukan sebagai kesepakatan Indonesian National Air Carrier Association (INACA), dengan menentukan besaran sebesar Rp 20.000/penumpang¹ pada bulan Mei 2006. Besaran ini dibuat dengan berpatokan pada harga avtur rata-rata yang naik ke posisi Rp 5.600/liter sejak 1 Mei 2006, sehingga komposisi bahan bakar dalam biaya meningkat menjadi sekitar 40%. Dasar perhitungan lainnya yang digunakan adalah tipe pesawat Boeing 737-400 dengan tingkat isian (load factor) 70%. Salah satu asumsi juga disampaikan oleh Menteri Perhubungan saat itu, Bapak Hatta Rajasa yang menyatakan bahwa *fuel surcharge* diterapkan dengan memperhitungkan kenaikan harga avtur sebesar 14 % dari posisi awal Rp 4.912. Melalui asumsi ini, maka disampaikan bahwa *fuel surcharge* akan hilang dengan sendirinya apabila harga avtur kembali ke posisi tersebut¹⁶⁰. Menteri perhubungan memperbolehkan pemberlakuan *fuel surcharge* asal diterapkan secara transparan dan dipisahkan dari harga tiket.

Penetapan *fuel surcharge* oleh INACA kemudian mendapatkan penentangan, termasuk dari KPPU karena dianggap merupakan bentuk nyata dari kartel³. Menyikapi hal ini maka kemudian INACA menyatakan keputusan menetapkan besaran *fuel surcharge* dibatalkan dan besaran *fuel surcharge* diserahkan sepenuhnya kepada mekanisme pasar oleh setiap maskapai penerbangan¹⁶¹.

Berdasarkan Notulen Rapat No. 9100/57/V/2006, INACA mengadakan Rapat Anggota dan Pengurus INACA pada tanggal 30 Mei 2006 yang pada intinya menyimpulkan penerapan dan besaran *fuel surcharge* diserahkan kembali kepada masing-masing perusahaan penerbangan nasional Anggota INACA. Namun meskipun sejak 30 Mei 2006, tidak ada kesepakatan tertulis di antara para

¹⁶⁰ *Positioning Paper KPPU, Loc.cit*

¹⁶¹ *Ibid.*

Terlapor dalam menetapkan *fuel surcharge*, namun berdasarkan analisis pergerakan *fuel surcharge*, baik analisis grafik, tabel, uji korelasi dan uji varians, menunjukkan adanya trend yang sama, korelasi positif dan variasi yang sama di antara para Terlapor dalam menetapkan besaran *fuel surcharge* untuk periode Mei 2006 s/d Maret 2008 untuk zona waktu tempuh 0 s/d 1 jam, 1 s/d 2 jam dan 2 s/d 3 jam. Oleh karena formula perhitungan *fuel surcharge*, asumsi harga avtur, asumsi konsumsi avtur dan asumsi *load factor* yang dibuat oleh masing-masing Terlapor berbeda-beda, Tim Pemeriksa menilai seharusnya *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh masing-masing Terlapor juga berbeda-beda

Berdasarkan uraian analisis dugaan penetapan harga tersebut, Tim Pemeriksa menyatakan hal-hal sebagai berikut:

- a. Oleh karena formula perhitungan *fuel surcharge*, asumsi harga avtur, asumsi konsumsi avtur dan asumsi *load factor* yang dibuat oleh masing-masing Terlapor berbeda-beda, maka seharusnya pergerakan *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh masing-masing Terlapor juga berbeda-beda berdasarkan pertimbangan ekonomi dari masing-masing perusahaan
- b. Perubahan *fuel surcharge* di antara para Terlapor pada Periode I (Mei 2006 – Maret 2008) menunjukkan kecenderungan yang sama namun hal tersebut tidak dapat dijustifikasi dari pertimbangan ekonomi masing-masing Terlapor, maka Tim Pemeriksa menilai bahwa kecenderungan perubahan *fuel surcharge* tersebut didasarkan pada suatu perjanjian di antara para Terlapor
- c. Hal tersebut di atas pada butir b didukung dengan fakta adanya perjanjian di antara Terlapor untuk menetapkan besaran *fuel surcharge* Rp 20.000,- (dua puluh ribu rupiah) yang mulai diberlakukan pada tanggal 10 Mei 2006 yang diwadahi oleh INACA. Meskipun INACA kemudian menyatakan menyerahkan besaran *fuel surcharge* pada masing-masing maskapai pada tanggal 30 Mei 2006, namun secara faktual pergerakan *fuel surcharge* masing-masing Terlapor masih menunjukkan kecenderungan yang sama sampai dengan Maret 2008
- d. Tim Pemeriksa menilai dua fakta tersebut di atas telah cukup sebagai bukti

adanya perjanjian untuk menetapkan besaran *fuel surcharge* secara bersama-sama yang dilakukan oleh para Terlapor (PT Garuda Indonesia (Tbk), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service dan PT Indonesia Air Asia) pada Periode I (Mei 2006 s/d Maret 2008) untuk zona penerbangan dengan waktu tempuh 0 s/d 1 jam, 1 s/d 2 jam dan 2 s/d 3 jam namun demikian, Tim Pemeriksa tidak menemukan adanya kesamaan perubahan harga *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh para Terlapor (PT Garuda Indonesia (Tbk), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service dan PT Indonesia Air Asia) pada Periode II (April 2008 s/d Desember 2009) untuk zona penerbangan dengan waktu tempuh 0 s/d 1 jam, 1 s/d 2 jam dan 2 s/d 3 jam

3.2.2 Pertimbangan KPPU

Dalam Putusan terhadap Perkara No: 25/KPPU-I/2009 KPPU menyatakan bahwa para Terlapor (PT Garuda Indonesia (Tbk), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service dan PT Indonesia Air Asia) dinyatakan telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan dihukum dengan sanksi administratif untuk membayar denda dan ganti rugi yang dibayarkan pada kas negara. Dalam putusan tersebut KPPU menyatakan bahwa para Terlapor tersebut wajib membayar ganti rugi atas *excessive fuel surcharge* yang diderita oleh konsumen maka KPPU menyarankan kepada pemerintah untuk menggunakan kas yang masuk ke APBN tersebut untuk digunakan sebesar-besarnya untuk meningkatkan fasilitas bandara dan pelayanan umum kepada masyarakat

Namun sebelum Putusan ini ditetapkan, salah satu anggota Majelis Komisi, Dr. A.M. Tri Anggraini, S.H., M.H., menyampaikan *dissenting opinion* yang menyatakan berbeda pendapat dengan pertimbangan Majelis Komisi dalam hal perintah pembayaran ganti rugi. Hal ini didasarkan pertimbangan–pertimbangan yang terdapat dalam beberapa aturan hukum, antara lain Pasal 36 huruf j UU No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan, bahwa wewenang Komisi meliputi “memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat”. Disamping itu, Pasal 47 ayat (2) huruf f UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa “tindakan administratif sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat berupa penetapan pembayaran ganti rugi”. Meskipun Komisi memiliki kewenangan untuk memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak lain atau masyarakat, tetapi tidak dapat diartikan bahwa Komisi dapat membebaskan tindakan administratif berupa penetapan pembayaran ganti rugi terhadap Terlapor yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999 dan mengakibatkan kerugian masyarakat, dengan cara menetapkan pembayaran ganti rugi tersebut kepada Negara.

Penetapan ganti rugi berdasarkan Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1999 yang ditentukan dalam Pedoman Pasal 47 tentang Tindakan Administratif oleh KPPU adalah jenis ganti rugi aktual (*actual damages*) dengan menerapkan prinsip-prinsip penetapan ganti rugi sesuai konteks Hukum Perdata, dimana beban pembuktian berada pada pelaku usaha yang meminta ganti kerugian.

Selain itu, prosedur mengenai ganti rugi kepada pihak yang dirugikan sebagai akibat terjadinya pelanggaran terhadap UU diatur dalam Pasal 38 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa:

Pihak yang dirugikan sebagai akibat terjadinya pelanggaran terhadap UU ini dapat melaporkan secara tertulis kepada Komisi dengan keterangan yang lengkap dan jelas tentang telah terjadinya pelanggaran serta kerugian yang ditimbulkan, dengan menyertakan identitas Terlapor.

Ketentuan ini menunjukkan bahwa penetapan ganti rugi yang diakui dalam UU tersebut adalah ganti rugi terhadap pihak yang dirugikan sebagai akibat

pelanggaran atas UU No. 5 Tahun 1999. Oleh karena itu, penetapan dan pembayaran ganti rugi adalah ditujukan kepada pihak yang dirugikan, dimana dalam kasus ini jelas bahwa pihak yang dirugikan adalah konsumen. Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, Dr. A.M. Tri Anggraini, S.H., M.H menyatakan tidak sependapat dengan Amar Putusan KPPU Perkara Nomor 25/KPPU-I/2009 Nomor 15 sampai dengan 23.

3.2.3 Pembuktian yang Dilakukan Oleh KPPU

Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat:

Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.

a. Tentang Pelaku Usaha dan Pesaingnya

Bahwa berdasarkan Pasal 1 angka 5 UU No. 5 tahun 1999, definisi pelaku usaha adalah:

setiap orang perorangan atau badan usaha baik yang berbetuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

Tim Pemeriksa menilai PT Garuda Indonesia (Persero), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service, dan PT Indonesia Air Asia merupakan pelaku usaha sebagaimana dimaksud oleh Pasal 1 angka 5

UU No. 5 Tahun 1999, yang masing-masing merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum, yang didirikan di Indonesia, berkedudukan di Indonesia, melakukan kegiatan usaha dalam wilayah hukum negara Indonesia antara lain berupa kegiatan Angkutan Udara Niaga Berjadwal dengan rute-rute penerbangan domestik.

Tim Pemeriksa menilai bahwa PT Linus Airways tidak memenuhi unsur pelaku usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999 karena secara *de facto* sudah dicabut seluruh Ijin Operasinya oleh Departemen Perhubungan dan sudah tidak menjalankan kegiatan usaha di bidang Angkutan Udara Niaga Berjadwal, sehingga Tim Pemeriksa menilai tidak perlu mempertimbangkan PT Linus Airways dalam menganalisis dugaan pelanggaran terhadap Pasal 5 dan Pasal 21 UU No. 5 Tahun 1999.

Tim Pemeriksa menilai PT Garuda Indonesia (Persero), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service, dan PT Indonesia Air Asia merupakan para pelaku usaha yang sama-sama melakukan kegiatan Angkutan Udara Niaga Berjadwal yang merupakan pesaing antara satu dengan lainnya.

b. Tentang Pasar Bersangkutan

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 10 UU No 5 Tahun 1999, definisi pasar bersangkutan adalah:

Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut.

Pengertian pasar bersangkutan tersebut di atas menekankan pada konteks horizontal yang menjelaskan posisi pelaku usaha beserta pesaingnya. Selanjutnya berdasarkan ketentuan dalam Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2009 tentang

Pedoman Pasar Bersangkutan KPPU, cakupan pengertian pasar bersangkutan dapat dikategorikan dalam dua perspektif, yaitu pasar berdasarkan produk dan pasar berdasarkan geografis. Pasar berdasarkan produk terkait dengan kesamaan, atau kesejenisan dan/atau tingkat substitusinya, sedangkan pasar berdasarkan cakupan geografis terkait dengan jangkauan dan/atau daerah pemasaran.

c. Tentang Perjanjian

Bahwa penetapan harga atau kartel harga terjadi apabila beberapa perusahaan dalam industri sejenis membuat perjanjian untuk mengatur harga secara bersama-sama atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen.

Bahwa berdasarkan Pasal 1 angka 7 UU No. 5/1999, definisi perjanjian adalah “*suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis*”

Bahwa untuk membuktikan ada tidaknya perjanjian tersebut, Tim Pemeriksa terlebih dahulu menganalisis apakah terjadi komunikasi di antara para Terlapor terkait dengan penetapan *fuel surcharge* baik secara langsung melalui INACA maupun secara tidak langsung dengan cara *price signaling* yang dilakukan oleh perusahaan yang dominan

d. Tentang Dugaan Penetapan Harga

Karena formula perhitungan *fuel surcharge*, asumsi harga avtur, asumsi konsumsi avtur dan asumsi *load factor* yang dibuat oleh masing-masing Terlapor berbeda-beda, Tim Pemeriksa menilai seharusnya *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh masing-masing Terlapor juga berbeda-beda

Tim Pemeriksa menilai terdapat trend yang sama atas pergerakan *fuel surcharge* di antara para Terlapor untuk masing-masing zona waktu penerbangan. Selain melakukan analisis terhadap grafik pergerakan *fuel surcharge*, tabel prosentase pergerakan *fuel surcharge* di atas, Tim Pemeriksa juga melakukan uji korelasi terhadap pergerakan *fuel surcharge* di antara para Terlapor tersebut.

Tools yang digunakan dalam melakukan analisis tersebut adalah Uji Korelasi dan Uji Varians Bartlette & Levene Test.

Uji Korelasi bertujuan untuk menguji hubungan antara dua variabel yang tidak menunjukkan hubungan fungsional. Korelasi dinyatakan dalam % (persentase) keeratan hubungan antara variabel yang dinamakan dengan koefisien korelasi, yang menunjukkan derajat keeratan hubungan antara dua variabel dan arah hubungannya (+ atau -). Dimana jika nilai $r > 0$ artinya telah terjadi hubungan yang linier positif, dan jika nilai $r < 0$ artinya telah terjadi hubungan yang linier negatif, yaitu makin besar nilai variabel x makin kecil nilai variabel y dan sebaliknya. Semakin tinggi nilai r , berarti korelasinya semakin tinggi.

Bahwa Uji Varians Bartletts Test (Snedecor and Cochran, 1983) digunakan untuk menguji apakah sejumlah sample, memiliki varians yang setara. Varians yang setara diantara sample disebut dengan homogeneity of variances. Bartletts test dapat juga digunakan untuk menguji apakah varians diantara kelompok samples setara atau tidak.

Levene Test memiliki tujuan yang sama dengan Bartletts namun Levene test cenderung lebih tidak sensitif terhadap data yang menjauhi Normal.

Maka meskipun sejak 30 Mei 2006, tidak ada kesepakatan tertulis di antara para Terlapor dalam menetapkan *fuel surcharge*, namun berdasarkan analisis pergerakan *fuel surcharge* di atas, baik analisis grafik, tabel, uji korelasi dan uji varians, menunjukkan adanya trend yang sama, korelasi positif dan variasi yang sama di antara para Terlapor dalam menetapkan besaran *fuel surcharge* untuk periode Mei 2006 s/d Maret 2008 untuk zona waktu tempuh 0 s/d 1 jam, 1 s/d 2 jam dan 2 s/d 3 jam.

3.2.4 Analisis Mengenai *Economic Evidence* Sebagai Alat Bukti dalam Kasus Penetapan Harga *Fuel Surcharge* dan Kendala dalam Pembuktian Penetapan Harga, Dibandingkan dengan Hukum Persaingan Negara-Negara Lain

Dalam pembuktian kasus penetapan harga *fuel surcharge* ini, hal yang perlu disorot adalah masalah pembuktian yang dilakukan oleh KPPU. Dimana untuk membuktikan adanya penetapan harga, Tim Pemeriksa KPPU menjadikan persamaan trend atas pergerakan *fuel surcharge* di antara para Terlapor untuk masing-masing zona waktu penerbangan, sebagai acuan untuk kasus tersebut, dimana mereka melakukan analisis terhadap grafik pergerakan *fuel surcharge*, tabel prosentase pergerakan *fuel surcharge* di atas, Tim Pemeriksa juga melakukan uji korelasi terhadap pergerakan *fuel surcharge* di antara para Terlapor tersebut.

Maka dapat dilihat KPPU menggunakan *economic evidence* untuk membuktikan penetapan harga yang dilakukan oleh para terlapor, dimana dalam hal ini KPPU berpedoman pada The OECD Global Forum on Competition, Policy Roundtables, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*, 2006. Seperti yang dikemukakan oleh KPPU dalam putusan terhadap Perkara Nomor 24/KPPU-I/2009 tentang kartel minyak goreng, mengenai *indirect evidence*.

Namun apakah *economic evidence* yang digunakan KPPU dalam pembuktian kasus penetapan harga *fuel surcharge* ini dapat menjadi pembuktian hukum yang sah dan kuat, seperti yang telah terjadi pada kasus-kasus yang terjadi sebelumnya dimana KPPU memutus perkara dan selanjutnya para pihak mengajukan keberatan atas keputusan KPPU yang didasari oleh pembuktian yang menurut mereka tidak sesuai dengan hukum persaingan usaha yang berlaku di Indonesia.

Penggunaan *economic evidence* dalam pembuktian kartel dan *price fixing* memang sudah banyak digunakan pula di negara-negara lain, dikarenakan oleh sulitnya mendapatkan *direct evidence* dalam kasus-kasus tersebut. Banyak sekali kasus yang memang sulit atau tidak memiliki *direct evidence* karena memang perjanjian kartel seringkali tidak dibuat berdasarkan perjanjian tertulis diantara

para pihak.

Namun penggunaan *economic evidence*, sebagai salah satu bentuk dari *circumstantial evidence* tidaklah mudah. Menurut The OECD Global Forum on Competition, Policy Roundtables, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*, 2006:

Circumstantial evidence is of no less value than direct evidence for it is the general rule that the law makes no distinction between direct and circumstantial evidence but simply requires that before convicting a defendant the jury must be satisfied of the defendant's guilt beyond a reasonable doubt from all of the evidence in the case.

In order to prove the conspiracy, it is not necessary for the government to present proof of verbal or written agreements. Very often in cases like this, such evidence is not available. You may find that the required agreement or conspiracy existed from the course of dealing between or among the individuals through the words they exchanged or from their acts alone.

Circumstantial evidence is employed in cartel cases in all countries. The better practice is to use circumstantial evidence holistically, giving it cumulative effect, rather than on an item-by-item basis. Complicating the use of circumstantial evidence are provisions in national competition laws that variously define the nature of agreements that are subject to the law.

Berdasarkan hal tersebut dapat disimpulkan bahwa memang tiap negara mensahkan *circumstantial evidence* sebagai alat bukti yang sah dalam kasus kartel dan penetapan harga. Namun untuk penggunaan bukti-bukti tersebut harus digunakan secara menyeluruh, bukan digunakan satu per satu bukti secara terpisah. Karena untuk mendapat suatu pembuktian yang kuat diperlukan pula bukti-bukti yang kuat.¹⁶²

Metodologi untuk mengevaluasi *circumstantial evidence* sebagai seperti sebuah lukisan impresionis, terdiri dari banyak titik atau sapuan kuas yang bersama-sama membentuk sebuah gambar.¹⁶³

¹⁶² OECD, *Loc.cit*

¹⁶³ *Ibid.*

Ada pula yang menyamakan proses untuk sebuah teka-teki *jig-saw*. Dengan cara ini, bukti, yang menurut definisi tidak menggambarkan persyaratan khusus dalam kesepakatan, bisa lebih baik dipahami. Bahan disampaikan untuk meja bundar menggambarkan beberapa kasus di mana pengadilan menolak untuk menggunakan pendekatan secara keseluruhan, yang memerlukan bukan bahwa setiap item bukti dihubungkan langsung ke perjanjian khusus. Hasilnya adalah bahwa kasus-kasus gagal. Tentu saja, mengingat sifat ambigu dari beberapa bukti, pendekatan holistik dapat mengakibatkan kesalahan. Bisnis perwakilan mendesak bahwa tidak ada kasus yang hanya didasarkan pada bukti, mengingat kewajiban yang signifikan yang dihadapi bisnis yang ditemukan telah berpartisipasi dalam suatu kartel. Ini tampaknya tidak bahwa setiap delegasi lain memeluk posisi ini. Pada keseimbangan, pendekatan holistik jauh lebih baik untuk persyaratan bahwa setiap item mendalam dihubungkan langsung ke perjanjian khusus.¹⁶⁴

Economic evidence sering digunakan untuk menunjukkan bahwa struktur pasar yang kondusif untuk dimungkinkan terjadinya perjanjian penetapan harga. Biasanya, ini meliputi suatu analisis yang menyimpulkan bahwa jangka waktu perjanjian yang mudah dijangkau, mendeteksi kemungkinan penyimpangan dari perjanjian tersebut, dan memberi saksi terhadap penyimpangan-penyimpangan tersebut dengan cepat dan optimal. *Economic evidence* juga dapat mencakup analisis dinamika pasar dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa pasar berperilaku non-kompetitif.¹⁶⁵

Namun sebenarnya *indirect evidence* yang dapat digunakan dalam pembuktian adalah bukti yang menunjukkan secara eksplisit bahwa perjanjian ada. *Indirect evidence* yang hanya menunjukkan kemungkinan *tacit agreement*¹⁶⁶ (perjanjian diam-diam) adalah nilai sangat meragukan.

Memang *basic game theory* menunjukkan bahwa sebuah perusahaan akan mengantisipasi langkah selanjutnya dari pesaing dan bertindak sebagai antisipasi

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Tacit agreement* terkait dengan *tacit collusion* yaitu kerjasama informal antara pelaku usaha: kerja sama antara perusahaan berdasarkan perjanjian tak tertulis bahwa tidak satupun dari mereka akan mendapatkan keuntungan dari persaingan harga

dari hal tersebut. Oleh karena itu, misalnya terdapat dokumen yang memproyeksikan tindakan pesaing yang akan dilakukan di masa depan dan mencerminkan upaya untuk bertindak serupa adalah bentuk *indirect evidence* yang dapat dengan mudah (tetapi salah) digunakan sebagai dasar untuk mengasumsikan perjanjian ilegal, tetapi sebenarnya mungkin mencerminkan persaingan agresif.

Economic evidence harus dievaluasi mengenai apakah bukti tersebut rasional untuk membuktikan adanya suatu perjanjian. Seperti yang terjadi pada hukum persaingan Turki yang menciptakan dugaan rebuffable perjanjian ketika melakukan diamati tidak konsisten dengan persaingan. Penyampaian Turki menggambarkan sebuah kasus semen di mana kenaikan harga tampaknya tidak dibenarkan oleh faktor biaya. Bukti juga termasuk, namun, dua dokumen yang dianggap 'faktor plus' sebagai. Apakah bukti ekonomi dalam hal ini sudah cukup tanpa kedua dokumen? Di Turki, biaya transportasi merupakan faktor penting dalam penentuan harga semen, pelaku-pelaku kartel sepertinya mau mensuplai pelanggan yang berjarak lebih jauh dan tidak bersedia mensuplai pelanggan yang letaknya lebih dekat. Bukti ini cukup untuk meminta 'The statutory presumption' (azas praduga), tetapi kasus yang berhasil berdasarkan economic evidence biasanya membutuhkan lebih dari hanya sekedar praduga.¹⁶⁷

Berbeda dengan Perancis, yang menggambarkan sebuah kasus yang menyangkut transportasi publik. Kasus tersebut sepertinya menyangkut bukti langsung dan tak langsung, bagaimana otoritas Perancis menggunakan kedua jenis pembuktian dan bagaimana kedua hal tersebut saling mendukung.¹⁶⁸

Kasus Perancis menyangkut transportasi umum di perkotaan. Ada tiga penyedia (provider) dalam jasa angkutan ini, dan bukti menunjukkan bahwa mereka mengeluarkan berbagai kontrak lokal di antara mereka sendiri. Jadi, sementara efek dari perjanjian bersifat lokal, kartel mencakup nasional. *The Conseil de la Concurrence* menerapkan teknik 'klasik', menentukan adanya kartel dari bukti tidak langsung yang serius, spesifik, dan nyata. Bukti terperinci

¹⁶⁷ OECD, *loc cit.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

menunjukkan bahwa penetapan pelanggan sifatnya stabil dan terus-menerus. Teknik dengan cara mengevaluasi bukti nyata tidaklah berbeda dari lukisan impresionis, dimana banyak hal kecil yang menjadikannya sebuah gambar yang lengkap. Teknik dalam kasus ini mengijinkan suatu penemuan dalam sebuah perjanjian.¹⁶⁹

Sedangkan Brazil menggambarkan bagaimana mereka menggunakan *economic evidence* sebagai alat penyaring dalam berbagai macam keluhan yang mereka terima menyangkut harga eceran bensin. Aparat persaingan usaha Brazil harus memperhatikan semua keluhan yang mereka terima. Untuk menghindari menggunakan terlalu banyak sumber pada keluhan untuk membenahi harga bensin yang mereka terima, mereka melakukan evaluasi pendahuluan terhadap keluhan-keluhan tersebut menggunakan *economic evidence*. Profit margin di pasaran yang dipertanyakan dianalisa berdasarkan beberapa kriteria, apakah meningkat, dan apabila demikian apakah konsisten dengan hipotesa tentang kolusi. Apabila tidak, keluhan dihilangkan (diabaikan). Apabila penyelidikan lanjutan diperlukan, harga di pasaran yang dipertanyakan akan dibandingkan dengan harga-harga di level negara, dengan hipotesa perjanjian lokal, walaupun ada, tidak ada di area geografis yang lebih luas. Apabila setelah melewati saringan- saringan ini kemungkinan kolusi tidak bisa diabaikan, maka penyelidikan yang lebih detil akan dimulai.¹⁷⁰

Beralih dari Brazil, di dalam Federasi Rusia banyak pasar yang terkonsentrasi dan rentan terhadap kolusi. Lagipula, sulit bagi otoritas persaingan rusia untuk mendapatkan bukti langsung di perjanjian dalam situasi ini. The Russian submission mencatat bahwa penting bagi aparat persaingan usaha untuk membuktikan adanya perjanjian-perjanjian kartel melalui *circumstantial evidence*. Dalam hal ini, bagaimana otoritas Rusia menggunakan *economic evidence* untuk membedakan saling ketergantungan oligopoly dari kolusi? Rancangan undang-undang hukum persaingan yang baru tengah disiapkan di Rusia antara lain akan membahas hal tersebut. Secara umum, otoritas Rusia mengambil pendekatan

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

secara menyeluruh ketika mengevaluasi *economic evidence*. Mereka mempertimbangkan konsentrasi pasar, perbuatan parallel, praktek-praktek yang memudahkan, kemampuan pengurangan, tukar-menukar informasi, dan sebagainya. Otoritas juga meningkatkan penekanan terhadap konsep dominasi kolektif dalam menangani hal ini.¹⁷¹

Selanjutnya di Switzerland, dimana hukum mereka tampaknya mewajibkan adanya bukti efek ekonomi yang membahayakan. Apakah ini berarti dalam setiap kasus harus ada analisa ekonomi yang tersedia? Disana efek ekonomi bisa masuk melalui dua cara: pertama, dalam membuktikan undang-undang anti persaingan, dan kedua, dalam kasus dimana usaha dari pihak-pihak untuk menunjukkan perbuatan tersebut, meskipun kelihatannya anti persaingan, hal itu dibenarkan berdasarkan efisiensi ekonomi. Dalam hal kartel, walaupun demikian, *efficiency defence* tidak tersedia, karena kartel selalu dianggap berbahaya. Selanjutnya, apabila perjanjian kartel dapat dibuktikan, ada dugaan efek ekonomi membahayakan, kecuali jika pihak-pihak tersebut menyangkal dugaan itu melalui *economic evidence*, dalam hal mana analisa ekonomi yang lebih lengkap dari perbuatan tersebut diperlukan.¹⁷²

Persoalan tentang perlakuan berbeda terhadap kartel di negara-negara lain, terutama di Negara-negara di mana mereka didakwa sebagai kejahatan, sementara di negara lainnya –secara mayoritas- mereka dianggap sebagai pelanggaran administrative atau sipil. Pertanyaannya apakah perbedaan-perbedaan ini mempunyai akibat pada *circumstantial evidence* yang digunakan. Ketua mencatat bahwa Amerika Serikat telah lama dikenal keagesifannya menggunakan proses kriminal untuk melawan kartel. Negara-negara bagian Amerika yang hampir selalu menggunakan bukti langsung dalam kasus-kasus mereka, seringkali diperoleh melalui *leniency programme*. Tetapi apa anjuran Amerika untuk negara-negara yang baru saja mulai mendakwa kartel sebagai kejahatan, atau yang

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

memprtimbangkan untuk melakukan, dan in particular, apakah ada tempat untuk circumstantial evidence dalam kasus-kasus ini?¹⁷³

Amerika Serikat mereview prosedur di Negara mereka dalam menyelidiki dan menuntut kartel, dan mengakui bahwa *leniency programme* Amerika mempunyai fungsi kritis dalam mengembangkan bukti langsung yang dibutuhkan untuk membolehkan pnuntutan criminal dari perbuatan tersebut. Ia mencatat bahwa adalah penting untuk menghindari kesalahan-kesalahan dalam proses ini, terutama hal-hal yang dapat mengakibatkan penuntutan perbuatan yang bukan kartel. Banyaknya penggunaan circumstantial evidence dapat mengakibatkan kesalahan semacam itu, dan walaupun orang tidak bisa menghilangkan sama sekali penggunaan circumstantial vidence dalam kasu-kasus kartel, orang lebih memilih mnggunakan bukti langsung, dan ini berarti mengembangkan suatu *leniency programme* yang efektif.¹⁷⁴

Ada pula negara yang memberlakukan kedua proses hukum baik administratif dan juga pidana. Ketua mencatat bahwa kartel dapat didakwa di Romania baik secara administrative maupun pidana. Di Romania, denda administrasi tidak dapat dijatuhkan pada perorangan. Inividu dapat dituntut secara criminal untuk perbuatan kartel apabila dapat ditunjukkan bahwa merek berpartisipasi dalam sebuah kartel dengan maksud penipuan dan dengan cara yang meyakinkan. Dengan cara ini proses administrative dan pidana di Romania saling melengkapi. Dimungkinkan untuk menggunakan bukti yang berkembang dalam proses administrasi dalam suatu tuntutan pidana.¹⁷⁵

Terkait dengan hukum persaingan usaha di Indonesia, *economic evidence* termasuk dalam bukti petunjuk. Pasal 42 UU No. 5/1999 juncto Pasal 64 ayat (1) Peraturan Komisi Persaingan Usaha No. 1 tahun 2006 secara tegas mempersyaratkan dalam menilai terjadi atau tidaknya pelanggaran alat bukti yang digunakan adalah keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan/atau dokumen, petunjuk, serta keterangan terlapor. Majelis Komisi menentukan sah atau tidak

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

sahnya suatu alat bukti dan menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti yang sah (Pasal 64 ayat (2) Peraturan Komisi Persaingan Usaha Tahun 2006)

Namun selanjutnya peraturan perundang-undangan tersebut diperbaharui oleh Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tahun 2010. Dalam Peraturan Komisi yang baru tersebut, peraturan mengenai minimal 2 (dua) alat bukti yang sah sudah tidak ada lagi. Hal tersebut memberikan keleluasaan yang besar dalam kewenangan KPPU untuk melakukan suatu pembuktian. Selain itu, Majelis Komisi menentukan sah atau tidak sahnya suatu alat bukti (Pasal 72 ayat (2) Peraturan Komisi Persaingan Usaha Tahun 2010). Maka dengan adanya pembaruan dari undang-undang tersebut, kekuatan berlakunya alat bukti tersebut berada di tangan Majelis Komisi dan tidak adanya batasan-batasan mengenai alat bukti yang digunakan untuk menyatakan bahwa pelaku usaha telah melakukan suatu perjanjian yang dilarang. Hal ini menyebabkan kekaburan pada hukum persaingan usaha yang dapat merugikan para pelaku usaha juga.

Untuk dapat mengaplikasikan *economic evidence* dalam pembuktian kartel dan *price fixing* (penetapan harga) dibutuhkan analisa dan keterkaitan dari bukti-bukti tersebut yang dapat membuktikan adanya perjanjian. Hal ini tidaklah mudah karena adanya *tacit collusion*, dimana perjanjian yang dilakukan oleh para pelaku usaha tidak hanya dapat dilakukan secara formal, namun dapat pula dilakukan secara informal. Banyak cara yang dapat dilakukan para pelaku usaha untuk melakukan *tacit collusion* tersebut.

Hukum persaingan usaha di Indonesia menggunakan sanksi administratif, maka proses pencarian bukti pun tidak seperti hukum pidana. Oleh sebab itu sangatlah sulit untuk mendapatkan bukti langsung ataupun bukti komunikasi yang secara langsung menyatakan bahwa telah terjadi perjanjian. Disinilah peranan *economic evidence* dibutuhkan dalam pembuktiannya. Seperti yang terjadi pada kasus penetapan harga *fuel surcharge* yang dilakukan oleh maskapai penerbangan domestik ini, KPPU menyatakan bahwa berdasarkan analisis pergerakan *fuel surcharge* di atas, baik analisis grafik, tabel, uji korelasi dan uji varians, menunjukkan adanya trend yang sama, korelasi positif dan variasi yang sama di

antara para Terlapor dalam menetapkan besaran *fuel surcharge*,

Para Terlapor menyatakan keberatan atas putusan KPPU tersebut. Salah satunya adalah PT Garuda Indonesia, mereka tidak terima terhadap tuduhan pelanggaran yang dimaksud. Hal tersebut didasarkan pada beberapa pertimbangan, antara lain KPPU tidak mengambil sumpah terhadap sejumlah saksi yang diperiksa. Padahal menurut pasal 67, peraturan KPPU nomor 1 tahun 2006, KPPU harus melaksanakan pengambilan sumpah. KPPU juga dinilai telah melampaui kewenangan dalam UU No.5/1999 dalam menjatuhkan sanksi ganti rugi kepada Garuda Indonesia. Ini mengingat ganti rugi yang diputuskan KPPU tidak didasarkan pada tuntutan ganti rugi aktual yang diajukan konsumen. Selain itu, terdapat kesalahan dalam pokok perkara dimana definisi KPPU atas "pasar bersangkutan (relevant market)" adalah "keseluruhan rute penerbangan domestik." Sementara berdasarkan fakta, tidak seluruh maskapai penerbangan di Indonesia melayani seluruh rute domestik, sehingga tidak pada semua rute terjadi persaingan. Putusan Nomor 25/KPPU-I/2009 dianggap tidak memenuhi unsur-unsur Pasal 5 UU No.5/1999, yaitu "Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama." Unsur yang terpenuhi hanya unsur "pelaku usaha" saja.

176

PT Garuda menyatakan bahwa KPPU tidak dapat membuktikan bahwa ada suatu perjanjian penetapan besaran *fuel surcharge* antara Garuda dengan maskapai penerbangan lain. Sedangkan penerapan *fuel surcharge* yang eksekutif disebabkan komponen fuel surcharge bukan merupakan keuntungan (profit), melainkan beban (*cost*) bagi Garuda.

Hal tersebut menjadi permasalahan dalam hukum persaingan usaha di Indonesia dan juga pada tugas serta wewenang KPPU. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa dalam hal melakukan pembuktian penetapan harga menggunakan pendekatan *per se illegal*, dimana pendekatan tersebut digunakan

¹⁷⁶ <http://berita.liputan6.com/hukrim/201006/282229/Garuda.Indonesia.Ajukan.Keberatan.Putusan.KPPU>, diunduh pada tanggal 13 Desember 2010.

untuk menilai apakah unsur-unsur yang ada dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 sudah terpenuhi. Berdasarkan hasil *research*, dalam melakukan pembuktian penetapan harga, kendala yang dihadapi KPPU adalah untuk membuktikan adanya perjanjian.

Dalam hal membuktikan penetapan harga *fuel surcharge* oleh maskapai-maskapai penerbangan domestik Indonesia, memang diakui pernah terjadi kesepakatan antara anggota INACA untuk menetapkan besarnya *fuel surcharge*, namun perjanjian tersebut telah dibatalkan setelahnya dan para maskapai diberi wewenang untuk menetapkan sendiri besarnya *fuel surcharge*. Maka KPPU menggunakan *economic evidence* untuk melakukan pembuktian dimana tidak ditemukannya suatu perjanjian diantara para pelaku usaha tersebut.

Sebagaimana diketahui bahwa tujuan dari pembuktian itu sendiri adalah untuk memperoleh kebenaran terhadap suatu peristiwa.¹⁷⁷ Jadi dalam hal ini KPPU, dalam kasus penetapan harga *fuel surcharge*, mencoba untuk mendasarkan pada alat-alat bukti sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, dimana bukti yang digunakan adalah *economic evidence* yang termasuk bukti petunjuk.

Namun perlu diingat bahwa perjanjian penetapan harga biasanya adalah perjanjian terselubung (*tacit agreement*) dan sangatlah sulit untuk dideteksi. Maka dalam hal melakukan pembuktian penetapan harga dibutuhkan naluri ekonomi yang baik guna menciptakan penegakan hukum yang paling kondusif.

Dalam hal meneliti suatu perjanjian penetapan harga, maka dibutuhkan suatu batasan/ukuran yang digunakan untuk menganalisis perjanjian yang mendukung persaingan atau bahkan anti persaingan ataupun seimbang diantara keduanya, batasan/ukuran analisis perjanjian penetapan harga tersebut antara lain:¹⁷⁸

a. Berkenaan dengan pengendalian atau pengendalian tersebut sifatnya aikan

¹⁷⁷ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1998, hal 106.

¹⁷⁸ Erman Rajagukguk; *Peranan Hukum di Indonesia: Menjaga Persatuan Bangsa Memulihkan Ekonomi dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*; (Jakarta: Pidato Dies Natalis 50 Tahun Universitas Indonesia, 2000), hal. 9.

membatasi dan menaikkan harga.

- b. Berkenaan dengan pengekangan atau pengendalian tersebut sebenarnya atau ternyata berhubungan dengan intergrasi dari sumber-sumber ekonomi yang pro persaingan.
- c. Berkenaan dengan pengekangan atau pengendalian tersebut inembatasi produksi dan menaikkan harga atau sebaliknya menciptakan atau memfasilitasi berjalannya kegiatan pasar.
- d. Berkenaan dengan pembatasan atau pengendalian tersebut perlu untuk mencapai tujuan-tujuan untuk menciptakan persaingan.
- e. Berkenaan dengan pembatasan atau pengendalian tersebut lebih menguntungkan persaingan daripada resiko anti persaingan.

Saat ini sangatlah dibutuhkan perbaikan-perbaikan pada undang-undang baik formil maupun materil yang dapat membentangkan ketentuan dan batasan-batasan yang jelas dalam hal pembuktian kasus-kasus seperti ini sehingga tidak lagi menimbulkan keaburan dan ketidakpastian hukum, guna melindungi konsumen maupun pelaku usaha. Karena memang pada dasarnya Undang-undang No. 5 Tahun 1999 ini diciptakan guna menciptakan persaingan usaha yang sehat.

BAB 4

PENUTUP

4.1 Kesimpulan

Berdasarkan uraian-uraian dari permasalahan yang dikemukakan dalam penelitian ini sesuai dengan ruang lingkup permasalahan yang berhubungan dengan judul skripsi ini maka dalam bab ini penulis mengemukakan beberapa kesimpulan sebagai berikut:

1. Dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, penerapan *economic evidence* dalam melakukan pembuktian terhadap kasus-kasus kartel dan penetapan harga sebenarnya sangat dibutuhkan. Berdasarkan beberapa kasus yang telah terjadi pada negara-negara lain, maka dapat disimpulkan bahwa dalam kasus kartel ataupun penetapan harga sangatlah sulit untuk menemukan *direct evidence*. Para pelaku usaha tentunya tidak akan mau mengambil resiko untuk melakukan suatu perjanjian yang dilarang secara eksplisit dan formal. Perjanjian terlarang yang mereka lakukan kebanyakan berupa suatu Perjanjian terlarang yang mereka lakukan kebanyakan berupa suatu *tacit collusion* yang sangat sulit untuk dibuktikan secara langsung.

Economic evidence memang bukan alat bukti yang sah menurut undang-undang, karena *economic evidence* merupakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*). Namun *economic evidence* dapat dijadikan sebagai indikator terjadinya pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 oleh pelaku usaha. Maka tidak dapat dipungkiri bahwa *economic evidence* mempunyai peranan yang besar pula dalam pembuktian kasus pelanggaran hukum persaingan usaha.

Untuk itu maka dibutuhkan suatu peraturan perundang-undangan yang secara jelas membahas mengenai *direct* dan *indirect evidence* yang digunakan dalam pembuktian Hukum Persaingan Usaha. Indonesia

menganut Civil Law yang tidak boleh menyimpang dari hukum positif. Oleh karena itu sangatlah dibutuhkan pemisahan antara sumber-sumber Hukum Persaingan Usaha secara Formil maupun Materiil. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagai sumber hukum Materiil tidaklah cukup untuk dijadikan acuan untuk menjalankan hukum acara dan sebagai otoritas penegak hukumnya, maka sebagai peraturan pelaksana dari undang-undang tersebut, KPPU menggunakan Peraturan Komisi Persaingan Usaha No. 1 Tahun 2010 sebagai landasan dalam menjalankan hukum acaranya, namun demikian, Peraturan Komisi tidaklah dapat dijadikan suatu landasan atau sumber yang sah dalam menjalankan praktek beracara. Mengingat Indonesia yang prinsip hukumnya mengacu pada hukum positif, maka dibutuhkan suatu peraturan perundang-undangan yang membahas mengenai Hukum Acara Persaingan Usaha itu sendiri, dan juga membahas secara jelas mengenai pembuktian dan alat-alat bukti yang sah secara detail sehingga tidak ada lagi kekaburan dan ketidakpastian hukum.

2. Berbeda dengan Indonesia, negara-negara anggota OECD lain lebih berhati-hati dalam menggunakan *economic evidence* dalam pembuktian kasus-kasus kartel. Banyak faktor-faktor baik ekonomi maupun hukum yang dijadikan bahan pertimbangan dalam menggunakan *economic evidence*-nya. Namun kedudukan dan kekuatan *economic evidence* berbeda di tiap-tiap negara, tergantung pada jenis sanksi pada kasus persaingan usaha masing-masing, ada negara yang memberi sanksi pidana adapula sanksi administratif seperti yang berlaku di Indonesia. Pada negara-negara yang memberlakukan sanksi pidana untuk perjanjian kartel, maka penggunaan *economic evidence* saja tidaklah dapat digunakan untuk menghukum para pelaku usaha yang terkait. Dibutuhkan penyelidikan dan penyidikan yang lebih cermat untuk menemukan bukti-bukti atas adanya perjanjian kartel. Hal tersebut disebabkan oleh lebih besarnya wewenang otoritas pelaku usaha untuk melakukan penyelidikan berdasarkan hukum pidana.

Sedangkan pada negara-negara yang memberlakukan sanksi

administratif untuk kasus kartel, seperti Brazil dan Chili, maka kegunaan *economic evidence* sangat besar. Karena sulitnya untuk menemukan bukti-bukti langsung maka dibutuhkan bukti-bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*) yang dikumpulkan dan dianalisa secara maksimal sehingga dapat menunjukkan dan membuktikan tentang adanya suatu perjanjian kartel.

3. Penerapan *economic evidence* yang digunakan dalam kasus penetapan harga *fuel surcharge* kedudukannya adalah sebagai bukti petunjuk, namun didalam Perkom KPPU tersebut tidak dijelaskan secara lanjut apa saja yang termasuk dalam bukti petunjuk tersebut. Hanya dalam Pasal 72 ayat (3) Peraturan Komisi Persaingan Usaha dikatakan bahwa petunjuk merupakan pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya. Di samping itu, dalam menggunakan *indirect evidence* harus terdapat kesesuaian fakta secara utuh yang diperoleh melalui metodologi keilmuan.

Terkait dengan hal tersebut dimana para Terlapor menyatakan keberatan atas putusan KPPU tersebut. Mereka menganggap bahwa pembuktian yang dilakukan oleh KPPU tidaklah sah. Karena dengan terbatasnya ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan menyebabkan kontroversi. Namun mengenai alat-alat bukti (dalam hal ini *economic evidence*), KPPU berpedoman pada The OECD Global Forum on Competition, Policy Roundtables, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*, 2006. Dimana dijelaskan mengenai penggunaan dan kedudukan *indirect evidence* dalam pembuktian kasus-kasus kartel yang dilakukan oleh negara-negara lain. Namun permasalahannya adalah penggunaan *indirect evidence* oleh KPPU yang berkaca pada negara-negara OECD tersebut tidak dapat dinyatakan sebagai sumber hukum yang sah.

Setelah menilai bahwa putusan yang dikeluarkan oleh KPPU tersebut didasari oleh teori maupun doktrin yang digunakan secara internasional, maka memang penggunaan *economic evidence* adalah sebenarnya sangat dibutuhkan untuk membuktikan adanya perjanjian antara pelaku usaha,

mengingat sulitnya untuk menemukan *direct evidence* dalam kasus-kasus semacam ini. Namun yang menjadi permasalahan adalah kemampuan aparat persaingan usaha Indonesia dalam hal melakukan pembuktian penetapan harga, dimana dibutuhkan kemampuan untuk menganalisa dan mengolah bukti-bukti tidak hanya secara hukum tapi juga secara ekonomi.

4.2 Saran

Berdasarkan hasil Kesimpulan tersebut maka penulis memberikan saran sebagai berikut :

1. Pemerintah seharusnya membuat suatu peraturan perundang-undangan yang secara jelas membahas mengenai *direct* dan *indirect evidence* yang digunakan dalam pembuktian Hukum Persaingan Usaha, melakukan perbaikan-perbaikan pada undang-undang formil mengenai Hukum Acara Persaingan Usaha yang dapat membentangkan ketentuan dan batasan-batasan yang jelas dalam hal pembuktian kasus-kasus seperti ini sehingga tidak lagi menimbulkan keaburan dan ketidakpastian hukum, guna melindungi konsumen maupun pelaku usaha. Karena memang pada dasarnya Undang-undang No. 5 Tahun 1999 ini diciptakan guna menciptakan persaingan usaha yang sehat.
2. KPPU dalam hal ingin memutus suatu perkara sebaiknya menggunakan alat-alat bukti yang tercantum di hukum positif dan juga sesuai dengan teori pembuktian lainnya agar terjadi kepastian hukum. Apabila bukti tidak langsung atau *indirect evidence* ingin digunakan, sebaiknya KPPU mencantukannya pada peraturan perundang-undangan terkait atau peraturan KPPU itu sendiri;
3. KPPU perlu menambah sumber daya manusia yang kompeten tidak hanya di bidang hukum tetapi juga di bidang ekonomi. Maka sebaiknya KPPU merekrut ekonom-ekonom yang memiliki kompetensi tinggi dan mengerti dengan baik iklim perekonomian bangsa sehingga dalam memutus suatu perkara dapat menggunakan

analisa dan tinjauan yang tidak hanya sesuai dengan hukum namun juga berdasarkan pendekatan-pendekatan yang melihat segi ekonomi dan dunia usaha di Indonesia pula.

4. Lembaga Peradilan sebaiknya mempersiapkan hakim yang memiliki spesialisasi dalam Hukum Persaingan Usaha. Karena memang dalam proses hukum di Pengadilan Negeri, Ketua PN menunjuk hakim yg sedapat mungkin terdiri dari hakim yg mempunyai pengetahuan yg cukup di bidang Hukum Persaingan Usaha (Pasal 5 ayat (1) PERMA No.3/2005). Untuk dapat memutus perkara persaingan usaha, maka sangatlah dibutuhkan hakim yang mengerti baik substansi maupun formalitas dari kasus persaingan usaha yang akan diputusnya.
5. KPPU dalam memutus perkara persaingan usaha seharusnya dilakukan secara berhati-hati, apalagi dunia usaha adalah salah satu penopang sendi-sendi perekonomian bangsa. Maka keberadaan para pelaku usaha sangatlah penting bagi perkembangan iklim ekonomi kita. Oleh karena itu KPPU harus mampu memberikan pertimbangan-pertimbangan yang tidak membuat para pelaku usaha tidak mau menjalankan lagi usahanya di Indonesia. Kepastian hukum sangatlah dibutuhkan oleh para pelaku usaha sehingga mereka akan merasa lebih aman dalam menjalankan usahanya, dan dengan sebaik mungkin berusaha untuk tidak melakukan hal-hal yang dilarang oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

DAFTAR REFERENSI

Bahan Pustaka Primer

- Anggraini, A.M. Tri. *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat Per Se Illegal atau Rule of Reason*. Cet.1. Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.
- Brazil OECD 2000 Report, elaborated by John Clark.
- Erawaty, A.F.Elly. *Kamus Hukum Ekonomi*. Jakarta: ELIPS, 1996.
- Fuady, Munir. *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999
- Ginting, Elyta Ras. *Hukum anti Monopoli Indonesia (Analisis dan Perbandingan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999)*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001
- Hamzah, Andi. *Hukum Acara Pidana Indonesia*. Jakarta: Sapta Artha Java, 1996.
- Hansen, Knud, et al., *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Jakarta: Katalis, 2001.
- Ibrahim, Jhonny. *Hukum Persaingan Usaha (Filosofi, Teori, Dan Implikasi Penerapannya di Indonesia)*. Cet.1. Jakarta : Bayumedia Publishing, 2006.
- KPPU. *Laporan Pengawas Persaingan Usaha Tahun 2001*. Jakarta, April 2002.
- Kotler, Philip. *Manajemen Pemasaran*. Jakarta: Prenhallindo, 2002.
- Matsuhita, Mitsuo. *International Trade and Competition Law in Japan*. Oxford University Press, 1993.
- Mertokusumo, Sudikno. *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Edisi Kelima. Yogyakarta: Liberty, 1998.
- Nadapdap, Binoto. *Hukum Acara Persaingan Usaha*. Jakarta: Jala Permata Aksara, 2009
- OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, Policy Brief Edisi Juni 2008.

- Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati. *Argumentasi Hukum*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005.
- Posner, Richard A. *Antitrust Law (Second edition)*. University of Chicago Press, 2001.
- Rajagukguk, Erman. *Peranan Hukum di Indonesia: Menjaga Persatuan Bangsa Memulihkan Ekonomi dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*. Jakarta: Pidato Dies Natalis 50 Tahun Universitas Indonesia, 2000.
- Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata. *Hukum Acara Perdata Dalam Teori dan Praktek*. Cetakan Kelima. Bandung: Mandar Maju, 2005.
- Rokan, Mustafa Kemal. *Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Praktiknya di Indonesia)*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet. 3. Jakarta : Penerbit Universitas Indonesia UI Press, 1986.
- Siswanto, Arie. *Hukum Persaingan Usaha*. Cet. 1. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.
- Sitompul, Asril. *Praktik Monopoli dan Persalngan Usaha Tidak Sehat*. Bandung: PT. Citra Aditya, 1999.
- Soepomo, R. *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*. Cetakan Keempat belas. Jakarta: Pradnya Paramita, 2000.
- Sri Mamudji *et al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Subekti, R. *Hukum Acara Perdata*. Cetakan Ketiga. Bandung: Binadpta, 1989
- Sudikno Mertokusumo dan A. Pitio. *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993.
- United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual*, §2R1.1 Commentary, Nov. 2005.
- Winardi. *Harga dan Penetapan Harga*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1992.

Wie, Thee Kian. *Aspek-Aspek Ekonomi Yang Perlu Diperhatikan Dalam Implementasi UU No. 5 Tahun 1999*. Jakarta: Jurnal Hukum Bisnis. Volume 7, 1999

Wiradiputra, Ditha. *“Perjanjian Yang Dilarang” dalam Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*. Depok : Lembaga Kajian Persaingan dan Kebijakan Usaha, 2003.

Bahan Pustaka Hukum Primer

Indonesia. Undang-undang Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, UU No. 5 Tahun 1999.

Indonesia. Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tentang Tata Cara Penanganan Perkara, Perkom No.1 Tahun 2010.

Indonesia. Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tentang Tata Cara Penanganan Perkara, Perkom No.1 Tahun 2006.

Indonesia. Peraturan Mahkamah Agung Tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU, Perma No. 03 Tahun 2005.

Bahan Pustaka Rujukan

Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2005),

Lain-lain

Farid F. Nasution, *Peranan Analisis Ekonomi dalam Pembuktian Pelanggaran Hukum Persaingan Usaha*, Media Berkala KPPU KOMPETISI (Edisi 10 2008).

KPPU. “Positioning Paper KPPU Terhadap *Fuel Surcharge Maskapai Penerbangan*”

www.kppu.go.id/docs/Positioning.../positioning_paper_fuel_surcharge.html , diunduh pada tanggal 1 Agustus 2010

Pusat Komunikasi Publik. "PUTUSAN KPPU TERHADAP MASKAPAI PENERBANGAN DINILAI MEMILIKI BANYAK KELEMAHAN".
<http://www.dephub.go.id/read/berita/2482>, diunduh pada tanggal 27 September 2010

<http://isharyanto-hukurn.com/makalah_seminar/Isharyanto-MAKALAH_SEMINAR_SAKSI_AHLI_UNTAG.doc> diakses pada tanggal 2 Oktober 2010.

http://www.bani-arb.org/bani_prosedur_ind.html diakses 2 Oktober 2010.

"Garuda Indonesia Ajukan Keberatan Terhadap Putusan KPPU"
<http://berita.liputan6.com/hukrim/201006/282229/Garuda.Indonesia.Ajukan.Keberatan.Putusan.KPPU>, diunduh pada tanggal 13 Desember 2010.