

**ANALISA PERJANJIAN PENETAPAN HARGA PADA PUTUSAN
PERKARA NO: 26/KPPU-L/2007 TENTANG KARTEL SMS
(SHORT MESSAGE SERVICE)**

TESIS

**NAMA : SIMON AUDRY HALOMOAN SIAGIAN
NPM : 0606151551**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
JAKARTA
DESEMBER 2008**

**ANALISA PERJANJIAN PENETAPAN HARGA PADA
PUTUSAN PERKARA NO: 26/KPPU-L/2007 TENTANG
KARTEL SMS (*SHORT MESSAGE SERVICE*)**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum


**NAMA : SIMON AUDRY HALOMOAN SIAGIAN
NPM : 0606151551**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
ILMU HUKUM EKONOMI
JAKARTA
DESEMBER 2008**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun yang dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.



Nama : **Simon Audry Halomoan Siagian**
NPM : **0606151551**
Tanda Tangan :
Tanggal : **30 Desember 2008**

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Simon Audry Halomoan Siagian
NPM : 0606151551
Program Studi : Magister Ilmu Hukum
Judul Thesis : Analisa Perjanjian Penetapan Harga Pada Putusan
Perkara No: 26/KPPU-L/2007 Tentang Kartel SMS

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Pascasarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Ketua Sidang/Penguji :
Dr. Nurul Elmiyah, S.H., M.H.



(.....)

Pembimbing/Penguji :
Kurnia Toha, S.H. LL.M., Ph.d

(.....)

Penguji :
Anjar Pachtawirana, S.H., M.H.



(.....)

Ditetapkan di : Jakarta
Tanggal : 30 Desember 2008

KATA PENGANTAR/ UCAPAN TERIMA KASIH

Puji dan syukur, dalam nuansa Natal hikmat, dan jauh sebelum adanya hari ini, Tuhan Yesus Kristus senantiasa memberi berkat, karunia dan anugerahnya kepada kita semua. Keberhasilan saya dalam menyelesaikan penulisan tesis ini, adalah bagian terkecil yang disediakanNya kepada saya. Tak lebih dari apa yang diinginkan Tuhan kepada saya setelah menyelesaikan studi di Program Pascasarjana pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia ini adalah menyaringkan suara keadilanNya, menghadirkan gema damai sejahtera, menjadi terang di tengah kegelapan dan memuliakan namaNya.

Selanjutnya saya menyadari sepenuhnya, bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih yang sedalam-dalamnya kepada :

1. Kepada orang tua: Prof. Dr. Ir. Pollung Hasiholan Siagian, M.S dan Corrie Rulia Hutajulu yang telah melahirkan saya, membimbing, memberikan makna dalam kehidupan saya hingga saat ini.
2. Kepada abangku Liberty Binsar Siagian, S.T, ditengah kebahagiaan ini, saya rindu abang membukakan hati untuk mendapatkan pasangan hidup. Kepada adikku Hardy Philindo Siagian, semoga cepat lulus dan mencintai bidang pengetahuan yang sedang dijalaninya.
3. Bapak Kurnia Toha, SH. LL.M. Ph.D., selaku dosen pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga dan pikirannya untuk mengarahkan saya dalam penyusunan tesis ini.
4. Kepada teman baikku Binaria Suryani Aritonang yang memberikan pengertian kepada saya yang sedang asyik dengan dunianya sendiri.
5. Kepada teman-temanku Franz Asido Tobing dan Muhammad Zaimul Umam sebagai teman diskusi yang saling mendukung. Andry Mora Limbong dan Heti Farida Yanti sebagai pengusung niat dan membantu

menyediakan sarana dan prasarana dalam memulai dan menjalani perkuliahan ini.

Akhir kata, saya mengucapkan terimakasih yang amat dalam bagi pihak-pihak yang tidak tersebut namanya dalam lembaran kecil ini, namun saya yakin berkontribusi bagi keberhasilan saya.

Bogor, 30 Desember 2008

Simon Audry Halomoan Siagian



**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS
AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

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

Nama : Simon Audry Halomoan Siagian
NPM : 0606151551
Program Studi : Pascasarjana
Departemen : Hukum Ekonomi/ Bisnis
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

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

Analisa Perjanjian Penetapan Harga Pada Putusan Perkara No: 26/KPPU-L/2007 Tentang Kartel SMS (Short Message Service)

beserta instrumen/disain/perangkat. Berdasarkan persetujuan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini, Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihkan bentuk, mengalihmediakan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (database), *merawat*, serta mempublikasikan tugas akhir saya selama mencantumkan nama saya sebagai penulis atau pencipta dan juga sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya secara sadar tanpa paksaan dari pihak manapun.

Dibuat di : Jakarta

Pada Tanggal : 30 Desember 2008

Yang menyatakan

(Simon Audry Halomoan Siagian)

ABSTRAK

Nama : Simon Audry Halomoan Siagian
Program Studi : Pascasarjana Fakultas Hukum UI
Judul : *Analisa Perjanjian Penetapan Harga Pada Putusan Perkara No: 26/KPPU-L/2007 Tentang Kartel SMS*

Perjanjian penetapan harga atau *price fixing* merupakan bentuk perjanjian yang dilarang dalam ketentuan hukum persaingan usaha di Indonesia. Tujuan yang ingin dicapai oleh pelaku usaha melalui perjanjian ini adalah mendapatkan laba yang sebesar-besarnya. Dalam prakteknya perjanjian penetapan harga tidak didasari niat pelaku usahanya untuk membentuk kartel harga, melainkan alasan efisiensi. Hal ini terjadi pada perjanjian interkoneksi untuk menetapkan tarif SMS *off-net* yang melibatkan operator penyelenggara jasa telekomunikasi. Bagaimana KPPU memutuskan perkara ini dan apa yang menjadi dasar dilarangnya perjanjian penetapan harga.

Kata Kunci :

Perjanjian Penetapan Harga, Efisiensi, dan Interkoneksi

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR / UCAPAN TERIMAKASIH	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
DAFTAR ISI	viii
BAB 1. PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Perumusan Masalah	10
1.3. Tujuan Penelitian dan Manfaat	11
1.4. Kerangka Teori dan Kerangka Konsep	12
1.5. Metodologi Penelitian	15
1.6. Sistematika Penulisan	16
BAB 2. TUJUAN PELARANGAN TERHADAP PERJANJIAN PENE-	
TAPAN HARGA	17
2.1. Definisi Perjanjian Penetapan Harga dan Dampak Negatifnya	18
2.2. Pendekatan <i>Per se Illegal</i> dan <i>Rule of Reason</i> dalam Perjanjian	
Penetapan Harga	23
2.2.1 Awal Mula Penerapan Pendekatan <i>Per se illegal</i> dan <i>Rule of</i>	
<i>Reason</i> di Amerika Serikat	27
2.2.2 Perkembangan Penerapan <i>Per Se Illegal</i> dan <i>Rule of Reason</i>	
pada Perjanjian Penetapan Harga di Amerika Serikat	30
2.3. Perjanjian Penetapan Harga dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun	
1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak	
Sehat	41
2.3.1 Kasus Perjanjian Penetapan Harga di Indonesia.....	41
2.3.2 Cakupan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ..	43
2.3.3 Cakupan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ..	47
2.3.4 Cakupan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ..	48
2.3.5 Cakupan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ..	50
2.4. Alasan Dilarangnya Perjanjian Penetapan Harga Dalam Undang-	
Undang 5 Tahun 1999	51
BAB 3. PERJANJIAN PENETAPAN HARGA PADA PUTUSAN	
PERKARA NO: 26/KPPU-L/2007 TENTANG KARTEL SMS	57
3.1. Duduk Perkara Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel	
SMS	57
3.2. Pertimbangan KPPU dalam Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007	
tentang Kartel SMS	61
3.3. Kesesuaian Tujuan dari Pelarangan Perjanjian Penetapan Harga dengan	
Pertimbangan KPPU dalam Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007	
tentang Kartel SMS	69
BAB 4. KESIMPULAN DAN SARAN	75
DAFTAR PUSTAKA	78

BAB 1 PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Letter of Intent yang ditandatangani Indonesia dan IMF (*International Monetary Fund*) antara lain berisi “desakan” kepada pemerintah untuk mempersiapkan Rancangan Undang-undang Antimonopoli.¹ Di tengah masa transisi itu, Bacharuddin Jusuf Habibie yang menjabat sebagai Presiden Republik Indonesia pada tanggal 5 Maret 1999 mengesahkan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.² Banyak negara sudah mempunyai regulasi tentang larangan praktek monopoli atau hukum persaingan usaha (*competition law*).³

Urgensi diterapkannya hukum persaingan usaha di suatu negara bertujuan untuk memelihara kondisi kompetisi yang bebas (*maintenance of free competition*), mencegah penyalahgunaan kekuatan ekonomi (*prevention of abuse of economic power*) dan melindungi konsumen (*protection of consumers*).⁴ Realisasi dari tujuan tersebut akan menciptakan berbagai kondisi seperti: harga yang lebih rendah, pilihan produk yang lebih banyak, terciptanya inovasi guna meningkatkan kualitas suatu produk, proses produksi yang lebih baik dan pemborosan yang lebih kecil atas penggunaan sumber daya yang sifatnya terbatas.⁵

¹ Erman Rajagukguk mengatakan bahwa anggapan ini sepenuhnya tidaklah tepat, karena sejak tahun 1992, Fakultas Hukum Universitas Indonesia sudah membuat kerja sama dengan Departemen perindustrian dan perdagangan dalam pembuatan Rancangan Undang-Undang Anti Monopoli. Tetapi saat itu *draft*-nya tidak pernah sampai ke tangan DPR yang kala itu masih bersifat otoriter dibawah rezim Soeharto. Lihat: Emmy Yuhassarie dan Tri Harnowo (ed), *Filosofi dan Latar Belakang UU No.5/1999 (secara ekonomis) dan Status/Kelembagaan, Wewenang & Tugas KPPU*, (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2004), hal 321.

² Indonesia, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 tahun 1999, LN No. 33 tahun 1999, TLN No. 3817.

³ Berbagai istilah yang dikenal dan sering digunakan untuk menunjukkan instrument hukum yang mengatur persaingan dan monopoli seperti, *Antimonopoly Law, Antitrust Law, Unfair Trade Practices Law dan Fair Competition Law*. Lihat: Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, cet 1, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hal. 24-25.

⁴ *Ibid.* hal 26-28.

⁵ *Ibid.*

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 juga mempunyai tujuan yang sama, yaitu menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi nasional dalam rangka meningkatkan kesejahteraan sosial.⁶ Tujuan tersebut akan membuat dunia usaha dapat tumbuh dan berkembang secara sehat dan benar, sehingga tercipta iklim persaingan yang sehat, serta terhindarnya pemusatan kekuatan ekonomi pada perorangan atau kelompok tertentu. UU 5/99 bertujuan untuk menegakkan aturan hukum di bidang persaingan usaha dan memberikan perlindungan yang sama bagi setiap pelaku usaha, guna mendorong pembangunan ekonomi dalam upaya meningkatkan kesejahteraan umum.⁷

Secara ideal persaingan memiliki banyak aspek positif. Namun bagi pelaku usaha, persaingan kerap dipandang sebagai sesuatu yang kurang menguntungkan. Bahkan Adam Smith sejak tahun 1776, melalui karyanya *The Wealth of Nations*, mengemukakan kecenderungan manusia untuk tidak bersaing dengan yang lain:

“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the contrivance ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raises prices”.⁸

Penggalan kalimat diatas memberi penegasan bahwa, persekongkolan (*conspiracy*) antar pelaku usaha adalah tendensi akhir yang sering terjadi, semata-mata untuk menaikkan harga yang akan dikenakan kepada konsumen. Mueller juga menambahkan tiga jalur yang bisa ditempuh para pelaku usaha untuk menghindari persaingan:⁹

- a) *by forcing competing firms out of business (e.g. predation)*;
- b) *by buying out those competing firms (merger)*; dan
- c) *by colluding with those competitor (e.g. to collectively raise price)*.

Salah satu bentuk kolusi (*colluding*) antar pelaku usaha dikenal dengan istilah perjanjian penetapan harga atau *price fixing agreement* (sering disebut *price fixing* saja).

⁶ Pasal 3 huruf a Undang-undang 5 Tahun 1999. Untuk selanjutnya disebut UU 5/99; atau digunakan secara bergantian

⁷ Emmy Yuhassarie dan Tri Harnowo (ed), *Filosofi dan Latar Belakang UU No. 5/1999 (secara ekonomis) dan Status/Kelembagaan, Wewenang & Tugas KPPU*, (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2004), hlm xvi.

⁸ Arie Siswanto, *Op.Cit.*, hal 33.

⁹ *Ibid*, hal 32.

Perjanjian penetapan harga adalah salah satu larangan ketentuan paling tua yang diperangi dalam sejarah hukum persaingan usaha, karena merugikan konsumen secara langsung.¹⁰ *Black's Law Dictionary* memberikan definisi *price fixing*, yaitu *the artificial setting or maintenance of price at certain level, contrary to the workings of the free market* [merekayasa atau mengatur harga pada level tertentu yang bertentangan dengan cara bekerjanya pasar].¹¹ Terdapat 2 (dua) hal pokok dari definisi tersebut, yaitu:

- a) perbuatan tersebut bersifat buatan/dibuat/rekayasa (*artificial*), untuk menetapkan harga pada tingkatan tertentu;
- b) perbuatan tersebut bertentangan dengan cara bekerjanya pasar bebas.

Competition law tertua adalah *Sherman Act* yang diberlakukan Amerika Serikat (AS) pada tahun 1890. Perjanjian penetapan harga merupakan ketentuan pertama yang dilarang dalam *Sherman Act*. Selengkapnya pasal 1 *Sherman Act* menyatakan:

“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several State, or with foreign nations, is declared to be illegal.”

Secara eksplisit, pasal 1 dari *Sherman Act* tidak memunculkan terminologi perjanjian penetapan harga. Tetapi dengan melakukan penafsiran dan interpretasi yang luas, kita dapat melihat apakah perjanjian penetapan harga dikategorikan sebagai ketentuan yang dilarang dalam *Sherman Act*. Dari rumusan pasal 1 *Sherman Act* yang termasuk sebagai ketentuan yang dilarang adalah setiap perjanjian (*every contract*, termasuk perjanjian penetapan harga) yang dilakukan oleh pelaku usaha, yang bersifat menghambat dan/atau membatasi perdagangan (*restraint of trade*). Perjanjian penetapan harga yang mempunyai sifat menghambat inilah yang umumnya dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya. Isi dari perjanjian tersebut adalah menaikkan harga atau

¹⁰ Udin Silalahi, *Perjanjian kerja sama (tidak) membuahakan kartel sms*, <http://www.csis.or.id/scholars_opinion_view.asp?op_id=673&id=33&tab=3>, 1 Agustus 2008.

¹¹ *Garner, Bryan A, Black's Law Dictionary, 8th edition, West Publishing Co, 2004*

menetapkan harga pada level tertentu yang bertujuan untuk meningkatkan harga barang atau jasa setinggi mungkin dan memaksimalkan keuntungan.¹²

Perjanjian penetapan harga memiliki potensi untuk mendistorsi pasar karena menimbulkan kenaikan harga yang sangat tinggi. Harga yang mahal akibat perjanjian penetapan harga dikarenakan harga yang terbentuk tidak melalui mekanisme pasar atau hukum *supply* dan *demand* sebagaimana mestinya. Perjanjian penetapan harga mengakibatkannya tidak terjadinya mekanisme penyesuaian secara otomatis (*automatic adjustment*).¹³ Akibatnya konsumen tidak mempunyai pilihan lain selain harus membayar pada level harga telah ditentukan.¹⁴

Dalam perkembangannya perjanjian penetapan harga dilakukan dengan berbagai macam cara, antara lain dengan menetapkan harga pada tingkat tertentu, menaikkan, menurunkan, atau sebaliknya menstabilkan. Cara lain yang lebih terselubung untuk menetapkan harga adalah dengan melakukan pemasangan iklan atau promosi atas harga barang dan atau jasa baik di media massa maupun media elektronik, yang disebut dengan *tacit agreement*.¹⁵ Perjanjian penetapan harga dapat juga dilakukan dengan menetapkan harga dibawah harga pasar (*minimum price fixing*). Walaupun hal ini menguntungkan konsumen, penetapan tersebut tetap tergolong sebuah konspirasi illegal, karena akan mematikan pesaing lainnya.

Perjanjian penetapan harga bisa terjadi melalui dua cara: Pertama, *horizontal price fixing*, terjadi apabila terdapat lebih dari satu perusahaan yang

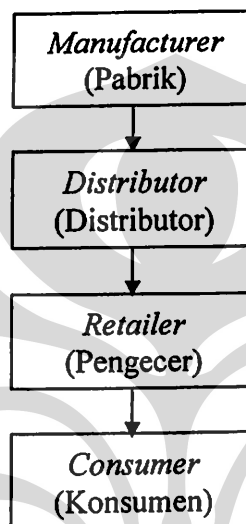
¹² R.S. Khemani dan DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, (Paris: Organization for Economic Co-Operation and Development, 1990), hal 69.

¹³ *Automatic adjustment* adalah proses penyesuaian secara otomatis berdasarkan keseimbangan penawaran dan permintaan dengan harga sebagai signal. Jika permintaan meningkat sedangkan penawaran tetap maka akan berdampak pada kenaikan harga. Kenaikan harga inilah yang menjadi signal bagi pendatang baru untuk masuk ke pasar. Sebaliknya, jika permintaan berkurang sementara penawaran tetap maka akan berdampak pada penurunan harga. Penurunan harga ini akan menjadi signal bagi produsen untuk mengurangi penawaran atau keluar dari pasar. Lihat: Dendi Ramdani, *Analisis persaingan usaha Industri Penerbangan*, Jurnal Hukum Persaingan Usaha, Lembaga kajian Persaingan dan Kebijakan Usaha Fakultas Hukum Universitas Indonesia vol 1, mei, 2004, hal. 10

¹⁴ R.S. Khemani dan DM. Shapiro *Op.Cit*, hal 51

¹⁵ *Tacit agreement* merupakan bentuk perjanjian penetapan harga di mana seorang pelaku usaha memberi sinyal kepada pelaku usaha lain dengan jalan membatasi output atau mengumumkan perubahan harga dengan harapan diikuti oleh pelaku usaha lain. Lihat: Cenuk Widiyastrisna Sayeti, "Penerapan Pendekatan Per Se Illegal Pada Perjanjian Penetapan Harga", Jurnal Hukum Bisnis, vol. 27, No.1, 2008, hal 51 dan 56.

berada pada tahap produksi yang sama (dengan demikian sebenarnya perusahaan tersebut saling bersaing satu sama lain), menentukan harga jual produk mereka dalam tingkat yang sama. Kedua, *vertical price fixing*, terjadi apabila suatu perusahaan yang berada dalam tahap produksi tertentu, menentukan produk yang harus dijual oleh perusahaan lain yang berada dalam tahap produksi yang lebih rendah. (Contoh: apabila sebuah perusahaan distributor menentukan harga barang yang harus dijual pada konsumen pengecer. Lihat gambar 1.1).¹⁶



Gambar 1.1 Proses umum pada praktek pemasaran.

Perjanjian penetapan harga juga dapat terjadi dengan beberapa variasi tindakan:¹⁷

- a) *Resale Price Maintenance (RPM) Arrangements*, terjadi pada praktek pemasaran dimana seorang (atau suatu perusahaan) pengecer atas dasar perjanjian dengan distributor atau produsen setuju untuk menjual barang/jasa dengan harga tertentu atau harga minimum tertentu.
- b) *Vertical Maximum Price Fixing*, terjadi dalam hal produsen atau distributor suatu produk membuat kesepakatan dengan pengecer yang isinya mewajibkan pengecer itu untuk menjual produk di bawah harga maksimum yang ditetapkan oleh produsen atau distributornya.
- c) *Consignments*, terjadi apabila suatu perusahaan pengecer menjual barang yang secara legal masih menjadi milik produsen dan sebagai

¹⁶ Arie Siswanto, *Op.cit.*, hal 40.

¹⁷ *Ibid.* hal 40-41.

imbalannya ia memperoleh komisi penjualan. Walaupun mekanisme *consignments* (penitipan atau konsinyasi) masih dalam perdebatan, pada prinsipnya sekali produsen atau distributor telah menjual produknya kepada pengecer, ia tidak bisa lagi menentukan harga jual yang harus dipasang oleh pengecer itu kepada konsumen.

Undang-undang 5 Tahun 1999 pada bab III bagian kedua mulai dari pasal 5 sampai dengan pasal 8 menempatkan perjanjian penetapan harga sebagai bentuk perjanjian yang dilarang. UU 5/99 nampaknya tidak memisahkan struktur antara perjanjian penetapan harga yang bersifat horisontal dan vertikal, hal ini terlihat dari pemakaian judul: “penetapan harga”.¹⁸ Berikut rumusan lengkap dari pasal-pasal tersebut :

- Pasal 5 ayat 1 : Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggannya pada pasar bersangkutan yang sama.
- Pasal 5 ayat 2 : Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak berlaku bagi: a) suatu perjanjian yang dibuat dalam suatu usaha patungan; atau b) suatu perjanjian yang didasarkan undang-undang yang berlaku.
- Pasal 6 : Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar dengan harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pembeli lain untuk barang dan atau jasa yang sama.
- Pasal 7 : Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga dibawah harga pasar, yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.
- 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.

¹⁸ Knud Hansen, *et al.*, Undang-Undang No. 5 Tahun 1999: Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat [*Law Concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Competition*], cet. II, (Jakarta: Katalis, 2002), hal 136-137.

Berdasarkan rumusannya, pasal 5 dan 7 UU 5/99 masuk dalam kategori hambatan horisontal, sedangkan pasal 8 UU 5/99 masuk dalam kategori hambatan vertikal. Pasal 6 UU 5/99 memungkinkan beberapa versi interpretasi, namun ketentuan tersebut dapat diartikan sebagai larangan diskriminasi harga baik secara horisontal maupun vertikal.¹⁹

UU 5/99 memberi amanat kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai badan otoritas persaingan di Indonesia. Sebagai lembaga *quasi* peradilan, KPPU diberi kewenangan untuk memberi putusan apabila terjadi pelanggaran menyangkut ketentuan UU 5/99. Sampai tulisan ini dibuat, terdapat 7 (tujuh) putusan yang berkaitan dengan perjanjian penetapan harga yang dirilis melalui situs resmi KPPU, yaitu:²⁰

- a) Putusan Nomor 02/KPPU-I/2003 tentang penetapan harga angkutan kargo untuk trayek Jakarta-Pontianak-Jakarta;
- b) Putusan Nomor 03/KPPU-I/2003 tentang penetapan tarif dan kuota angkutan kapal peti kemas jalur Makassar-Surabaya-Makassar;
- c) Putusan Nomor 5/KPPU-I/2003 tentang penetapan tarif bus kota Patas AC;
- d) Putusan Nomor 8/KPPU-I/2005 tentang penyediaan jasa survey gula impor oleh PT. Sucofindo dan PT. Surveyor Indonesia;
- e) Putusan Nomor 10/KPPU-L/2005 tentang kartel perdagangan garam ke Sumatera Utara;
- f) Putusan Nomor 11/KPPU-I/2005 tentang distribusi Semen Gresik di wilayah Jawa Timur; dan
- g) Putusan Nomor: 26/KPPU-L/2007 tentang kartel SMS.

Dari ketujuh kasus tersebut yang akan menjadi pembahasan penting dalam penulisan ini adalah Putusan Nomor: 26/KPPU-L/2007 tentang kartel SMS. Kasus kartel SMS terkait dengan sektor telekomunikasi sebagai suatu usaha pelayanan jasa yang sarat dengan teknologi tinggi. Dalam sektor telekomunikasi yang kompetitif, setiap operator sebagai penyelenggara jasa telekomunikasi diwajibkan untuk melakukan kerjasama interkoneksi.²¹ Oleh karena itu, perjanjian

¹⁹ *Ibid.*, hal 136 dan 169.

²⁰ www.kppu.go.id, diakses 21 Oktober 2008.

²¹ Mas Wigrantoro Roes Setiyadi, *Interkoneksi dan Reformasi Telekomunikasi*, <http://insteps.or.id/File/media/reformasi%20Kebijakan%20Interkoneksi.pdf>, diakses tanggal 12 November 2008.

kerja sama di sektor telekomunikasi adalah hal yang biasa, bahkan boleh dikatakan sesuatu yang diharuskan.

Penyelenggaraan sektor telekomunikasi di Indonesia pada awalnya dilakukan secara monopoli dengan dikeluarkannya Undang-Undang No. 3 Tahun 1989 tentang Telekomunikasi. Terdapat 4 (empat) alasan yang melandasinya praktek monopoli dalam sektor tersebut yaitu: *pertama* besarnya investasi sehingga hanya satu pelaku usaha yang dapat menyediakan jasa telekomunikasi dengan biaya yang lebih rendah dibandingkan bila disediakan oleh dua pelaku usaha atau lebih. *Kedua* adalah adanya *network externalities* sehingga perlu disediakan secara monopoli. *Network externalities* muncul di sektor telekomunikasi karena nilai kegunaan jaringan meningkat seiring dengan bertambahnya jumlah pengguna, sehingga jaringan dengan banyak pengguna lebih bernilai dibandingkan beberapa jaringan kecil yang tidak saling terhubung. Alasan *ketiga* adalah diperlukannya subsidi silang antar layanan yang disediakan, subsidi silang ini menjamin pengguna pada jasa telekomunikasi dasar tertentu dapat berkomunikasi dengan harga yang terjangkau, misalnya, koneksi lokal lebih murah dibanding Saluran Langsung Jarak Jauh (SLJJ) dan Saluran Langsung Internasional (SLI). Alasan *keempat* adalah alasan kedaulatan, keamanan, atau perlindungan terhadap bidang strategis bagi negara sehingga penyediaannya perlu dijaga oleh pemerintah.²² Tetapi dengan dikeluarkannya Undang-Undang No.36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi, kegiatan penyelenggaraan telekomunikasi dimungkinkan dilaksanakan oleh pihak swasta yang mengakhiri era monopoli menuju persaingan bebas, walaupun tersisa segudang masalah seperti keberadaan perusahaan *incumbent* dan *new entrant*.²³

Perkembangan jasa telekomunikasi bergerak secara tahap demi tahap. Pada tahap awal, telekomunikasi umumnya dikenal dengan istilah teleponi, yaitu sambungan telepon tetap yang menggunakan tembaga. Tahap berikutnya adalah teleponi dengan sambungan bergerak seluler. Baik fungsi teleponi atau seluler awalnya hanya menghubungkan komunikasi suara (*voice*) secara langsung atau

²²<http://www.kppu.go.id/baru/index.php?type=art&aid=499&encodurl=11%2F20%2F08%2C05%3A11%3A41d>, di akses 9 November 2008.

²³ Perusahaan *incumbent* adalah perusahaan lama yang sudah ada di pasar. Sedangkan perusahaan *new entrant* adalah perusahaan pendatang baru.

dua arah dalam waktu bersamaan. Banyak inovasi yang telah tercipta di bidang telekomunikasi dan salah satunya adalah layanan *short message service* (SMS). Pelayanan SMS adalah salah satu bentuk layanan penyedia jasa telekomunikasi berupa fasilitas pengiriman pesan singkat satu arah dari satu pemilik *handset* kepada pemilik *handset* lainnya.

Kini perkembangan teknologi telah memasuki konvergensi antara teknologi telekomunikasi, teknologi informasi dan penyiaran. Teknologi telekomunikasi tidak mengenal batas negara (*borderless*), sehingga diperlukan bentuk pengaturan yang melindungi kepentingan bangsa dan negara, sekaligus memperhitungkan hal-hal yang bermanfaat yang menjadi karakter alamiah dari teknologi itu sendiri.²⁴ Era pasar bebas kewajiban bagi operator untuk melakukan kerjasama interkoneksi dengan operator lain agar pelanggan dapat tersambung ketika hendak menghubungi pelanggan pada operator lain.²⁵

Dalam kasus kartel SMS, dugaan perjanjian penetapan harga berawal dari perjanjian kerja sama interkoneksi antara operator yang satu dengan yang lain, dalam bentuk perjanjian kerjasama (PKS) interkoneksi untuk menetapkan besaran tarif SMS *off-net*, atau biaya SMS menyangkut lintas operator. KPPU dalam putusannya menyatakan enam operator telepon seluler, PT Excelcomindo Pratama Tbk (XL), PT Telkomsel, PT Telkom Tbk, PT Bakrie Telecom Tbk, PT Mobile-8 Telecom, dan PT Smart Telecom terbukti bersalah melakukan perjanjian penetapan harga dan melanggar Pasal 5 ayat 1 UU No. 5/1999. KPPU juga memutuskan terdapat kerugian konsumen hingga Rp 2,827 triliun.²⁶

Banyak aspek hukum yang patut dikaji dari PKS interkoneksi ini, karena penetapan harga merupakan *hardcore cartel* (kartel inti). Perjanjian penetapan harga merupakan bentuk dari kartel harga yang dilarang oleh setiap rezim hukum persaingan usaha di dunia. Hampir tidak ada pembenaran atas hal ini selain oleh

²⁴ Hinca IP Panjaitan, *Undang-Undang Telekomunikasi-Partisipasi Publik dan Pengaturan Setengah Hati*, (Jakarta: Internews Indonesia, 2000), hal 7.

²⁵ Buckley mengatakan tentang interkoneksi: "*Interconnection is fundamental to the operation of a competitive market, and ensures the necessary facility of any-to-any connection between compatible device in national and international.*" Lihat: John Buckley, *Telecommunication Regulation*, (London: IEE Telecommunication Series; 50, 2003) hal 42.

²⁶ Putusan Perkara Nomor: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS, butir 6.1.4, hal 207.

para pelaku kartel itu sendiri.²⁷ Dalam pembelaannya para tergugat mendalilkan bahwa tujuan dilakukan PKS interkoneksi bukan bertujuan untuk membentuk kartel harga tetapi menjaga stabilitas jaringan. Hal ini juga dibenarkan oleh pendapat KPPU dalam putusannya yang mengatakan:

“Majelis Komisi menilai bahwa motif XL dan Telkomsel mencantumkan klausula harga dalam PKS interkoneksi adalah untuk menghindari *spamming* yang dilakukan oleh operator *new entrant*, bukan untuk membentuk suatu kartel”.²⁸

Muncul permasalahan sekarang adalah, apakah yang menjadi alasan pokok dilarangnya setiap perjanjian penetapan harga dalam hukum persaingan, khususnya UU 5/99? Pertanyaan ini muncul, mengingat dalam kasus kartel SMS, operator mendalilkan perbuatan mereka tidak didasari niat untuk mendapatkan profit yang sangat besar. Perlu ditelusuri apakah perjanjian kerja sama interkoneksi SMS antar operator seluler tersebut memang mengatur tarif harga jual kepada konsumen akhir atau tidak? Hal penting lainnya adalah apakah PKS interkoneksi terbukti menimbulkan dampak persaingan yang mempunyai sifat menghambat?

Dengan latar belakang masalah-masalah seperti yang diuraikan diatas, penulis tertarik untuk menganalisa, apakah tujuan dari dilarangnya perjanjian penetapan harga sudah sesuai dengan putusan KPPU dalam kasus kartel SMS. Untuk itu penulis ingin menuangkannya dalam bentuk sebuah tesis yang berjudul: **ANALISA PERJANJIAN PENETAPAN HARGA PADA PUTUSAN PERKARA NO: 26/KPPU-L/2007 TENTANG KARTEL SMS (SHORT MESSAGE SERVICE).**

1.2 Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian sebagaimana dipaparkan dalam latar belakang penulisan diatas, maka disusun perumusan masalah sebagai berikut:

1. Apa yang menjadi tujuan dilarangnya perjanjian penetapan harga dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat?

²⁷ Junaidi, Kartel SMS, Permasalahan Kekosongan Hukum?, Bisnis Indonesia, 4 Juli 2008.

²⁸ Putusan Perkara Nomor: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS, butir 5.5.2.34, hal 201.

2. Apakah putusan KPPU dalam Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 sudah sesuai dengan tujuan pelarangan perjanjian penetapan harga tersebut?

1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian

Berdasarkan pokok permasalahan di atas, terdapat tujuan pokok yang hendak dicapai dari penulisan tesis ini, yang terdiri dari tujuan objektif dan tujuan subjektif. Tujuan objektif yang hendak dicapai yaitu:

1. Untuk mengetahui tujuan dilarangnya perjanjian penetapan harga dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
2. Untuk mengkaji kesesuaian antara putusan KPPU dalam Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 dengan tujuan pelarangan perjanjian penetapan harga.

Sedangkan tujuan subjektifnya yang hendak dicapai adalah guna memenuhi persyaratan dalam meraih gelar S-2 Magister Hukum pada Program Pasca Sarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

Manfaat yang ingin dicapai dari penulisan tesis ini terdiri dari kegunaan teoritis dan kegunaan praktis, sebagai berikut:²⁹

1. Kegunaan Teoritis, sebagai sumbangan pemikiran bagi pengembangan bidang ilmu hukum, khususnya hukum antimonopoli, dalam memahami tujuan pelarangan perjanjian penetapan harga.
2. Kegunaan Praktis, sebagai sumbangan pemikiran dari sudut pandang hukum bagi, dalam hal ini lembaga peradilan apabila dikemudian hari terjadi sengketa yang berkaitan dengan perjanjian penetapan harga. Penulisan tesis ini juga diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi pihak yang berkaitan langsung dengan proses perumusan kebijakan-kebijakan hukum persaingan usaha.

²⁹ Kegunaan teoritis menggambarkan manfaat penelitian bagi pengembangan ilmu tertentu atau untuk mendalami bidang ilmu tertentu dalam penelitian murni atau penelitian dasar. Kegunaan praktis penelitian, dalam hal ini manfaatnya bagi penyelesaian permasalahan atau penerapan suatu upaya tertentu. Lihat: Sri Mamuji, *et.al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum dan Penulisan Hukum*, cet 1, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal 22.

1.4 Kerangka Teori dan Kerangka Konsep

Hukum persaingan usaha bukan bertujuan untuk melindungi pesaing yang dilakukan oleh pelaku usaha, tetapi untuk melindungi terciptanya proses efisiensi. Hal ini juga berlaku dalam bisnis telekomunikasi.³⁰ Efisiensi merupakan kajian yang sangat dekat dengan ekonomi. Oleh karena itu, apakah suatu perbuatan hukum (dalam hal ini *price fixing*) menghasilkan atau mendukung terciptanya efisiensi kerap harus diuji melalui analisa ekonomi. Analisa ekonomi terhadap hukum dimaksudkan sebagai sebuah pendekatan yaitu pendekatan ekonomi terhadap hukum atau dengan kata lain studi kritis hukum melalui pendekatan ekonomi.³¹

Pendekatan ekonomi dalam ilmu hukum, umumnya menggunakan pendekatan *positive analysis* dan *normative analysis*. *Positive analysis* menggagas ide mengenai bagaimana yang seharusnya atau memprediksi apa yang akan terjadi (*how things are, or to predict how things will be*), tanpa menanyakan apa yang seharusnya terjadi. *Positive analysis* dibagi menjadi 2 (dua), pertama *positive theories of legal doctrine*, yang beranggapan hukum hanya dapat dipahami dengan menggunakan pendekatan ekonomi dan untuk memperbandingkan alasan pengaturan dalam hukum tersebut. Kedua *legal impact analysis*, yang ingin memahami perilaku dari pelaku ekonomi dalam merespon hukum yang dibuat baik oleh legislatif maupun melalui keputusan pengadilan.³²

Pendekatan *normative analysis* menekankan faktor efisiensi dalam analisisnya. *Normative analysis* mengkaji nilai-nilai sosial yang terdapat dalam masyarakat untuk diterapkan dalam hukum. Dua pilar utama yang sering dijadikan distingsi dalam mengkaji konsep efisiensi adalah *Kaldor-Hicks efficiency* dan *Pareto efficiency*. *Kaldor-Hicks efficiency* atau *wealth maximization* mempertanyakan, apakah ketentuan hukum yang berlaku tidak mengakibatkan

³⁰ Mark Naftel, *Countdown to 1998: Status Of Telecommunication Competition in Europe and Comparison With the United States*, Journal of Transnational Law and Policy Fall, vol.7, 1997, hal 1-25

³¹ Musyassarotussolichah, *Aliran Teori Hukum Kritis: Analisa Ekonomi Terhadap Hukum (The Economic Analysis of Law dalam Jurisprudence: Hilaire McCoubrey dan Nigel D White)*, (Yogyakarta: Program Pasca Sarjana UII, tanpa tahun), hal 3.

³² Bruce Chapman, *Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency*, dalam *Economic Analysis of Law: A European Perspective*, editor: Aristides N Hatziz (Cheltenham, United Kingdom: Elgar, 2003), hal 1-2.

seorang lainnya bertambah buruk? Pendekatan ini sering disebut dengan *cost benefit analysis*. Sedangkan *Pareto efficiency* atau *Pareto superiority* mempertanyakan apakah ketentuan hukum yang berlaku membuat seseorang lebih baik dengan tidak mengakibatkan yang lain bertambah buruk?³³

Tidak semua kajian efisiensi dapat diterapkan pada kondisi yang berbeda. Oleh karena itu baik pendekatan *positive analysis* dan *normative analysis* sebenarnya tidak dapat dipisahkan, karena keduanya bersifat saling melengkapi manakala dihadapkan pada keadaan *minus mallum* atau keadaan terbaik yang harus dipilih manakala tidak ada pilihan yang terbaik.

Salah satu teori efisiensi dikemukakan oleh Simon Evenett yang mengartikan efisiensi dalam 2 (dua) kategori. *Pertama* efisiensi statis (*static efficiency*), yaitu ketika nilai maksimal dari jumlah surplus konsumen dan produsen berlangsung pada saat tertentu saja (*at a point in time*). *Kedua* efisiensi dinamik (*dynamic static*), yaitu ketika nilai maksimal dari jumlah surplus konsumen dan produsen berlangsung sepanjang waktu atau dalam periode tertentu (*over time or over a specific tie horizon*). Efisiensi dinamik menciptakan dampak bagi perkembangan teknologi, inovasi dan pengembangan terhadap varietas produk.³⁴

Untuk menunjang penulisan tesis ini, dibuatkan beberapa definisi operasional guna menguraikan pengertian dari berbagai istilah, yaitu:

- a) Perjanjian, adalah persetujuan secara eksplisit maupun implisit di antara pelaku usaha yang saling bersaing dengan tujuan saling menguntungkan.³⁵
- b) Kartel adalah perjanjian (sifatnya) formal di antara perusahaan-perusahaan dalam industri yang bersifat *oligopoly*.³⁶
- c) Perjanjian Penetapan Harga (*Price Fixing Agreement*) adalah perjanjian di antara (para) pihak penjual untuk menaikkan harga

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* hal 4

³⁵ R.S. Khemani dan DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1990, *Op. Cit.*, hal 11.

³⁶ Untuk kepentingan penulisan ini perlu dijelaskan bahwa setiap anggota kartel dapat menyetujui beberapa kesepakatan termasuk harga. Kartel juga mempunyai persamaan arti dengan kolusi yang bertujuan saling memberikan keuntungan bagi anggotanya. *Ibid.*, hal 18-19.

dengan tujuan menghambat persaingan antar perusahaan guna meraih keuntungan yang (lebih) tinggi.³⁷

- d) Harga pasar adalah harga yang dibayar dalam transaksi produk sesuai kesepakatan antara para pihak di pasar bersangkutan.³⁸
- e) Produk adalah barang dan atau jasa yang dihasilkan melalui proses produksi.³⁹
- f) Pasar adalah tempat dimana para penjual dan pembeli baik secara langsung maupun tidak langsung dalam melakukan transaksi perdagangan atas suatu produk.
- g) Kekuatan Pasar (*Market Power*) adalah kemampuan dari pelaku usaha atau grup perusahaan untuk meningkatkan atau mengatur harga di atas tingkat harga persaingan yang mencerminkan harga pasar atau kekuatan monopoli.⁴⁰
- h) Monopoli adalah situasi pasar di mana hanya terdapat penjual tunggal dalam satu pasar.⁴¹
- i) Oligopoli adalah adalah situasi pasar di mana terdapat beberapa penjual dalam satu pasar.
- j) Praktek Anti Persaingan, artinya menunjuk pada praktek-praktek bisnis di mana perusahaan atau group perusahaan dapat mengupayakan pembatasan persaingan *inter-firm* (antar perusahaan) untuk meningkatkan keuntungan atau memelihara posisi pasar, tanpa

³⁷ *Ibid.*, hal 69.

³⁸ Mengacu pada definisi dari pasal 1 angka 14 Undang-undang 5 Tahun 1999.

³⁹ Undang-undang 5 Tahun 1999 nampaknya mengklasifikasi produk atas barang dan jasa. Definisi barang menurut pasal 1 angka 16 adalah *setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha*. Sedangkan definisi jasa menurut pasal 1 angka 17 adalah *setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha*. Untuk selanjutnya definisi barang dan/atau jasa secara bersama-sama akan ditulis dengan istilah produk, kecuali ditegaskan lain.

⁴⁰ R.S. Khemani dan DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1990, *Op. Cit.*, hal 57.

⁴¹ *Ibid.*, hal 59.

menyediakan barang dan jasa yang diperlukan dengan tingkat biaya rendah atau kualitas yang lebih tinggi.⁴²

- k) Pasar yang bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas produk yang sama atau sejenis atau substitusi dari produk tersebut.⁴³
- l) Posisi dominan adalah keadaan dimana pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi diantara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan produk tertentu.⁴⁴
- m) Diskriminasi Harga (*Price Discrimination*) adalah penetapan harga yang berbeda terhadap pelanggan di segmen pasar yang berbeda atas suatu produk, atas dasar alasan yang tidak relevan dengan biaya (*cost*).⁴⁵
- n) Pengaturan Harga (*Price Regulation*) adalah kebijakan pemerintah (institusi yang berwenang) untuk menetapkan harga berdasarkan undang-undang atau peraturan yang berlaku.⁴⁶

1.5 Metodologi Penelitian

Penulisan tesis ini menggunakan pendekatan yuridis normatif yang didasarkan pada asas-asas hukum, konsep-konsep dan norma-norma yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan persaingan usaha yang berlaku serta teori-teori hukum yang berkaitan dengan fakta-fakta yuridis yang relevan dengan masalah hukum yang akan dianalisis. Kajian sentral dari penulisan tesis ini adalah tujuan dari pelarangan perjanjian penetapan harga.

⁴² *Ibid.*, hal 12.

⁴³ Mengacu pada definisi dari pasal 1 angka 10 Undang-undang 5 Tahun 1999.

⁴⁴ Mengacu pada definisi dari pasal 1 angka 4 Undang-undang 5 Tahun 1999.

⁴⁵ R.S. Khemani dan DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1990, *Op. Cit.*, hal 68.

⁴⁶ *Ibid.*, hal 69.

Penulisan tesis ini menggunakan bahan pustaka hukum yang digolongkan ke dalam: bahan hukum primer, sekunder dan tersier.⁴⁷ Bahan hukum primer, yang meliputi produk perundang-undangan (seperti Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat) keputusan-keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan keputusan-keputusan pengadilan di luar Indonesia (terutama Amerika Serikat) dalam memutuskan kasus perjanjian penetapan harga. Bahan hukum sekunder meliputi buku-buku, artikel baik media massa cetak dan makalah dalam bentuk jurnal hukum yang sebagian besar penulis akses melalui *westlaw* sebagai *search engine* yang disediakan oleh kampus program Program Pasca Sarjana, Fakultas Hukum, Universitas. Untuk bahan hukum tersier diambil dari *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law* dan kamus Ekonomi.

1.6 Sistematika Penulisan

Pembahasan dalam penulisan tesis ini terdiri empat bab dengan sistematika sebagai berikut:

Bab 1 merupakan pendahuluan yang menguraikan latar belakang masalah, pokok permasalahan, tujuan dan kegunaan penelitian, kerangka teori dan konsep dan sistematika penulisan.

Bab 2 akan menguraikan melalui definisi perjanjian penetapan harga khususnya dalam UU 5/99, membahas kasus-kasus perjanjian penetapan harga di Indonesia dengan membandingkannya dengan kasus-kasus di AS, dampak negatif dari perjanjian penetapan harga serta membahas efisiensi sebagai tujuan dari hukum persaingan usaha.

Bab 3 akan menguraikan duduk perkara dalam kasus kartel SMS, menganalisa pertimbangan KPPU dalam Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS serta mengkaji kesesuaian antara putusan tersebut dengan tujuan pelarangan perjanjian penetapan harga.

Bab 4 merupakan penutup yang memuat beberapa kesimpulan dari jawaban terhadap pokok permasalahan yang dibahas serta beberapa saran yang terkait dengan permasalahan yang muncul seputar perjanjian penetapan harga.

⁴⁷ Soerjono Soekanto, Pengantar Penelitian Hukum, (Jakarta: UI-Press, 1986), hal 52.

BAB 2 TUJUAN PELARANGAN TERHADAP PERJANJIAN PENETAPAN HARGA

Pancasila merupakan pandangan hidup dan aspek yang sangat penting bagi kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia. Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia merupakan aspek ekonomikal, disamping aspek-aspek lain yang terdapat pada masing-masing sila.⁴⁸ Cita-cita akhir, sebagai perwujudan dari sila kelima ialah kesejahteraan dan kemakmuran rakyat. Guna mencapai hal itu, negara sebagai entitas politik mempunyai peranan pokok yang tidak dapat digantikan. Peran dan tanggung jawab tersebut, sebagai salah satu pilar ekonomi adalah membuat regulasi serta menjalankannya pemerintahan. Kredibilitas pemerintahan suatu negara menyimpan sinyalmen positif dimata para pelaku usaha.⁴⁹

Dalam menjalankan perannya sebagai regulator, negara menetapkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat⁵⁰ sebagai salah satu instrumen hukum positif yang menjamin adanya kepastian hukum, khususnya bagi kalangan pelaku usaha. Hadirnya UU 5/99 memberikan amanat kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai pemegang otoritas tertinggi badan pengawas persaingan guna memonitor, menjaga serta menindak pelaku usaha yang tidak taat kepada asas-asas persaingan yang sehat. Harapan dari adanya KPPU, supaya pelaku usaha terkondisikan dan tergiring kearah sistem persaingan yang sehat dan kompetitif.

⁴⁸ Aspek-aspek lain dari nilai-nilai Pancasila adalah 1) sila Ketuhanan Yang Maha Esa; merupakan aspek spiritual, 2) sila Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab; merupakan aspek kultural, 3) sila Persatuan Indonesia; merupakan aspek politikal dan 4) sila Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan Perwakilan; merupakan aspek sosial. Lihat: Hariyono, *Koperasi Sebagai Strategi Pengembangan Ekonomi Pancasila*, Jurnal Ekonomi Rakyat, Artikel - Th. II - No. 4 - Juli 2003, http://www.ekonomirakyat.org/edisi_16/artikel_6.htm, diakses 13 November 2008.

⁴⁹ Ekonomi Pancasila dalam 3 (tiga) pilar sub sistem yaitu: (1) pilar ekonomi negara yang berfungsi untuk mendukung penyelenggaraan tugas negara dengan pemerintahan yang bersih dan berwibawa, (negara kuat), dengan tugas pokok antara lain untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia; (2) pilar ekonomi rakyat yang berbentuk koperasi (sharing antara negara dan rakyat) dan berfungsi untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur, (home front kuat), dengan tugas pokok mewujudkan kehidupan layak bagi seluruh anggotanya; (3) pilar ekonomi swasta yang berfungsi untuk ikut melaksanakan ketertiban dunia (*battle front* kuat), dengan tugas pokok mewujudkan kemajuan usaha swasta yang memiliki daya kompetisi tinggi di dunia internasional. *Ibid.*

⁵⁰ Untuk selanjutnya disebut UU 5/99; atau digunakan secara bergantian.

Dengan demikian, mereka dapat memprediksi perilaku mana yang dianggap boleh atau tidak boleh dilakukan.

2.1 Definisi Perjanjian Penetapan Harga dan Dampak Negatifnya

Salah satu perilaku dari pelaku usaha adalah mendapatkan keuntungan (*objective firm*).⁵¹ Hadirnya pesaing membuat pelaku usaha akan mengubah metode persaingan (*competition method*) yang dijalankan sebelumnya. Strategi menghadapi pesaing bertujuan untuk meningkatkan atau mempertahankan keuntungan, serta seminimal mungkin mencegah terjadinya kerugian yang kemungkinan akan timbul.

Pelaku usaha kerap menganggap hadirnya pesaing sebagai suatu ancaman. Pada satu sisi, kehadiran pesaing setidaknya akan mengurangi keuntungan yang sebelumnya diperoleh. Lain halnya bagi konsumen yang diuntungkan dengan ketersediaan barang substitusi dan variasi pilihan yang tersedia di pasar. Anggapan seperti ini memiliki kecenderungan negatif dan berpotensi mengarahkan para pelaku usaha untuk melakukan konspirasi, terlebih lagi apabila struktur pasarnya *monopoli* atau *oligopoli*.⁵²

Salah satu bentuk konspirasi yang dapat dilakukan adalah melakukan perjanjian penetapan harga dengan pelaku usaha lain yang bertindak sebagai pesaingnya. Khemani dan Shapiro memberikan definisi mengenai *price fixing (agreement)*, yaitu:

*"An agreement between sellers to raise or fix prices in order to restrict interfirm competition and earn higher profits. Price fixing agreements are formed by firms in an attempt to collectively behave as a monopoly".*⁵³

Definisi tersebut memuat beberapa hal pokok dibawah ini, yaitu:

⁵¹ Perilaku usaha dapat dilihat dari 3 elemen, 1) tujuan perusahaan (*firm objective*), 2) metode persaingan (*competition method*), 3 perilaku antar perusahaan (*interfirm conduct*). Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, cet. II, (Malang: Bayumedia, 2007), hal 92.

⁵² Emmy Yuhassarie dan Tri Harnowo, *Op. Cit.*, hlm 7.

⁵³ Khemani, R.S. dan D.M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, (Paris: OECD, 1996).

- a. perbuatan didahului dengan adanya kesepakatan;
- b. pihak yang melakukan kesepakatan adalah para penjual untuk menaikkan atau menetapkan harga;
- c. tujuan dari tindakan tersebut adalah menghambat persaingan antar perusahaan untuk mendapatkan keuntungan;
- d. tindakan tersebut digolongkan sebagai perilaku monopoli.

Perjanjian penetapan harga merupakan hambatan dalam kegiatan perdagangan karena perjanjian yang dilakukan pelaku usaha tersebut berkaitan langsung dengan harga yang berpotensi merugikan pelaku usaha lain sebagai pesaing dan konsumen. Umumnya hambatan dalam perdagangan dikategorikan dalam bentuk hambatan horisontal⁵⁴ dan hambatan vertikal⁵⁵, dimana perjanjian penetapan harga berada dalam kedua kategori tersebut. Hambatan horisontal adalah perjanjian antara pelaku usaha pada pasar faktual bersangkutan yang sama yang bertujuan untuk membatasi persaingan usaha. Hambatan vertikal adalah perjanjian yang dilakukan antar pelaku usaha pada berbagai tahap proses produksi dan distribusi (misalnya antara produsen, grosir dan pengecer).⁵⁶ Jadi perlu ditegaskan sekali lagi, bahwa perjanjian penetapan harga sebagai suatu perjanjian yang sifatnya menghambat dan dapat dilakukan baik secara horisontal maupun vertikal.

Aktivitas ekonomi selalu melalui proses yang bertahap dan berjenjang. Proses itu merupakan perubahan terhadap barang yang belum jadi menjadi barang jadi atau mengubah barang yang tidak berguna menjadi berguna. Pelaku usaha adalah aktor yang sangat menentukan pada tiap tahapan tersebut. Tujuan utama dari pelaku usaha tidak lain adalah mencapai keuntungan/laba yang sebesar-besarnya (*profit maximization*).⁵⁷

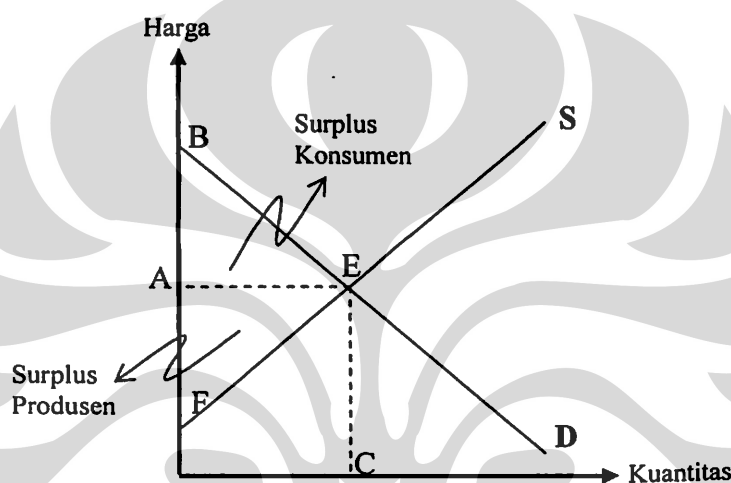
⁵⁴ Hambatan horisontal yang lain adalah alokasi pasar (*market allocation*), kontrol terhadap produksi (*production control*), boikot (*boycott*), jabatan rangkap atas perusahaan yang saling bersaing (*interlocking directorate*). *Ibid.*, hal 187-188.

⁵⁵ Hambatan vertikal yang lain adalah pembatasan terhadap distribusi (*exclusive dealing*), pembatasan wilayah dan pelanggan, pembatasan terhadap pemasok melalui perjanjian mengikat (*tied-in*). *Ibid.*

⁵⁶ Knud Hansen, *et al.*, Undang-Undang No. 5 Tahun 1999: Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat [*Law Concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Competition*], cet. II, (Jakarta: Katalis, 2002), hal 136.

⁵⁷ Relativitas keuntungan dalam aktivitas bisnis adalah: 1) tolok ukur untuk menilai kesehatan perusahaan atau efisiensi manajemen dalam perusahaan; 2) pertanda yang menunjukkan bahwa produk atau jasanya dihargai oleh masyarakat; 3) cambuk untuk meningkatkan usaha; 4) syarat kelangsungan perusahaan; dan 5) mengimbangi resiko dalam usaha. Lihat: Bertents, *Pengantar Etika Bisnis*, (Yogyakarta: Kanisius, 2000), hal 147-167.

Munculnya pesaing/kompetitor (dengan asumsi tidak terdapat hambatan), membuat masing-masing pelaku usaha berkompetisi dengan cara meningkatkan *output*, meningkatkan kualitas, menawarkan harga rendah dan memperbanyak varietas barang yang ditawarkan. Apabila persaingan terjadi pada struktur pasar yang kompetitif,⁵⁸ pelaku usaha hanya bertindak sebagai penerima harga (*price taker*), karena tidak bisa lagi menentukan besaran harga suatu barang kepada konsumen. Harga suatu barang pada kondisi ini disebut harga keseimbangan, yaitu harga di mana baik konsumen maupun produsen sama-sama tidak ingin menambah atau mengurangi jumlah yang dikonsumsi dan dijual.⁵⁹



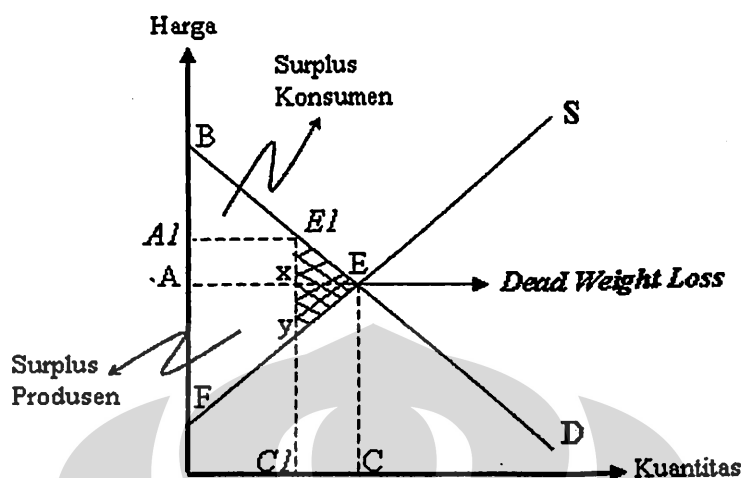
Gambar 2.1. Harga Keseimbangan, Surplus Produsen dan Surplus Konsumen

Pada gambar 2.1, titik E menunjukkan pasar bekerja sesuai dengan hukum permintaan dan penawaran, sehingga harga keseimbangan berada pada titik A. Pada kondisi tersebut konsumen memperoleh surplus konsumen (*consumer surplus*), yaitu selisih antara jumlah yang konsumen sedia bayarkan dengan yang harus dibayar. Sedangkan produsen memperoleh surplus produsen (*producer*

⁵⁸ Ciri-ciri pasar yang kompetitif adalah: 1) perusahaan memproduksi barang yang homogen (*homogeneous product*); 2) produsen dan konsumen memiliki pengetahuan/informasi sempurna (*perfect knowledge*); 3) *output* sebuah perusahaan relatif kecil dibanding *output* pasar (*small relatively output*), 4) perusahaan menerima harga yang ditentukan pasar (*price taker*); 5) semua perusahaan bebas masuk dan keluar pasar (*free entry and exit*). Lihat: Prathama Rahardja dan Mandala Manurung, *Teori Ekonomi Mikro: Suatu Pengantar*, ed. II, (Jakarta: Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 2001), hal 212-213.

⁵⁹ *Ibid.* hal 45.

surplus), yaitu selisih antara jumlah yang diterima dengan yang mereka harapkan untuk dibayar.⁶⁰



Gambar 2.2: Posisi *price fixing* yang menyebabkan *Dead Weight Loss*

Gambar 2.2 menunjukkan ketika pelaku usaha melakukan *price fixing*, maka keseimbangan pasar bergerak dari E menuju $E1$, sehingga harga yang harus dibayar oleh konsumen adalah sebesar $A1$. Padahal apabila terjadi persaingan sehat antar pelaku usaha, konsumen hanya membayar harga barang pada titik A. Pelaku *price fixing* juga berpotensi untuk mengurangi jumlah *output* barang dari titik C menuju $C1$. Di sini kita lihat bahwa jumlah *output* barang pada titik C lebih banyak dari $C1$. Sedangkan harga jual A lebih murah dari $A1$. *Price fixing* mengakibatkan surplus konsumen hanya sebesar $A1BE1$, berbeda halnya apabila terjadi persaingan sehat, yaitu sebesar segitiga ABE. Artinya *price fixing* menyebabkan konsumen kehilangan surplus konsumen sebesar luas segi tiga $E1xE$. Produsen juga kehilangan surplus produsen sebesar luas segi tiga xEy , sehingga total surplus ekonomi yang hilang (*total dead wight loss*) adalah sebesar luas segitiga $EyE1$. Tetapi patut disimak sekalipun produsen kehilangan surplus produsen, namun jumlahnya lebih kecil daripada keuntungan yang diperoleh. Hal ini disebabkan surplus konsumen yang hilang (*consumer loss*) sebesar $AxE1A1$ dieksploitasi menjadi keuntungan bagi pelaku usaha yang melakukan perjanjian penetapan harga.

⁶⁰ *Ibid.*, hal 48.

Struktur pasar juga menentukan potensi terjadinya perjanjian penetapan harga. Herbert Hovenkamp (dikutip oleh Tri Anggraini) menjelaskan karakteristik pasar dan faktor-faktor yang mendukung terwujudnya *price fixing*, yaitu⁶¹:

- a) *Market Concentration*. Tingkat konsentrasi pasar dimana hanya terdapat sejumlah kecil perusahaan sejenis dan kesamaan kondisi dari masing-masing pelaku usaha, akan memperbesar kemungkinan terjadinya *price fixing*. Sebaliknya, apabila semakin besar perusahaan dalam sebuah pasar akan mempersulit kemungkinan terjadinya *price fixing*.
- b) *Barriers to Entry*. Hambatan masuk yang besar menyebabkan sulitnya pesaing untuk masuk sehingga barang substitusi tidak tersedia di pasar. Dalam kondisi ini pemain lama di pasar yang bersangkutan (*incumbent*) berkemungkinan besar melakukan kolusi dengan perusahaan lain untuk menetapkan harga.
- c) *Sales Methods*. Metode penjualan melalui proses pelelangan, memperbesar kemungkinan untuk timbulnya *price fixing* di kalangan pelaku usaha..
- d) *Product Homogeneity*. Homogenitas produk atau kesamaan produk yang tersedia di pasar akan memudahkan pelaku usaha untuk melakukan *price fixing*. Akan semakin sulit bagi pelaku usaha untuk melakukan *price fixing* apabila barang yang tersedia di pasar beraneka macam, baik secara kuantitas dan kualitas, karena konsumen memiliki pilihan yang lebih banyak.
- e) *Facilitation Device*. Sarana yang dapat memfasilitasi terjadi *price fixing* seperti standarisasi produk, integrasi vertikal, pengaturan harga penjualan oleh para pengecer dan pengumuman harga (secara eksplisit atau implisit), serta pengiriman harga pola dasar. Selain itu sarana dalam asosiasi dagang yang menaungi kepentingan pelaku usaha juga dapat dijadikan fasilitas bagi pelaku usaha untuk melakukan perjanjian untuk menetapkan harga.

⁶¹ A.M Tri Anggraini, "Perspektif Perjanjian Penetapan Harga Menurut Hukum Persaingan Usaha", dalam *Masalah-masalah Hukum Kontemporer*, editor: Ridwan Khairandy, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006), hal 262-264.

Dari penjelasan diatas, beberapa kerugian yang terjadi ketika pelaku usaha melakukan perjanjian penetapan harga adalah: *pertama*, harga yang dibayar oleh konsumen lebih tinggi ketimbang harga pada saat pelaku usaha bersaing secara kompetitif. *Kedua*, pelaku usaha berpotensi untuk mengurangi jumlah *output* yang dapat menimbulkan kelangkaan. *Ketiga*, terjadi kerugian konsumen (*consumer loss*), karena pelaku *price fixing* mendapat keuntungan lebih besar dengan mengeksploitasi surplus konsumen. *Keempat*, terdapat total kerugian yang hilang (*dead wight loss*) dari jumlah surplus konsumen dan surplus produsen.⁶²

Penjatuhan sanksi dari badan pengawas persaingan di suatu negara juga sangat menentukan. Apabila badan pengawas persaingan bersikap lemah dan menerapkan jumlah denda yang ringan, maka potensi pelaku usaha untuk tetap melakukan *price fixing* akan terus terjadi. Dengan jumlah denda yang relatif ringan, maka hasil keuntungan pelaku usaha dari hasil *price fixing* lebih tinggi dari jumlah denda yang harus dibayar, sehingga perusahaan tidak kehilangan reputasinya.⁶³

2.2 Pendekatan *Per se Illegal* dan *Rule of Reason* dalam Perjanjian Penetapan Harga

Perkembangan transportasi dan komunikasi di AS pada pertengahan tahun 1800-an, membuat pertumbuhan bisnis yang pesat serta menjangkau banyak kebutuhan akan tenaga kerja. Kongres AS berkeinginan mengantisipasi dampak dari mengguritanya bisnis tersebut untuk memproteksi pekerja dan melindungi konsumen dari dari praktek persaingan yang tidak sehat.⁶⁴ Antisipasi dilakukan dengan diundangkannya Sherman Antitrust Act (*Sherman Act*) pada tahun 1890,

⁶² Lihat juga: Michael K. Vaska, *Conscious Parallelism and Price Fixing: Defining The Boundary*, University of Chicago Law Review, vol. 52, 1985, hal 508

⁶³ Khemani, R.S. dan D.M. Shapiro, *op.cit.*

⁶⁴ Keith N Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, ed. 1, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), hal 38.

yang sangat kental dengan tradisi *common law*.⁶⁵ Regulasi ini juga diharapkan mampu untuk membatasi perilaku pelaku usaha dan struktur pasar yang berpotensi menciptakan persaingan tidak sehat.

Metode pendekatan yang umumnya digunakan untuk memutus perkara dalam hukum persaingan usaha di AS dikenal dengan istilah *per se illegal* dan *rule of reason*. *Black's Law Dictionary*, memberikan definisi *per se illegal* dan *rule of reason* adalah sebagai berikut:

Under "rule of reason" test for determining whether alleged acts violated §1 the Sherman Anti-Trust act (15 U.S.C.A. §1), which declares conspiracies in restraint of trade to be illegal, fact finder must weigh all circumstances of the case to decide whether practice unreasonably restrains competition, and the test requires that plaintiff show anticompetitive effects, or actual harm to competition, and not whether the practices were unfair or tortious.

*Per se violations in anti-trust law, term that implies that certain types of business agreements, such as price fixing, are considered inherently anti-competitive and injurious to the public without any need to determine if the agreement has actually injured market competition.*⁶⁶

Dari definisi diatas secara tegas menempatkan contoh *price fixing* untuk dianalisa dengan menggunakan pendekatan *per se illegal*, walaupun dalam kenyataannya belum tentu menimbulkan dampak persaingan tidak sehat. Definisi *per se illegal* dan *rule of reason* menurut Johnny Ibrahim adalah:

*"Suatu peraturan yang bersifat per se illegal tidak diperlukan lagi pembuktian dampak larangan tersebut sehingga jika ada pelaku usaha yang melakukan sesuatu yang dinyatakan secara eksplisit dilarang undang-undang, pelaku usaha tersebut dinyatakan melanggar, tanpa perlu membuktikan hasil atau akibat tindakan yang dilakukan. Sementara itu, ketentuan yang bersifat rule of reason memerlukan bukti suatu tindakan yang dilakukan pelaku usaha, apakah tindakan tersebut tergolong antipersaingan atau merugikan masyarakat".*⁶⁷

⁶⁵ Perkembangan hukum antimonopoli di Amerika Serikat adalah: 1) Sherman Antitrust Act (1890); 2) Clayton Act (1914); 3) Federal Trade Commission Act (1914); 4) Robinson Patman Act (1934); 5) Celler-Kefauver Anti Merger Act (1950); 6) Hart-Scott-Radino Antitrust Improvement Act (1976); 7) International Antitrust Enforcement Assistance Act (1994).

⁶⁶ *Black's Law Dictionary with Pronunciation, Six Edition, Centennial Edition (1981-1991)*, ST Paul. Minnesota, West Publishing Co, 1990.

⁶⁷ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, (Malang: Bayumedia, 2007), hlm. 219.

Konsep *rule of reason* secara esensi dapat diartikan *a rule of construction*, dan *per se illegal* dapat diartikan *rule of evidence*.⁶⁸ *Rule of reason* mewajibkan hakim untuk menelaah secara mendalam suatu perkara dan membuktikan dampak yang ditimbulkan dugaan pelanggaran terhadap hukum persaingan usaha, sedangkan *per se illegal* cukup membuktikan terpenuhinya fakta-fakta yang telah disebutkan dalam rumusan pasal tertentu.

UU 5/99 juga sering memosisikan diri untuk menggunakan pendekatan *rule of reason* atau *per se illegal* dengan mengacu pada bunyi rumusan yang mencantumkan kata “dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Pendekatan *per se illegal* biasanya digunakan dalam bunyi rumusan yang menggunakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “patut diduga...” atau “yang dapat mengakibatkan...”. Sedangkan pendekatan *rule of reason* biasanya digunakan dalam bunyi rumusan yang menggunakan istilah “dilarang”, dengan tambahan anak kalimat “patut diduga...” atau “yang dapat mengakibatkan...”.⁶⁹

Untuk penanganan kasus antimonopoli di Indonesia, banyak kepustakaan yang menyamakan bahwa UU 5/99 juga menganut model pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal*. Ini patut dipertanyakan karena, secara eksplisit istilah tersebut sebenarnya tidak ditemukan sebagai terminologi dalam UU 5/99. Dengan kata lain, prinsip *per se illegal* dan *rule of reason* secara normatif tidak dikenal dalam hukum persaingan usaha di Indonesia. Bahkan Yakub Adi Krisanto mengatakan:

“kalaupun akhirnya para penulis mengemukakan bahwa ketentuan tertentu pada UU Persaingan Usaha termasuk dalam klasifikasi tertentu dari kedua prinsip tersebut (per se illegal dan rule of reason) maka hal tersebut merupakan penafsiran sepihak dari para (masing-masing) penulis”.⁷⁰

Sutan Remy Sjahjani dalam sebuah tulisannya menegaskan bahwa UU 5/99 sangat dipengaruhi oleh *Antitrust Law* Amerika Serikat dalam pembuatannya. Bukan saja banyak terminologi yang digunakan oleh undang-

⁶⁸ A.D. Neale, *The Antitrust Laws of the United States of America—A Study of Competition Enforced by Law*, edisi II, (London: Cambridge University Press, 1970), hal 27.

⁶⁹ A.M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat-Perse Illegal atau Rule of Reason*, cet.I, (Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal 8.

⁷⁰ Yakub Adi Krisanto, *Prinsip Rule of Reason dan Per Se Rule dalam Hukum Persaingan Indonesia*, (tidak dipublikasikan).

undang tersebut mengambil alih dan merupakan terjemahan dari Antitrust Law, tetapi juga isi UU 5/99 tersebut belajar dari Antitrust law itu.⁷¹ Melihat aspek historis dari UU 5/99, kita dapat memahami bahwa penggunaannya *per se illegal* dan *rule of reason* yang ada pada hukum antimonopoli Amerika Serikat “diterapkan-analisiskan”,⁷² pada ketentuan UU 5/99.

KPPU sebagai otoritas resmi badan pengawas persaingan dalam melakukan penafsiran untuk menentukan suatu perjanjian atau kegiatan yang dilarang termasuk dalam kategori *rule of reason* dan *per se* didasarkan pada analisis redaksional atau kalimat yang terdapat dalam setiap pasal dari UU 5/99. Penafsiran yang dilakukan KPPU dalam hal menentukan suatu perbuatan (perjanjian atau kegiatan) yang dilarang didasarkan pada dua hal. *Pertama*, perjanjian atau kegiatan yang dilarang ditentukan sebagai *rule of reason* apabila karakteristik bunyi pasal mempunyai tujuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. *Kedua*, dalam perjanjian atau kegiatan yang dilarang yang termasuk kategori *per se illegal* ditentukan sebagai perbuatan (perjanjian dan kegiatan) yang dilarang dan tujuan dari perbuatan tersebut tanpa memperhatikan akibat yang ditimbulkan dari perbuatan tersebut.⁷³

Menurut Cenuk Widiyastrisna, dalam menangani kasus-kasus yang berkaitan dengan *price fixing*, khususnya pasal 5 UU 5/99, KPPU menggunakan pendekatan *per se illegal*.⁷⁴ Penafsiran KPPU terhadap pasal 5 UU 5/99 bersifat terbatas karena dalam rumusan pasalnya tidak mensyaratkan akibat dari perjanjian tersebut atau tidak tercantum kalimat “dampak yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Timbul pertanyaan, apakah dimungkinkan untuk menerapkan pendekatan *rule of reason* dalam *horizontal price agreement*?

⁷¹ Sutan Remy Sjahdeni, *Latar Belakang, Sejarah dan Tujuan UU Larangan Monopoli*, Jurnal Hukum Bisnis Vol. 19, Mei – Juni 2002, hal 8.

⁷² Yakub Adi Krisanto, *op.cit.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Lihat: Cenuk Widiyastrisna Sayeti, *Penerapan Pendekatan Per Se Illegal Pada Perjanjian Penetapan Harga*, Jurnal Hukum Bisnis, vol 27. No 1. 2008.

2.2.1 Awal Mula Penerapan Pendekatan *Per se illegal* dan *Rule of Reason* di Amerika Serikat

Baik pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* sebenarnya juga tidak dikenal dalam *Sherman Act*. Pendekatan tersebut muncul melalui perkembangan putusan-putusan pengadilan. Pendekatan *per se illegal* pertama kali muncul dalam perkara *U.S. v. Trans-Missouri Freight Association* pada tahun 1897, dan merupakan kasus *price fixing* yang pertama di AS. Dalam kasus ini tergugat dalam kasus ini 18 (delapan belas) perusahaan kereta api yang membuat perjanjian untuk membentuk asosiasi dengan nama "*Trans-Missouri Freight Association*" di sebelah barat Mississippi. Salah satu dari tujuan asosiasi ini adalah untuk menetapkan tarif harga kereta yang menurut mereka pantas. Pemerintah menggugat asosiasi ini dengan alasan penerapan tarif yang masuk akal (*reasonable rate*) dianggap menghambat persaingan usaha, dan untuk itu pemerintah menetapkan asosiasi untuk dibubarkan. Hakim Peckham dalam putusannya mengatakan:

"By the simple use of the term "contract in restraint of trade," all contracts of that nature, whether valid or otherwise, would be included, and not alone that kind of contract which was invalid and unenforceable as being in unreasonable restraint of trade. When, therefore, the body of an act pronounces as illegal every contract or combination in restraint of trade or commerce among the several states, etc., the plain and ordinary meaning of such language is not limited to that kind of contract alone which is in unreasonable restraint of trade, but all contracts are included in such language, and no exception or limitation can be added without placing in the act that which has been omitted by Congress".⁷⁵

Kemudian dalam *dissenting*-nya, hakim White mengatakan:

"But how, I submit, can it be held that the words "every contract in restraint of trade" embrace all such contracts, and yet at the same time, it be said that certain contracts of that nature are not included? The asserted exception not only destroys the rule which is relied on, but it rests upon no foundation of reason".⁷⁶

⁷⁵ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897).

⁷⁶ *Ibid.*

Mahkamah Agung AS memutus perkara ini dengan menggunakan pendekatan *per se illegal* dan menyatakan *Trans-Missouri Freight Association* bersalah melanggar pasal 1 *Sherman Act*. Namun pengadilan tidak mengkaji apakah perjanjian yang dilakukan oleh *Trans-Missouri Freight Association* memang bersifat menghambat persaingan atau sebaliknya. Bahkan pada bagian *dissenting*, hakim White hanya mempertanyakan apakah kata-kata ‘*every contract*’ dalam pasal 1 *Sherman Act* juga menjangkau perjanjian yang pada hakekatnya tidak menciptakan hambatan persaingan. Nampaknya, baik hakim Peckham dan White hanya berkuat pada terminologi kosa-kata.⁷⁷

Perkara selanjutnya adalah dalam *U.S. v. Joint Traffic Association* (1898),⁷⁸ dimana pemerintah mengajukan gugatan terhadap 31 (tiga puluh satu) perusahaan kereta api yang membuat perjanjian dengan membentuk asosiasi. Asosiasi tersebut mempunyai anggaran dasar dimana salah satu kewenangannya adalah mempublikasikan daftar harga dari tarif karcis. Pemerintah menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat tergugat adalah “...*unlawfully intending to restraint commerce among the several states, and to prevent competition.*” Sebenarnya perkara ini prinsipnya sama dengan perkara *Trans-Missouri Freight Association*, namun tergugat menolak dengan menyatakan bahwa dalam perkara *Trans Missouri* perjanjian bersifat unkonstitusional karena mengabaikan hak kebebasan individu dalam membuat kontrak.⁷⁹

Hal penting yang dapat diambil dari putusan *Joint Traffic Association* adalah, *pertama* membedakan antara pengaturan yang secara langsung dan segera akan mengurangi persaingan dan pengaturan yang hanya berpengaruh secara tidak langsung dan insidental. *Kedua*, pengaturan yang berdampak terhadap persaingan, seperti perjanjian untuk tidak ikut serta dalam bisnis sejenis, sama sekali bukan merupakan hambatan perdagangan (*restraint of trade*). Pengadilan juga menyatakan “suatu pengaturan yang secara langsung dapat mematikan persaingan

⁷⁷ Untuk memperdalam perdebatan hakim Peckham dan White dalam perkara *U.S. v. Trans-Missouri Freight Association* (1897) lihat, Robert H. Bork, *The Rule of Reason and The Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, Yale Law Journal, vol 74, 1965, hal 775.

⁷⁸ *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898).

⁷⁹ A.M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat-Perse Illegal atau Rule of Reason*, cet. I, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal 82-86.

dianggap tidak berlaku tanpa perlunya pembuktian lebih lanjut". Ini merupakan 'embrio' digunakannya doktrin *per se illegal*. Sedangkan "bila terdapat suatu pengaturan yang tampaknya tidak secara nyata mematikan persaingan, namun dapat berdampak merugikan persaingan, maka harus dilakukan suatu analisis untuk mengukur tujuan dan akibat dari pengaturan tersebut", merupakan 'embrio' digunakannya doktrin *rule of reason*.⁸⁰

Pendekatan *rule of reason* digunakan pertama kali bukan pada perkara *price fixing*, melainkan monopolisasi, pada kasus *Standard Oil Co. of N.J vs. United States* pada tahun 1911. Perkara ini berawal dari 37 perusahaan industri minyak yang melakukan monopolisasi dan melanggar pasal 2 dari Sherman Act. Ke-37 perusahaan tersebut melakukan penggabungan untuk diatur berdasarkan manajemen bersama dan dikontrol melalui perusahaan *holding company*. Dalam putusannya dikatakan:

"...but that it only means to declare illegal any such contract which is in unreasonable restraint of trade... common law meaning of the term 'contract in restraint of trade' includes only such contract as are in unreasonable restraint of trade..."⁸¹

Mahkamah Agung AS dalam hal ini mengadopsi pengertian dalam tradisi *common law*, dimana pendekatan *rule of reason* digunakan untuk menguji apakah pembatasan perdagangan (*restraint of trade*) dalam suatu perjanjian, kontrak atau kerjasama dilakukan secara tidak masuk akal (*unreasonably restraint of trade*).⁸² Dengan kata lain, hambatan dalam perdagangan (*restraint of trade*) dapat diperbolehkan apabila memenuhi standar kewajaran (*reasonable*).

Setelah perkara *Standard Oil*, putusan pengadilan AS benar-benar mempertimbangkan apakah suatu perbuatan yang secara nyata (formal) menyalahi ketentuan yang berlaku dapat langsung diputuskan bersalah dan melanggar ketentuan *Sherman Ac*. Dibawah ini akan diuraikan perkembangan pengadilan di

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Hakim Harlan dalam bagian *dissenting* kembali menegaskan, "...court's decision was that the Sherman Act, which reves a 'contract in restraint of trade' will be construed not to include all contracts in restraint of ttrade, but only those which are in unreasonable restrant thereof" Lihat: *Standard Oil Co. of N.J vs United States*, 222 U.S. 1 (1911).

⁸² Pendekatan *rule of reason* pertama kali digunakan oleh pengadilan di Inggris terhadap kasus *Mitchel vs. Reynolds* (1711) yang melahirkan doktrin *restraint of trade*. Definisi dari doktrin tersebut adalah *covenants not to compete may be justified if reasonable and ancillary to some principal (legitimate) transaction and if limited in time of space*. Keith N Hylton, *Op Cit.*, hal 33.

AS dalam memutus perkara yang menggunakan pendekatan *per se illegal* atau *rule of reason*, khusus dalam kasus-kasus *price fixing*.

2.2.2 Perkembangan Penerapan *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason* pada Kasus Perjanjian Penetapan Harga di Amerika Serikat

Upaya untuk mengetahui perkembangan penerapan *per se illegal* dan *rule of reason* terutama dalam kasus *price fixing*, penulis merujuk pada keputusan-keputusan pengadilan di AS. Dipilihnya AS sebagai acuan adalah karena negara ini yang paling pertama memiliki Undang-undang Antimonopoli. Penulis juga hanya menguraikan kasus-kasus *price fixing* yang bersifat horisontal saja. *Price fixing* yang bersifat vertikal, *price discrimination* atau *resail price maintenance* akan ikut diuraikan apabila penulis menganggap hal tersebut berkaitan dan merupakan kesatuan yang tidak dapat dipisahkan untuk memahami perkembangan pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* dalam memutus perkara *price fixing*.⁸³

Setelah kasus *U.S. v. Trans Missouri Freight Association* yang diikuti dengan kasus *U.S. v. Joint Traffic*, menutup abad ke-19, perjanjian penetapan harga selanjutnya terdapat dalam kasus *Addyston Pipe and Steel Company v. U.S.* (1899).⁸⁴ yang melibatkan 6 (enam) perusahaan pipa baja yang mengendalikan lebih dari 50% pasar di bagian barat dan tengah AS berkolusi untuk menaikkan harga pipa di pasar itu. Tergugat berpendapat bahwa asosiasi yang mereka bentuk sah menurut *common law*.⁸⁵ karena tidak mempunyai kekuatan pasar. Pengadilan dalam hal ini mempunyai pendapat berbeda, karena penetapan harga

⁸³ Sejak *Sherman Act* diberlakukan pada tahun 1890 sampai tahun 1990, terdapat puluhan kasus-kasus yang berkaitan dengan perjanjian penetapan harga. Lihat: http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/by_area.html#top, diakses 24 November 2008.

⁸⁴ *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

⁸⁵ Hakim Taft menyatakan konsep hambatan tambahan yang terdapat dala sistem *common law* adalah: (1) *by the seller of property or business not to compete with the buyer in such a way as to derogate from the value of the property or business sold*; (2) *by a retiring partner not to compete with the firm*; (3) *by a partner pending the partnership not to do anything to interfere, by competition or otherwise, with the business of the firm*; (4) *by the buyer of property not to use the same in competition with the business retained by the seller*; dan (5) *by an assistant, servant, or agent not to compete with his master or employer after the expiration of his time of service*. Robert H. Bork, *Op.Cit.* hal 775.

yang “*naked*” atau terbuka adalah *per se ilegal*, tanpa harus melihat alasan di belakangnya. Hakim Taft menolak pendapat pengadilan dengan mengatakan:

“*No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the full enjoyment of the legitimate fruits of the contract or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by other party*”.⁸⁶

Pengujian ini yang dikenal sebagai doktrin ‘hambatan tambahan’ (*ancillary restraint*).⁸⁷ Dengan lahirnya doktrin *ancillary restraint* dalam kasus *Addyston Pipe*, maka pemeriksaan dengan pendekatan *rule of reason* bertujuan untuk melindungi nilai-nilai transaksi sosial dengan cara menentukan perkecualian-perkecualian atas perjanjian yang mendukung efisiensi, daripada melalui pendekatan *per se ilegal* yang tidak fleksibel, yakni pembatasan formatif sepanjang selama masa awal pemberlakuan *the Sherman Act*.⁸⁸

Tidak ada kasus *horizontal price fixing* dalam rentang waktu 19 tahun sampai munculnya kasus *Board of Trade of the City of Chicago, et al v. U.S* pada tahun 1911.⁸⁹ Kasus ini melibatkan badan perdagangan berskala nasional yang terdiri dari pedagang biji-bijian yang digugat pemerintah bertentangan dengan

⁸⁶ *United States vs Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F 271 (6th ir 1898). Hakim Taft yang menegaskan penolakannya karena pengadilan merasa enggan, bahkan menolak untuk mempertimbangkan alasan kewajaran (*reasonableness*) terhadap suatu hambatan (yang sifatnya *non ancillary restraint*), dengan mengatakan, “*It is true that there are some cases in which the courts, mistaking, as we conceive, the proper limits of the relaxation of the rules for determining the unreasonableness of restraints of trade, have set sail on a sea of doubt, and have assumed the power to say, in respect to contracts which have no other purpose and no other consideration on either side that the mutual restraint of the parties, how much restraint of competition is in the public interest, and how much is not. The manifest danger in the administration of justice according to so shifting, vague, and indeterminate a standard would seem to be a strong reason against adopting it*”. Lihat: Gregory J. Werden, “*Rule of Reason vs Per Se: Where are the Boundaries Now?*,” (Makalah disampaikan pada 54th Antitrust Law Spring Meeting, Washington, D.C., 29-31 Maret 2006), hal 1.

⁸⁷ Pendapat Taft tentang *ancillary restraint*, dipopulerkan kembali oleh hakim Bork pada buku yang berjudul *The Antitrust Paradox*. Gagasan hakim Taft juga muncul kembali dalam putusan *Rothery Storage & Van Co vs Atlas Van Lines* (1986) dengan mengatakan, “*To be ancillary and hence exempt from the per se rule an agreement eliminating competition must be subordinate and collateral to a separate legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it serves to make the main transaction more effective in accomplishing its purpose*”. *Ibid*, hal 2.

⁸⁸ A.M. Tri Aggraini, *Larangan...*, *op cit.*, hal 151.

⁸⁹ Dalam rentang waktu itu terdapat kasus *vertical price fixing* yang pertama yaitu, *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company* (1911), 220 U.S. 373. Pengadilan menolak pendekatan *rule of reason* terhadap kasus itu, dimana pabrik obat berusaha untuk melindungi hak patennya dengan mewajibkan secara nyata pedagang grosirnya dan berikut pedagang ecerannya untuk mematuhi harga minimal yang ditetapkan. *Ibid.*, hal 196.

pasal 1 *Sherman Act*. Mereka membuat aturan tentang durasi penjualan dan pembelian pada waktu-waktu tertentu yang disebut *spot sales*, yaitu transaksi penjualan produk yang diantar secara langsung melalui pesanan di wilayah Chicago; *future sales*, yaitu kontrak penjualan yang mengharuskan penjual mengantarkan produk di suatu waktu yang akan datang, sesuai dengan perjanjian; dan *sales 'to arrive'*, dimana perjanjian untuk mengantar produk biji-bijian dalam perjalanan yang siap untuk transit ke Chicago atau akan dikapalkan dalam waktu tertentu. Para anggota dapat melakukan transaksi satu sama lain secara bebas pada sesi-sesi tertentu. Sesi reguler dibuka untuk transaksi *spot sales* dan *future sales*, mulai pukul 09.00-13.30. Untuk transaksi *'to arrive'* dilakukan pada sesi khusus yang disebut *call*, yaitu pada saat segera setelah sesi reguler ditutup hingga keesokan harinya. Tetapi pada tahun 1906, mereka melarang para anggota untuk membeli atau menawarkan pembembelian di sesi *'to arrive'* dengan harga yang berbeda dengan saat penutupan sesi *call* terakhir di hari yang sama. Tujuan dari dibuatnya sesi *call* adalah untuk membatasi waktu perdagangan dari para tengkulak yang berusaha meraih keuntungan di malam hari, sehingga pasar pada siang hari berjalan lebih sempurna.

Pengadilan membenarkan bahwa pengaturan tersebut menimbulkan dampak penetapan harga transaksi di luar jam kerja. Tetapi pengaturan tersebut cenderung hanya untuk menetapkan 'waktu transaksi' daripada penetapan harga itu sendiri. Pada tingkat Mahkamah Agung, hakim Brandeis menolak keputusan pengadilan bawahan:

"The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question, the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint, and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts".⁹⁰

Semangat *rule of reason* dalam pernyataan diatas mengharuskan pengadilan mempertimbangkan faktor sebelum dan sesudah perjanjian itu dilakukan, apakah

⁹⁰ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

sifatnya membatasi persaingan atau malah menghambat persaingan itu sendiri. Kasus ini membebaskan *Board of Trade of the City of Chicago* dari dugaan *price fixing*.

Pendekatan *rule of reason* dalam kasus *price fixing* kembali kehilangan pamor, ketika mengadili kasus *U.S. v. Trenton Potteries Co. et al* (1927).⁹¹ Kasus ini berawal dari 23 (dua puluh tiga) pemborong yang tergabung dalam asosiasi *Sanitary Potters* dan memiliki 82% total penjualan tembikar sanitasi, bersekongkol untuk menetapkan harga yang dianggap menghambat perdagangan antar negara bagian. Tergugat mengatakan bahwa penetapan harga yang mereka lakukan itu “*reasonable*” sifatnya. Pengadilan mengatakan bahwa penetapan harga dapat langsung dinyatakan bersalah tanpa harus mempertimbangkan harga tersebut *reasonable* atau tidak. Di tingkat Mahkamah Agung permohonan penggugat untuk membuktikan harga yang *reasonable* dapat dibenarkan, namun menolak untuk dibuktikan:

“The aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition. The power to fix prices, whether reasonably exercised or not, involves power to control the market and to fix arbitrary and unreasonable prices. The reasonable price fixed today may, through economic and business changes, become the unreasonable price of tomorrow. Once established, it may be maintained unchanged because of the absence of competition secured by the agreement for a price reasonable when fixed. Agreements which create such potential power may well be held to be, in themselves [‘per se’], unreasonable or unlawful restraints without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Law the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions”.⁹²

Pengadilan menerapkan pendekatan *per se illegal* dalam kasus *Trenton Potteries* tanpa mempertimbangkan harga yang ditetapkan bersifat *reasonable* atau *unreasonable*. Penolakan untuk membuktikan harga yang *reasonable* dengan alasan, begitu *price fixing* dilakukan maka harga yang ditetapkan (baik itu wajar atau tidak sifatnya) tidak bekerja berdasarkan mekanisme pasar. Walaupun harga

⁹¹ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

⁹² *Ibid.*

pada saat ini dianggap wajar, belum menjamin pada waktu yang akan datang tetap sama.

Perkara selanjutnya adalah *Appalachian Coals, Inc., et al. v. U.S.* (1933).⁹³ Pada saat itu perdagangan batu bara mengalami kemunduran (*distress*), sehingga memaksa 137 produsen batubara di area Appalachian bergabung untuk melakukan distribusi kerjasama (*joint production*) yang diberi nama “*Appalachian Coals*”. Total *joint production* dari semua perusahaan hanya 12% dari total produksi batubara di pasar timur Sungai Mississippi. Khusus di area mereka (Appalachian), produksi mencapai 54% dari total produksi. Pertimbangan awal, bahwa tujuan dibuatnya *holding company* adalah untuk meningkatkan efisiensi di dalam industri batubara, melalui distribusi, gudang, iklan, pengembangan perusahaan (*research and development*) dan skala penjualan berdasarkan harga yang telah disepakati. Kebijakan penetapan harga yang dilakukan secara harafiah ‘seakan’ merupakan perjanjian penetapan harga, tetapi bukan yang dimaksud dalam hukum antimonopoli. Pengadilan menyatakan pendapatnya sebagai berikut:

“...the defendants ‘will not have monopoly control of any market, nor the power to fix monopoly prices,’ and, in its opinion, the court stated that the selling agency will not be able, we think, to fix the market price of coal”.⁹⁴

Pendekatan *rule of reason* yang tersirat dalam kasus *Appalachian Coals* ini adalah pengadilan mempertimbangkan aspek kekuatan pasar (*market power*) bagi para pihak yang melakukan *price fixing*.

Keputusan Mahkamah Agung yang paling kuat dalam mendukung penjatuhan hukuman berdasarkan *per se illegal* atas *price fixing* adalah kasus dalam *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc. et al.* (1940).⁹⁵ Kasus ini berawal dari 27 (dua puluh tujuh) perusahaan sebagai tergugat karena melakukan *price fixing* dan melanggar ketentuan pasal 1 *Sherman Act*. Perjanjian penetapan harga yang dilakukan adalah penetapan harga bensin di pasar minyak grosir yang telah menguasai 83% dari pasar total daerah tengah-barat di AS. *Over production* yang terjadi di ladang minyak Texas mengakibatkan persaingan harga yang luar biasa,

⁹³ *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).

⁹⁴ Sheldon Kimmel, *How and Why the Per Se Rule Againsts Price-Fixing Went Wrong*, Supreme Court Economic Review, March, 2008, hal 10.

⁹⁵ A.M. Tri Aggraini, *Larangan...*, *Op.Cit.*, hal 148.

sampai ada yang memberikan harga dibawah biaya produksi. Tergugat menolak gugatan pemerintah dengan alasan mereka hanya berupaya mencegah kompetisi yang saling menghancurkan. Hakim Justice Douglas menyatakan tindakan tergugat secara *per se illegal* menyalahi ketentuan *Sherman Act*:

“Under the Sherman Act, a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in interstate or foreign commerce is illegal per se...They are all banned because of their actual or potential threat to the central nervous system of the economy”.⁹⁶

Pengadilan membenarkan efektivitas dari *price fixing* tergantung dari banyak faktor seperti strategi dan posisi di pasar yang bersangkutan, tetapi dalam kasus ini ditegaskan bahwa *price fixing* dilarang karena berpotensi untuk menghancurkan tatanan sistem ekonomi. Dalam kasus *Socony-Vacuum* ini, pengadilan juga menegaskan bahwa kekuatan pasar bukan merupakan prasyarat untuk menentukan pelanggaran secara *per se illegal*.⁹⁷

Kasus *horizontal price fixing* berikutnya adalah *Goldfarb vs. Virginia State Bar* (1975).⁹⁸ Penggugat adalah sepasang suami istri yang meminjam dana untuk keperluan membeli rumah di wilayah Fairfax, diwajibkan oleh si pemberi dana untuk mengasuransikan rumah yang akan dibeli, yang mana pengesahannya hanya bisa diberikan oleh pengacara yang tergabung dalam asosiasi pengacara di Virginia yang bernama *Virginia State Bar* sebagai tergugat. *Virginia State Bar* sebagai tergugat, membuat peraturan dan mempublikasikan mengenai tarif minimum yang akan dikenakan terhadap anggota mereka. Tergugat mengajukan pembelaan bahwa keberadaan asosiasi yang mereka bentuk dikecuali dari ketentuan *Sherman Act*, karena bukan merupakan kegiatan perdagangan, melainkan bergerak di bidang profesi yang berkaitan dengan standar etika. Hakim Burger pada tingkat Mahkamah Agung mengatakan:

“In the modern world, it cannot be denied that the activities of lawyers play an important part in commercial intercourse, and that anticompetitive activities by lawyers may exert a restraint on commerce...the court viewed the fee-schedule system as a

⁹⁶ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 U.S. 150 (1940)

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975)

*significant reason for petitioners' failure to obtain legal services for less than the minimum fee, and it rejected the County Bar's contention that, as a 'learned profession', the practice of law is exempt from the Sherman Act.*⁹⁹

Pengadilan memutuskan bahwa sektor hukum masuk ke dalam perdagangan yang tidak dikecualikan dari ketentuan *Sherman Act*. Untuk itu, pengacara dan organisasi profesional lain tak terbebas dari regulasi persaingan usaha.

Penerapan *rule of reason* secara kaku untuk *horizontal price fixing* adalah dalam kasus *National Society of Professional Engineers v. U.S* (1978).¹⁰⁰ Pemerintah menuduh bahwa standar etika (*canon of ethics*) dari *National Society of Professional Engineers* ini yang melarang lelang bersifat kompetitif (*competitive bidding*) oleh anggota-anggotanya merupakan pelanggaran ketentuan pasal 1 *Sherman Act*. Tujuan dari aturan dibuatnya aturan tersebut untuk meminimalkan resiko, bahwa persaingan akan menghasilkan pekerjaan “engineering” dengan kualitas yang rendah, sehingga dapat membahayakan keselamatan umum (publik). Tergugat meminta pengadilan mempertimbangkan antara keselamatan publik dengan pembatasan yang dapat dikecualikan. Hakim Steven berpendapat bahwa hambatan yang dilakukan semata-mata karena alasan kode etik tidak dapat dibenarkan. Alasan lain adalah konsumen tidak mempunyai pilihan untuk melakukan perbandingan harga:

*“The Sherman Act does not require competitive bidding; it prohibits unreasonable restraints on competition. Petitioner's ban on competitive bidding prevents all customers from making price comparisons in the initial selection of an engineer, and imposes the Society's views of the costs and benefits of competition on the entire marketplace. It is this restraint that must be justified under the Rule of Reason, and petitioner's attempt to do so on the basis of the potential threat that competition poses to the public safety and the ethics of its profession is nothing less than a frontal assault on the basic policy of the Sherman Act... The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain -- quality, service, safety, and durability -- and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers.”*¹⁰¹

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *National Soc'y of Prof. Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978).

¹⁰¹ *Ibid.*

Dalam kasus *National Society of Professional Engineers*, pengadilan secara eksplisit mempertimbangkan faktor efisiensi alokatif. Penggunaan pendekatan *rule of reason* yang sifatnya luas juga dihindari dan memodifikasinya menggunakan *balancing test* atau standar pengujian berimbang untuk menentukan terjadinya persaingan usaha yang sehat. Pengadilan dalam hal ini melakukan analisa hanya dari sisi ekonomi saja, dengan mengesampingkan kualitas produk, karena dianggap tidak akan menambah efisiensi yang mengarah pada persaingan sehat.¹⁰²

Kasus *horizontal price fixing* dengan menggunakan unsur terselubung terdapat dalam kasus *Broadcast Music, Inc., et al. v. Columbia Broadcasting System, Inc., et al.* (1979).¹⁰³ Perkara ini bermula ketika *Broadcast Music* (BMI) dan *the American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP) membentuk ‘lembaga clearing’ (*clearinghouse*) yang mengatur hubungan antara pihak pemilik dan pengguna hak cipta musik, guna menyelesaikan masalah-masalah praktis yang berhubungan dengan lisensi musik. Para pemilik hak cipta memberikan hak eksklusif karya seni non drama kepada BMI dan ASCAP. Kemudian BMI dan ASCAP mengeluarkan lisensi serta memberikan royalti bagi pemilikinya. Mereka memberlakukan lisensi terselubung (*blanket license agreement*), yang membolehkan penerima lisensi untuk menggunakan setiap karya seni yang dimiliki oleh para anggota BMI dan ASCAP. Kemudian CBS sebagai tergugat, yang merupakan salah satu jaringan televisi komersial nasional, mendakwa BMI dan ASCAP praktek penetapan harga ilegal karena secara bersama-sama menolak untuk bertransaksi (*a concerted refusal to deal*), dan sebagai penyalahgunaan hak cipta. BMI dan ASCAP membantah dan menyatakan bahwa *blanket license agreement* bersifat pro persaingan, karena perjanjian tersebut memfasilitasi berjalannya pasar yang efisien dan tertib, dengan mengurangi biaya transaksi antara pelaku usaha di pasar.¹⁰⁴

Pengadilan melakukan pengujian terhadap efisiensi dan terbukti bahwa pengaturan lisensi terselubung menghasilkan efisiensi biaya, yang tidak dapat

¹⁰² A.M. Tri Aggraini, *Larangan...*, *op cit.*, hal 131.

¹⁰³ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979)

¹⁰⁴ A.M. Tri Aggraini, *Larangan...*, *op cit.*, hal 133-136.

diraih oleh penggubah lagu secara individual berkenaan dengan pengawasan dan integrasi penjualan serta penegakan hukum bila terjadi penggunaan hak cipta secara illegal:

*“More generally, in characterizing this conduct under the per se rule, our inquiry must focus on whether the effect and, here because it tends to show effect, the purpose of the practice are to threaten the proper operation of our predominantly free-market economy -- that is, whether the practice facially appears to be one that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output, and in what portion of the market, or instead one designed to “increase economic efficiency and render markets more, rather than less competitive.”*¹⁰⁵

Faktor penting lain dalam menganalisis perkara BMI adalah penemuan fakta, bahwa para pemilik hak cipta individual secara bebas dapat menjual gubahan lagunya secara terpisah dari lisensi terselubung: *“The individual composers and authors have neither agreed not to sell individually in any other market nor use the blanket license to mask price-fixing in such other markets”*.¹⁰⁶

Kasus *horizontal price agreement* yang tidak secara langsung berkaitan dengan perjanjian harga terdapat dalam kasus *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, (1980).¹⁰⁷ Kasus ini melibatkan pemasok yang melakukan perjanjian untuk mengeliminasi pemberian kredit kepada penjual bir. Mahkamah Agung menyatakan perjanjian tersebut secara *per se illegal* bersifat membatasi persaingan:

“...the question whether the alleged agreement among competitors fixing credit terms, if proved, was unlawful on its face”.¹⁰⁸

Pemberian kredit merupakan komponen yang tidak terpisahkan dari harga. Mahkamah Agung dalam keputusan ini sangat keras menerapkan pendekatan *per se illegal* hanya dengan melihat terpenuhinya unsur perjanjian penetapan harga.

Perkara selanjutnya terkait dengan perjanjian penetapan harga maksimum (*maximum price agreement*) terdapat dalam kasus *Arizona v. Maricopa County Med. Soc'y* (1982).¹⁰⁹ Kasus ini berawal dari sekitar 70% dari ahli medis di daerah

¹⁰⁵ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, *Op.Cit.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643 (1980)

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Arizona v. Maricopa County Med. Soc'y*, 457 U.S. 332 (1982)

Maricopa bergabung dalam kelompok medis yang menegaskan harga maksimum bagi setiap dokter untuk meminta bayaran atas layanan tertentu, guna memelihara rencana pihak asuransi. Pada kasus ini pengadilan tampak masih ragu untuk menerapkan *per se illegal* terhadap kaum profesional “...*fix maximum prices, are among members of a profession, are in an industry with which the judiciary has little antitrust experience, and are alleged to have procompetitive justifications*“.¹¹⁰ Mahkamah Agung menyatakan perjanjian *maximum price agreement* bersifat anti persaingan:

*“The per se rule is grounded on faith in price competition as a market force, [and not] on a policy of low selling prices at the price of eliminating competition’. In this case, the rule is violated by a price restraint that tends to provide the same economic rewards to all practitioners regardless of their skill, their experience, their training, or their willingness to employ innovative and difficult procedures in individual cases. Such a restraint also may discourage entry into the market and may deter experimentation and new developments by individual entrepreneurs. It may be a masquerade for an agreement to fix uniform prices, or it may in the future take on that character”.*¹¹¹

Dalam kasus ini, Hakim Powel membuat *dissenting*:

*“This requires, as the Court acknowledges, that we consider the foundation arrangement as one that “impose[s] a meaningful limit on physicians' charges,” that “enables the insurance carriers to limit and to calculate more efficiently the risks they underwrite,” and that “therefore serves as an effective cost containment mechanism that has saved patients and insurers millions of dollars”.*¹¹²

Powel berpendapat bahwa pembatasan harga maksimum yang akan dikenakan dokter kepada pasien mengandung unsur efisiensi, karena perusahaan asuransi dapat memperhitungkan resiko yang akan menjadi tanggungannya.

Walaupun bukan kasus yang paling akhir, tetapi kasus *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of The University of Oklahoma et al.* (1984),¹¹³ adalah penutup dari rangkaian perkembangan penerapan *per se illegal* dan *rule of reason* dalam *horizontal price fixing agreement*. Kasus ini berawal

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984).

sejak pertandingan bola (*football*) disiarkan di televisi, asosiasi bola NCAA yang menetapkan aturan bahwa sekolah dapat menjual hak siar televisinya ke jaringan televisi. Aturan yang diterapkan tersebut mempunyai potensi pelanggaran terhadap ketentuan *Sherman Act*. termasuk di dalamnya aturan main atas penetapan harga dan berapa banyak yang harus disiarkan.

Keseluruhan kasus yang dipaparkan diatas, menjelaskan bahwa pengadilan di AS tidak mempunyai pedoman yang baku dalam menerapkan pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* pada kasus *horizontal price agreement*. Penulis berpendapat, bahwa perjalanan pengadilan AS dalam memutus *horizontal price agreement* seperti spiral, karena adakalanya menggunakan pendekatan *per se illegal* tetapi pada kasus berikutnya keputusan pengadilan terdahulu tidak dijadikan dasar dan malah menggunakan *rule of reason*, dan terus pada kasus selanjutnya kembali menggunakan pendekatan *per se illegal*.

Penulis juga melihat ada unsur keengganan (*reluctant*) meninjau pemakaian *rule of reason* yang membuktikan proses administrasi yang panjang. Hal ini juga ditegaskan oleh Rhomas Webb bahwa *per se illegal* beberapa memiliki keunggulan; *pertama* kepastian dibidang ekonomi, *kedua* kemudahan dalam mengambil keputusan dan *ketiga* terjaminnya prediktabilitas dalam kegiatan bisnis dan hukum.¹¹⁴

Sejak akhir tahun 1800, pengadilan AS sebenarnya sudah mengarah untuk menggunakan *rule of reason* dalam menangani perkara, khususnya *horizontal price agreement* Dimulai dari kasus *Trans-Missouri* yang mempertanyakan apakah semua perjanjian, termasuk *price fixing* langsung dikategorikan sebagai perjanjian yang sifatnya hambatan. Setelah itu pada *Joint Traffic Association* lahirlah embrio *rule of reason* yang mempertanyakan aspek kewajaran (*reasonableness*) baik terhadap perjanjian penetapan harga maupun tindakan *horizontal price agreement* itu sendiri. Pada kasus *Addyston Pipe*, lahirlah doktrin *ancillary restraint*, yang intinya mempertanyakan apakah hambatan yang sifatnya tambahan dapat langsung dinyatakan bersalah melanggar ketentuan *Sherman Act*. Pada era ini, walaupun *horizontal price agreement* dinyatakan bersalah melanggar

¹¹⁴ Thomas R. Webb, "Fixing the Price Fixing Concusing: A Rule of Reason", Yale Law Journal, vo.. 92, 1983, hal 706.

ketentuan *Sherman Act* dengan pendekatan *per se illegal*, namun argumentasi para hakim dipersidangan mulai meragukan penerapan yang sifatnya formalistik tersebut.

2.3 Perjanjian Penetapan Harga dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Pada bagian ini akan diuraikan terlebih dahulu kasus-kasus perjanjian penetapan harga di Indonesia. Kemudian akan dijelaskan cakupan dari perjanjian penetapan harga dalam pasal 5, 6, 7 dan 8 UU 5/99. Bagian ini juga akan menguraikan unsur-unsur dari masing-masing pasal pada kasus-kasus yang telah ditetapkan dalam putusan KPPU.

2.3.1 Kasus Perjanjian Penetapan Harga di Indonesia

Sampai tulisan ini dibuat, ada sekitar 8 (delapan) kasus yang berkaitan dengan *price fixing* yang dirilis pada situs resmi KPPU.¹¹⁵ Kasus pertama dalam Putusan Perkara No: 02/KPPU-I/2003, melibatkan 4 (empat) perusahaan pelayaran, sebagai pelaku usaha, terbukti bersalah melanggar pasal 5 ayat (1) UU 5/99. Kasus ini berawal dari pelaku usaha yang mengadakan penetapan tarif pengiriman barang dengan menggunakan peti kemas pada rute Jakarta-Pontianak-Jakarta. Perjanjian *price fixing* juga melibatkan Ketua Bidang Kontainer Dewan Pimpinan Pusat INSA (asosiasi perusahaan pelayaran nasional) sebagai pihak pengawas dan Direktur Lalu Lintas dan Angkutan Laut Direktorat Perhubungan Laut Departemen Perhubungan sebagai fasilitator.

Pada kasus kedua, dalam Putusan Perkara No : 03/KPPU-I/2003, melibatkan 7 (tujuh) perusahaan angkutan laut khusus barang (kargo), sebagai pelaku usaha, terbukti bersalah melanggar pasal 5 ayat (1) UU 5/99. Kasus ini berawal ketika terjadi ketidakseimbangan antara biaya produksi dengan pendapatan pada saat *low season*, yang menyebabkan pelaku usaha cenderung memberikan diskon tinggi, bahkan mencapai *break even point*. INSA juga

¹¹⁵www.kppu.go.id/baru/index.php?aid=248&mode=art&mnid=52&encodurl=11%2F17%2F08%2C07%3A11%3A33, diakses 17 November 2008.

dinyatakan terlibat karena memfasilitasi pengusulan kesepakatan tarif dan kuota angkutan peti kemas untuk jalur Makassar-Surabaya-Makassar. Pengawasan kuota dilakukan oleh Pelindo IV berdasarkan pangsa pasar dari masing-masing pelaku usaha. Apabila kuota tidak terpenuhi, maka denda sebesar 50% dikenakan kepada pelaku usaha yang kehilangan kuotanya.

Pada kasus ketiga, dalam Putusan Perkara No: 05/KPPU-I/2003, melibatkan 6 (enam) perusahaan bus kota, sebagai pelaku usaha yang terbukti bersalah melanggar pasal 5 ayat (1) UU 5/99. Kasus ini berawal ketika para pelaku usaha melakukan *price fixing* atas tarif bus kota Patas AC dari Rp. 2.500,- menjadi Rp. 3.300,- yang difasilitasi oleh DPP Organda DKI Jakarta dengan dikeluarkannya Surat Keputusan.

Pada kasus keempat, dalam Putusan Perkara No: 08/KPPU-I/2005, melibatkan 2 (dua) pelaku usaha dibidang verifikasi, yang terbukti bersalah melanggar pasal 5 ayat (1) UU 5/99. Kasus ini berawal ketika pemerintah melalui keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia (Menperindag) menunjuk PT. *Surveyor* Indonesia dan PT. *Superintending Company of Indonesia* sebagai pelaksana teknis verifikasi untuk impor gula ke Indonesia. Kedua pelaku usaha bersekongkol untuk menetapkan besaran *surveyor fee* yang harus dibayar importir gula dalam bentuk Kerjasama Operasi (KSO), sehingga importir gula tidak mempunyai pilihan lain, selain menerima besaran *fee* yang telah disepakati sebelumnya.

Pada kasus kelima, dalam Putusan Perkara No: 10/KPPU-L/2005, melibatkan pelaku usaha yaitu: 3 (tiga) produsen/G3 dan 4 (empat) distributor/G4, masing-masing sebagai pemasok dan penjual garam bahan baku ke Sumatera Utara, yang terbukti bersalah melanggar pasal 5 ayat (1) dan pasal 6 UU 5/99. Kasus ini berawal ketika G3 saling menyepakati kebijakan penetapan harga jual garam bahan baku di Sumatera Utara secara seragam atau sistematis, sehingga menyalahi pasal 5 ayat (1) UU 5/99. Sedangkan perbuatan yang terkait pasal 6 adalah kesepakatan yang mengakibatkan pelaku usaha selain G3 dan G4 harus membayar harga garam bahan baku lebih tinggi dibandingkan dengan harga yang harus dibayar G4 kepada G3.

Pada kasus keenam, dalam Putusan Perkara No: 11/KPPU-L/2005, melibatkan pelaku usaha yaitu, 10 (sepuluh) perusahaan distributor semen dan PT. Semen Gresik sebagai produsen, yang terbukti bersalah melanggar pasal 8 UU 5/99. Kasus ini berawal dari upaya PT. Semen Gresik untuk menstabilkan harga semen di area penjualan dengan melakukan kesepakatan perjanjian jual beli bersama distributor melalui konsorsium. Kesepakatan tersebut mewajibkan antara lain: *penetapan harga semen oleh PT. Semen Gresik kepada distributornya. Distributor diwajibkan pula tidak menjual semen merek lain, selain Semen Gresik. Kemudian harga jual Semen Gresik oleh distributor sudah ditetapkan oleh produsen serta dilarang memberikan potongan harga.*

Pada kasus ketujuh, dalam Putusan Perkara No: 21/KPPU-L/2005, melibatkan PT. Pertamina yang diduga melakukan diskriminasi pada perjanjian Jual Beli Gas (PJBG) kepada PT. Igas Utama. Dalam perkara ini PT. Pertamina yang membuat PJBG dengan beberapa *trader* menetapkan harga yang berbeda karena pertimbangan perhitungan ekonomis dan bukan bertujuan untuk mendiskriminasi *trader* yang satu dengan yang lain, dalam hal ini *PT. Igas Utama*. PT. Pertamina tidak terbukti melanggar pasal 6 UU 5/99.

2.3.1 Cakupan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

Dalam rumusan pasal 5 UU 5/99 terdapat kata “pesaingnya”, yang mengindikasikan sifat dari perjanjian penetapan harga tersebut adalah *horizontal price agreement*. Unsur-unsur yang terdapat dalam pasal 5 UU 5/99 adalah:

- a. Pelaku usaha;
- b. Perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya;
- c. Menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan;
- d. Pasar bersangkutan yang sama

Penerapan unsur-unsur tersebut dalam kasus perjanjian penetapan harga yang telah diputus oleh KPPU dapat dilihat pada tabel dibawah ini.

No.	Unsur-unsur Penetapan Harga	Putusan Perkara No: 02/KPPU-I/2003	Putusan Perkara No: 03/KPPU-I/2003	Putusan Perkara No: 05/KPPU-I/2004	Putusan Perkara : No 08/KPPU-I/2005	Putusan Perkara No : 10/KPPU-L/2005
1.	Pelaku Usaha	PT. Pelayaran Nusantara Panujwan, PT Tempura Emas, PT. Tanto Intim Line dan PT. Pelayaran Wahana Baruna Khatulistiwa	PT. Pelayaran Meratus, PT. Tempura Emas Tbk., PT. (Persero) Djakarta Lloyd, PT. Jayakusuma Perdana Lines, PT. Tanto Intime Line dan PT. Lumintu Sinar Perkasa	PT. Steady Safe, Tbk., PT. Mayangsari Bakti, Perum PPD, PT. Bianglala Metropolitan, PT Pahala Kencana dan PT AJA Putra	PT. Surveyor Indonesia dan PT. Superintending Company of Indonesia	PT. Garam, PT. Budiono dan PT. Garindo atau (G3) dan PT. Graga Reksa, PT. Sumatera Palm, UD Jangkar Waja dan UD Sumber Samudera atau (G4)
2.	Melakukan perjanjian dengan pelaku usaha pesaing	Menandatangani kesepakatan bersama tariff uang Tambang Peti Kemas rute Jakarta-Pontianak-Jakarta No. 01/SKB/PNP-TE-WBK-TIL/06/2002	Penandatanganan berita acara pertemuan bisnis di Hotel Elmi Surabaya yang menyepakati tariff freight dan kuota serta sanksi yang atas pelanggarannya	DPD Organda DKI Jakarta mengesahkan kesepakatan bersama dalam SK DPD No. Skep-115/DPD/IX/2001 tentang Penyesuaian Tarif Angkutan Umum Bus Kota Patas AC di wilayah DKI Jakarta tanggal 5 September 2001.	Kesepakatan dalam suatu Memorandum of Understanding membentuk Kerjasama Operasi (KSO) untuk pelaksanaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula.	G3 saling mengingatkan diri untuk membuat kebijakan penetapan harga jual garam bahan baku di Sumatera Utara secara seragam atau sistematis (dapat dibuktikan dari <i>trade record</i> harga penjualan)
3.	Menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen.	Tarif uang tambang peti kemas dari Jakarta ke Pontianak yang disepakati bersama adalah sebesar Rp. 1.600.000/Teus.	a. CY to CY: Surabaya-Makassar (Rp. 2 juta-Rp. 3,5 juta). Makassar-Surabaya (Rp. 1,2 juta-Rp. 2,2 juta). Makassar-Jakarta (Rp. 1,2 juta-Rp. 2,2 juta). b. CY to Port: Jakarta-Makassar (Rp. 2 juta-Rp. 3 juta)	Sepakat menaikkan tarif bus kota Patas AC dari Rp. 2500,- menjadi Rp. 3.300,-	Terjadi 4 (empat) kali perubahan kesepakatan dengan besaran tarif yang berbeda antara minimum fee, normal fee, maximum fee dan containerised.	Dari data penjualan tahun 2005 harga garam bahan baku PT Garam selalu Rp. 20,- lebih tinggi dari harga jual garam bahan baku PT. Budiono dan PT. Garindo dan pergerakannya menunjukkan keteraturan
4.	Terdapat pada pasar bersangkutan yang sama.	Melayani jasa angkutan peti kemas dari Jakarta ke Pontianak dan dari Pontianak ke Jakarta	Jasa angkutan pelayaran laut khusus barang (kargo) rute Surabaya-Makassar-Surabaya dan Makassar-Jakarta-Makassar	Layanan jasa pengangkutan penumpang bus kota Patas AC yang ijin trayeknya oleh Pemerintah Propinsi DKI Jakarta.	Jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula dalam wilayah hukum Republik Indonesia.	Garam bahan baku produksi dalam negeri yang diperdagangkan di wilayah Sumatera Utara.

Unsur “harga yang akan disepakati” dalam pengertian pasal 5 UU 5/99 harus diinterpretasikan secara luas. Harga pada prinsipnya adalah pembayaran untuk barang atau jasa, oleh karena itu semua syarat-syarat pembayaran seperti potongan harga/diskon atau penundaan pembayaran termasuk dalam pengertian harga.¹¹⁶

Horizontal price agreement mendapat pengecualian dalam ayat 2 huruf (a), terhadap perjanjian yang dilakukan dalam bentuk suatu usaha patungan atau *joint venture*. Pengecualian dalam pasal 5 ayat 2 (a) UU 5/99 belum mendapat kejelasan, karena definisi *joint venture* tidak dijelaskan secara rinci. Namun karena konstruksi pasal 5 UU 5/99 menganut asas “*lex superior derogate legi inferiori*”, maka jalinan kerjasama antar pelaku usaha dalam cakupan pengecualian pasal ini adalah kelompok kerja sama *ad hoc*.¹¹⁷ Kategori merger atau konsorsium bukan merupakan pengecualian dari pasal 5 ayat 2 (a) UU 5/99. Bahkan, suatu perintah dari perusahaan *holding company* kepada anak perusahaan atau bentuk kerjasama antar anak perusahaan yang masih dalam ruang lingkup kesepakatan antar para pelaku usaha yang saling terkait, bukan merupakan cakupan dari pasal 5 UU 5/99.¹¹⁸

Pasal 5 UU 5/99 bukan hanya menjangkau aktivitas yang berhubungan dengan sisi penawaran saja, tetapi juga permintaan, selama antar pelaku usaha merupakan pesaing.¹¹⁹ Pasal 5 UU 5/99 bukan saja menjangkau perusahaan ketika menjual harga barang kepada konsumen atau perjanjian antar pemasok saja, tetapi dapat juga mencakup kesepakatan harga oleh pembeli (*kartel pembeli/purchase price fixing*). Mekanisme *purchase price fixing* dapat memfasilitasi pembeli untuk melakukan kolusi dengan cara menstandarisasi harga pembelian. Pembeli juga dapat mengetahui jumlah *out put* barang yang akan beredar karena mempunyai informasi atas *input* barang yang akan dibeli.¹²⁰

¹¹⁶ Knud Hansen, *Op.Cit.*, hal 141.

¹¹⁷ *Ibid.*, hal 141 dan 151. Kelompok kerja *ad hoc* adalah komunitas yang terdiri dari beberapa pemasok yang didirikan untuk menyediakan jasa tertentu kepada pihak ketiga.

¹¹⁸ *Ibid.* Baca lebih lanjut mengenai *holding company*. Hasim Purba, *Tinjauan terhadap Holding Company, Trust, Cartel dan Concern*, <http://www.library.usu.ac.id>, diakses pada tanggal 10 November 2008.

¹¹⁹ Knud Hansen, *op.cit.*, hal 143.

¹²⁰ Ioannis Kokkorist, *Purchase Price Fixing: A Per Se Infringement?*, *European Competition Law Review*, vol 28(9), 2007. hal 473-487.

Pasar bersangkutan yang sama juga dibakukan dalam pasal 5 UU 5/99. Tetapi dalam putusan Perkara Nomor: 26/KPPU-L/2007 tentang kartel sms, KPPU berpendapat bahwa unsur pasar bersangkutan adalah unsur tambahan yang tidak mutlak untuk dibuktikan, namun hanya bersifat menjelaskan dari unsur perjanjian harga dengan pesaing. Pembahasan tentang hal ini akan lebih rinci pada bab berikutnya.

Pasal 5 UU 5/99 juga menjangkau pelaku usaha yang melakukan penetapan harga maksimum dan minimum yang akan disepakati. Perjanjian antara dua pesaing untuk menetapkan harga maksimum tidak dibenarkan karena harga tidak mengindikasikan adanya kelangkaan. Penerapan harga maksimum menghilangkan fungsi pasar sebagai indikator kekurangan. Sedangkan penetapan harga minimum tidak dapat dibenarkan dengan alasan menjamin suatu tingkat harga (pura-pura) yang rendah.¹²¹

Pasal 5 UU 5/99 juga menjangkau perjanjian dimana pelaku usaha dan pesaingnya menyepakati penentuan selisih antara harga beli dan harga jual.¹²² *Kesepakatan* tersebut bertentangan dengan mekanisme pasar, yaitu harga tidak lagi ditentukan berdasarkan hukum ekonomi *demand* dan *supply*. Namun patut dipertanyakan karena, cakupan pasal 5 UU 5/99 mengenai perjanjian selisih harga bertentangan dengan pasal 7 dan 8 UU 5/99 yang hanya mensyaratkan apabila mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Pasal 5 UU 5/99 juga dapat mencakup perjanjian yang sifatnya tidak langsung menetapkan harga tetapi menjurus pada pengaturan harga, misalnya sistem harga terbuka dan sistem identifikasi harga. Karakteristik dari sistem harga terbuka adalah ketika pelaku usaha berjanji untuk meneruskan harga yang ditetapkan untuk barang atau jasa tertentu ke suatu lembaga sentral yang nantinya akan menyampaikan informasi harga yang ditetapkan oleh pesaing usaha kepada pihak-pihak terkait. Sedangkan dalam sistem identifikasi harga, dimana pelaku

¹²¹ *Ibid.*, hal 145.

¹²² Misalnya para pelaku usaha menyepakati harga maksimum adalah Rp. 1.000,-. Artinya harga yang akan dibayarkan oleh konsumen atau pelanggan berkisar dibawah Rp. 1.000,-. Lain halnya apabila para pelaku usaha menyepakati harga minimum adalah Rp. 1.000,-. Artinya harga yang akan dibayarkan oleh konsumen atau pelanggan berkisar diatas Rp. 1.000,-. *Ibid.*

usaha saling menginformasikan setiap perjanjian dengan pembeli dan biasanya pihak-pihak terkait akan bereaksi terhadap setiap perubahan harga.¹²³

2.3.2 Cakupan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

Rumusan pasal 6 UU 5/99 melarang adanya perjanjian diskriminasi *harga/price discrimination* yang sifatnya vertikal. Hal ini dapat dilihat dari penggunaan kata “pembeli” untuk membedakannya dengan “pesaing”, yang berarti perjanjian-perjanjian antara produsen, distributor dan agen atau sebut saja pemasok dengan pembeli. Unsur-unsur yang terdapat dalam pasal 6 UU 5/99 adalah sebagai berikut:

- a. Pelaku usaha;
- b. Perjanjian (dapat dengan pesaingnya atau yang memiliki hubungan vertikal seperti distributor dan langganan tetap dan atau toko pengecernya);
- c. Menetapkan harga yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar dengan harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pembeli lain.

Penerapan unsur-unsur pasal 6 dalam Putusan Perkara No : 21/KPPU-L/2005 adalah sebagai berikut:

No.	Unsur-unsur Penetapan harga	Putusan Perkara No : 10/KPPU-L/2005
1.	Pelaku usaha	PT. Garam, PT. Budiono dan PT. Garindo atau (G3)
2.	Perjanjian (dengan distributor)	G3 sepakat untuk mengatur jumlah pasokan, untuk menyalurkan garam bahan baku sebagian terbesar ke G4 dan menetapkan harga kepada G4 secara teratur dan seragam.
3.	Menetapkan harga yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar dengan harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pembeli lain.	G3 menetapkan harga jual kepada pelaku usaha selain G3 dan G4 lebih tinggi (Rp. 490 atau Rp. 510), ketimbang harga kepada G4 (Rp. 385 atau Rp. 405).

Tabel 2.1. Penerapan unsur-unsur pasal 6 dalam putusan KPPU

¹²³ *Ibid.*, hal 146.

Diskriminasi harga yang diperjanjikan antara pemasok dan pembeli menyangkut harga terhadap suatu barang atau jasa dan harus berada dalam hubungan persaingan usaha secara faktual atau potensial. Tujuan dari diskriminasi harga adalah agar masing-masing pembeli tidak dapat bersaing lagi, karena pembeli yang terdiskriminasi akan keluar dari pasar.¹²⁴

Hubungan antara pemasok dan pembeli dalam pasal 6 UU 5/99 adalah, pemasok yang memberi kemudahan kepada pembeli, misalnya produsen melakukan perjanjian dengan pembeli tertentu, bahwa pembeli diizinkan melakukan pembayaran cicilan yang lebih murah daripada pembeli-pembeli yang lain. Namun tidak berlaku sebaliknya, bila pembeli memberi kemudahan kepada seorang pemasok sehingga pemasok lain didiskriminasi.¹²⁵

Pasal 6 UU 5/99 secara tegas mengharuskan adanya unsur perjanjian.¹²⁶ Diskriminasi harga, dari sisi perjanjian antara pemasok dan pembeli harus menyangkut suatu barang dan atau jasa yang sifatnya sama atau identik, dan bukan bersifat substitusi. Penafsiran sempit dari pasal 6 UU 5/99 dikarenakan, barang dan atau jasa yang mirip/sejenis (bersifat substitusi) memiliki biaya produksi yang berbeda, sehingga akan mengakibatkan kondisi pemasaran yang berbeda pula.¹²⁷

Pasal 6 UU 5/99 juga melarang tegas apabila pemasok membuat diskriminasi terhadap antar pembeli, walaupun pembeli yang satu bukan berada pada pasar geografis yang sama dengan pembeli yang lain. Hal ini dimungkinkan misalnya karena biaya pengiriman barang terhadap pembeli yang satu lebih mahal ketimbang pembeli yang lain.

2.3.3 Cakupan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Price fixing biasanya dilakukan untuk menetapkan harga diatas harga pasar, dan jarang yang menetapkan harga dibawah harga pasar. Rumusan pasal 7

¹²⁴ *Ibid.*, hal 156.

¹²⁵ *Ibid.*, hal 156-157.

¹²⁶ Tanpa adanya perjanjian, maka pelanggaran terhadap pasal 6 UU 5/99 tidak dapat dijangkau. Tindakan diskriminasi harga secara sepihak oleh pelaku usaha dapat dijangkau dengan pasal 19 UU 5/99.

¹²⁷ *Ibid.*, hal 158.

UU 5/99 melarang adanya perjanjian antar pelaku usaha yang saling bersaing untuk menetapkan harga dibawah harga pasar, apabila perjanjian tersebut dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat. Penerapan pasal 7 UU 5/99 tidak ditemukan pada kasus *price fixing* di Indonesia. Adapun unsur-unsur yang terkandung pada pasal tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Pelaku usaha;
- b. Perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya;
- c. Menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa di bawah harga pasar;
- d. Dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Price fixing untuk menetapkan harga dibawah harga pasar dapat mengakibatkan pesaingnya tidak dapat memproduksi lagi dan keluar dari pasar. Selanjutnya rumusan pasal 7 UU 5/99 ingin mengatakan bahwa tidak semua *price fixing* dibawah harga pasar langsung menimbulkan persaingan usaha tidak sehat.

Pelaku usaha yang membuat perjanjian dalam pasal 7 UU 5/99 harus berada dalam pasar bersangkutan yang sama dan harus saling bersaing. Pasar bersangkutan menjadi syarat dalam pasal 7 UU 5/99, karena barang yang diperdagangkan pada pasar bersangkutan yang berbeda, harga pasarnya tentu berbeda pula. Pelaku usaha yang tergolong usaha kecil, sesuai dengan pasal 50 huruf h UU 5/99 dikecualikan dari jangkauan pasal 7 UU 5/99.¹²⁸

Penerapan pasal 7 UU 5/99 secara subtansi berbeda dengan pasal 5 UU 5/99, karena pasal 7 UU 5/99 harus dipandang sebagai *lex specialis* terhadap pasal 5 ayat (1) UU 5/99, berkaitan dengan penetapan harga dibawah harga pasar¹²⁹. Pasal 7 UU 5/99 secara subtansi berbeda dengan pasal 20 UU 5/99 (praktek jual rugi/*predatory price*)¹³⁰, yakni penetapan harga yang sangat rendah dilakukan secara otonom oleh pelaku usaha tanpa adanya perjanjian.¹³¹

¹²⁸ Definisi pelaku usaha kecil berdasarkan Undang-undang Nomor 9 Tahun 1995 tentang usaha Kecil. *Ibid.*, hal 162-163.

¹²⁹ *Ibid.*, hal 167.

¹³⁰ Lihat lebih lanjut: Ningrum Natasya Sirait, *Menjual Rugi (Predatory Pricing) Dalam Hukum Persaingan dan Pengaturannya Dalam UU 5/99*, Jurnal Hukum Bisnis, vol 23, no.1, 2004, hal 71-85.

¹³¹ Knud Hansen, *op cit.*, hal 166-167..

2.3.4 Pasal 8 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Pasal 8 UU 5/99 merupakan konstruksi mengenai penetapan harga yang paling membingungkan. Setidaknya ada 2 (dua) hal yang patut dipertanyakan terkait dengan jangkauan dalam pasal 5 ayat (1) UU 5/99. *Pertama*, walaupun pasal 5 ayat (1) merupakan konstruksi pasal untuk *horizontal price agreement*, tetapi didalamnya sudah mencakup larangan perjanjian antar pelaku usaha pesaing untuk menetapkan harga jual yang ditetapkan kepada pedagang perantara.¹³² *Kedua*, bertentangan dengan pasal 5 ayat (1) yang secara tegas melarang menetapkan harga jual kepada pedagang perantara, pasal 8 UU 5/99 memiliki sifat pelarangan apabila “dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat”¹³³. Sepertinya kedua distingsi tersebut ingin menutup celah dari pasal 5 ayat (1) UU 5/99, apabila tidak dapat dibuktikan adanya unsur kartel antar pemasok yang saling bersaing untuk menetapkan harga jual kembali kepada pedagang perantara.

Objek perjanjian harga dalam pasal 8 UU 5/99 harus suatu harga minimum yang diperjanjikan antara pemasok dengan pedagang perantara. Berdasarkan kewajiban tersebut, pihak yang terikat dilarang mengurangi harga di bawah tingkat harga minimum yang telah diperjanjikan. Dalam terminologi hukum antimonopoli ini disebut *minimum resale price maintenance*. Sedangkan untuk perjanjian harga maksimum (*maximum resale price maintenance*) dimana pihak yang terkait dilarang melewati harga maksimum tertentu, tidak terjangkau oleh pasal 8 UU 5/99.

Unsur-unsur yang terkandung dalam pasal 8 UU 5/99 adalah:

- a. Pelaku usaha;
- b. Perjanjian dengan pelaku usaha lain;
- c. Memuat persyaratan bahwa penerima barang tidak akan menjual atau memasok kembali barang yang diterimanya dengan harga yang lebih rendah dari harga yang telah diperjanjikan.

Penerapan unsur-unsur pasal 8 UU 5/99 pada Putusan Perkara No : 21/KPPU-L/2005 adalah sebagai berikut:

¹³² Penjelasan dari buku Knud Hansen menggunakan istilah pedagang perantara setara dengan penjual kembali atau *reseller*.

¹³³ *Ibid.*, hal 169.

No.	Unsur-unsur Penetapan harga	Putusan Perkara No : 11/KPPU-L/2005
1.	Pelaku usaha	a. PT. Semen Gresik sebagai produsen Semen b. PT. Bina Bangun Putra, PT. Varia Usaha, PT. Waru Abadi, PT. Perusahaan Perdagangan Indonesia, UD Mujiarto, TB Lima Mas, CV Obor Baru, CV Tiga Bhakti, CV Sura Raya Trading Coy dan CV Bumi Gresik sebagai distributor.
2.	Melakukan perjanjian dengan pelaku usaha lain:	Distributor menyetujui perjanjian melalui Surat Penunjukan Distributor dari Produsen.
3.	Memuat persyaratan bahwa penerima barang tidak akan menjual atau memasok kembali barang yang diterimanya dengan harga yang lebih rendah dari harga yang telah diperjanjikan	a. Produsen mewajibkan distributor menjaga kestabilan harga Semen Gresik. b. Produsen mewajibkan distributor menjual sesuai dengan harga yang telah ditentukan serta dilarang memberikan potongan. c. Akan ada penerapan sanksi apabila distributor melanggar

Tabel 2.3. Penerapan unsur-unsur pasal 8 dalam putusan KPPU.

2.4 Alasan Dilarangnya Perjanjian Penetapan Harga Dalam Undang-Undang 5 Tahun 1999

Pendekatan ekonomi hanya salah satu pintu untuk memahami alasan dilarangnya *price fixing* oleh hukum persaingan usaha. Jangkauan lebih luas dan harus dijawab adalah, apakah tujuan utama dari hukum persaingan usaha itu sendiri?

Berbagai kepustakaan menjelaskan, bahwa tujuan utama dari hukum antimonopoli adalah untuk menciptakan efisiensi (*economic efficiency*) dan kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*)¹³⁴. Tujuan ini juga diamanatkan

¹³⁴ Johnny Ibrahim, *Op.Cit.*, hal 221. Lihat juga: Stephen Martin, *The Goals of Antitrust and Competition Policy*, (Indiana: Departement of Economics Purdue University, 2007). Lihat juga pendapat Syamsul Maarif dalam sebuah diskusi yang mengatakan, "...jelas berbeda antara kesejahteraan konsumen dengan kesejahteraan *the majority of consumer*. Kalau kesejahteraan konsumen dampaknya adalah hilangnya *dead weight loss* atau hilangnya *transfer of wealth*. Jadi kalau tarif Jakarta-Surabaya harganya Rp. 100.000,-, maka itu *benefit* bagi konsumen, keuntungan bagi konsumen penerbangan tetapi tidak memberikan keuntungan bagi penumbang kereta api dan penumpang bus." Lihat: Undang-undang No. 5/99 dan KPPU, Prosiding rangkaian Lokakarya

kepada UU 5/99, sebagaimana tertulis dalam pasal 3 huruf (a) yang berbunyi, “menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat”. Kata ‘kepentingan umum’ harus dibaca sebagai kepentingan konsumen, karena ‘*the ultimate beneficiaries*’ persaingan usaha yang sehat adalah konsumen dan bukan *public interest*.¹³⁵ Dua kata kunci yaitu efisiensi dan kesejahteraan diletakkan sebagai butir pertama dari tujuan UU 5/99.

Menurut penulis, konstruksi pasal 3 UU 5/99, hendak menyatakan ‘peningkatan kesejahteraan rakyat’ adalah tujuan akhir atau cita-cita dari UU 5/99. Tujuan akhir tidak akan tercapai tanpa melalui suatu tahapan, dimana tahapan tersebut merupakan awalan dan juga tujuan dari UU 5/99.¹³⁶ Tahap awal yang dimaksud adalah ‘terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha’ yang diletakkan dipundak pelaku usaha, sebagaimana tercantum dalam pasal 3 huruf (d) UU 5/99. Sebagai konsekuensinya, seluruh larangan dari UU 5/99, termasuk *price fixing*, dialamatkan kepada pelaku usaha yang tidak melakukan tindakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usahanya.¹³⁷

Kini muncul pertanyaan, apakah tindakan pelaku usaha yang efektif ‘pasti’ menciptakan efisiensi? Jawabannya tentu tidak! Karena efektivitas berkaitan dengan keberhasilan pelaku usaha untuk mencapai tujuan yang telah ditetapkan sebelumnya. Artinya, ketika pelaku usaha melakukan *price fixing* dianggap telah mencapai keberhasilan, maka kegiatan usaha tersebut berjalan dengan efektif.

Terbatas Masalah-Masalah Kepailitan dan Wawasan Hukum Bisnis lainnya, Jakarta 17-18 Mei 2004, ed. Emmy Yuhassarie dan Tri Harnowo, (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2004), hlm 156.

¹³⁵ Syamsul Maarif, *Tantangan Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Jurnal Hukum Bisnis Vol. 19, Mei – Juni 2002, hal 45. Bandingkan dengan pendapat Udin Silalahi yang mengatakan bahwa tujuan dari undang-undang antimonopoli dapat dirumuskan menjadi 2 (dua) tujuan pokok, yaitu tujuan di bidang ekonomi dan tujuan meta ekonomi atau tujuan diluar ekonomi. Pasal 3 huruf (a) mengakomodasi dua tujuan tersebut, yaitu menjaga kepentingan umum yang merupakan tujuan di luar ekonomi, yang memberikan rasa aman dan pasti kepada semua pelaku usaha dan masyarakat di dalam berusaha, dan meningkatkan ekonomi nasional adalah merupakan tujuan ekonomi. Udin Silalahi, *Undang-Undang Antimonopoli Indonesia, Peranan dan Fungsinya Di Dalam Perekonomian Indonesia*, Jurnal Hukum Bisnis Vol. 10, 2000, hal 28.

¹³⁶ Tujuan lain yang merupakan tahapan-tahapan tersebut dapat dilihat dari pasal 3 huruf (b), (c) dan (d) UU 5/99 yaitu: terciptanya iklim usaha yang kondusif, upaya pencegahan terhadap praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat dan terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam melakukan kegiatan usaha.

¹³⁷ Syamsul Maarif mengemukakan pendapatnya, “...muatan efisiensi adalah masuk secara implisit, implisitnya adalah UU No. 5/99 tidak anti pelaku usaha besar selama mereka efisien”. Emmy Yuhassarie dan Tri Harnowo, *Op.Cit.*, hlm 154.

Tetapi, tindakan *price fixing* tersebut belum tentu menciptakan efisiensi. Pertanyaan selanjutnya efisiensi seperti apa yang merupakan tujuan hukum persaingan usaha?

Efisiensi adalah faktor yang menentukan dalam kegiatan perekonomian.

Simon Evenett mengatakan:

*“Economist then defines a market outcome to be efficient if there is no other way to organize the exchanges in the same market so as to increase the sum of total producer surplus and total consumer surplus”.*¹³⁸

Pendapat Simon mendukung tujuan efisiensi yang telah dijelaskan sebelumnya, yaitu pencapaian maksimum terhadap surplus produsen dan surplus konsumen. Namun kondisi efisiensi di atas lebih bermakna sempit, artinya terjadi hanya pada saat berlangsungnya transaksi pembayaran antara penjual dan pembeli.

Pengertian efisiensi sendiri yang dibagi menjadi 2 (dua). *Pertama* efisiensi statis (*static efficiency*), yaitu ketika nilai maksimal dari jumlah surplus konsumen dan produsen berlangsung pada saat tertentu saja (*at a point in time*). *Kedua* efisiensi dinamik (*dynamic static*), yaitu ketika nilai maksimal dari jumlah surplus konsumen dan produsen berlangsung sepanjang waktu atau dalam periode tertentu (*over time or over a specific tie horizon*). Efisiensi dinamik menciptakan dampak bagi perkembangan teknologi, inovasi dan pengembangan terhadap varietas produk.¹³⁹

Kolasky dan Dick sebagaimana dikutip oleh Simon menambahkan efisiensi dari 3 (tiga) sudut pandang, yaitu efisiensi alokatif, efisiensi produksi dan efisiensi transaksional.¹⁴⁰ Efisiensi alokatif adalah suatu aspek dari kinerja pasar (*market performance*) yang menunjukkan pengalokasian yang optimum dari

¹³⁸ Simon J. Evenett, *What is the Relationship between Competition Law and Policy and Econoic Development?*, (University of Oxford, 2005), hal 3.

¹³⁹ *Ibid.* hal 4

¹⁴⁰ Satu sudut pandang lagi adalah efisiensi dinamik yang mempunyai pengertian sama dengan Simon Evenett; *“Whereas allocative and productive efficiency can be viewed as static criteria—holding society’s technological know-how constant—a more dynamic view of efficiency examines the conditions under which technological know-how and the set of feasible products optimally can be expanded over time through means such as learning-by-doing, research and development, and entrepreneurial creativity”*, *Ibid.*, hal 5.

sumber daya yang langka untuk memproduksi barang dan jasa yang sesuai dengan permintaan konsumen.¹⁴¹ Efisiensi alokatif terjadi bila:

*“...when market processes lead society’s resources to be allocated to their highest value use among all competing uses...the value of a product in the hands of consumers is equalized ‘at the margin’ to the value of the resources that were used to produce the product”.*¹⁴²

Efisiensi alokatif diperuntukkan bagi proses pemanfaatan sumber daya oleh mereka yang menggunakan, sehingga harga barang yang diberikan kepada konsumen ‘hampir’ menyamai biaya marginal dalam memproduksi barang tersebut

Kelangkaan sumber daya guna memproduksi suatu barang, mewajibkan pelaku usaha memperhatikan mekanisme dan metode produksi, agar tidak memakan biaya lebih banyak lagi. Ini yang dimaksud dengan efisiensi produksi:

*“...when all goods are produced at minimum possible total cost...there is no possible rearrangement or alternative organization of resources (such as labor, raw materials, and machinery) that would increase the output of one product without necessarily forcing a reduction in output for at least one other product”.*¹⁴³

Indikator terciptanya efisiensi produktif adalah, ketika pelaku usaha menggunakan biaya terendah yang dapat dicapai dalam memproses suatu barang.¹⁴⁴ Kondisi ekstremnya adalah, tidak dimungkinkan lagi untuk mengurangi biaya masukan/*price input*¹⁴⁵, semata-mata hanya untuk menghasilkan satu buah barang lebih banyak dari sebelumnya. Efisiensi produktif juga memberikan dampak

¹⁴¹ Christopher Passs, Bryan Lowes dan Laslie Davies, *Collins Dictionary of Economics* [Kamus Lengkap Ekonomi], diterjemahkan oleh Tumpal Rumapea dan Posman Haloho, ed. II, (Jakarta: Erlangga, 1998), hal 15.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Lapotka menambahkan, disatu sisi pemegang monopoli memang mengurangi jumlah barang merupakan bentuk efisiensi produksi. Namun efisiensi produksi yang dilakukan pemegang monopoli semata-mata hanya untuk meningkatkan keuntungan semata dan hal tersebut bukan merupakan tujuan dari efisiensi produksi. Lihat: Christopher R. Leslie, *Achieving Efficiency Through Collusion: A Market Failure Defense to Horizontal Price Fixing*, *California Law Review*, vol 81, 1993, hal 243.

¹⁴⁵ Harga-harga masukan (*prices of input*) adalah semua jenis barang yang digunakan perusahaan untuk memproduksi keluaran (*output*)-nya, seperti bahan baku, tenaga kerja dan mesin – disebut masukan (*input*) perusahaan. Lihat: Richard G. Lipsey, *et al.*, *Pengantar Mikroekonomi Jilid I [Economics 10th ed]*, diterjemahkan oleh A. Jaka Wasana dan Kirbrandoko, (Jakarta: Bina Aksara, 1995), hal 92.

efisiensi bagi konsumen. Dikatakan konsumen efisien apabila para produsen dapat membuat barang-barang yang dibutuhkan konsumen dan menjualnya pada harga yang para konsumen itu bersedia untuk membayar harga barang yang dibutuhkan.¹⁴⁶

Efisiensi transaksi atau *transaction cost* adalah biaya yang timbul dalam menjalankan transaksi pasar (misalnya biaya negosiasi, biaya penagihan, hutang tak tertagih).¹⁴⁷ Misalnya ketika konsumen hendak membeli sebuah barang, ia tidak hanya memperhitungkan faktor harga sebagai yang utama. Faktor penentu diluar harga seperti; biaya informasi untuk mengetahui barang yang lebih baik, ongkos transportasi yang harus ditanggung konsumen untuk memperoleh barang yang diinginkan, bagaimana cara konsumen memperolehnya, dsb; termasuk dalam perhitungan *transaction cost* yang harus dipertimbangkan oleh pelaku usaha. Efisiensi transaksional terjadi apabila:

“...market participants design business practices, contracts, and organizational form to minimize transactional cost, in particular, to mitigate information cost and reduce their exposure to opportunistic behavior”.¹⁴⁸

Pengelolaan biaya transaksi (*transaction cost*) oleh pelaku usaha dirancang seminimal mungkin, ketika hendak merancang strategi bisnis yang akan mereka tempuh.

Dalam bagian penjelasan bagian umum UU 5/99, dikatakan, “efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha dalam rangka meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat”. Dalam ekonomi, hubungan efisiensi dan efektivitas dikaitkan dengan pengalokasian sumber daya ekonomi (*resource allocation*) secara keseluruhan sehingga *output* yang berupa barang dan jasa menggambarkan secara penuh pilihan konsumen terhadap barang dan jasa tersebut, demikian juga masing-masing barang dan jasa diproduksi dengan biaya yang minimum menggunakan kombinasi faktor input yang sesuai.¹⁴⁹ Menurut penulis yang harus menjadi tujuan efisiensi sebagaimana tercantum dalam hukum persaingan usaha, khususnya UU 5/99 adalah

¹⁴⁶ Sutan Remy Sjahdeni, *Op.Cit.*, hal 9.

¹⁴⁷ Richard G. Lipsey, *Ibid.*, hal 343.

¹⁴⁸ Simon J. Evenett, *Ibid.*, hal 5.

¹⁴⁹ Christopher Passs, Bryan Lowes dan Laslie Davies, *Op.Cit.*, hal 176.

keseluruhan bentuk efisiensi baik alokatif, distribusi dan transaksional yang bersifat dinamis (jangka panjang) dan bertujuan untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat. Artinya pelaku usaha yang menciptakan efisiensi alokatif, distribusi, transaksional untuk tujuan jangka waktu yang panjang, dengan sendirinya akan meningkatkan kesejahteraan rakyat.



BAB 3

PERJANJIAN PENETAPAN HARGA PADA PUTUSAN PERKARA NO: 26/KPPU-L/2007 TENTANG KARTEL SMS

Pada bab sebelumnya telah dijelaskan bahwa tujuan utama dari hukum antimonopoli adalah untuk menciptakan efisiensi (*economic efficiency*) dan kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*) dalam jangka panjang (*over time or over a specific tie horizon*).¹⁵⁰ Unsur esensial yang dilarang dalam perjanjian penetapan harga adalah apabila menimbulkan dampak inefisiensi. Oleh sebab itu KPPU sebagai *quasi* peradilan harus mempertimbangkan faktor efisiensi dalam setiap putusannya. Pada bagian ini akan dibahas analisa faktor efisiensi yang dijadikan pertimbangan pada perjanjian penetapan harga pada putusan perkara No: 26/KPPU-L/2007 tentang kartel sms. Namun sebelumnya akan diuraikan mengenai perkembangan usaha telekomunikasi di Indonesia, duduk perkara pada Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 dan pertimbangan KPPU dalam mengambil putusan pada perkara tersebut.

3.1 Duduk Perkara Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS.

Kasus kartel SMS pada Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, berawal laporan kepada KPPU mengenai adanya dugaan pelanggaran Pasal 5 UU 5/99 yang dilakukan oleh PT Excelcomindo Pratama (XL), PT Telekomunikasi Selular (Telkomsel), PT Indosat, PT Telekomunikasi Indonesia (Telkom), PT Hutchison CP Telecommunication (“3”), PT Bakrie Telecom, PT Natrindo Telepon Seluler (NTS), PT Smart Telecom (Smart) dan PT Mobile-8 Telecom (Mobile-8).

¹⁵⁰ Simon J. Evenett, *Op.Cit.*, hal 3.

Objek perkara menurut KPPU dalam pemeriksaan lanjutan dan keterangan para pihak adalah XL dan Telkomsel sebagai operator *incumbent* menawarkan perjanjian harga untuk SMS *off-net*, yaitu biaya pengiriman SMS antar operator yang berbeda kepada operator lainnya sebagai *new entrant*. Perjanjian tersebut dituangkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi melalui Dokumen Penawaran Interkoneksi (DPI).¹⁵¹ KPPU memaparkan bukti ada atau tidaknya perjanjian antar para pihak dijabarkan dalam tabel matrix klausula penetapan sms berikut ini:

Operator	XL	Telkomsel	Indosat	Telkom	Hutchison	Bakrie	Mobile-8	Smart	NTS	STI
XL	-	-	-	√ (2005)	√ (2004)	√ (2003)	√ (2006)	√ (2001)	-	-
Telkomsel	-	-	-	√ (2002)	-	√ (2004)	-	√ (2007)	√ (2001)	-
Indosat	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Telkom	-	√ (2002)	-	-	-	-	-	-	-	-
Hutchison	√ (2005)	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Bakrie	√ (2004)	√ (2004)	-	-	-	-	-	-	-	-
Mobile-8	√ (2003)	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Smart	√ (2006)	√ (2007)	-	-	-	-	-	-	-	-
NTS	√ (2001)	√ (2001)	-	-	-	-	-	-	-	-
STI	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

Tabel 3.1. Matrix Klausula Penetapan Tarif SMS dalam PKS Interkoneksi

Dari tabel diatas terlihat dalam kurun waktu 2001 s/d 2007 terdapat perjanjian PKS Interkoneksi. Operator XL melakukan perjanjian PKS Interkoneksi dengan sejumlah operator yaitu: “3”, Bakrie, Mobil-8, Smart dan NTS. Sedangkan Telkomsel melakukan perjanjian PKS Interkoneksi dengan sejumlah operator yaitu: Telkom, Bakrie, Smart dan NTS.

Dalam PKS Interkoneksi ada 2 (dua) butir klausul yang dilakukan oleh operator *incumbent* kepada *new entrant* yaitu:

¹⁵¹ Untuk selanjutnya perjanjian kerjasama interkoneksi untuk menentukan tarif *off-net* sms disebut PKS interkoneksi.

- a) Tidak boleh lebih rendah Rp 250,-
- b) Tidak boleh lebih rendah dari tarif retail penyedia akses.¹⁵²

PKS Interkoneksi untuk perjanjian butir a) terdapat pada perjanjian antara XL dengan Bakrie, “3”, Mobile-8, Smart dan antara Telkomsel dengan Bakrie. Perjanjian butir b) terdapat pada perjanjian antara XL dengan NTS dan Telkomsel dengan Smart, Telkom dan NTS.¹⁵³ Perlu diketahui juga bahwa metode tarif yang dikenakan oleh masing-masing operator kepada pelanggan adalah *Sender Keeps All* (SKA), artinya pelanggan yang membayar kepada masing-masing operatornya, termasuk apabila hendak melakukan hubungan dengan pelanggan dari operator yang berbeda. Ini menandakan pengenaan tarif SKA kepada pelanggan tidak memperhitungkan tarif interkoneksi antar operator.¹⁵⁴

Dalam pembelaannya operator *new entrant* mendalilkan posisi mereka yang lemah dalam berhadapan dengan operator *incumbent*. Hal ini bisa dilihat dari keterangan operator-operator *new entrant*, yaitu Bakri, Mobile-8 dan Smart dalam melakukan negosiasi PKS interkoneksi, *new entrant* tidak memiliki posisi tawar yang cukup untuk dapat memfasilitasi kepentingannya dalam perjanjian *interkoneksi* tersebut.¹⁵⁵ Demikian pula ketika operator *incumbent* memasukkan klausul tarif SMS minimal, *new entrant* tidak berada dalam posisi untuk menolak klausul tersebut. Kemudian berdasarkan hasil pemeriksaan KPPU, menilai perjanjian tarif SMS yang dilakukan oleh operator efektif berlaku hanya bagi tarif SMS *off-net* saja.

Para operator *incumbent* mendalilkan bahwa PKS Interkoneksi dilakukan untuk menjaga stabilitas jaringan dan untuk mencegah terjadinya *spamming*.¹⁵⁶ Untuk itu KPPU menghadirkan 2 (dua) saksi ahli yang berpendapat berbeda. Saksi ahli Mas Wigrantoro RS berpendapat PKS interkoneksi yang menyepakati adanya harga jual akhir kepada pelanggan adalah keliru, dan perlu untuk

¹⁵² Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 2.1.2.10.4, hal 19

¹⁵³ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.2.10.4 s/d 21.2.10.13, hal 21-23.

¹⁵⁴ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.2.9.4 hal 20

¹⁵⁵ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 40.5.2.1; 41.8.1; 42.8.2.1. Operator “3” tidak memberikan pembelaan.

¹⁵⁶ Kondisi *Spamming* yang dalilkan oleh operator *incumbent* adalah SMS berlebih dari operator lain sehingga menyebabkan porsi besar pada kapasitas SMSC Gateway dari operator yang dituju diduduki oleh trafik SMS dari operator pengirim. Hal ini dapat menyebabkan jaringan menjadi *hang* dan *overload* dan jaringan menjadi *collapse* dan tidak dapat berfungsi lagi. Lihat Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 36.6.10-11, hal 70-71.

diperbaiki. Sedangkan saksi ahli KRMT Roy Suryo berpendapat alasan operator menetapkan harga untuk mencegah *spamming* dapat diterima.¹⁵⁷

KPPU melakukan analisis bahwa pada periode 1994 – 2004 tarif dasar dan tarif efektif SMS dari seluruh operator (Telkomsel, Indosat, dan XL) adalah Rp 350 dan tidak terdapat klausul mengenai penetapan harga di dalam PKS Interkoneksi diantara ketiganya.¹⁵⁸ Dengan tidak ditemukannya perjanjian mengenai tariff SMS antara ketiga operator tersebut maupun tidak diketemukannya bukti-bukti yang menunjukkan adanya komunikasi yang terjadi antara ketiga operator tersebut untuk menyamakan harga SMS, maka KPPU menilai kesamaan harga yang terjadi tidak cukup untuk dijadikan dasar membuktikan adanya kartel.

Perhatian selanjutnya dari KPPU adalah dugaan terjadi kartel SMS *off-net* pada periode 2004-2007 melalui PKS Interkoneksi. Pada periode tersebut KPPU mendalilkan adanya kesamaan harga SMS *off-net* dalam harga Rp. 350,-; Rp. 300,-; dan Rp. 250,-.¹⁵⁹ Memang pasca PKS Interkoneksi tersebut, pada tanggal 30 Mei 2007, BRTI (Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia) mengadakan pertemuan dengan Asosiasi Telepon Seluler Indonesia (ASTI). BRTI dalam pertemuan tersebut menyatakan bahwa penetapan tarif SMS melanggar ketentuan UU 5/99. Pasca pertemuan tersebut ASTI, melalui surat edarannya meminta seluruh anggotanya untuk membatalkan kesepakatan, himbuan, *gentlement agreement*, atau hal-hal lain yang bersifat mengikat dalam praktek penetapan harga SMS.¹⁶⁰ Alhasil para operator melakukan amandemen terhadap PKS Interkoneksi tersebut, diantaranya Smart dengan XL dan Telkomsel¹⁶¹ dan Bakire dengan Telkomsel.¹⁶²

Setelah dikeluarkan surat edaran dari ASTI, maka PKS Interkoneksi yang berisi kartel SMS secara formal tidak berlaku lagi. Tetapi objek perkara yang

¹⁵⁷ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 2.1.2.10.14 dan 2.1.2.10.15, hal 24.

¹⁵⁸ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 2.1.4.3, hal 29.

¹⁵⁹ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.4.4.2-5, hal 31-32.

¹⁶⁰ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.2.10.16, hal 24.

¹⁶¹ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 42.8.3.1, hal 165-166.

¹⁶² Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 40.4.5, hal 133.

menjadi *concern* KPPU kemudian adalah apakah pasca 2007 sampai sekarang masih terdapat praktek kartel SMS tersebut?

Dugaan ini semakin kuat karena pada tanggal 1 April 2008, Pemerintah melalui Ditjen Postel mengumumkan penurunan tarif interkoneksi dan mewajibkan kepada pihak operator untuk menurunkan tarifnya paling lambat 25 April 2008.¹⁶³ Alhasil tarif SMS *off-net* dari beberapa operator seperti Telkomsel, Mobile-8 mengalami penurunan.¹⁶⁴ Artinya dari tiga layanan seluler baru (“3”, Smart, dan NTS), hanya Smart yang masih mematuhi perjanjian kartel, sedangkan “3” walaupun secara formil mendandatangani, tetapi secara materil tidak pernah melaksanakannya.¹⁶⁵ Sedangkan NTS meskipun secara formil telah menandatangani PKS Interkoneksi sejak tahun 2001, namun NTS beroperasi baru tahun 2008, sehingga secara materil tidak pernah melaksanakan perjanjian tersebut.¹⁶⁶

3.2 Pertimbangan KPPU dalam Mengambil Keputusan pada Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS.

Perkara ini menyangkut dugaan pelanggaran terhadap pasal 5 UU 5/99 mengenai perjanjian penetapan harga atau *horizontal price agreement*. Berdasarkan uraian duduk perkara pada kasus ini, objek perkara yang ingin dibuktikan oleh KPPU adalah aspek formal dari perjanjian yang menyangkut ada atau tidaknya PKS Interkoneksi dari para operator dan aspek materil dari perjanjian yang menyangkut pelaksanaan perjanjian PKS Interkoneksi dari para operator.

Berdasarkan analisa terhadap fakta-fakta dan alat bukti berupa keterangan terlapor, saksi ahli serta dokumen-dokumen yang diperoleh selama pemeriksaan diperoleh beberapa kesimpulan:

¹⁶³ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.4.5.6, hal 35.

¹⁶⁴ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, tabel 6 “tarif dasar masing-masing operator per 25 April 2008”, hal 18-19.

¹⁶⁵ Tarif *off-net* SMS “3” pada tahun 2007 sebesar Rp. 100,- dan pada tahun 2008 sebesar Rp. 100,- Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.4.5.11, hal 36.

¹⁶⁶ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.4.5.11, hal 36.

- a) Tidak terdapat kartel tarif SMS pada periode 2000-2004 yang dilakukan Telkomsel, Indosat dan XL;¹⁶⁷
- b) Terdapat karek tarif SMS pada periode 2004-2007 oleh Telkomsel dan XL yang terpaksa diikuti oleh Telkom, Mobile-8 dan Bakrie;¹⁶⁸
- c) Terdapat kartel tarif SMS pada periode 2007 sampai dengan April 2008 yang merupakan kelanjutan dari periode sebelumnya dan terpaksa diikuti oleh Smart;¹⁶⁹
- d) Operator Indosat tidak terbukti melakukan kartel SMS dan Operator “3”, dan NTS tidak pernah terbukti melaksanakan kartel tarif SMS.¹⁷⁰

Dalam sidang lanjutan yaitu pembelaan tertulis dari terlapor diperoleh kesimpulan sebagai berikut:

- a) Masalah kewenangan KPPU.

Pihak Telkomsel dan Telkom mendalilkan bahwa KPPU tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan pengawasan di bidang telekomunikasi, melainkan BRTI.

- b) Tidak terpenuhinya unsur niat dalam melaksanakan perjanjian penetapan harga.

- Pihak XL, Telkomsel dan Telkom mendalilkan bahwa PKS *Interkoneksi mereka* lakukan untuk mencegah terjadinya *spamming*. Sehingga tidak adanya *unsur niat* untuk membentuk kartel harga yang bertujuan mendapatkan keuntungan yang *besar*.

- Pihak Bakrie, Smart, “3” dan Mobile-8 mendalilkan bahwa PKS *Interkoneksi mereka* lakukan karena posisi mereka sebagai *new entrant* sangat lemah, sehingga mau tidak mau harus mengikuti penawaran yang diberikan oleh XL dan Telkomsel.

- c) Masalah unsur pasar yang bersangkutan (*relevant market*)

Pihak Telkomsel, Telkom dan Bakrie mendalilkan bahwa KPPU harus membuktikan unsur *relevant market* untuk membuktikan terpenuhinya seluruh unsur dalam pasal 5 UU 5/99. Ketiadaan pembuktian unsur tersebut artinya keseluruhan delik yang terdapat dalam pasal 5 UU 5/99 menjadi tidak terpenuhi.

Bantahan *pertama* dari pihak tergugat adalah seputar kewenangan KPPU untuk mengawasi persaingan usaha dalam bidang telekomunikasi. Dalam bantahannya Telkomsel dan Telkom mendalilkan bahwa kewenangan yang berkaitan dengan kegiatan persaingan usaha dalam industri telekomunikasi berada

¹⁶⁷ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.5.1.1, hal 37.

¹⁶⁸ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.5.1.2, hal 37.

¹⁶⁹ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.5.1.3, hal 37.

¹⁷⁰ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.5.1.4, hal 37.

di tangan BRTI bukan KPPU. Yang menjadi pertanyaan adalah, apakah terdapat sektor-sektor yang dikecualikan dari kewenangan KPPU dalam mengawasi jalannya persaingan usaha di Indonesia?

Untuk menganalisa masalah tersebut penulis akan merujuk pada struktur UU 5/99 dalam memberikan kewenangan kepada KPPU sebagai badan pengawas persaingan usaha di Indonesia. Tujuan dari UU 5/99 terdapat dalam pasal 3 yang merupakan penjabaran dari konsiderans bagian menimbang butir b dan c. Kemudian untuk menjamin efektivitas pelaksanaan UU 5/99, KPPU diberi kewenangan dalam pasal 30 UU 5/99 untuk menegakkan norma-norma yang bersifat restriktif bagi pelaku usaha, sebagaimana tertuang dalam pasal 4 sampai dengan pasal 29. Mengenai tugas yang dibebankan kepada KPPU tertuang dalam pasal 35 UU 5/99, terutama huruf j tentang kewenangan untuk memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat. Kedudukan pasal 40 UU 5/99 mengenai kewenangan KPPU untuk memeriksa pelaku usaha, adalah penting terkait bantahan terlapor dalam kasus ini.

Tentang pengecualian terhadap kewenangan KPPU dalam sektor industri tertentu secara tersirat maupun tersurat tidak terdapat dalam keseluruhan UU 5/99. Dari sini kita sudah dapat menduga bahwa sektor telekomunikasi adalah sektor yang tidak dikecualikan sifatnya dari kewenangan KPPU.

Kedudukan BRTI sebagai regulator independen bidang telekomunikasi terdapat pada KM. 31 Tahun 2003 tentang Penetapan badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (KM 31/2003) dan Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 31 Tahun 2003 tentang Penetapan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia. Dalam pasal 6 huruf b KM 31/2003 tertulis bahwa kewenangan BRTI dalam penyelenggaraan jaringan telekomunikasi adalah fungsi pengawasan saja, dan salah satunya dibidang persaingan usaha. Fungsi pengawasan BRTI yang menyangkut aspek-aspek persaingan usaha diamanatkan dalam pasal 10 UU 36/99. Wewenang dan kewajiban BRTI dalam menjalankan fungsi pengawasan terhadap persaingan usaha di sektor telekomunikasi adalah sebagai berikut:

- a) Meminta informasi terkait dengan penyelenggaraan telekomunikasi dari penyelenggara telekomunikasi atau pelaku usaha pendukung telekomunikasi.

- b) Menerima informasi atau laporan mengenai dugaan praktek atau tindakan anti persaingan di pasar penyelenggaraan telekomunikasi di Indonesia.
- c) Mengeluarkan perintah kepada penyelenggara telekomunikasi atau afiliasinya untuk melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan untuk jangka waktu tertentu atas dasar adanya dugaan yang kuat telah terjadi praktek atau tindakan anti persaingan.
- d) Memerintahkan kepada penyelenggara telekomunikasi atau afiliasinya untuk membatalkan atau meninjau kembali suatu perjanjian atau pengaturan yang diduga kuat dapat mengakibatkan terjadinya praktek atau tindakan persaingan.
- e) Menetapkan sanksi administrasi kepada penyelenggara telekomunikasi apabila penyelenggara telekomunikasi yang bersangkutan menolak memberikan informasi atau memberikan informasi yang salah atau menyesatkan terkait dengan pelaksanaan fungsi pengawasan terhadap persaingan usaha, sesuai dengan peraturan yang berlaku.
- f) Melakukan penyegelan atas perangkat telekomunikasi yang dimiliki oleh penyelenggara telekomunikasi yang diduga melakukan praktek atau perilaku anti persaingan.¹⁷¹

Berdasarkan penjelasan tersebut, selain BRTI, maka KPPU secara formil juga berwenang untuk melakukan pengawasan di sektor telekomunikasi. Bahkan KPPU juga berwenang untuk melakukan pemeriksaan dan menjatuhkan sanksi terhadap pelaku usaha dalam hal ini para operator yang menyelenggarakan jasa telekomunikasi.

Bantahan *kedua* dari pihak tergugat adalah tidak adanya unsur niat dalam perjanjian penetapan harga. Untuk hal tersebut, secara formal dan mengacu pasal 35 UU 5/99, KPPU diberi kewenangan untuk menggunakan pendekatan *per se illegal* atau *rule of reason* dalam menganalisa pasal 5 UU 5/99 tentang perjanjian penetapan harga.¹⁷² Namun terdapat kebingungan dan inkonsistensi dalam pelaksanaannya, semata-mata disebabkan ketidakcocokan antara perlakuan hukum dan ekonomi dalam penetapan harga. Artinya, tindakan penetapan harga di saat

¹⁷¹ Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia, *Draft Pedoman Pengawasan Persaingan Usaha di Sektor Telekomunikasi*, Makalah disampaikan pada Prosiding Konferensi Nasional Teknologi Informasi dan Telekomunikasi untuk Indonesia, Bandung, 3-4 Mei 2006, hal 18-19.

¹⁷² Terkait bunyi pasal 35 point (a) UU 5/99 mengenai Tugas Komisi adalah melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam pasal 4 sampai dengan pasal 16. Tri Anggraini juga menegaskan demikian. Lihat A.M. Tri Anggraini, *Larangan...., Op.Cit*, hal 188.

tertentu dinilai berdasarkan hukum, namun di saat lain mempertimbangkan akibat atau situasi ekonomi.¹⁷³

Entry untuk melihat permasalahan ini adalah secara garis besar perjanjian penetapan harga masuk ke dalam jenis persaingan usaha tidak sehat dalam bentuk kartel. Alasan dilarangnya kartel penetapan harga yang merupakan *hardcore cartel* (kartel inti) adalah untuk mencegah para pelaku usaha dalam mengendalikan produksi/pemasaran dan mencegah pemberian harga yang tinggi yang akan merugikan konsumen.¹⁷⁴ Rumusan pasal 5 UU 5/99 juga menegaskan dengan kata-kata “harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggannya”. Ditegaskan pula dalam risalah resmi DPR pada saat pembentukan UU 5/99 ini, bahwa tujuan dilarangnya perjanjian penetapan harga adalah untuk melindungi kerugian bagi konsumen dan mencegah peniadaan persaingan harga atas suatu produk.¹⁷⁵

Penulis menyimpulkan bahwa tidak adanya unsur niat seperti tidak sengaja atau tidak ada maksud (*attempt*) seperti yang didalilkan oleh operator *incumbent* dengan alasan menjaga stabilitas jaringan dan alasan operator *new entrant* yang tidak mempunyai posisi tawar dalam bernegosiasi, bukan merupakan alasan baik pembenaar atau pemaaf. Artinya walaupun unsur niat baik memang terbukti, pasal 5 UU 5/99 mengecualikannya, karena tujuan utamanya adalah untuk mencegah potensi terjadinya kerugian pada konsumen dan peniadaan persaingan harga, dalam hal ini tarif SMS *off-net*.

Dalam putusannya KPPU juga menegaskan bahwa tidak adanya kesamaan niat dari setiap operator baik *incumbent* dan *new entrant* dalam melaksanakan PKS Interkoneksi memperteguh kesimpulan penulis bahwa unsur niat tidak dapat dijadikan dasar terpenuhi atau tidaknya ketentuan pasal 5 UU 5/99. Bahkan KPPU menegaskan bahwa walaupun motif XL dan Telkomsel adalah untuk menghindari

¹⁷³ Thomas R. Webb, *Op.Cit*, hal 706

¹⁷⁴ Selain kartel, perjanjian tertutup, (hambatan vertikal), merger dan monopoli masuk dalam jenis persaingan usaha tidak sehat. Lihat makalah Bambang P. Adiwiyoto, Konsep Dasar Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam Undang-undang No. 5/99 dan KPPU, Prosiding rangkaian Lokakarya Terbatas Masalah-Masalah Kepailitan dan Wawasan Hukum Bisnis lainnya, Jakarta 17-18 Mei 2004, ed. Emmy Yuhassarie dan Tri Harnowo, (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2004), hlm 124-125.

¹⁷⁵ Risalah resmi DPR-RI dalam rapat paripurna ke-13, rabu, 14 Oktober 1998 yang diikuti Tri Anggraini. Lihat A.M. Tri Anggraini, *Larangan...*, *Op.Cit*, hal 187..

spamming dan tidak berniat membentuk suatu kartel, kekhawatiran seperti itu tidak perlu dituangkan dalam bentuk perjanjian yang mencantumkan klausul perjanjian penetapan harga.¹⁷⁶

Dengan mengabaikan unsur niat dalam perjanjian penetapan harga, maka secara formal berdasarkan Matrix Klausula Penetapan SMS pada tabel 5 **terpenuhi**. Permasalah selanjutnya adalah pembuktian apakah secara materil perjanjian penetapan harga masih terjadi pasca dikeluarkannya surat edaran dari ASTI? KPPU mendalilkan dengan membandingkan pasca surat edaran dari ASTI (4 Juni 2007) dan pasca pengumuman pemerintah melalui Ditjen Postel tentang penurunan tarif interkoneksi (25 April 2008). Dengan membandingkan tarif SMS *off-net* dari setiap operator pada masing-masing periode tersebut, terdapat penurunan yang signifikan pasca 25 April 2008.¹⁷⁷ Ini membuktikan, walaupun pihak operator sudah melakukan amandemen PKS Interkoneksi yang mengakhiri secara formal perjanjian tersebut, namun secara materil ‘paling tidak’ sejak dilakukannya amandemen oleh masing-masing operator sampai 25 April 2008, masih terdapat **operator yang melakukan praktek kartel harga SMS off-net**.

Penulis sependapat dengan alasan KPPU karena, penurunan tarif interkoneksi oleh pemerintah tidak ada relevansinya dengan penurunan tarif SMS oleh masing-masing operator. Hal ini dikarenakan tidak ada biaya interkoneksi SMS yang dibebankan pada baik kepada operator dan pelanggan. Lagipula penurunan tarif interkoneksi tidak mengubah metode SKA untuk pengiriman SMS oleh pelanggan.

Bantahan *ketiga* dari pihak tergugat adalah KPPU tidak membuktikan unsur pasar yang bersangkutan dalam perjanjian penetapan harga. Tergugat mengacu kepada pendapat KPPU yang mengatakan:

“Dalam melakukan analisis terjadinya pelanggaran pasal 5 UU 5/99, Tim Pemeriksa menilai setidaknya-tidaknya harus terdapat dua unsur yang terpenuhi, yaitu 1) Unsur Pelaku Usaha, 2) Unsur Perjanjian Harga dengan Pesaing. Sedangkan unsur pasar bersangkutan adalah unsur tambahan yang tidak mutlak untuk

¹⁷⁶ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 5.5.2.34, hal 201.

¹⁷⁷ Lihat lebih lanjut Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, pada table 6, hal 18.

dibuktikan namun hanya bersifat menjelaskan unsur kedua yaitu perjanjian harga dengan pesaing”.¹⁷⁸

Menjadi pertanyaan sekarang adalah, apakah tujuan dari penentuan pasar yang bersangkutan pada umumnya dan apakah unsur tersebut diperlukan untuk membuktikan perjanjian penetapan harga?

Unsur pasar bersangkutan prinsipnya berguna untuk mengidentifikasi mengidentifikasi produk dan kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang bersaing.¹⁷⁹ Penulis sependapat dengan hal ini karena perjanjian penetapan harga akan menimbulkan dampak tertentu, dan mengingat pasar yang begitu luas maka unsur pasar yang bersangkutan mutlak sifatnya untuk membuktikan ada atau tidaknya dugaan atas terjadinya pelanggaran. Misalnya saja, apabila perjanjian penetapan harga antara maskapai penerbangan, tidak menimbulkan dampak bagi perusahaan bus, apalagi menimbulkan dampak bagi maskapai penerbangan diluar Indonesia.

Mengidentifikasi mengenai pasar bersangkutan dapat dibedakan antara pasar pasokan (*supply market*) dengan pasar permintaan (*demand market*).¹⁸⁰ Namun dalam pasal 1 angka 10 UU 5/99 hanya mengasumsikan adanya pasar pasokan, sehingga tidak dapat digunakan untuk mendefinisikan pasar permintaan.¹⁸¹ Terkait dengan kasus kartel SMS, analisa hanya dilakukan terhadap para operator yang memproduksi layanan jasa SMS, bukan kepada jumlah permintaan konsumen untuk menggunakan layanan SMS.

Istilah pasar bersangkutan dalam pasal 1 angka 10 UU 5/99 diartikan sebagai 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. Dengan demikian terdapat 2 (dua) kriteria pokok untuk pasar bersangkutan di dalam ketentuan tersebut, yaitu *pertama*, jangkauan atau daerah pemasaran tertentu, atau disebut pasar geografis dan *kedua*, barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan/atau

¹⁷⁸ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 21.4.1, hal 27.

¹⁷⁹ Sih Yuliana Wahyuningtyas, Urgensi Pengaturan Tentang Pasar Bersangkutan (*Relevant Market*) dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Jurnal Hukum Bisnis, vol. 24, No.2, 2005, hal 22.

¹⁸⁰ Knud Hansen, *et al.*, *Op.Cit*, hal 92-105

¹⁸¹ Sih Yuliana, *Log.Cit*

jasa tersebut, atau disebut pasar produk. Lebih lanjut dapat dikatakan pendefinisian pasar bersangkutan secara sederhana berarti mengidentifikasi produk atau jasa tertentu atau kelas produk yang dihasilkan atau jasa yang diberikan oleh pelaku bisnis dalam wilayah geografis tertentu.¹⁸²

Sih Yuliana mengatakan urgensi untuk mendefinisikan pasar bersangkutan dalam pasal 5 UU 5/99 adalah untuk membatasi bahwa penetapan harga yang dimaksud adalah penetapan harga yang sifatnya horisontal dan tidak mencakup penetapan harga vertikal antara pesaing usaha pada tahap pasar yang berbeda-beda.¹⁸³ Artinya dapat dibuktikan bahwa pelaku usaha, dalam hal ini para pihak operator adalah pesaing satu dengan yang lain, maka unsur pasar bersangkutan dalam rumusan pasal 5 UU 5/99 sudah terpenuhi. Pertanyaannya sekarang adalah bagaimana menentukan bahwa seluruh pihak operator yang terlapor adalah pesaing satu dengan yang lain?

Ketentuan pasal 5 UU 5/99 mengartikan pesaing atau pesaing usaha aktual cukup dengan **membuktikan adanya kesamaan produk yang dijual oleh para pihak yang melakukan perjanjian penetapan. Kesamaan produk yang dijual oleh pelaku usaha tersebut sudah cukup membuktikan bahwa pelaku usaha berada pada pasar bersangkutan yang sama.**¹⁸⁴ Dalam kasus ini layanan SMS adalah produk jasa yang jual oleh masing-masing operator kepada konsumen. Sampai pada tahapan ini penulis sependapat dengan KPPU bahwa unsur pasar bersangkutan adalah unsur tambahan yang tidak mutlak untuk dibuktikan namun hanya bersifat menjelaskan unsur kedua yaitu perjanjian harga dengan pesaing. Artinya harus dibedakan unsur “perjanjian harga” dengan “pesaing”, dimana pembuktian unsur pesaing adalah dengan melakukan analisis terhadap pasar bersangkutan.¹⁸⁵ Sebagai contoh apabila A dan B adalah penjual produk air mineral gelas dengan merek yang berbeda, A menjual produknya di Jakarta dan B di Medan. A dan B melakukan perjanjian penetapan harga, walaupun sebenarnya mereka bukan

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*, hal 32.

¹⁸⁴ Knud Hansen, *et al.*, *Op.Cit*, hal 142.

¹⁸⁵ Dalam putusannya KPPU mengatakan, “unsur pasar bersangkutan dalam pasal 5 UU 5/99 adalah unsure tambahan, karena pembahasan unsure pasar bersangkutan bertujuan untuk membuktikan unsure ‘pesaing’ sehingga tidak perlu lagi dilakukan untuk menghindari redundansi”. Lihat Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, butir 4.2.5, hal 187.

pesaing potensial, tetapi sudah cukup membuktikan bahwa A dan B berada pada pasar bersangkutan yang sama.

3.3 Kesesuaian Tujuan dari Pelarangan Perjanjian Penetapan Harga dengan Pertimbangan KPPU dalam Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS.

KPPU dalam amar putusannya pada Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS menyatakan pihak terlapor XL, Telkomsel, Telkom, Bakrie, Mobile-8 dan Smart terbukti bersalah melanggar pasal 5 UU 5/99 tentang perjanjian penetapan harga untuk tarif SMS *off-net* pada kurun waktu 2004 sampai 2008. Selain itu KPPU juga menjatuhkan denda yang jumlahnya berbeda pada masing-masing operator.¹⁸⁶ Apakah dalam putusannya KPPU sudah mempertimbangkan aspek efisiensi sebagai tujuan dari dilarangnya perjanjian penetapan harga tersebut?

Operator *incumbent* mendalilkan bahwa perjanjian penetapan harga minimal terhadap tarif sms antar operator (*off-net*) dilakukan semata-mata untuk *menjaga stabilitas* jaringan dan untuk mencegah terjadinya *traffic* SMS dari *operator lain dan mencegah terjadinya spamming*.¹⁸⁷ Kemudian KPPU beralasan dan tanpa memberi *penjelasan lebih lanjut bahwa kekhawatiran* operator *incumbent* dalam melaksanakan perjanjian *interkoneksi* tidak seharusnya diantisipasi dengan menggunakan perjanjian penetapan harga.¹⁸⁸

Dari duduk perkara yang dipaparkan sebelumnya, titik sentral permasalahan pada kasus ini berawal dari berakhirnya dikeluarkannya UU 36/99 yang mengakhiri pasar monopoli kearah persaingan yang kompetitif. Ketika sektor telekomunikasi memasuki era kompetisi, maka harus ada aturan

¹⁸⁶ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007, hal 210.

¹⁸⁷ *Ibid.*, butir 5.5.2.8, hal 194

¹⁸⁸ Pendapat KPPU didasarkan pada pendapat Mas Wigrantoro sebagai saksi ahli yang mengatakan, "...PKS Interkoneksi yang menetapkan harga akhir adalah keliru...". *Ibid.*, butir 5.5.2.9.

yang menopang masalah *network integrity regulation* dan salah satunya adalah masalah interkoneksi antar jaringan.¹⁸⁹ Muncul permasalahan, apakah prinsip interkoneksi itu dan bagaimana mekanisme pengaturannya agar tidak menyalahi perjanjian penetapan harga.

Globalisasi membuat media komunikasi adalah sarana esensial bagi publik yang dapat menciptakan pertumbuhan ekonomi bagi sebuah negara, termasuk jaringan telekomunikasi seluler. Artinya setiap operator sebagai penyelenggara jasa telekomunikasi baik yang *incumbent* maupun *new entrant* diwajibkan dapat menghubungkan panggilan yang dilakukan pelanggan yang berbeda operator melalui mekanisme interkoneksi.

Prinsip interkoneksi adalah keterhubungan fisik dan logik antar jaringan telekomunikasi yang berbeda. Dengan diundangkannya UU 36/99 dan Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor: 08/Per/M.KOMINF/02/2006 tentang Interkoneksi (Permen 8/06) maka jaminan kepastian dan transparansi penyediaan dan pelayanan interkoneksi antar penyelenggara telekomunikasi menjadi sebuah keharusan.¹⁹⁰

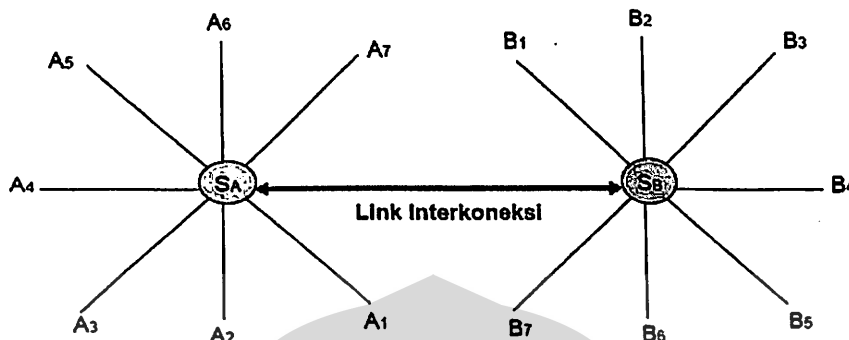
Meskipun sifatnya wajib, interkoneksi diberikan sepanjang ada permintaan dari operator pencari akses kepada operator penyedia akses dalam bentuk Daftar Penawaran Interkoneksi (DPI) yang harus mendapat persetujuan dari BRTI.¹⁹¹ Untuk dapat berinterkoneksi penyelenggara jaringan menyediakan ketersambungan (link interkoneksi) dengan perangkat milik penyelenggara lainnya. Pada gambar dibawah dapat kita lihat ketika B5 hendak berbicara dengan A4, sambungan semacam ini membutuhkan Link Interkoneksi yang

¹⁸⁹ *Network Integrity Regulation* yang lain menyangkut 1) *catastrophic network failure*; 2) *extreme weather and natural disasters*; 3) *wartime threat and terrorist attack*; 4) *traffic surges and focused overloads*; dan 5) *malicious network attack and denial of service attack*. Lihat: John Buckley, Op.Cit hal 41.

¹⁹⁰ Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor: 08/Per/M.KOMINF/02/2006 tentang Interkoneksi, pasal 1 nomor 1 mengatakan, interkoneksi adalah keterhubungan antar jaringan telekomunikasi dari penyelenggara jaringan telekomunikasi yang berbeda.

¹⁹¹ Pencari akses adalah penyelenggara jaringan telekomunikasi atau penyelenggara jasa telekomunikasi yang mengajukan permohonan layanan interkoneksi dan akses terhadap fasilitas penting untuk interkoneksi kepada penyelenggara jaringan telekomunikasi lainnya. Sedangkan penyedia akses adalah penyelenggara jaringan telekomunikasi yang menyediakan layanan interkoneksi dan akses terhadap fasilitas penting untuk interkoneksi bagi penyelenggara jaringan atau penyelenggara jasa telekomunikasi lainnya. Lihat pasal 1 huruf 4 dan 5 Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor: 08/Per/M.KOMINF/02/2006 tentang Interkoneksi

menghubungkan SA dengan SB. Dengan interkoneksi terjadi tambahan manfaat bagi pelanggan dan operator berupa peningkatan jumlah sambungan yang dapat dihubungi.¹⁹²



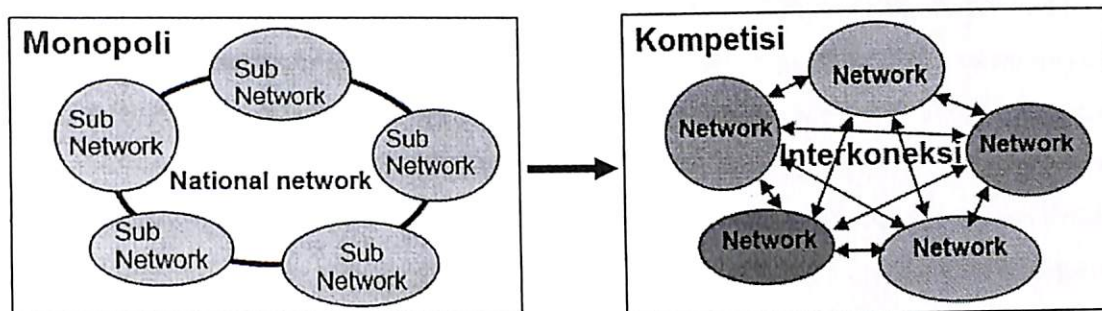
Gambar 3.1: Interkoneksi Antar jaringan

Pasar jasa telekomunikasi yang semula berstruktur monopoli secara hukum diubah dengan diterbitkannya UU 36/99. Interkoneksi yang terjadi pra UU 36/99 lebih berupa keterhubungan antar sub-network yang semuanya dimiliki oleh satu operator, dalam hal ini Telkom. Kongregasi sub-network membentuk jaringan nasional tunggal. Pada masa ini tidak ada isu tagihan antar sub-network, karena semuanya dimiliki oleh satu perusahaan. Keluar kantong kanan, masuk kantong kiri.¹⁹³

Keadaan berubah mana kala mulai masuk operator baru yang tidak dimiliki oleh pelaku monopoli. Munculnya operator telekomunikasi baru mengubah pasar monopoli menjadi pasar yang kompetitif yang pada gilirannya menuntut interkoneksi antar-operator, secara ideal konfigurasi interkoneksi dilukiskan pada gambar 3.2 dibawah ini.

¹⁹² Mas Wigrantoro Roes Setiyadi, *Interkoneksi dan Dampaknya Terhadap Bisnis Telekomunikasi*, Majalah SDA edisi Juni 2006.

¹⁹³ *Ibid.*



Gambar 3.2: Transformasi Jaringan dari Monopoli ke Kompetisi.¹⁹⁴

Pada hakekatnya, sasaran akhir dari regulasi interkoneksi adalah untuk meningkatkan jumlah satuan sambungan terpasang (teledensitas). Tujuan ini dapat tercapai bila tariff telekomunikasi yharus ditanggung pelanggan makin muran, sehingga mendorong penggunaan dan sekaligus meningkatkan daya beli masyarakat yang belum meikmati fasilitas telepon.¹⁹⁵ Syarat ketersambungan ini harus dilakukan secara transparan dan tidak diskriminatif.

Tarif interkoneksi yang akan dikenakan dalam era persaingan berubah dari mekanisme *revenue sharing* kepada *cost based*. Dengan mekanisme *cost based* pemerintah tidak perlu menetapkan tarif interkoneksi melainkan diserahkan kepada *masing-masing operator*. Peran pemerintah dalam hal ini hanya sebagai untuk menentukan tarif yang dikenakan *bersifat wajar atau tidak*.¹⁹⁶ Sampai saat ini regulasi mengenai interkoneksi yang secara khusus mengatur *mengenai tarif* sms belum memadai.

Apabila kita kembali kepada putusan KPPU, unsur niat tidak menjadi pertimbangan pengecualian pembenaran atau pemaaf dari perjanjian penetapan harga. Unsur menghambat dari sebuah persaingan, yaitu unsure praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Keduanya menjadi isi dari *reason* oleh penegak hukum ketika memutus sebuah perkara.¹⁹⁷ Setidaknya apabila KPPU menggunakan *rule of reason* ada dua unsur utada 3 (tiga) alasan yang sah untuk

¹⁹⁴ Gambar diambil dari artikel Mas Wigrantoro Roes Setiyadi, *Interkoneksi dan Dampaknya Terhadap Bisnis Telekomunikasi* dalam Majalah SDA edisi Juni 2006

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid*

¹⁹⁷ Pemaparan Syamsul Maarif dalam sesi V Lokakarya dengan tema Studi Kasus Persaingan Usaha. Lihat: Yuhassarie dan Tri Harnowo, *Op.Cit.*, hlm 153

mengatakan perjanjian penetapan harga yang masuk dalam kategori persaingan usaha tidak sehat. *Pertama*, adalah ketika terdapat perilaku yang mempunyai dampak negatif kepada persaingan, yang disebut *competition test*. *Kedua*, adalah test efisiensi, dalam hal ini harus diuji apakah kegiatan usaha menghasilkan sesuatu yang efisien atau tidak? Apabila efisiensi terbukti, maka monopoli dan oligopoli diperbolehkan asal harganya kompetitif. *Ketiga*, adalah *consumer test*, yang dalam bahasa ekonominya adalah mencegah terjadinya *dead weight loss* dan mencegah terjadinya *transfer of wealth* dari konsumen kepada pengusaha.¹⁹⁸

Tahap *competition test* mengingatkan kita pada praktek pengadilan di AS dalam memecahkan kasus perjanjian penetapan harga. Dampak negatif terhadap persaingan tidak hanya mensyaratkan adanya unsur menghambat perdagangan (*to restrain trade*), melainkan juga harus dapat menunjukkan adanya tindakan yang nyata atau dimungkinkan berakibat merugikan persaingan (*actual or probable invidious effects*).¹⁹⁹ Dalam putusannya KPPU sudah mempertimbangkan alasan ini dengan mengatakan, "...kartel yang terjadi merugikan operator *new entrant*..."²⁰⁰ Kerugian dari operator *new entrant* dapat merujuk pada alasan-alasan yang dikemukakan bahwa posisi tawar mereka dalam melakukan PKS Interkoneksi sangat lemah.

Melalui *competition test*, terlihat penggunaan fasilitas jaringan interkoneksi yang seharusnya dapat menjadi sarana kompetisi bagi pihak penyelenggara jasa telekomunikasi, karena dapat menghubungkan pelanggannya kepada operator lain, ternyata masih dimanfaatkan oleh operator *incumbent*. Jaringan interkoneksi seharusnya dialokasikan sebesar-besarnya bagi para penggunanya sehingga harga layanan SMS *off-net* yang diberikan kepada konsumen hampir menyamai biaya marginal dalam memproduksi layanan SMS tersebut. Dengan menggunakan *competition test*, terbukti bahwa KPPU mempertimbangkan faktor efisiensi, yaitu efisiensi alokatif yang artinya sesuai dengan tujuan pelarangan perjanjian penetapan harga.

KPPU dalam putusannya tidak melakukan test efisiensi. Namun seandainya digunakan maka terlebih dahulu harus diandaikan bahwa unsur

¹⁹⁸ *Ibid.*, hlm 151-154..

¹⁹⁹ Lihat: *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

²⁰⁰ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 butir 5.6.2, hal 203.

hambatan berupa alasan terjadinya *spamming* oleh pihak operator *incumbent* dapat dibenarkan. Test efisiensi dapat dibenarkan asalkan harga yang ditawarkan kompetitif. Berdasarkan fakta-fakta yang diperoleh, kita dapat menyimpulkan suatu keniscayaan bahwa tarif SMS *off-net* dari operator *new entrant* akan dapat bersaing dengan operator *incumbent*. Hal ini dikarenakan operator *new entrant* tidak mungkin menerapkan tarif SMS *off-net* dibawah harga yang diterapkan operator *incumbent* kepada pelanggannya, karena adanya klausul PKS Interkoneksi yang diajukan operator *incumbent*.

KPPU dalam putusannya menerapkan *consumer test* dengan menganalisa dampak kerugian dari pihak konsumen selama periode kartel tarif SMS *off-net* berlangsung. Asumsi KPPU bahwa terjadi *dead wight loss* dari pihak konsumen didasarkan perhitungan selisih antara penerimaan SMS *off-net* pada harga kartel SMS *off-net* dengan harga SMS *off-net* pada harga yang kompetitif selama periode kartel (tahun 2004 sampai dengan tahun 2007). Dari perhitungan tersebut diperoleh kerugian yang diderita konsumen adalah sebesar Rp. 2,8 trilyun.²⁰¹

²⁰¹ Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 butir 5.6.24, hal 207.

BAB 4 KESIMPULAN DAN SARAN

Perjanjian penetapan harga, khususnya pasal 5 UU 5/99 yang mengatur ketentuan perjanjian harga horizontal (*horizontal price agreement*) membuka peluang untuk diinterpretasikan secara *per se illegal* atau *rule of reason*. Hasil penulisan tesis sebagaimana diuraikan dalam bab-bab sebelumnya melahirkan kesimpulan sebagai berikut:

1. Perjanjian penetapan harga adalah salah satu bentuk larangan yang termasuk dalam bentuk kartel harga. *Hardcore cartel* (kartel inti) dari larangan tersebut adalah masalah tingginya harga yang dikenakan kepada konsumen dan potensi pengurangan pengeluaran (*output*). Dalam kajian ekonomi, kerugian yang terjadi ketika pelaku usaha melakukan perjanjian penetapan harga adalah: *pertama*, harga yang dibayar oleh konsumen lebih tinggi ketimbang harga pada saat pelaku usaha bersaing secara kompetitif. *Kedua*, pelaku usaha berpotensi untuk mengurangi jumlah *output* yang dapat menimbulkan kelangkaan. *Ketiga*, terjadi kerugian konsumen (*consumer loss*), karena pelaku *price fixing* mendapat keuntungan lebih besar dengan mengeksploitasi surplus konsumen. *Keempat*, terdapat total kerugian yang hilang (*dead weight loss*) dari jumlah surplus konsumen dan surplus produsen. Dalam kajian ekonomi terhadap hukum, maka faktor efisiensi adalah alasan utama yang didasarkan pada larangan terhadap perjanjian penetapan harga dalam UU 5/9. Walaupun perjanjian penetapan harga tidak selalu menimbulkan inefisiensi, namun pada prakteknya perjanjian tersebut sangat berpotensi menimbulkan dampak inefisiensi dalam jangka panjang. Dampak inefisiensi tersebut adalah efisiensi alokatif, efisiensi produksi dan mencakup juga efisiensi transaksional.
2. Dalam kasus perjanjian penetapan harga pada Putusan Perkara NO: 26/KPPU-L/2007 tentang kartel SMS, KPPU memutuskan bahwa perjanjian penetapan harga SMS *off-net* yang dituangkan dalam klausul perjanjian interkoneksi melanggar ketentuan pasal 5 UU 5/99. KPPU juga menegaskan bahwa perjanjian penetapan harga tersebut merugikan operator *new entrant* karena tidak dapat bersaing secara kompetitif dengan operator yang sudah *incumbent*.

Unsur hambatan dalam kasus ini adalah tidak terciptanya harga pada level kompetitif, karena operator *new entrant* tidak dapat menetapkan tarif SMS *off-net* yang lebih rendah dari operator *incumbent*. Terhambatnya operator *new entrant* untuk bersaing juga menimbulkan dampak negatif terhadap efisiensi alokatif yang disebabkan penggunaan jaringan interkoneksi tidak dapat dipergunakan sebesar-besarnya bagi para penggunanya. KPPU menyatakan bahwa perjanjian penetapan tarif SMS *off-net* merugikan pihak konsumen dalam periode 2004 sampai 2008. Melalui keputusannya KPPU secara implisit sudah mempertimbangkan dampak efisiensi sebagai tujuan dari pelarangan perjanjian penetapan harga, yaitu efisiensi alokatif, terutama dalam penggunaan sarana interkoneksi. KPPU menyatakan secara tegas bahwa mekanisme perjanjian penetapan harga melalui interkoneksi yang dilakukan oleh pihak operator bukan merupakan alternatif terbaik manakala tidak jelasnya regulasi yang berkaitan dengan pengaturan tarif SMS *off-net*.

Sektor telekomunikasi adalah bisnis yang memerlukan investasi yang sangat besar. Untuk mencegah kekhawatiran dari pihak operator agar potensi perjanjian penetapan harga tidak terjadi lagi, terdapat saran-saran yang terkait dengan pembaharuan regulasi.

1. Jaringan interkoneksi sudah menjadi keharusan umum dalam menyelenggarakan jasa telekomunikasi. Terkait belum adanya regulasi pemerintah mengenai penetapan tarif interkoneksi, khususnya tentang tarif SMS, penulis menyarankan pemerintah untuk segera mengeluarkan regulasi mengenai hal tersebut. Melalui regulasi tersebut, setiap operator yang menginginkan jaringannya tersambung kepada operator lain untuk melakukan penawaran dalam bentuk Daftar Penawaran Interkoneksi dan mendapat persetujuan dari BRTI sebagai badan pengawas independen. Hal ini mengingat posisi posisi operator *new entrant* yang sangat lemah.
2. UU 5/99 secara jelas menegaskan tujuan terciptanya efisiensi. Namun dalam rumusan pasal 5 UU 5/99 muatan efisiensi tersebut belum terefleksikan secara kongkrit. Artinya unsur efisiensi masih bersifat implisit yang mengharuskan penegak hukum harus membuktikannya. Oleh sebab itu sebuah langkah besar apabila pemerintah mau mengganti rumusan pasal tersebut dengan

memasukkan argumentasi efisiensi secara eksplisit. Dengan memasukkan argumentasi efisiensi dalam rumusan pasal, maka KPPU tidak semata-mata melarang setiap perjanjian penetapan harga yang dilakukan oleh pelaku usaha. Hal ini dimungkinkan karena ada kalanya terhadap kasus perjanjian penetapan harga yang justru menimbulkan efisiensi



DAFTAR PUSTAKA

- Adi, Yakub Krisanto. *Prinsip Rule of Reason dan Per Se Rule dalam Hukum Persaingan Indonesia*. (Tidak dipublikasikan).
- Anggraini, A.M Tri. "Perspektif Perjanjian Penetapan Harga Menurut Hukum Persaingan Usaha", dalam *Masalah-masalah Hukum Kontemporer*, editor: Ridwan Khairandy (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006. Hal 255-283.
- _____, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat-Perse Illegal atau Rule of Reason*. Cet I. Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia. 2003
- Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia. *Draft Pedoman Pengawasan Persaingan Usaha di Sektor Telekomunikasi*. Makalah disampaikan pada Prosiding Konfrensi Nasional Teknologi Informasi dan Telekomunikasi untuk Indonesia. Bandung, 3-4 Mei 2006.
- Bertents. *Pengantar Etika Bisnis*. Yogyakarta: Kanisius, 2000.
- Black's Law Dictionary with Pronunciation*. Six Edition. Centennial Edition (1981-1991). ST Paul. Minnesota. West Publishing Co. 1990.
- Bork, Robert H. *The Rule of Reason and The Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*. Yale Law Journal. Vol 74. 1965.
- Buckley, John. *Telecommunication Regulation*. London: IEE Telecommunication Series: 50. 2003.
- Chapman, Bruce. *Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency*, dalam *Economic Analysis of Law: A European Perspective*, editor: Aristides N Hatziz. Cheltenham. United Kingdom: Elgar, 2003.
- D, A Neale, *The Antitrust Laws of the United States of America-A Study of Competition Enforced by Law*, edisi II, (London: Cambridge University Press, 1970.
- Evenet, Simon J. *What is the Relation between Competition Law and Policy and Economic Development?* Tanpa tempat: University of Oxford. 2005.
- Hansen, Knud. *et al.*, Undang-Undang No. 5 Tahun 1999: Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat [*Law Concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Competition*]. Cet. II. Jakarta: Katalis, 2002.
- _____. http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/by_area.html#top, diakses 24 November 2008.

www.kppu.go.id/baru/index.php?aid=248&mode=art&mnid=52&encodurl=11%2F17%2F08%2C07%3A11%3A33, diakses 17 November 2008.

- Hariyono. *Koperasi Sebagai Strategi Pengembangan Ekonomi Pancasila*, Jurnal Ekonomi Rakyat, Artikel - Th. II - No. 4 - Juli 2003. http://www.ekonomirakyat.org/edisi_16/artikel_6.htm. Diakses 13 November 2008.
- Ibrahim, Johnny. *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. Malang: Bayumedia. 2007.
- Indonesia. *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. UU No. 5 tahun 1999. LN No. 33 tahun 1999. TLN No. 3817.
- Junaidi, Kartel SMS, Permasalahan Kekosongan Hukum?, *Bisnis Indonesia*, 4 Juli 2008.
- Hylton, Keith N. *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*. Ed. 1. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.
- Kimmel, Sheldon. *How and Why the Per Se Rule Againsts Price-Fixing Went Wrong*. Supreme Court Economic Review. March. 2008..
- Khemani, R.S. dan DM. Shapiro. *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*. Organization for Economic Co-Operation and Development. 1990)
- Kerangka Regulasi Persaingan Usaha di Sektor Telekomunikasi, www.kppu.go.id/baru/index.php?type=art&aid=499&encodurl=11%2F20%2F08%2C05%3A11%3A41d, di akses 9 November 2008.
- Kokkorist, Ioannis. *Purchase Price Fixing: A Per Se Infringement? European Competition Law Review*. Vol 28(9), 2007.
- Lipsey, Richard G. *Et al., Pengantar Mikroekonomi Jilid I [Economics 10th ed]*, diterjemahkan oleh A. Jaka Wasana dan Kirbrandoko. Jakarta: Bina Aksara, 1995.
- Loughlin, Collen., *Et.al. Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia*. Jakarta: USAID-Government of Indonesia. 1999.
- Maarif, Syamsu.l *Tantangan Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Jurnal Hukum Bisnis Vol. 19, Mei – Juni 2002.
- Martin, Stephen. *The Goals of Antitrust and Competition Policy*. Indiana: Departement of Economics Purdue University, 2007.
- Mamuji, Sri., *Et al. Metode Penelitian dan Penulisan Hukum dan Penulisan Hukum*. Cet I. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

- Musyassarotussolichah. *Aliran Teori Hukum Kritis: Analisa Ekonomi Terhadap Hukum (The Economic Analysis of Law dalam Jurisprudence: Hilaire McCoubrey dan Nigel D White)*. Yogyakarta: Program Pasca Sarjana UII. Tanpa tahun.
- Natasya, Ningrum Sirait. *Menjual Rugi (Predatory Pricing) Dalam Hukum Persaingan dan Pengaturannya Dalam UU 5/99*. Jurnal Hukum Bisnis. Vol 23. No.1. 2004.
- Panjaitan, Hinca IP. *Undang-Undang Telekomunikasi-Partisipasi Publik dan Pengaturan Setengah Hati*. Jakarta: Internews Indonesia, 2000.
- Pass, Christopher, Bryan Lowes dan Laslie Davies, *Collins Dictionary of Economics* [Kamus Lengkap Ekonomi]. Diterjemahkan oleh Tumpal Rumapea dan Posman Haloho. Ed. II. Jakarta: Erlangga, 1998.
- Purba, Hasim. *Tinjauan terhadap Holding Company, Trust, Cartel dan Concern*. <http://www.library.usu.ac.id>. Diakses pada tanggal 10 November 2008.
- Rahardja, Prathama dan Mandala Manurung. *Teori Ekonomi Mikro: Suatu Pengantar*. Ed. II. Jakarta: Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 2001.
- Ramdani, Dendi. *Analisis persaingan usaha Industri Penerbangan*, Jurnal Hukum Persaingan Usaha. Lembaga kajian Persaingan dan Kebijakan Usaha Fakultas Hukum Universitas Indonesia vol 1, mei, 2004.
- Remy, Sutan Sjahdeni. *Latar Belakang, Sejarah dan Tujuan UU Larangan Monopoli*. Jurnal Hukum Bisnis. Vol. 19. Mei – Juni 2002.
- Sayeti, Cenuk Widiyastrisna. *Penerapan Pendekatan Per Se Illegal Pada Perjanjian Penetapan Harga*. Jurnal Hukum Bisnis. Vol 27. No 1. 2008.
- Silalahi, Udin. *Perjanjian kerja sama (tidak) membuahkan kartel sms*. <http://www.csis.or.id/scholars_opinion_view.asp?op_id=673&id=33&tab=3>. 1 Agustus 2008.
- _____, *Undang-Undang Antimonopoli Indonesia, Peranan dan Fungsinya Di Dalam Perekonomian Indonesia*. Jurnal Hukum Bisnis. Vol. 10. 2000.
- Siswanto, Arie. *Hukum Persaingan Usaha*. Cet I. Jakarta: Ghalia Indonesia. 2002.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press. 1986.
- Sukarmi. *Praktek Dumping Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*. Makalah disampaikan pada Seminar “Implementasi Peraturan Anti Dumping Serta Pengaruhnya Terhadap Persaingan Usaha dan Perdagangan Internasional”. Oleh Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya 21 Juni 2008.
- Vaska, Michael K. *Conscious Parallelism and Price Fixing: Defining The Boundary*. University of Chicago Law Review. Vol. 52. 1985.

Webb, Thomas R. "Fixing the Price Fixing Concusing: A Rule of Reason". Yale Law Journal. vo.. 92, 1983.

Wigrantoro, Mas Roes Setiyadi. *Interkoneksi dan Dampaknya Terhadap Bisnis Telekomunikasi*. Majalah SDA edisi Juni 2006.

Yuhassarie, Emmy dan Tri Harnowo (ed), *Filosofi dan Latar Belakang UU No.5/1999 (secara ekonomis) dan Status/Kelembagaan, Wewenang & Tugas KPPU*. Jakarta. Pusat Pengkajian Hukum. 2004.

Yuliana, Sih Wahyuningtyas. *Urgensi Pengaturan Tentang Pasar Bersangkutan (Relevant Market) dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Jurnal Hukum Bisnis. Vol. 24. No.2. 2005.

B. Putusan KPPU

Putusan Nomor 02/KPPU-I/2003 tentang penetapan harga angkutan kargo untuk trayek Jakarta-Pontianak-Jakarta;

Putusan Nomor 03/KPPU-I/2003 tentang penetapan tarif dan kuota angkutan kapal peti kemas jalur Makassar-Surabaya-Makassar.

Putusan Nomor 5/KPPU-I/2003 tentang penetapan tarif bus kota Patas AC.

Putusan Nomor 8/KPPU-I/2005 tentang penyediaan jasa survey gula impor oleh PT. Sucofindo dan PT. Surveyor Indonesia.

Putusan Nomor 10/KPPU-L/2005 tentang kartel perdagangan garam ke Sumatera Utara.

Putusan Nomor 11/KPPU-I/2005 tentang distribusi Semen Gresik di wilayah Jawa Timur.

Putusan Perkara Nomor: 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel

B. Putusan Pengadilan di Amerika Serikat

Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899).

Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933).

Arizona v. Maricopa County Med. Soc'y, 457 U.S. 332 (1982)

Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979)

Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc., 446 U.S. 643 (1980)

- Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918).
- Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company, 220 U.S. 373 (1911).
- Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975)
- National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).
- National Soc'y of Prof. Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).
- Standard Oil Co. of N.J vs United States, 222 U.S. 1 (1911).
- United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898).
- United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940)
- United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897).
- United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

