

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 LATAR BELAKANG

Tap Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) Nomor IV/MPR/1973 tentang Garis – Garis Besar Haluan Negara (GBHN) telah mengamanatkan bahwa dalam demokrasi ekonomi harus dihindarkan monopoli yang merugikan masyarakat.¹ Usaha untuk mengatur persaingan sudah dimulai dengan lahirnya Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1984 tentang Perindustrian, yang menyebutkan perlunya pengaturan, pembinaan, dan pengembangan industri oleh pemerintah, yang bertujuan antara lain adalah untuk mengembangkan persaingan yang baik dan sehat, mencegah persaingan yang tidak jujur, serta pemusatan atau penguasaan industri oleh satu kelompok atau perorangan dalam bentuk monopoli yang merugikan masyarakat.²

Untuk menciptakan pranata hukum baru yang bebas dari berbagai bentuk penyimpangan di bidang persaingan, Presiden akhirnya mengesahkan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.³

Latar belakang diundangkannya Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tersebut adalah karena sebelum Undang - Undang tersebut diundangkan, muncul iklim persaingan usaha yang tidak sehat di Indonesia, yaitu adanya pemusatan kekuatan ekonomi pada perorangan atau kelompok tertentu, baik itu dalam bentuk monopoli maupun bentuk-bentuk persaingan usaha tidak sehat lainnya. Pemusatan kekuatan ekonomi pada kelompok pengusaha tertentu terutama yang dekat dengan kekuasaan, telah menyebabkan ketahanan ekonomi Indonesia menjadi rapuh karena bersandarkan pada kelompok pengusaha- pengusaha yang tidak efisien, tidak mampu berkompetisi,

¹Lihat Tap MPR Nomor IV/MPR/1973 tentang Garis – Garis Besar Haluan Negara

²Lihat Pasal 5 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1984 tentang Perindustrian

³Lihat Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

dan tidak memiliki jiwa wirausaha untuk membantu mengangkat perekonomian Negara Kesatuan Republik Indonesia.⁴

Lahirnya Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999⁵ tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ini tidak terlepas dari tekanan IMF (*International Monetary Fund*) kepada Pemerintah Indonesia.⁶ Persetujuan antara Pemerintah Indonesia dengan IMF (*International Monetary Fund*) dilakukan melalui penandatanganan suatu Memorandum Kesepakatan (*Letter of Intent*)⁷ pada tanggal 1 Januari 1998 yang menyepakati, antara lain bahwa pemerintah Indonesia⁸ akan melaksanakan berbagai pembaharuan struktural, termasuk deregulasi berbagai kegiatan domestik, salah satunya adalah tugas Pemerintah untuk mempersiapkan Rancangan Undang – Undang Anti Monopoli,⁹ yang bertujuan untuk mengubah ekonomi biaya tinggi Indonesia menjadi suatu ekonomi¹⁰ yang lebih terbuka, kompetitif, dan efisien.¹¹ Guna mendorong persaingan domestik dan memperluas ruang lingkup bagi kegiatan sektor swasta yang dinamis

⁴Lihat Penjelasan Umum atas Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

⁵Undang – Undang tersebut merupakan hasil inisiatif Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), yang diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 dan berlaku sejak tanggal 5 Maret 2000, lihat dalam Sutan Remi Sjahdeni, “*Latar Belakang, Sejarah, dan Tujuan UU Larangan Monopoli*,” Jurnal Hukum Bisnis (Mei – Juni 2002), hlm. 5. Sebelum lahirnya Undang – Undang tersebut, pengaturan persaingan usaha dapat kita jumpai dalam pasal 382 bis KUH Pidana, Pasal 1365 KUH Perdata, dan lainnya, lihat dalam Susanti Adi Nugroho, *Pengaturan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Jakarta : Puslitbang Mahkamah Agung, 2001), hlm. 13 - 14

⁶Sutan Remi Sjahdeni, “*Latar Belakang, Sejarah, dan Tujuan Undang - Undang Larangan Monopoli*,” Jurnal Hukum Bisnis (Mei – Juni, 2002) : hlm. 5

⁷Lihat “Butir – butir kesepakatan Indonesia – IMF” dalam Ronald Drew Perkel, “A Competition Law for Indonesia : *Fostering a Competition Ideology – Is The IMF Ready?*, *The Indonesian Quarterly*,” vol. XXVI, No. 4, Fourth Quarter, 1998, hlm. 392

⁸Di Indonesia hambatan – hambatan terhadap persaingan domestik lebih sering diciptakan oleh pemerintah, baik pada tingkat pusat maupun pada tingkat daerah, daripada oleh perilaku perusahaan swasta, lihat dalam Roderick Brazier dan Sahala Sianipar, *ed., Undang – Undang Anti Monopoli Indonesia Dampaknya Terhadap Usaha Kecil dan Menengah* (Jakarta : Asia Foundation, 1999), hlm. 11

⁹Lihat draf Rancangan Undang – Undang Anti Monopoli Indonesia

¹⁰Ekonomi merupakan faktor penting dalam evolusi hukum. Marx dan Engels berpendapat bahwa faktor – faktor ekonomis mempunyai pengaruh absolut atas perkembangan kemasyarakatan, lihat dalam Emeritus John Gilissen dan Emeritus Frits Gorle, *Sejarah Hukum Suatu Pengantar*, disadurkan oleh Freddy Tengker (Bandung : Refika Aditama, 2005), hlm. 97 - 98

¹¹Butir 31 Memorandum IMF (*International Monetary Fund*), 15 Januari 1998, dikutip dalam Thee Kian Wie, “*Aspek – Aspek Ekonomi Yang Perlu Diperhatikan Dalam Implementasi Undang – Undang No. 5 Tahun 1999*.” *Jurnal Hukum Bisnis* (vol. 7, 1999) , hlm. 64

dan efisien, maka diperlukan program pembaharuan struktural meliputi usaha deregulasi dan privatisasi (swastanisasi) ekonomi Indonesia.¹²

Kemudian antara Pemerintah Indonesia dengan IMF (*International Monetary Fund*) kesepakatan tersebut dipertegas lagi dan dituangkan dalam Memorandum Tambahan Mengenai Kebijakan Ekonomi dan Keuangan Pemerintah RI (*Supplementary Memorandum of Economic and Financial Policies/MEFP of the Government of Indonesia*) pada tanggal 10 April 1998.¹³

Syarat program IMF (*International Monetary Fund*) berisi 50 butir kesepakatan yang dituangkan dalam Memorandum Kesepakatan (*Letter of Intent*) ini merupakan serangkaian kebijakan deregulasi yang harus dilaksanakan oleh Pemerintah RI pada waktu itu.¹⁴ Untuk menindaklanjuti program IMF (*International Monetary Fund*), akhirnya Pemerintah RI mengeluarkan deregulasi terhadap berbagai peraturan di bidang ekonomi yang menginstruksikan penghentian tindakan yang mendistorsi pasar yang dilakukan oleh dan untuk kepentingan beberapa kelompok usaha di Indonesia yang pada waktu itu dekat dengan penguasa pemerintahan Orde Baru.

Deregulasi tersebut antara lain berupa pengaturan yang harus segera diterbitkan oleh pemerintah RI di bidang perkonomian dan dunia usaha, yaitu pengaturan tentang anti monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Pengaturan

¹²The Kian Wie, "Aspek – Aspek Ekonomi Yang Perlu Diperhatikan Dalam Implementasi Undang – Undang No. 5 Tahun 1999," *Jurnal Hukum Bisnis* (vol. 7, 1999), hlm. 64

¹³Sutan Remi Sjahdeni, " *Kemandirian BI Sebagai Bank Sentral*", Makalah pada Diskusi Terbatas di Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 8 Juni 1998, hlm. 1 dan 2. Periksa pula : L. Budi Kagramanto, " *Urgensi Kemandirian Bank Sentral Dalam Upaya Pemulihan Ekonomi Indonesia*," *Jurnal Ilmiah Yuridika*, vol. 18/No. 5/September 2003, Fakultas Hukum Universitas Airlangga-Surabaya, hlm. 393 - 394

¹⁴Ada beberapa butir kespakatan dalam LoI yang langsung menyentuh persoalan persaingan usaha, yaitu (**butir 31**) pemerintah menyusun strategi reformasi struktural yang bertujuan untuk membawa ekonomi kembali ke arah pertumbuhan yang cepat dengan merubah ekonomi biaya tinggi ke ekonomi yang lebih terbuka, kompetitif dan efisien. Adapun strategi yang dapat dilaksanakan adalah dengan liberalisasi perdagangan, masuknya investasi asing, deregulasi kegiatan domestik dan mempercepat program swastanisasi (**butir 32**) pemerintah menyiapkan strategi ekonomi terbuka serta meningkatkan daya saing dengan mencabut monopoli Bulog untuk produk gandum, kedelai, dan bawang putih. Importir diperbolehkan menjual semua produk tersebut di pasar domestik, kecuali gandum. Guna mempermudah penyesuaian ongkos bagi petani, tarif yang saat ini masih dibatasi 20% akan diturunkan menjadi 5% pada tahun 2003, (**butir 33**) harga patokan setempat untuk produk semen dihapus serta penurunan harga bahan konstruksi pada bulan November. Tarif produk kimia turun menjadi 5% mulai 1 Januari 1998, untuk barang metal dan baja mulai 1 Januari 1999 diturunkan, sehingga tarif maksimum untuk produk – produk tersebut ditargetkan mencapai 10% pada tahun 2003

terhadap deregulasi tersebut akhirnya dituangkan dalam bentuk undang – undang, yakni melalui Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3817, (selanjutnya disebut Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999), yang diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 dan diberlakukan setahun kemudian, yaitu pada tanggal 5 Maret 2000. Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 ini merupakan undang – undang hasil hak inisiatif Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) RI.¹⁵

Salah satu pertimbangan diajukannya Rancangan Undang – Undang (RUU) tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat¹⁶ adalah Undang – Undang Dasar 1945, yang antara lain menghendaki adanya kemakmuran masyarakat,¹⁷ bukan kemakmuran orang – seorang. Sistem ekonomi seperti ini mengandung prinsip keseimbangan, keselarasan serta memberikan kesempatan berusaha yang sama, adil, dan merata bagi setiap warga negara.¹⁸ Berdasarkan pertimbangan tersebut, maka persaingan menjadi titik tumpu dalam sektor ekonomi dan perdagangan, sehingga persaingan tersebut harus berlangsung dalam suasana sehat dan wajar. Persaingan yang sehat dan wajar akan menciptakan efisiensi usaha yang secara langsung memperbaiki struktur harga, dan pada akhirnya akan memunculkan alternatif produksi barang dan atau jasa tertentu bagi konsumen.¹⁹ Sebaliknya, persaingan yang tidak sehat akan memunculkan pemusatan kekuatan ekonomi, mengakibatkan dikuasainya sektor produksi dan atau distribusi atas barang

¹⁵Didik J. Rachbini, “ Anti Monopoly and Fair Competition Law No. 5/1999 : *Cartel and Merger Control in Indonesia*, “ Jurnal Hukum Bisnis vol. 19, Mei – Juni 2002, hlm. 10. Tuntutan perlunya bisnis yang fair sudah ada sejak 20 – 25 tahun yang lalu. Karena kenyataan di tanah air dengan terjadinya ketimpangan ekonomi, dimana data menunjukkan, bahwa 99% pelaku usaha di tanah air merupakan sektor usaha kecil dan menengah, dan mereka hanya menguasai asset ekonomi sebanyak 40% dari ekonomi nasional. Sedangkan sisanya yang 1% disebut sebagai pelaku usaha besar/kakap yang menguasai sekitar 60% asset ekonomi nasional. Hal inilah yang sekiranya menjadi landasan mengapa UU No. 5 Tahun 1999 tersebut lahir. Periksa pula : Sutrisno Iwantono, “Filosofi dan Latar Belakang UU No. 5 Tahun 1999 dan Status/Kelembagaan, Wewenang&Tugas KPPU, “ dalam Proceedings UU No. 5 Tahun 1999 dan KPPU, Pusat Pengkajian Hukum dan Pusdiklat Mahkamah Agung RI, Maret 2003, hlm. 5

¹⁶Risalah DPR RI, Rapat Paripurna ke – 10 Masa Persidangan I Tahun Sidang 1998 – 1999, hlm. 14

¹⁷Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, bagian Menimbang butir a

¹⁸*Ibid*, bagian Menimbang butir b

¹⁹Risalah DPR RI Rapat Paripurna ke -10, *loc.cit*, hlm. 14

dan/atau jasa oleh pelaku usaha tertentu, sehingga merugikan kepentingan umum, serta bertentangan dengan cita – cita keadilan sosial.²⁰

Sehubungan dengan larangan praktek perdagangan terlarang tersebut, Posner berpendapat terdapat tiga alasan politis mengapa praktek monopoli tidak dikehendaki, yakni : *pertama* , bahwa monopoli mengalihkan kekayaan dari para konsumen kepada pemegang saham perusahaan – perusahaan yang monopolistik, yaitu suatu distribusi kekayaan yang berlangsung dari golongan yang kurang mampu kepada yang kaya. *Kedua*, bahwa monopoli, atau secara lebih luas setiap kondisi yang memperkuat kerja sama di antara perusahaan – perusahaan yang bersaing, akan mempermudah dunia industri untuk melakukan manipulasi politis guna dapat memperoleh proteksi dalam bentuk peraturan perundang – undangan yang memungkinkan perolehan keuntungan di bidang industri yang bersangkutan. *Ketiga*, adalah berkaitan dengan keberatan atas praktek monopoli, yakni bahwa kebijakan anti monopoli yang bertujuan untuk meningkatkan efisiensi, merupakan kebijakan yang membatasi kebebasan bertindak bagi perusahaan – perusahaan besar untuk dapat berkembangnya perusahaan – perusahaan kecil.²¹

Dalam pembuatannya, Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 sangat dipengaruhi oleh *Antitrust Law* Amerika Serikat.²² Baik substansi maupun terminologi yang digunakan dalam undang – undang tersebut, sehingga untuk mendalami Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 harus mempelajari *Antitrust Law* Amerika Serikat.²³

Dengan diberlakukannya Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dan dibentuknya Komisi Pengawas Persaingan Usaha sebagai lembaga yang bertugas untuk

²⁰*Ibid*, hlm. 5. Periksa pula Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, bagian Menimbang butir c

²¹Richard A. Posner, *Antitrust Law (an Economic Perspective)*, Chicago and London : The University of Chicago Press, 1976, hlm. 8 - 9

²²Sutan Remi Sjahdeni, *op. cit*, hlm. 8, Lihat juga Chatamarrasjid, “ Undang – Undang Larangan Praktek Monopoli,” *Jurnal Hukum Bisnis* (vol. 7, 1999),. hlm.71, Chatamarrasjid juga menyatakan bahwa banyak perundang – undangan lain mengacu ke Amerika Serikat dalam mengatur persaingan sehat, tidak terkecuali Undang – Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1999

²³Sutan Remi Sjahdeni, *op. cit*, hlm. 8

mengawasi pelaksanaan Undang-Undang tersebut,²⁴ telah memberikan secercah harapan bagi masyarakat mengenai adanya upaya untuk segera mengakhiri segala bentuk praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang selama ini terjadi, sehingga kedepannya tercipta suatu efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha, dimana seperti yang sering dilontarkan oleh banyak cendekiawan, bahwa tidak adanya efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha telah mengakibatkan dunia usaha di Indonesia mengalami ekonomi biaya tinggi (*high cost economy*).²⁵

Keberadaan Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Komisi Pengawas Persaingan Usaha sekarang diharapkan dapat mewujudkan suatu iklim usaha yang kondusif bagi dunia usaha, dimana tersedia kesempatan yang sama bagi setiap pelaku usaha baik usaha kecil, usaha menengah maupun usaha besar untuk dapat berpartisipasi dalam setiap kegiatan ekonomi, yang nantinya dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan berkerjanya ekonomi pasar secara wajar.²⁶

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ini merupakan salah satu hukum positif yang harus ditegakkan di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, sehingga Komisi Pengawas Persaingan Usaha sebagai lembaga yang ditugasi oleh Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 untuk mengawasi pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 itu sendiri,²⁷ memiliki kewajiban untuk mengawasi pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Bagi Komisi Pengawas Persaingan Usaha tugas tersebut bukanlah suatu pekerjaan yang mudah, terlebih bagi suatu lembaga yang masih baru terbentuk, dimana Komisi Pengawas Persaingan Usaha sendiri masih harus banyak belajar (terutama kepada negara - negara yang telah lebih dahulu menerapkan Undang - Undang Tentang Persaingan Usaha) agar dapat menerapkan Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebaik - baiknya, karena menegakkan hukum

²⁴Indonesia, *Undang-Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Undang - Undang No. 5 Tahun 1999, LN No. 33 tahun 1999, TLN. No.3817, pasal 30 ayat (1)

²⁵Hall Hill, "Economy" dalam *Indonesia's New Order: The Dynamics of Socio-Economic Transformations*, 1st ed. Edited by Hall Hill (St Leonard, NSW 2065 Australia: Allen & Unwin Pty Ltd, 1994), p.70-71. lihat juga Richard Mann, *Economic Crisis in Indonesia: The Full Story*, (Penang Gateway Books, 1998), hlm. 99

²⁶Lihat penjelasan Undang – Undang No. 5 Tahun 1999

²⁷Lihat Pasal 30 ayat (1) Undang – Undang No.5 Tahun 1999

persaingan usaha merupakan suatu pekerjaan yang membutuhkan keahlian khusus, dan dalam banyak hal fakta - fakta saja tidak cukup kuat untuk mengatakan bahwa telah terjadi suatu pelanggaran terhadap Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 atau tidak.²⁸

Dalam menetapkan apakah suatu perbuatan menghambat persaingan atau tidak, pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan.²⁹ Selama seperempat abad berlakunya *The Sherman Act* dari tahun 1890-an, pengadilan federal di Amerika Serikat telah mengambil tiga bentuk analisis yang berbeda, yakni, melalui interpretasi para Hakim Federal Amerika Serikat untuk menilai, apakah suatu perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha yang satu dengan pelaku usaha (pesaing) yang lainnya, berdasarkan pada suatu *horizontal agreement* (perjanjian horizontal), telah melanggar Pasal 1 *The Sherman Act* 1890, yakni :³⁰

- a. **Hakim Rufus Peckham**, mengemukakan analisis yang *pertama*, yaitu dengan cara membedakan semua perjanjian yang secara langsung menghambat perdagangan dianggap sebagai melawan hukum (*illegal*), dan sebaliknya semua perjanjian yang tidak secara langsung menghambat perdagangan dianggap *sah* (*legal*). Untuk semua perjanjian yang langsung membatasi perdagangan ini

²⁸Achmad Shauki, “Undang - Undang No.5 Tahun 1999 dan Tantangan Bagi KPPU,” Makalah disampaikan pada Diskusi Panel Memperingati 2 (dua) tahun diberlakukannya Undang - Undang No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, diselenggarakan oleh Lembaga Kajian Persaingan dan Kebijakan Usaha FHUI, Jakarta, 26 Maret 2002, hlm.1

²⁹Pada tahun 1914 *The Sherman Act* disempurnakan dengan dikeluarkannya *Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies* yang dikenal dengan sebutan *the Clayton Act*, pada tahun yang sama diterbitkan *Act to Create a Federal Trade Commission, to Define Its Powers and Duties, and for Other Purposes* yang lebih dikenal dengan *The Federal Trade Commission Act*, kemudian pada tahun 1936 *The Clayton Act* disempurnakan dengan *The Robinson Patman - Act*, dimana penyempurnaannya terbatas pada Pasal 2 *The Clayton Act* yang mengatur tentang Diskriminasi Harga. In Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, (Westbury, New York : The Foundation Press, Inc., 1993), hlm. 395 - 399

³⁰Pasal 1 *The Sherman Act* 1890 ayat (1) : setiap bentuk perjanjian yang dilakukan antar kelompok usaha yang bertujuan untuk menghambat di antara Negara – Negara bagian atau perdagangan luar negeri, baik itu yang dilakukan melalui merger perusahaan dalam bentuk trust/kombinasi atau persekongkolan, adalah suatu perbuatan melawan hukum (*illegal*). Pasal 1 ayat (2) : setiap orang yang melakukan tindakan monopoli atau mencoba untuk melakukan monopoli, atau penggabungan atau melakukan persekongkolan dengan orang lain atau dengan beberapa orang lain, dengan maksud untuk mengadakan, monopoli terhadap bagian tertentu dari perdagangan/usaha bisnis di Negara federal atau dengan Negara asing dianggap bersalah karena melakukan kejahatan

dianggap *illegal* menurut Pasal 1 *the Sherman Act* 1890,³¹ dan model yang pertama ini dikenal dengan nama *per se illegal*.³²

- b. **Hakim William Howard Taft**, mengemukakan analisis yang *kedua*, yakni, dengan membedakan keputusan kongres mengenai "hambatan perdagangan (*restraint trade*)," sebagaimana dikaitkan dengan Undang - Undang Antitrust Negara Federal yang memiliki pengertian sama dengan konsep *common law system*. Kemudian Hakim **William Howard Taft** berusaha menggabungkan berbagai keputusan *common law* ke dalam sebuah pendekatan yang koheren. Selanjutnya dikatakan, bahwa dalam hal menentukan hambatan tambahan (*ancillary restraints*) adalah tujuan yang sah (*lawful purpose*), dan perlu mencapai tujuan tersebut dengan cara sah, serta hambatan lain merupakan hal yang *ilegal*.³³
- c. **Hakim Louis Brandeis**, mengemukakan analisis yang *ketiga*, yaitu, dengan menyaring kembali "*rule of reason*" dalam keputusan Mahkamah Agung sebelumnya, dengan membolehkan para hakim untuk meninjau semua fakta yang melingkupi perjanjian tertentu, dan kemudian menentukan kesimpulan sendiri, apakah suatu perjanjian tersebut bersifat mendukung atau justru merugikan persaingan itu sendiri.³⁴

Pendekatan *per se illegal* yang pertama oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat diterapkan dalam perkara *United States vs. Trans – Missouri Freight Association*,³⁵ yang kemudian diikuti dalam perkara *United States vs. Joint Traffic Association*.³⁶ Perkara *Trans – Missouri* menyangkut 18 (delapan belas) perusahaan kereta api yang membuat perjanjian pada tanggal 15 Maret 1889, dengan membentuk

³¹Lihat Pasal 1 *the Sherman Act* : "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states or with foreign nations, is declared to be illegal....."

³²Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, (Westbury, New York : The Foundation Press, Inc., 1993), *op. cit.*, hlm. 118

³³Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, *Ibid*, hlm. 118 – 119

³⁴Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, *Ibid.*, hlm. 118 - 119

³⁵*United States vs. Trans – Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1897)

³⁶*United States vs. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898)

“*Trans – Missouri Freight Association*”, yaitu suatu asosiasi perusahaan kereta api yang berdomisili di sebelah Barat Mississippi. Para anggota asosiasi tersebut melimpahkan kewenangan kepengurusan kepada sebuah komite, yang merupakan badan perwakilan para anggota. Kewenangan komite tersebut antara lain adalah menyusun dan mengumumkan secara resmi struktur tarif angkutan, yang akan berlaku bagi seluruh perusahaan kereta api. Tujuan pembentukan dari asosiasi ini adalah untuk saling melindungi dengan cara menetapkan tarif yang menurut mereka adalah pantas, membuat aturan, dan peraturan mengenai pengangkutan setempat.³⁷ Kemudian Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan, bahwa perjanjian diantara para anggota asosiasi tersebut adalah *per se illegal*, karena melanggar Pasal 1 *The Sherman Act*.³⁸

Dalam penerapan Undang - Undang Antitrust di Amerika Serikat, beberapa jenis perilaku bisnis tertentu dipandang sebagai *per se illegal*, terlepas dari penilaian mengenai berbagai akibatnya terhadap persaingan, dan atau terlepas dari kondisi yang melingkupinya. Salah satu manfaat besar dari penggunaan metode pendekatan *per se illegal* adalah kemudahan dan kejelasannya dalam proses administratif. Di samping itu, pendekatan ini memiliki kekuatan mengikat (*self – enforcing*) yang lebih luas daripada larangan – larangan yang tergantung pada evaluasi mengenai pengaruh kondisi pasar yang kompleks. Oleh karena itu, penggunaan pendekatan ini dapat memperpendek proses pada tingkatan tertentu dalam pelaksanaan suatu Undang – Undang. Suatu proses dianggap relatif mudah dan sederhana, karena hanya meliputi identifikasi perilaku yang tidak sah dan pembuktian atas perbuatan ilegal tersebut. Dalam hal ini tidak diperlukan lagi penyelidikan terhadap situasi serta karakteristik pasar.³⁹

Suatu perilaku yang ditetapkan oleh pengadilan sebagai *per se illegal*, akan dihukum tanpa proses penyelidikan yang rumit. Jenis perilaku yang ditetapkan secara *per se illegal*, hanya akan dilaksanakan setelah pengadilan memiliki pengalaman

³⁷*United States vs. Trans - Missouri Freight Association, op. cit.*, hlm. 292. Lihat pula Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust*, (St. Paul Minnesota : West Publishing, Co., 1977), hlm. 167

³⁸Section 1 The Sherman Act : “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal....*”

³⁹Carl Keyser dan Donald F. Turner, *Antitrust Policy : an Economic and Legal Analysis* (Cambridge : Harvard University Press, 1971), hlm. 142

yang memadai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial.⁴⁰ Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah. Hal tersebut terjadi karena metode ini memperbolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan.⁴¹

Oleh karena itu, pada prinsipnya pendekatan *per se illegal* harus memenuhi dua syarat, yakni, *pertama*, harus ditujukan lebih kepada "perilaku bisnis" daripada situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan lebih lanjut, misalnya, mengenai akibat dan hal – hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap *fair*, jika perbuatan ilegal tersebut merupakan "tindakan sengaja" oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari. *Kedua*, adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktek atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan perkataan lain, penilaian atas tindakan dari pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meskipun demikian, diakui bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas – batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah.⁴²

Pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Hal tersebut dapat dijadikan oleh pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Oleh karena itu, terdapat dua hal penting yang harus diperhatikan oleh pengadilan; *pertama*, adanya dampak merugikan yang signifikan dari perilaku tersebut. *Kedua*, kerugian tersebut harus tergantung pada kegiatan yang dilarang.⁴³

Pengujian terhadap ada tidaknya persaingan melalui pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum. Artinya, bahwa adanya larangan yang tegas, dapat memberikan kepastian bagi perusahaan untuk mengetahui keabsahan

⁴⁰Herbert Hovenkamp, *Antitrust* (St. Paul Minnesota : West Publishing, Co, 1993), hlm. 91

⁴¹*Ibid*, hlm. 92

⁴²Carl Keyesen dan Donald F. Turner, *op. cit.*, hlm. 143

⁴³Carl Keyesen dan Donald F. Turner, *loc.cit.*, hlm. 143

suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang dapat menimbulkan kerugian berlipat ganda. Dengan perkataan lain, pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan perusahaan sejak awal mengenai perbuatan yang dilarang, dan berusaha menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya.⁴⁴

Berbeda halnya dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap undang – undang. Dalam hal ini, Mahkamah Agung Amerika Serikat, umpamanya, telah menetapkan suatu standar *rule of reason*, yang memungkinkan pengadilan mempertimbangkan faktor – faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya, untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan.⁴⁵

Pendekatan *rule of reason* yang pertama di Amerika Serikat diterapkan dalam perkara *Standard Oil Co. of N.J. vs United States* sebagai interpretasi terhadap *the Sherman Act* pada tahun 1911.⁴⁶ Perkara ini bukan mengenai kartel, melainkan bentuk gabungan (*combination*) yang erat hubungannya dengan 37 (tiga puluh tujuh) perusahaan industri minyak yang diatur berdasarkan manajemen bersama dan dikontrol melalui sebuah perusahaan induk (*holding company*). Kombinasi tersebut dibentuk melalui kerja sama (*partnership*), merger, dan bentuk kombinasi lainnya, termasuk melalui pengembangan internal dari organisasi yang ada. Mahkamah Agung Amerika Serikat menemukan bahwa bentuk kombinasi tersebut memiliki elemen komersial, dan merupakan bentuk lain yang paling buruk dari suatu kartel. Para tergugat melakukan pemotongan harga yang bersifat merusak pasar, yang akhirnya bermuara pada penurunan harga secara seragam. Perilaku tersebut dianggap melanggar ketentuan Pasal 1 *the Sherman Act*.⁴⁷

⁴⁴Carl Keyser dan Donald F. Turner, *Ibid.*, hlm. 143

⁴⁵Thomas E. Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, (New York : Matthew Bender&Co., 1994), hlm. 85

⁴⁶*Standard Oil Co. of N.J. vs United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911)

⁴⁷Lihat Pasal 1 *the Sherman Act* : “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states or with foreign nations, is declared to be illegal.....”

Interpretasi tersebut menghasilkan suatu premis bahwa pertimbangan hukum yang utama dalam menerapkan pendekatan tersebut adalah maksimalisasi kesejahteraan atau pemuasan kebutuhan konsumen.⁴⁸ Dalam hal ini, hakim **Rufus Peckham**, hakim **William Howard Taft**, hakim **Louis Brandeis**, dan hakim **White** menunjukkan perhatian mereka, bahwa hukum tidak bertujuan untuk menghancurkan bentuk kombinasi perusahaan yang efisien, tetapi menekan kombinasi atau kerja sama penjualan yang bermaksud mengeliminasi persaingan.⁴⁹ Adanya unsur pemuasan kebutuhan konsumen merupakan pertimbangan utama dalam perkara ini, yang mengharuskan pengadilan untuk menerapkannya sebagai kriteria pokok, yakni apakah suatu perjanjian akan berdampak pada terwujudnya efisiensi, dan kemudian dapat meningkatkan produk, atau sebaliknya, akan berdampak pada pembatasan produksi.⁵⁰

Dalam perkara ini hakim menyatakan, bahwa alasan utama diterapkannya *the Sherman Act* adalah adanya akumulasi kekayaan yang amat besar di dalam perusahaan secara bersama maupun secara individual, mengakibatkan adanya kekuatan yang besar dari pengembangan yang luas, sehingga dapat mengakibatkan tekanan terhadap individu – individu perusahaan lainnya dan merugikan masyarakat secara umum. Undang – undang tersebut bermaksud, *pertama*, untuk menerapkan *common law* di negara – negara federal, yang menjamin bahwa masing – masing individu berhak melakukan perdagangan yang tidak dihambat dengan cara tidak wajar (*unreasonably*). *Kedua* adalah, bahwa masyarakat harus mendapat perlindungan dari praktek – praktek peningkatan harga serta bentuk – bentuk praktek penyimpangan lainnya.⁵¹

Keputusan tersebut, ditetapkan oleh Hakim **White** yang bertindak sebagai Hakim Ketua, yang dulunya menolak penggunaan *per se illegal* dalam *Trans* –

⁴⁸Robert H. Bork, “*The Rule of Reason and the Per Se Concept : Price Fixing and Market Division*,” *The Yale Law Journal*, vol. 75, Januari 1966, hlm. 375

⁴⁹Robert H. Bork, “*The Rule of Reason and the Per Se Concept : Price Fixing and Market Division*,” *The Yale Law Journal*, No. 5, vol. 74, April 1965, hlm. 783

⁵⁰Hakim **White** menyatakan sebagai berikut : “...*the evil to be avoided as restriction of output because his version of the common law, which he incorporated into the Act, viewed the evils of monopoly as : 1) the power to fix price, 2) the power to limit production, and 3) the danger of deterioration in quality...*”.in Robert H. Brook, *Ibid.*, hlm. 783

⁵¹Jerrold G. Van Cise, “*Antitrust Past Present Future*,” dalam Theodore P. Kovaleff, *The Antitrust Impulse : an Economic, Historical, and Legal Analysis*, vol. I, (M.E. Sharpe, Inc.), hlm. 26

Missouri. Keputusan *Standard Oil Co. of N.J. vs United States* dengan jelas memberikan kontribusi bagi pengembangan *the Sherman Act*, khususnya dalam hal peranan pengadilan dan letak diskresi untuk menginterpretasikan Undang – Undang, yakni dengan cara menerapkan suatu pendekatan yang dikenal sebagai *the rule of reason*.⁵²

The rule of reason merupakan 'standar' yang membolehkan pengadilan untuk menilai ketidakjelasan atau tingkatan – tingkatan dari pengaruh persaingan. Dalam menerapkan suatu *standard of reason* untuk menilai suatu kesepakatan terlarang yang dinyatakan sebagai hambatan dalam perdagangan, dapat dikaji antara lain melalui tujuan dari kesepakatan tersebut, karakter (misalnya kekuatan) dari para pihak, dan akibat penting yang ditimbulkan dari perbuatan tersebut.⁵³ Meskipun pada akhirnya Mahkamah Agung Amerika Serikat menggunakan pendekatan *rule of reason* yang fleksibel, yang menentukan bahwa suatu Undang – Undang hanya menghukum perilaku yang *unreasonable*, namun belum terdapat standar yang jelas untuk menilai hal ini.⁵⁴

Penerapan *the rule of reason* merupakan pilihan yang tepat dalam melakukan penyelidikan. Analisis diperlukan untuk menentukan praktek tertentu yang menghambat atau mendorong persaingan, atau apabila terdapat tendensi keduanya, maka pengadilan akan mengambil langkah – langkah yang pengaruhnya paling menguntungkan (efisien) bagi masyarakat secara luas.⁵⁵

Dalam hukum persaingan usaha sendiri, untuk menganalisa suatu tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha, Komisi Pengawas Persaingan Usaha menggunakan dua model pendekatan yang digunakan untuk mengetahui apakah tindakan tersebut telah bertentangan dengan hukum persaingan usaha atau tidak. Pendekatan tersebut adalah pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal*.

⁵²Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust*, St. Paul Minnesota : West Publishing, Co., 1977, hlm. 172

⁵³Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, (St. Paul Minnesota : West Publishing, Co., 1994), hlm. 169

⁵⁴Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *Ibid.*, hlm. 24

⁵⁵*United States vs. Trans – Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 343, 17 S. Ct. 540, 560, 41 L. Ed. 1007, 1028 (1897) yang kemudian dimodifikasi dalam *Standard Oil Co. Of N.J. vs. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911)

Pada kenyataannya dalam kasus - kasus persaingan, penggunaan kedua pendekatan ini tidak mudah untuk diterapkan. Karena tidak semua orang mempunyai persepsi yang sama terhadap pengertian yang menyatakan suatu tindakan dinyatakan mutlak melanggar ataupun dapat diputuskan setelah melihat argumentasi dan alasan rasional tindakannya. Banyak metode yang dicoba oleh para akademisi, ahli hukum persaingan dan praktisi hukum untuk menetapkan aplikasi ini walaupun tidak bersifat mutlak. Oleh sebab itu, selama waktu ini, perdebatan masih tetap berlangsung dalam hukum persaingan ketika menentukan ukuran faktor *reasonableness* tersebut.⁵⁶

Salah satu kasus yang terjadi pada persaingan usaha yaitu adanya praktek persekongkolan tender. Berkaitan dengan ketentuan Pasal 1 *The Sherman Act 1890*, dimana dalam pasal tersebut dinyatakan, "...*persekongkolan untuk menghambat perdagangan (...conspiracy in restraint of trade...)*." Mahkamah Tertinggi USA menciptakan istilah "*concerted action*", untuk mendefinisikan istilah persekongkolan dalam hal menghambat perdagangan, serta merumuskan prinsip, bahwa terhadap pelaku usaha harus dibuktikan, bahwa terdapat kegiatan saling menyesuaikan yang berlandaskan pada persekongkolan guna menghambat perdagangan serta pembuktiannya dapat disimpulkan dari kondisi yang ada. Berdasarkan pengertian di USA itulah, maka persekongkolan adalah kesepakatan dalam bentuk kerja sama yang konsekuensinya adalah perilaku yang saling menyesuaikan (*conspiracy is an agreement which has consequence of concerted action*).⁵⁷

Ada juga yang menyamakan istilah persekongkolan (*conspiracy* atau *konspirasi*) dengan istilah *Collusion* (kolusi), yakni sebagai : *A secret agreement between two or more people for deceitful or produlent purpose*. Artinya bahwa dalam kolusi ada suatu perjanjian rahasia yang dibuat oleh 2 (dua) orang atau lebih dengan tujuan penipuan atau penggelapan yang sama artinya dengan konspirasi dan cenderung berkonotasi negatif atau buruk.⁵⁸

⁵⁶American Bar Association, *Section of Antitrust Law, Monograph 23, The Rule of Reason*, 1999, hlm.104. dalam Ningrum Natasya Sirait, *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Cet. I, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2003), hlm. 102

⁵⁷Knud Hansen, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, Katalis, Jakarta, 2002, hlm. 323 - 324

⁵⁸*Grolier International Dictionary*, dalam Elly Ras Ginting, *Ibid.*, hlm. 72

Salah satu substansi yang merupakan bagian kegiatan yang dilarang dalam Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah ketentuan yang mengatur tentang persekongkolan tender. Ketentuan tersebut diatur dalam Pasal 22 Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999,⁵⁹ dan merupakan ketentuan yang lebih khusus sifatnya dalam rangka menciptakan iklim usaha yang kondusif guna mendukung dan menumbuhkembangkan kegiatan penyediaan barang dan/atau jasa yang berkualitas serta harga yang bersaing di tanah air.⁶⁰

Larangan persekongkolan tender yang diatur dalam Hukum Persaingan Usaha (Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999) secara prinsipal terdapat 4 (empat) kategori kegiatan yang dilarang, yakni penetapan harga, pembatasan atas produksi atau pasokan (*limitation of production or supply*), pembagian wilayah pasar, dan persekongkolan tender (*bid rigging*) atau (*collusive bidding*).⁶¹

Secara yuridis pengertian persekongkolan usaha atau *conspiracy* ini diatur dalam Pasal 1 angka 8 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999,⁶² yakni :

”sebagai bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.”

Secara khusus persekongkolan dalam tender diatur dalam Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999,⁶³ yang berbunyi :

”bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Kata ”mengatur” yang terdapat dalam pasal tersebut dapat diartikan sebagai suatu tindakan negatif (konotasinya negatif) yang berkaitan dengan persekongkolan. Dalam praktek suatu tender yang ditawarkan oleh pemerintah misalnya, harus diatur

⁵⁹Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

⁶⁰Sebagai ketentuan yang bersifat umum , larangan persekongkolan tender juga diatur dalam Undang - Undang No. 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi jo. Peraturan Pemerintah RI No. 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi

⁶¹Julian Joshua, “*Breaking Up The Hard Core : The Prospects for the Proposed Cartel Offence*,” Criminal Law Review, 2002, hlm. 942.

⁶²Lihat Pasal 1 angka 8 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

⁶³Lihat Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

secara transparan/terbuka dengan prosedur tertentu guna menentukan siapa yang akan menjadi pemenang tender.

Oleh karena itu yang dilarang dalam Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah persekongkolan (*conspiracy* dan *collusion*) antara pelaku usaha dengan pihak lain dalam penentuan pemenang tender, yakni melalui pengajuan untuk menawarkan harga dalam memborong suatu pekerjaan atau juga pengajuan penawaran harga untuk pengadaan barang dan jasa – jasa tertentu. Akibat dari persekongkolan dalam menentukan siapa pemenang tender ini, seringkali timbul suatu kondisi ”*barrier to entry*” yang tidak menyenangkan atau merugikan bagi pelaku usaha lain yang sama – sama mengikuti tender (peserta tender) yang pada gilirannya akan mengurangi bahkan meniadakan persaingan itu sendiri.⁶⁴

Persekongkolan dalam tender merupakan suatu bentuk kerja sama yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.⁶⁵ Perjanjian ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta yang menyetujui satu peserta dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan yang paling efisien.⁶⁶ Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan para penawar yang beritikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan.

⁶⁴L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya : Srikandi, 2008), hlm. 35

⁶⁵Hasil studi yang dilakukan oleh ekonom Indonesia menunjukkan, bahwa persoalan persaingan usaha di tanah air lebih banyak didominasi oleh 3 (tiga) hal, yaitu : (a) tindakan anti persaingan usaha yang dilakukan oleh perusahaan/pelaku usaha yang mendapat persetujuan/lisensi dari pemerintah/penguasa (*government consent*); (b) tindakan anti persaingan yang dalam hal pengadaan kebutuhan barang dan/atau jasa yang diselenggarakan oleh pemerintah atau badan – badan usaha milik Negara melalui penetapan tender (*bid rigging*) yang dilakukan melalui kolusi, manipulasi pekerjaan, kontrak serta perbuatan curang lainnya; (c) tindakan anti persaingan usaha yang dilakukan oleh pelaku usaha/perusahaan dengan menggunakan strategi untuk menghancurkan pesaing atau menghambat pesaing masuk pasar, misalnya dalam bentuk integrasi vertikal, penetapan harga jual kembali (*resale price maintenance*), pembagian wilayah market (*market allocation*).

⁶⁶R. Syam Khemani, et. Al., *A Framework for The Design and Implementation of Competition Law and Policy* (Washington DC. And Paris : *The World Bank and Organization for Economic Cooperation and Development – OECD*, 1999), hlm. 23

Melalui persekongkolan, maka para pihak yang terlibat dalam kerja sama tersebut berusaha untuk menghindari tekanan akibat persaingan usaha. Dalam bentuk kegiatan monopoli, ada ruang gerak lebih luas yang tersedia bagi pemasok untuk berkesempatan merubah harga serta meningkatkan pasokan. Ciri khas dari struktur monopoli tersebut adalah, bahwa pemasok selalu bereaksi terhadap perubahan situasi pasar, dan pihak pemasoklah yang menanggung adanya resiko pasar. Kiranya tak berlebihan, apabila Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 juga berlandaskan pada pandangan seperti itu, karena suatu hukum persaingan usaha secara ideal berusaha mewujudkan efisiensi dan demokrasi ekonomi.⁶⁷

Pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap larangan persekongkolan tender yang diatur dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 dapat dihukum menggunakan pendekatan ”*per se illegal*”(*per se illegal approach*)⁶⁸ maupun melalui pendekatan ”*rule of reason*”(*rule of reason approach*) dengan menganalisis, apakah suatu perbuatan, baik itu berupa perjanjian maupun kegiatan, telah melanggar undang – undang anti monopoli atau tidak.

Kedua pendekatan tersebut digunakan secara hati – hati, mengingat dunia usaha selama ini merupakan bidang yang sensitif terhadap intervensi atau campur tangan pihak pemerintah. Persaingan usaha hanya akan tercipta melalui pendekatan ekonomi pasar (*market economic approach*), sedangkan intervensi pemerintah di dalam dunia usaha semestinya harus dibatasi. Meskipun demikian, bukan berarti bahwa pada akhirnya intervensi pemerintah terhadap pasar sama sekali ditiadakan. Oleh karena itu, sebagai bahan dari kerangka kebijakan ekonomi untuk memperkuat pembangunan ekonomi suatu negara, diperlukan suatu kebijakan persaingan usaha yang juga mencakup hukum antimonopoli.⁶⁹

⁶⁷Periksa Pasal 2 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

⁶⁸Istilah *per se illegal* ini identik dengan istilah *per se doctrine* atau *per se violation*, periksa pula Daniel V. Davidson, *Comprehensive Business Law, Principles and Cases*, Kent Publishing Co, 1987, hlm. 142. Pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* ini mula pertama kali terjadi dalam praktek penerapan Pasal 1 *The Sherman Act 1890* di USA, terutama untuk kasus- kasus yang diduga melanggar *antitrust law* (Undang - Undang Antimonopoli) di sana

⁶⁹R. Syam Khemani, *The Instruments of Competition Policy and Their Relevant for Economic Development*, dalam Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia, Jakarta, Desember, 2002, hlm. 64

Guna melihat apakah suatu perbuatan atau tindakan itu dapat dianalisis dengan menggunakan pendekatan *per se illegal* atau *rule of reason*, maka dalam hal ini penulis menganalisa salah satu perkara persekongkolan tender secara komprehensif dan menyeluruh pada perkara yang telah diputuskan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha yaitu perkara tender penjualan 2 (dua) unit kapal tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) milik PT. Pertamina⁷⁰ yang kemudian diputus di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat⁷¹ atas keberatan PT. Pertamina; Goldman Sachs, Pte (Singapore); Frontline, Ltd; dan PT. Perusahaan Pelayaran Equinox, lalu berlanjut lagi pada putusan tingkat kasasi di Mahkamah Agung⁷² berdasarkan pengajuan kasasi oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha, yang kemudian hingga sampai saat ini telah diputuskan oleh Mahkamah Agung pada tingkat peninjauan kembali⁷³ atas dasar permohonan Peninjauan Kembali oleh para pemohon yang terdiri dari : PT. Pertamina (Persero), Goldman Sachs (Singapore) Pte, dan PT. Perusahaan Pelayaran Equinox.

Perkara tender penjualan 2 (dua) unit kapal tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) milik PT. Pertamina tersebut berawal ketika PT. Pertamina melakukan pengadaan 2 (dua) unit kapal tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) dengan nomor lambung kapal 1540 dan 1541 melalui tender yang pada akhirnya dimenangkan oleh Hyundai Heavy Industries Co. Ltd. dari Ulsan, Korea Selatan dengan harga US\$ 65 juta/unit.⁷⁴

Sehubungan dengan pengajuan keberatan terhadap perkara persekongkolan tender penjualan 2 (dua) unit kapal tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) milik PT. Pertamina (Persero) tersebut, baik ke Pengadilan Negeri maupun ke tingkat kasasi dan peninjauan kembali di Mahkamah Agung, ternyata dalam gerak operasionalnya Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 masih kurang rinci mengatur penyelesaian perkara – perkara pelanggaran undang – undang anti monopoli. Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 juga masih mengalami ketidakjelasan dalam hal pengaturan prosedur beracara untuk menangani perkara persaingan usaha serta peran

⁷⁰Lihat Putusan KPPU Nomor : 07/KPPU-L/2004

⁷¹Lihat Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 4/KPPU/2005/PN.JKT.PST

⁷²Lihat Putusan Kasasi MA Nomor : 04 K/KPPU/2005

⁷³Lihat Putusan Peninjauan Kembali MA Nomor : 01.PK/PDT.SUS/2007

⁷⁴Pada awalnya pembiayaan pembuatan kedua VLCC tersebut akan dibiayai oleh The Export Import Bank of Korea (KEXIM), PT. Pertamina telah merancang kedua VLCC tersebut sejak November 2002

lembaga peradilan dalam hal menangani keberatan yang diajukan oleh pelaku usaha terhadap putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

Pengaruh ketidakjelasan prosedur beracara serta pengajuan keberatan terhadap Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha oleh pelaku usaha ini akan menimbulkan penafsiran yang berbeda – beda. Penafsiran yang berbeda seperti ini juga masih saja berlanjut, walaupun Mahkamah Agung telah menerbitkan peraturan yang tertuang dalam Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2003 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha.⁷⁵ Dalam Peraturan Mahkamah Agung inipun ternyata juga masih terdapat kekurangan (terlalu singkat) dalam pengaturan upaya hukum keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang diajukan oleh pelaku usaha. Peran lembaga peradilan umum dalam menangani keberatan terhadap putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang diajukan oleh pelaku usaha ternyata tidak diatur secara jelas dan rinci dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999. Hal ini yang sekiranya merupakan kelemahan yang dihadapi oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha sehubungan dengan upaya keberatan terhadap putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang diajukan oleh pelaku usaha baik ke Pengadilan Negeri maupun ke Mahkamah Agung.

Penelitian ini dilakukan tanpa ingin mengurangi penghargaan terhadap upaya Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan hasil – hasil yang telah dicapai dalam menegakkan amanat Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam waktu yang relatif singkat, namun masih terdapat banyak kekurangan dalam hukum acara⁷⁶ yang harus dibenahi dalam menciptakan iklim usaha yang sehat dan jujur serta upaya menciptakan lembaga hukum yang berwibawa, adil dan terpercaya.

Dari uraian yang telah dijabarkan di atas, maka penulis berkeinginan untuk meneliti lebih jauh mengenai penerapan pendekatan *rule of reason* terhadap bentuk

⁷⁵Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2003 inipun sudah diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2005 yang mengatur tentang hal yang sama.

⁷⁶Destiano Wibowo&Harjon Sinaga memberikan elaborasi yang kritis terhadap kekurangan – kekurangan dalam hukum acara tersebut dalam karya mereka **Hukum Acara Persaingan Usaha**, *op. cit.* misalnya pada hlm. 54 – 57 dan hlm. 95 - 98

persekongkolan tender dalam perkara penjualan 2 (dua) unit kapal tanker VLCC PT. Pertamina.

1.2 PERUMUSAN MASALAH

Pokok permasalahan merupakan salah satu yang sangat penting dalam suatu penelitian. Suatu masalah, menurut Soerjono Soekanto merupakan suatu proses yang mengalami halangan dalam mencapai tujuannya.⁷⁷ Oleh karena itu, untuk menghasilkan suatu penelitian yang baik terlebih dahulu harus dimulai dengan merumuskan pokok permasalahannya.

Berdasarkan latar belakang masalah sebagaimana telah diuraikan di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini adalah :

1. Bagaimana konsep pendekatan *rule of reason* dalam konteks hukum persaingan usaha?
2. Hal – hal apa sajakah yang harus dibuktikan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha untuk membuktikan adanya praktek persekongkolan tender?
3. Apakah penerapan pendekatan *rule of reason* dalam perkara persekongkolan tender penjualan 2 (dua) unit kapal tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) milik PT. Pertamina telah sesuai dengan konteks hukum persaingan usaha?

1.3 TUJUAN PENELITIAN

Menurut Soerjono Soekanto tujuan penulisan dirumuskan secara deklaratif dan merupakan pernyataan - pernyataan tentang apa yang hendak dicapai dengan penulisan tersebut.⁷⁸

Dengan menelaah latar belakang dan perumusan masalah di atas, dapat dikemukakan beberapa tujuan dari pelaksanaan penulisan tesis ini, yaitu sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui dan menganalisis konsep pendekatan *rule of reason* dalam konteks hukum persaingan usaha.

⁷⁷Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Press, 1986), hlm. 106.

⁷⁸Soerjono Soekanto, *Ibid.*, hlm. 118

2. Untuk mengetahui dan mengkaji hal – hal apa sajakah yang harus dibuktikan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha untuk membuktikan adanya praktek persekongkolan tender.
3. Untuk mengetahui dan mengkaji penerapan pendekatan *rule of reason* dalam perkara persekongkolan tender penjualan 2 (dua) unit kapal tanker VLCC milik PT. Pertamina apakah telah sesuai dengan konteks hukum persaingan usaha.

1.4 KEGUNAAN PENELITIAN

Dari hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kegunaan sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritis
 - a. Penelitian ini diharapkan dapat berguna untuk menambah wawasan pengetahuan dalam bidang hukum persaingan usaha mengenai bentuk, konsep dan pengaturan larangan praktek persekongkolan tender dalam konteks hukum persaingan usaha maupun hal – hal mengenai pembuktian oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha untuk membuktikan adanya praktek persekongkolan tender.
 - b. Penelitian ini diharapkan dapat berguna untuk menambah sumbangan pemikiran terhadap pengembangan dan pendalaman teori-teori hukum mengenai penerapan pendekatan *rule of reason* pada perkara-perkara persaingan usaha khususnya perkara yang berkaitan dengan praktek persekongkolan tender.
2. Kegunaan Praktis
 - a. Untuk menambah wawasan penulis dalam konteks hukum persaingan usaha khususnya mengenai hal – hal yang berkaitan dengan bentuk, konsep dan pengaturan larangan praktek persekongkolan tender dalam konteks hukum persaingan usaha maupun hal – hal mengenai pembuktian oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha untuk membuktikan adanya praktek persekongkolan tender.
 - b. Sebagai sumber bacaan bagi rekan - rekan mahasiswa fakultas hukum atau masyarakat yang ingin tahu mengenai penerapan pendekatan *rule of reason*

pada perkara-perkara persaingan usaha khususnya yang berkaitan dengan praktek persekongkolan tender.

- c. Hasil dari penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat bagi pelaku usaha, akademisi, praktisi, pemerintah sebagai pembuat regulasi, dan Komisi Pengawas Persaingan Usaha sebagai pengawas persaingan usaha di Indonesia serta masyarakat konsumen pada umumnya yang berhubungan dengan hukum persaingan usaha, demi mendukung terwujudnya iklim persaingan yang sehat dan jujur di Indonesia.

1.5 KERANGKA KONSEPSIONAL

Suatu kerangka konseptual, merupakan kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep - konsep khusus, yang akan atau diteliti.⁷⁹ Di dalam penelitian hukum normatif maupun sosiologis atau empiris, dimungkinkan untuk menyusun kerangka konseptual yang didasarkan atau diambil dari peraturan perundang-undangan tertentu.

Dalam membahas dan menganalisa permasalahan yang diangkat dalam tesis ini, terutama mengenai praktek persekongkolan tender penjualan 2 (dua) unit kapal tanker VLCC milik PT. Pertamina, penulis menggunakan pendekatan *rule of reason*.

Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan untuk mengevaluasi akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan.⁸⁰ Pendekatan ini lebih melihat suatu tindakan atau suatu bentuk persaingan usaha dinilai melalui prinsip efisiensi dengan memperhitungkan akibat negatif (kerugian) dan positif (keuntungan ekonomis) dari tindakan tertentu terhadap proses persaingan.

Pendekatan *rule of reason* diterapkan terhadap tindakan – tindakan yang tidak bisa secara mudah dilihat ilegalitasnya tanpa menganalisa akibat tindakan itu terhadap kondisi persaingan, sehingga dalam penerapan pendekatan *rule of reason* disyaratkan untuk mempertimbangkan faktor – faktor seperti latar belakang dilakukannya

⁷⁹Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1986), hlm. 132.

⁸⁰A.M. Tri Anggraini, “Penerapan Pendekatan *Rule Of Reason* dan *Per Ser Illegal* Dalam Hukum Persaingan”, *Jurnal Hukum Bisnis*, (Vol. 24, 2005), hlm. 5

tindakan,⁸¹ alasan bisnis dibalik tindakan itu, serta posisi pelaku tindakan dalam industri tertentu.⁸²

Penggunaan pendekatan *rule of reason* memungkinkan pihak pengadilan melakukan interpretasi terhadap undang – undang anti monopoli. Misalnya, yang dilakukan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat yang menetapkan *rule of reason* sebagai standar bagi pengadilan untuk mempertimbangkan faktor – faktor kompetitif atau persaingan serta menetapkan layak tidaknya suatu hambatan perdagangan. Dengan kata lain pendekatan *rule of reason* tersebut dapat digunakan oleh pengadilan untuk mengetahui serta menilai, apakah terdapat hambatan dalam perdagangan atau tidak, dan apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi atau bahkan mengganggu proses persaingan atau tidak⁸³

Pendekatan *rule of reason* digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu. Menentukan apakah perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Penerapan *rule of reason* antara lain dilihat dari bunyi ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang mencantumkan kata “...dapat mengakibatkan...” dan atau “...patut diduga...”. Hal ini menunjukkan perlunya penelitian yang mendalam apakah suatu tindakan menimbulkan monopoli yang merugikan persaingan⁸⁴.

Penentuan pendekatan *rule of reason* diawali dengan menetapkan definisi pasar. Semua perhitungan, penilaian dan keputusan tentang implikasi persaingan akibat perilaku apapun tergantung pada pangsa pasar dan bentuk pasar terkait⁸⁵.

⁸¹ *Rule of reason is a legal approach by competition authorities or the courts where an attempt is made to evaluate the pro competitive features of restrictive business practices or not the practice should be prohibited*, Lihat : Ningrum Natasya Sirait, “Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat,” (Medan : Pustaka Bangsa Press, 2003) , hlm. 78

⁸² Arie Siswanto, “*Hukum Persaingan Usaha*,” (Jakarta : Ghalia Indonesia, 2002), hlm. 78

⁸³ Thomas E. Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, Matthew Bender&Co., New York, 1994, hlm. 85

⁸⁴ Thomas E. Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Ibid.*, hlm. 5

⁸⁵ Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust*, St.Paul Minnesota West Publising, Co., 1977, hlm. 41

Dalam melakukan penerapan pendekatan *rule of reason*, terdapat dua syarat yakni *pertama*, adanya dampak kerugian yang signifikan dari praktek tersebut. *Kedua*, kerugian tersebut harus akibat dari praktek yang dilarang⁸⁶.

Tindakan persekongkolan tender (*conspiracy*) dalam hukum persaingan usaha termasuk dalam kategori perjanjian. Pada hakekatnya, perjanjian terdiri dari dua macam, *pertama*, perjanjian yang dinyatakan secara jelas (*express agreement*), biasanya tertuang dalam bentuk tertulis, sehingga relatif lebih mudah dalam proses pembuktiannya. *Kedua*, perjanjian tidak langsung (*implied agreement*), biasanya berbentuk lisan atau kesepakatan – kesepakatan. Dalam hal tidak ditemukan bukti adanya perjanjian, khususnya *implied agreement*, dan jika keberadaan perjanjian tersebut dipersengketakan, maka diperlukan penggunaan bukti yang tidak langsung atau bukti yang melingkupi untuk menyimpulkan perjanjian atau persekongkolan tersebut.⁸⁷

Persekongkolan tender di hampir semua negara dianggap sebagai jenis pelanggaran serius, karena tindakan tersebut cenderung merugikan negara dalam arti luas. UNCTAD menyatakan sebagai berikut :

*“Collusive tendering is inherently anti – competitive, since it contravenes the very purpose of inviting tenders, which is to procure goods or services on the most favourable price and condition...”*⁸⁸

Di banyak negara, (termasuk Amerika dan Jepang), persekongkolan tender yang mempunyai konotasi negatif dan cenderung kolusif sifatnya diperlakukan sebagai *per se illegal*. Bahkan di negara – negara yang tidak memiliki Undang – Undang yang membatasi kegiatan usaha sering mengatur secara khusus tentang tender. Kebanyakan negara memperlakukan tender kolusif lebih ketat daripada perjanjian horisontal lainnya, karena mengandung unsur kecurangan dan akibat yang merugikan terhadap pembelanjaan pemerintah dan anggaran negara.⁸⁹

⁸⁶Carl Kaysen, *loc.cit*, hlm. 143

⁸⁷Thomas E. Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *op. cit.*, hlm. 126 - 127

⁸⁸Saecker and Lohse. *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, *op. cit.*, hlm. 313

⁸⁹Saecker and Lohse, *Ibid.*, hlm. 313

Larangan persekongkolan tender di Indonesia diatur dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang antara lain meliputi persekongkolan menentukan pemenang tender yang terdapat pada Pasal 22, sebagai berikut :

“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Di awal pembentukannya, ketentuan tentang persekongkolan hanya meliputi persekongkolan dalam perdagangan, yang diatur dalam Pasal 22 Rancangan Undang – Undang tentang Larangan Praktek Monopoli, sebagai berikut :

“Setiap pelaku usaha dilarang melakukan persekongkolan dengan pelaku usaha lainnya, untuk :

- a. Menetapkan harga penjualan atau persyaratan lain di bidang perdagangan; atau
- b. Membatasi produksi dan atau distribusi.”⁹⁰

Penentuan penggunaan salah satu pendekatan tersebut tidak semata-mata tergantung pada bunyi kata - kata dalam ketentuan undang – undang yang menyatakan, misalnya kata “...dilarang...” berarti menggunakan pendekatan *per se illegal*, sedangkan kata-kata “...patut diduga...” atau “...yang dapat mengakibatkan...” berarti menggunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini mengingat adanya ketentuan pasal 35 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa tugas Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah menilai semua perjanjian maupun kegiatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu, Komisi Pengawas Persaingan Usaha memiliki kewenangan untuk menggunakan salah satu alternatif dari kedua pendekatan yang berbeda secara ekstrim tersebut.⁹¹

⁹⁰Risalah resmi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Masa Persidangan I, Rapat Paripurna ke – 12, Kamis, 8 Oktober 1998, hlm. 56

⁹¹A.M. Tri Anggraini, *Ibid.*, hlm. 13

1.6 DEFINISI OPERASIONAL

Untuk mengatasi kemungkinan perbedaan pengertian dan membangun kesepahaman pengertian definisi – definisi dalam penelitian ini, maka beberapa istilah yang digunakan diberikan definisi operasional sebagai berikut :

1. Anti monopoli, adalah kebijakan ekonomi dan hukum dalam hal monopoli dan praktek monopoli.⁹²
2. Badan Usaha Milik Negara (BUMN), adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan.⁹³
3. Barang 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.⁹⁴ Sedangkan barang tidak berwujud diartikan sebagai jasa.⁹⁵
4. Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.⁹⁶
5. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)⁹⁷ adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.⁹⁸

⁹²Di Amerika Serikat dipergunakan istilah *Antitrust Law*, sedangkan beberapa negara lain menggunakan istilah *Competition Law* atau *Fair Trading* atau *Antimonopoly Law*.... dasar pertimbangan ekonomi dan kebijakan tersebut adalah adanya organisasi industrial yang menunjuk kepada *perilaku* perusahaan yang dijalankan di bawah kondisi *struktur pasar* yang berbeda dan dampaknya terhadap proses ekonomi....hampir semua Undang – Undang Antimonopoli melarang *struktur* seperti halnya merger, monopoli, posisi pasar dominan, dan konsentrasi; demikian juga perilaku perusahaan seperti halnya kolusi, penetapan harga, dan penetapan harga yang mematikan....”

⁹³Pasal 1 butir 1 Undang – Undang No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara, LN 2003 No. 70

⁹⁴Pasal 1 angka 16 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999. Lihat pula pasal 1 angka 11 Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003

⁹⁵Pasal 1 angka (1) Undang – Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi

⁹⁶Pasal 1 angka 17 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999. Lihat pula pasal 1 angka 12, 13 dan 14 Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003

⁹⁷KPPU merupakan suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuatan pemerintah serta pihak lain. Independensi ini ditegaskan kembali dalam Pasal 1 ayat 2 Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Pembentukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

⁹⁸Indonesia, *Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, op. cit.*, Pasal 1 ayat (18)

6. Monopoli, adalah situasi pasar dimana hanya terdapat penjual tunggal dalam satu pasar.⁹⁹
7. Pasar bersangkutan, adalah pasar yang terkait 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.¹⁰⁰ Penguasaan pasar merupakan perbuatan yang diantisipasi dalam persekongkolan, termasuk dalam kegiatan tender.¹⁰¹
8. Pelaku usaha, adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia, baik sendiri – sendiri maupun bersama – sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.¹⁰² Dalam konteks pengadaan barang dan jasa pemerintahan, pelaku usaha disebut sebagai penyedia barang dan jasa yang merupakan badan usaha atau orang perseorangan yang kegiatan usahanya menyediakan barang dan layanan jasa.¹⁰³

⁹⁹Dalam analisis ekonomi yang konvensional, masalah monopoli biasanya dihadapkan (berlawanan) dengan “persaingan sempurna” (*perfect competition*); dan sebagai perbandingan, adalah bahwa pelaku monopoli akan menetapkan harga lebih tinggi, menghasilkan produk yang lebih rendah, dan meraih laba di atas normal...yang semuanya itu akan berdampak kerugian pada pihak konsumen, karena pendapatan (yang seharusnya) diperoleh konsumen dialihkan kepada perusahaan (pelaku) monopoli. Bandingkan dengan Pasal 1 butir 1 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang pengertian Monopoli.

¹⁰⁰Pasal 1 angka (10) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

¹⁰¹Yakub Adi Krisanto, “Analisis Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan Tentang Persekongkolan Tender,” Jurnal Hukum Bisnis, vol. 24 No. 2, 2005, hlm. 42

¹⁰²Indonesia, Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, *op. cit.*, Pasal 1 angka (5)

¹⁰³Indonesia, Keputusan Presiden Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan/atau Jasa Pemerintahan, Keppres No. 80 Tahun 2003, LN. No. 120 Tahun 2003, TLN. No. 4330, Pasal 1 angka (3)

9. Pemusatan (*concentration*), artinya menunjuk pada perluasan segelintir perusahaan yang mengatasi sejumlah besar aktivitas ekonomi seperti total penjualan, kekayaan (*asset*), atau pekerjaan.¹⁰⁴
10. Perjanjian, adalah persetujuan secara eksplisit maupun implisit di antara perusahaan – perusahaan dalam suatu persaingan yang bersifat saling menguntungkan¹⁰⁵
11. Persaingan usaha tidak sehat, adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.¹⁰⁶
12. Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.¹⁰⁷ Konsep persekongkolan selalu melibatkan dua pihak atau lebih untuk melakukan kerja sama. Pembentuk Undang – Undang memberikan tujuan persekongkolan secara limitatif, yaitu untuk menguasai pasar bagi kepentingan pihak – pihak yang bersekongkol.

¹⁰⁴Paling tidak ada empat macam “pemusatan”, pertama adalah *Aggregate Concentration*, yaitu, pemusatan sejumlah perusahaan yang diukur dari posisi relatif suatu perusahaan besar dalam ekonomi. Kedua, *industry or market concentration* adalah pemusatan pasar atau industri yang diukur dari posisi relatif perusahaan besar dalam perdagangan barang dan jasa yang spesifik seperti mobil atau kredit hipotik (*mortgage loans*), Ketiga, *Buyer Concentration* adalah pemusatan yang diukur dari tingkat prosentase yang luas dari produk yang tersedia ditentukan oleh segolongan kecil pembeli, atau secara ekstrim terdapat pedagang tunggal atas barang dan/atau jasa yang disebut monopsoni. Keempat, *Ownership Concentration* adalah pemusatan yang diukur dari besar atau kecilnya saham yang dikuasai perusahaan publik di pasar bursa. RS. Khemani & DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1996, hlm. 11

¹⁰⁵RS. Khemani & DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1996, *op. cit*, hlm. 2 menyatakan pula, bahwa “...Perjanjian untuk membatasi persaingan dapat berlindung dalam beberapa hal seperti pembatasan harga, produksi, pasar, dan pelanggan....jenis perjanjian ini biasanya disamakan dengan *kartel* atau *kolusi*, dan hampir semua keputusan pengadilan menyatakan sebagai pelanggaran terhadap peraturan persaingan, karena dampaknya terhadap peningkatan harga, pembatasan produksi, dan lain – lain konsekuensi ekonomi yang bersifat merugikan...”. Bandingkan pengertian “perjanjian” dalam Pasal 1 butir 7 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999.

¹⁰⁶Pasal 1 butir (6) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

¹⁰⁷Pasal 1 butir (8) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

13. Persekongkolan dalam kegiatan tender menurut pengertian di beberapa negara merupakan perjanjian beberapa pihak untuk memenangkan pesaing dalam suatu kegiatan tender.¹⁰⁸
14. Praktek anti persaingan, artinya menunjuk pada praktek – praktek bisnis dimana perusahaan atau grup perusahaan dapat mengupayakan pembatasan persaingan *inter – firm* (antar perusahaan) untuk memelihara atau meningkatkan posisi pasar dan keuntungan mereka, tanpa menyediakan barang dan jasa yang diperlukan dengan tingkat biaya rendah atau kualitas yang lebih tinggi.¹⁰⁹
15. Praktek monopoli, adalah pemusatan kegiatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.¹¹⁰
16. Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang- barang atau menyediakan jasa.¹¹¹ Pengertian tender mencakup tawaran untuk mengajukan harga guna memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan, mengadakan barang dan atau jasa, membeli suatu barang dan atau jasa, menjual suatu barang dan atau jasa.¹¹²

1.7 METODOLOGI PENELITIAN

Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif,¹¹³ yakni penelitian hukum yang berbasis atau mengacu kepada pengkajian terhadap kaidah – kaidah atau norma – norma hukum yang terdapat dalam hukum positif maupun

¹⁰⁸KPPU –RI, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Tender, 2005, hlm. 10

¹⁰⁹RS. Khemani & DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1996, *Ibid*, hlm. 3

¹¹⁰Indonesia, *Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat* Pasal 1 butir (2)

¹¹¹Penjelasan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

¹¹²KPPU –RI, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Tender, *op. cit.*, hlm. 7

¹¹³Penelitian hukum yuridis normatif atau penelitian normatif disebut juga penelitian hukum doktrinal. Pada penelitian hukum jenis ini, acapkali hukum dikonsepsikan sebagai apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan atau hukum dikonsepsikan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan berperilaku manusia yang dianggap pantas, dalam Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 118

peraturan perundang - undangan.¹¹⁴ Pada umumnya, penelitian yuridis normatif merupakan studi dokumen dengan penggunaan data sekunder.¹¹⁵

Sesuai dengan jenis dan bentuknya, data yang diperlukan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang diperoleh melalui studi kepustakaan, yang terdiri dari : bahan – bahan yang memiliki kekuatan mengikat, seperti norma dasar, peraturan perundang – undangan, khususnya Undang – Undang Antimonopoli dan peraturan pelaksanaannya, putusan KPPU, putusan pengadilan, literatur bahan hukum resmi dari instansi pemerintah, bahan hukum lain yang dipublikasikan dalam bentuk pedoman, buku, jurnal, majalah, makalah, tesis, dan disertasi yang diperoleh dari berbagai perpustakaan, kamus Bahasa Indonesia, kamus terminologi dan aneka istilah hukum, ensiklopedia dan lain – lain.

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum normatif ini adalah metode pendekatan perundang-undangan (*statute approach*),¹¹⁶ yakni pendekatan yang dilakukan dengan mengkaji atau menelaah semua peraturan perundang-undangan dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.¹¹⁷ Selain itu juga digunakan pendekatan kasus (*case approach*),¹¹⁸ yakni pendekatan yang dilakukan dengan tujuan untuk mempelajari atau menelaah kasus – kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi dan telah menjadi putusan berkekuatan hukum tetap.¹¹⁹ Pendekatan perundang-undangan dalam hal ini terkait dengan peraturan hukum yang mengatur tentang larangan praktek persekongkolan tender dalam hukum persaingan usaha. Pendekatan kasus dilakukan dengan menelaah kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi dan telah menjadi putusan yang berkekuatan hukum tetap yaitu mengenai praktek persekongkolan tender dalam perkara penjualan 2 (dua) unit kapal tanker VLCC PT. Pertamina

¹¹⁴Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, (Malang : Bayumedia Publishing, 2005), hlm. 240

¹¹⁵Namun apabila data sekunder tersebut ternyata dirasakan masih kurang, peneliti dapat mengadakan wawancara kepada narasumber atau informan untuk menambah informasi atas penelitiannya, dalam Sri Mamudji, *et.al. Metode Penelitian dan Penulisan Hukum* (Jakarta : Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hlm. 22

¹¹⁶Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta : Kencana Prenada Media Group, 2007), hlm. 93 - 95

¹¹⁷Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.*, hlm. 94

¹¹⁸Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.*, hlm. 93 - 95

¹¹⁹Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.*, hlm.256

(Persero). Dalam penelitian ini akan dibahas Putusan KPPU Nomor : 07/KPPU-L/2004, Putusan PN Jakarta Pusat Nomor : 4/KPPU/2005/PN.JKT.PST, Putusan Kasasi MA Nomor : 04 K/KPPU/2005, Putusan Peninjauan Kembali MA Nomor : 01.PK/PDT.SUS/2007.

Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder, yang terdiri dari :

1. Bahan hukum primer, yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, peraturan perundang-undangan lain yang terkait dengan penelitian ini serta putusan KPPU maupun Putusan Pengadilan yang terkait dengan praktek persekongkolan tender dalam konteks hukum persaingan usaha.
2. Bahan hukum sekunder, yang terdiri dari buku-buku teks yang ditulis oleh para ahli hukum, jurnal-jurnal hukum, pendapat para sarjana, kasus-kasus hukum dan hasil seminar oleh para pakar yang terkait dengan isu praktek persekongkolan tender dalam hukum persaingan usaha.
3. Bahan hukum tersier, yang terdiri dari bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia, kamus bahasa Indonesia, dan lain-lain.

Apabila data sekunder tersebut ternyata dirasakan masih kurang, peneliti dapat mengadakan wawancara kepada narasumber atau informan untuk menambah informasi atas penelitiannya.¹²⁰

Selanjutnya, data yang dikumpulkan akan dianalisis secara kualitatif,¹²¹ yang artinya bahwa data yang diperoleh tersebut di atas akan dianalisis secara mendalam,

¹²⁰Sri Mamudji, *et al.*, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hlm. 22

¹²¹....sifat pendekatan kualitatif adalah terletak pada kumpulan informasi subyektif yang berasal dari peneliti maupun sasaran penelitiannya; dimana jenis datanya lebih berbentuk kalimat daripada data statistik,...Sumber – sumber data bersifat sangat luas yang meliputi antara lain catatan harian, surat – surat, memori, sejarah dan sebagainya,...Data dikumpulkan dalam berbagai cara antara lain melalui percakapan, *participant observation*, wawancara informal maupun mendalam (*in – depth interviews*). Bencha Yoddumern Attig&George A. Attig, *et.*, *al.*, *A Field Mannual on Selected Qualitative Research Methods* (Thailand : Institute for Population and Social Research, Mahidol University, 1991), hlm. 2

holistik, dan komprehensif.¹²²

Penelitian ini bersifat preskriptif, yakni penelitian yang ditujukan untuk mendapatkan saran - saran mengenai apa yang harus dilakukan untuk mengatasi masalah-masalah tertentu. Objek penelitiannya adalah perkara persekongkolan tender dalam perkara penjualan 2 (dua) unit kapal tanker VLCC PT. Pertamina yang akan dibahas secara mendalam, holistik, dan komprehensif melalui Putusan KPPU Nomor : 07/KPPU-L/2004, Putusan PN Jakarta Pusat Nomor : 4/KPPU/2005/ PN.JKT.PST, Putusan Kasasi MA Nomor : 04 K/KPPU/2005, Putusan Peninjauan Kembali MA Nomor : 01.PK/PDT.SUS/2007 .

1.8 SISTEMATIKA PENULISAN

Penelitian tentang penerapan pendekatan *rule of reason* terhadap bentuk persekongkolan tender dalam perkara penjualan 2 (dua) unit kapal tanker VLCC PT. Pertamina ini disusun secara sistematis dan terdiri dari beberapa bab, yakni :

Bab I, penulis menguraikan mengenai latar belakang masalah yang akan diteliti, perumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka konseptual, definisi operasional, metodologi penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab II, penulis menguraikan dan memaparkan tentang pengertian umum persekongkolan tender, persekongkolan tender berdasarkan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, bentuk dan konsep persekongkolan tender, para pihak dan cara menentukan adanya *bid rigging* (persekongkolan tender, penjelasan umum mengenai larangan praktek persekongkolan tender menurut Undang-Undang Anti Monopoli), serta pendekatan dalam hukum persaingan usaha maupun dalam praktek persekongkolan tender.

¹²²Norman K. Denzin dan Yvonna S. Lincoln. *Handbook of Qualitative Research* (London : SAGE Publications Inc., 1994), hlm. 236

Bab III, penulis menguraikan dan menganalisis mengenai dasar pembentukan, tugas dan wewenang KPPU, tata cara pengajuan keberatan terhadap putusan KPPU, pembuktian unsur – unsur terjadinya praktek persekongkolan tender berdasarkan Undang – Undang Anti Monopoli dalam putusan KPPU tentang persekongkolan tender, serta penerapan pendekatan *rule of reason* terhadap praktek persekongkolan tender perkara penjualan 2 (dua) unit kapal tanker VLCC PT. Pertamina yang dibahas secara mendalam, holistik, dan komprehensif. Objek pembahasan dari bab ini adalah putusan KPPU Nomor : 07/KPPU-L/2004, Putusan PN Jakarta Pusat Nomor : 4/KPPU/2005/PN.JKT.PST, Putusan Kasasi MA Nomor : 04 K/KPPU/2005, Putusan Peninjauan Kembali MA Nomor : 01.PK/PDT.SUS/2007 yang telah berkekuatan hukum tetap.

Bab IV, penulis menguraikan dan memaparkan mengenai beberapa kesimpulan dari jawaban terhadap permasalahan – permasalahan yang telah dibahas dalam bab-bab sebelumnya, serta beberapa saran yang dapat digunakan sebagai solusi dalam menyelesaikan permasalahan yang muncul dalam penelitian ini.