



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**TINJAUAN MENGENAI *INDIRECT EVIDENCE*  
(BUKTI TIDAK LANGSUNG) SEBAGAI ALAT BUKTI  
DALAM KASUS DUGAAN KARTEL *FUEL SURCHARGE*  
MASKAPAI PENERBANGAN DI INDONESIA**

**TESIS**

**INGRID GRATSYA ZEGA  
1006736873**

**FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM PASCASARJANA  
UNIVERSITAS INDONESIA  
JAKARTA  
JANUARI 2012**



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**TINJAUAN MENGENAI *INDIRECT EVIDENCE*  
(BUKTI TIDAK LANGSUNG) SEBAGAI ALAT BUKTI  
DALAM KASUS DUGAAN KARTEL *FUEL SURCHARGE*  
MASKAPAI PENERBANGAN DI INDONESIA**

**TESIS**

**Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat Guna Memperoleh Gelar  
Magister Hukum Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia**

**INGRID GRATSYA ZEGA  
(1006736873)**

**FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM PASCASARJANA  
JAKARTA  
JANUARI 2011**

## HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

**Nama : Ingrid Gratsya Zega, S.H.**

**NPM : 1006736873**

**Tanda Tangan :**



**Tanggal : 24 Januari 2012**

## HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :

Nama : Ingrid Gratsya Zega, S.H.

NPM : 1006736873

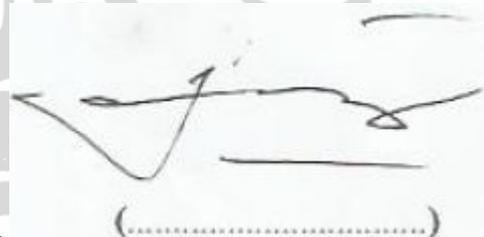
Program Studi : Hukum Ekonomi

Judul Tesis : Tinjauan Mengenai *Indirect Evidence* (Bukti Tidak Langsung)  
Sebagai Alat Bukti Dalam Kasus Dugaan Kartel *Fuel Surcharge*  
Maskapai Penerbangan di Indonesia

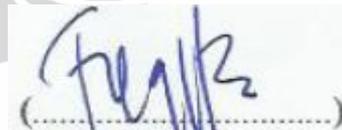
**Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Hukum Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia.**

### DEWAN PENGUJI

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



Penguji : Dr. Freddy Haris S.H., LL.M



Penguji : Teddy Anggoro S.H., MH



Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 24 Januari 2012

## KATA PENGANTAR

Puji, hormat, dan syukur kepada Tuhan Yesus Kristus, oleh karena kemurahan dan karunia-Nya telah memungkinkan Penulis untuk menyelesaikan tesis ini. Penulisan tesis yang berjudul “Tinjauan Mengenai *Indirect Evidence* (Bukti Tidak Langsung) Sebagai Alat Bukti Dalam Kasus Dugaan Kartel *Fuel Surcharge* Maskapai Penerbangan di Indonesia” ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Dalam proses penyusunan tesis ini, Penulis sangat bersyukur karena telah didukung oleh banyak pihak khususnya keluarga besar Penulis, Papa, Mama, Christian Zega, Kakek, Nenek, Opung (Alm), Tante, Om, Tulang, Nantulang yang telah memberikan dorongan serta doa buat penulis. Selain itu juga Penulis mengucapkan banyak terimakasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada:

1. Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Prof. Safri Nugraha, S.H., LL.M., Ph.D (Alm.);
2. Prof. Dr. Rossa Agustina S.H., M.H. selaku Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia;
3. Kurnia Toha S.H., LL.M., P.hd sebagai pembimbing penulis yang telah banyak membantu serta memberikan masukan dalam penyelesaian tesis ini. “Terima kasih Pak atas waktu dan perhatian yang sudah disediakan untuk membimbing Penulis di sela-sela kesibukan bapak;
4. Ditha Wiradhiputra, S.H., MM. sebagai salah satu pengajar Hukum Persaingan Usaha. “Terima kasih bang untuk diskusi, inspirasi, pelajaran berharga, dan waktu yang telah abang berikan”;
5. Dr. Nurul Elmiyah, S.H., M.H. dan Heru Susetyo S.H., LL.M., M.Si., sebagai Pembimbing Akademik Penulis;
6. Teman-teman satu kelas penulis yang lucu, khas, dan unik mulai dari Ka Intan dan Ka Juli (kaka yang selalu meberikan wejangan kepada penulis), Mas Khussen, Satyo unyu, Ka Audrey Kumaat (*my beloved sister* yang banyak memberikan motivasi dan masukan kepada penulis), Dea Batari dan Citra (teman penulis yang sangat ahli dalam bidang perKoreaan), Christina yang pinter, Foni yang modest, Sonja yang unik, Luis, Ka Maya, Tulus yang Ikhlas, Ayu, dan Mardiman Sane. *So thankful knowing u all guys, hopefully our friendship* langgeng terus yah;

7. Teman-teman Kelompok Kecil Penulis semasa S-1, Kak Evelyn, Rentha Natallia Pardede, Nurlili Sihotang, dan buat adik-adik kelompok penulis Janri Manurung, Paruhum Purba, Marthin Simanungkalit, Jeffri, walaupun kita sudah tinggal berjauhan, namun tali persaudaraan Yesus Kristus tetap menyatukan kita semua;
8. Teman-teman dekat Penulis yang telah banyak memberikan keceriaan dan semangat buat penulis, Debora Saragih, Paulus Situmorang, Maria Afryanti (*next diva*), Devi Astria (calon pejabat KPPU), Witra Evelyn, Paulina Agmon, Maria Arbina, Imelda Sugiharti Halim, Melly Juliana, Agnes Elga, Hellen Hosiana, Yanta Ginting, Iryanti Sagala, Rendy Dachi, Alboin Pasaribu, Heryanto Ng, Gishela Hutagalung, Christina Grace, Bang Yunus Silaban, Bang Charles Hutabarat, Bang Reza Fahlevi, dan Bang Ogi;
9. Setiap pihak yang tidak bisa disebutkan satu per satu yang dengan caranya masing-masing telah membantu dan mendukung Penulis dalam penyusunan tesis ini.

Masih terdapat banyak kekurangan dalam tesis ini, namun demikian semoga dapat menginspirasi setiap pembaca dan memperkaya khasanah ilmu pengetahuan hukum di Indonesia.

Jakarta, 12 Januari 2011

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

---

---

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

Nama : Ingrid Gratsya Zega  
NPM : 1006736873  
Program Studi : Hukum Ekonomi  
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 :

**“Tinjauan Mengenai *Indirect Evidence* (Bukti Tidak Langsung) Sebagai Alat Bukti Dalam Kasus Dugaan Kartel *Fuel Surcharge* Maskapai Penerbangan Di Indonesia”**

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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada tanggal : 24 Januari 2012

Yang menyatakan

  
( Ingrid Gratsya Zega )

## DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	ii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI.....	vi
DAFTAR ISI.....	vii
ABSTRAK (BAHASA INDONESIA).....	viii
ABSTRACT (BAHASA INGGRIS).....	ix
DAFTAR TABEL DAN GRAFIK.....	x
<b>BAB I : PENDAHULUAN</b>	
A. Latar Belakang.....	1
B. Pokok Permasalahan.....	15
C. Tujuan Penelitian.....	15
D. Manfaat Penelitian.....	16
E. Kerangka Teori.....	16
F. Kerangka Konsepesional.....	18
G. Metode Penelitian.....	20
H. Sistematika Penulisan.....	22
<b>BAB II : KARTEL DAN HUKUM PEMBUKTIAN DI INDONESIA</b>	
A. Tinjauan Umum Tentang Kartel.....	23
B. Hukum Pembuktian	
1. Pengertian Pembuktian.....	32
2. Sistem Pembuktian.....	35
3. Teori Pembuktian	
a. Teori Tentang Nilai Pembuktian.....	39
b. Teori Tentang Pembagian Beban Pembuktian.....	40
c. Beban Pembuktian.....	43
4. Jenis- Jenis Alat Bukti.....	44
5. Bukti Langsung dan Tidak langsung.....	68
<b>BAB III : ANALISA KASUS</b>	
A. Posisi Kasus (Putusan KPPU No. 25/KPPU-I/2009 Tentang Penerapan Harga <i>Fuel Surcharge</i> Dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia).....	92

B. Kekuatan Bukti Tidak Langsung ( <i>Indirect Evidence</i> ) Ditinjau Dari Undang Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.....	103
---	-----

**BAB IV : PENUTUP**

A. Kesimpulan.....	111
B. Saran.....	113

<b>DAFTAR PUSTAKA.....</b>	<b>114</b>
----------------------------	------------



## ABSTRAK

Nama : Ingrid Gratsya Zega  
 Program Studi : Hukum Ekonomi  
 Judul : Tinjauan Mengenai *Indirect Evidence* (Bukti Tidak Langsung)  
 Sebagai Alat Bukti Dalam Kasus Dugaan Kartel *Fuel Surcharge*  
 Maskapai Penerbangan Di Indonesia

Dalam menganalisa kartel, terdapat dua macam pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan, yaitu *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason*. Dalam pengaturan kartel di Indonesia, pendekatan yang digunakan adalah pendekatan *Rule of Reason*, dengan kata lain harus ada proses pembuktian yang menunjukkan bahwa memang telah terjadi praktek kartel diantara para pelaku usaha. Diseluruh negara di dunia yang memberlakukan Hukum Persaingan Usaha, praktek kartel merupakan pelanggaran yang sangat sulit untuk dibuktikan. Hal ini dikarenakan kasus kartel jarang atau tidak memiliki bukti langsung (*direct evidence/hard evidence*), mengingat pada umumnya perjanjian kartel tidak dibuat berdasarkan perjanjian tertulis. Dikarenakan kesulitan tersebut, munculnya praktek penggunaan *indirect evidence* sebagai alat bukti pun banyak dilakukan di berbagai negara, didasari pertimbangan bahwa memang sulit memperoleh bukti langsung dari praktek kartel. Pada praktiknya, yang kerap digunakan KPPU sebagai *indirect evidence* adalah hasil analisis terhadap hasil pengolahan data yang mencerminkan terjadinya supernormal profit yang terjadi bukan karena peningkatan efisiensi dan produktivitas perusahaan. Jika melihat putusan KPPU atas kasus dugaan kartel *fuel surcharge* (komponen tarif baru yang ditujukan untuk menutup biaya yang diakibatkan oleh kenaikan harga avtur sebagai imbas dari kenaikan harga minyak dunia) oleh sembilan maskapai penerbangan di Indonesia, maka kasus ini diputus didasarkan pada bukti tidak langsung (*indirect evidence*). Dalam putusannya Majelis KPPU menggunakan uji korelasi dan *homogeneity variance test*, yang sampai pada kesimpulan bahwa pergerakan *fuel surcharge* menunjukkan adanya *trend* yang sama diantara para terlapor (maskapai penerbangan). KPPU menilai sejak diberlakukan komponen tarif baru ini, *fuel surcharge* penerbangan mengalami kenaikan yang signifikan, dan tetap diberlakukan meskipun harga minyak dunia (avtur) mengalami penurunan yang signifikan. Dari apa yang terdapat dalam Peraturan KPPU, maka *indirect evidence* termasuk dalam kategori bukti petunjuk. Namun dalam Peraturan KPPU tersebut tidak dijelaskan lebih lanjut apa saja yang termasuk dalam alat bukti petunjuk, hanya saja disebutkan bahwa petunjuk merupakan pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya.

Kata Kunci : *Indirect Evidence*, Kartel, *Fuel Surcharge*

## BAB I

### PENDAHULUAN

#### A. Latar Belakang

Seiring dengan perkembangan globalisasi, tuntutan akan perdagangan bebas semakin meningkat. Lintas batas negara tidak lagi menjadi hambatan bagi pelaku usaha untuk melakukan perdagangan (investasi). Para pelaku usaha baik lokal maupun luar bersaing dan berusaha keras agar produk dan atau jasanya diminati oleh konsumen dengan tujuan untuk mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya. Menghadapi kenyataan ini, para pemerintah duniapun melakukan regulasi diberbagai bidang ekonomi.

Globalisasi ekonomi menjadikan kegiatan ekonomi dan perdagangan oleh negara dari seluruh dunia menjadi satu kekuatan pasar yang semakin terintegrasi tanpa terhalang batas teritorial. Globalisasi menuntut adanya efisiensi dan daya saing dalam dunia usaha. Globalisasi menuntut persaingan bebas yang menganut konsep dekonsentrasi. Sehingga perusahaan lokal dituntut harus dapat bersaing dengan perusahaan luar yang mungkin lebih besar dan berskala internasional. Daya saing ini bukan hanya menyangkut kemampuan bersaing memasok produk ke pasar internasional tetapi juga di pasar domestik untuk menghadapi pesaing dari luar negeri.<sup>1</sup>

Dalam memenangkan pasar dan konsumen, para pelaku usaha harus melalui proses persaingan. Proses persaingan akan mengukur hasil optimal dengan melihat kemampuan pelaku usaha dalam melakukan efisiensi, inovasi serta alokasi sumber daya yang tidak terbuang percuma, melalui strategi terbaik yang dimiliki pelaku usaha. Persaingan merupakan esensi dari tumbuh dan berkembangnya aktivitas ekonomi, seperti halnya ungkapan premise *antitrust* yang terkenal yaitu *some industries contribute best to overall social welfare if they are competitive.*<sup>2</sup> Lebih lanjut lagi

---

<sup>1</sup> Didin S. Damanhuri, "SDM Indonesia dalam Persaingan Global," <http://www.sinarharapan.co.id/berita/0306/13/opi01.html>, diunduh 31 Maret 2011.

<sup>2</sup> F. M Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance; 2ed*, 1980, pp.24-29 yang dikutip oleh E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison dalam bukunya *Understanding Antitrust & Its Economic Implication*, Second Edition, (USA: Matthew Bender & Company,1994), hlm.9.

## ABSTRACT

Name : Ingrid Gratsya Zega  
Study Program : Law of Economics  
Title : Review on Indirect Evidence as a Proof in Alleged Cartel  
Case of Fuel Surcharge by Airline Companies in Indonesia

In analyzing the cartel, there are two kinds of business competition law approach is used, i.e. Per Se Illegal and Rule of Reason. In the cartel arrangements in Indonesia, the approach used is Rule of Reason, in other words there should be a process of evidence showing that indeed there has been a cartel practices among business actors. Around country in the world imposing a Business Competition Law, the cartel practice is a violation that is very difficult to prove. It because of cartel cases rarely or do not have direct evidence which is not generally made under a written agreement. Due to these difficulties, the emergence of using practice of indirect evidence as a proof was mostly done in many countries, based on the consideration it was difficult to obtain direct evidence. In practice, that is often used by the Business Competition Supervisory Commission as indirect evidence is the result of an analysis of data processing reflecting the occurrence of supernormal profits which is not due to the increased efficiency and productivity of the company. In its decision in case of alleged cartel fuel surcharge (new tariff component intended to cover expenses as the impact of the increased aviation fuel price affected by the rising world oil prices) by nine airlines in Indonesia, commission decided it based on indirect evidence (indirect evidence). In its decision the Commission used correlation and variance homogeneity test, which brought to the conclusion that the movement of fuel surcharge showed the same trend among the reported (airlines). The Commission considered since enacted the new tariff components, the fuel surcharge flights experienced a significant increase, and remain in place despite world oil prices (aviation fuel) has decreased significantly. From what is contained in the Commission's Regulations, indirect evidence is categorized as clue proof. In the Regulation itself is not explained further what is included in the clue proof, it's just mentioned that the clue is the knowledge by which the Commission is known and believed the truth.

Keyword: Indirect Evidence, Cartel, Fuel Surcharge

## DAFTAR TABEL DAN GRAFIK

### A. Daftar Tabel

Tabel 3.1 Tarif batas atas pengenaan <i>Fuel Surcharge</i> berdasarkan Keputusan Menteri Perhubungan 9 Tahun 2002.....	93
--	----

### B. Daftar Grafik

Grafik 3.1 Data Harga Avtur Tahun 2006 – 2009.....	96
Grafik 3.2 Perkembangan <i>Fuel Surcharge</i> Penerbangan Waktu Tempuh Kurang dari 1 Jam.....	97
Grafik 3.3 Perkembangan <i>Fuel Surcharge</i> Penerbangan Waktu Tempuh Lebih dari 1 Jam, Kurang dari 2 Jam.....	97
Grafik 3.4 Perkembangan <i>Fuel Surcharge</i> Penerbangan Waktu Tempuh Lebih dari 2 Jam, Kurang dari 3 Jam.....	98
Grafik 3.5 Besaran <i>Fuel Surcharge</i> Menurut Pemerintah.....	99

Justice Black dari US *Supreme Court* dalam kasus *Northern Pacific Railway Co. v. U.S* tahun 1958 menulis dalam *antitrust decision* nya:<sup>3</sup>

*[The Sherman Act] rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to preservation of our democratic political and social institutions.*

Hukum Persaingan Usaha merupakan prasyarat yang menunjang ekonomi pasar bebas yang menuntut persaingan. Hal ini dikarenakan persaingan usaha tidak sehat dan praktek monopoli dapat menimbulkan gangguan terhadap bekerjanya mekanisme pasar secara wajar sehingga dapat menghambat perdagangan. Dalam upaya menjaga agar perilaku pelaku usaha tunduk pada aturan main yang berlaku, maka Hukum Persaingan merupakan rambu-rambu (*code of conduct*) bagi pelaku usaha yang ingin bersaing. Hal ini semata-mata agar terciptanya persaingan usaha yang sehat dalam rangka mencapai efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha sehingga menciptakan pertumbuhan ekonomi yang optimal. Seperti halnya Richard Posner dalam bukunya *Antitrust Law* yang menyatakan bahwa *having established that the only goal of antitrust law should be to promote efficiency in the economic sense*.<sup>4</sup> Suatu negara akan lebih mudah turut serta dalam persaingan baik domestik maupun internasional apabila negara tersebut memiliki kebijakan persaingan usaha yang cukup baik, termasuk undang-undang persaingan usaha yang efektif serta badan pengawas persaingan yang kompeten untuk itu.

Persaingan sehat di antara pelaku usaha akan memberikan banyak keuntungan kepada masyarakat sebagai konsumen. Pelaku usaha akan memberikan harga yang lebih kompetitif dengan kualitas terbaik, serta terpacu melakukan inovasi semata-mata hanya untuk memenuhi apa yang diinginkan oleh masyarakat. Berbagai macam upaya dilakukan oleh pelaku usaha untuk menarik masyarakat sebagai konsumen dari produknya. Terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat dan perbuatan monopoli merupakan refleksi dari kekuatan ekonomi yang dikontrol oleh seorang atau beberapa kelompok orang tertentu saja. Konsentrasi pemusatan ekonomi yang dikontrol oleh beberapa pelaku usaha memberikan pengaruh buruk pada masyarakat. Pengontrolan

---

<sup>3</sup>Marshall C. Howard, *Antitrust and Trade Regulation; Selected Issues and Case Studies*, (United States; Prentice-Hall, 1983), hlm. 1

<sup>4</sup>Richard A. Posner, *Antitrust Law, Second Edition*, (Chicago: University of Chicago, 2001), hlm. 2.

kekuatan ekonomi oleh beberapa pelaku usaha, membuat pelaku usaha lain sulit, tidak bisa, ataupun tidak berkeinginan untuk masuk ke pasar. Akibatnya masyarakat kehilangan kesempatan untuk membeli suatu produk dengan harga bersaing dan terbatasnya akses pilihan untuk mendapatkan barang dengan kualitas terbaik, pasokan terbatas serta pilihan yang kurang beraneka ragam. Maka dari itu untuk menjamin dan menjaga agar para pelaku usaha dapat bersaing secara sehat, diperlukan suatu hukum yang mengatur hal tersebut.

Undang-Undang Dasar Tahun 1945 baik sebelum maupun sesudah amandemen konstitusi tahun 2002 menginstruksikan bahwa perekonomian Indonesia disusun dan berorientasi pada ekonomi kerakyatan. Pada dasarnya pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 menjadi dasar bagi bangsa Indonesia dalam menyusun kebijakan perekonomian nasional yang mengacu pada tujuan pembangunan ekonomi yang berdasarkan atas demokrasi yang bersifat kerakyatan dengan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia melalui pendekatan kesejahteraan dan mekanisme pasar.<sup>5</sup> Dalam usaha mencapai tujuan tersebut maka negara memainkan peranan penting dalam menyusun laju perekonomian nasional. Dalam beberapa dekade GBHN sejak tahun 1973, karakteristik perekonomian Indonesia memang dipersiapkan berdasarkan usaha bersama dengan orientasi kekeluargaan dimana cabang produksi yang vital dikuasai oleh negara.

Krisis ekonomi yang berkepanjangan yang dialami oleh Indonesia sejak tahun 1997 dan mencapai puncaknya pada tahun 1998 memicu reformasi dan restrukturisasi di berbagai bidang, salah satunya kebijakan kompetisi atau persaingan usaha yang jelas di Indonesia. Setelah sekian lama, akhirnya pada tanggal 5 Maret 1999, Indonesia memiliki undang-undang yang mengatur mengenai persaingan usaha yaitu UU No. 5 Tahun 1999 tentang larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Substansi undang-undang ini mengatur tentang larangan melakukan praktek monopoli, persaingan usaha tidak sehat diantara pelaku usaha, menjabarkan perbuatan apa saja yang dapat didefenisikan sebagai perbuatan yang dapat merusak persaingan usaha melalui monopoli, monopsoni, kartel, oligopoli, oligopsoni, persekongkolan, adanya suatu komisi independen yang disebut dengan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) bahkan mengatur mengenai sanksi dan prosedur penegakan hukum.

---

<sup>5</sup> Ningrum Natasya Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia*, (Medan: Pustaka Bunga Press, 2009), hlm. 1.

Sebenarnya, sebelumnya lahirnya UU No. 5 Tahun 1999 tentang larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, Indonesia memiliki peraturan yang mengatur hal ini, namun masih tepencar-pencar, atau dengan kata lain bersifat parsial dan kurang komprehensif.<sup>6</sup> Hal ini bisa dilihat dalam KUHP, KUH Perdata, Undang-Undang Perindustrian, Undang Perseroan Terbatas dan lain sebagainya. Seluruh peraturan tersebut masih berlaku dan tidak otomatis digantikan oleh UU No. 5 Tahun 1999, karena UU No. 5 Tahun 1999 pada dasarnya mengatur tentang persaingan pasar dalam konteks yang lebih terperinci bahkan kompleks karena melibatkan teori ekonomi dan bukan hanya dibatasi pada persaingan curang saja. Tetapi sampai masuk dalam konteks pasar yang menjadi terdistorsi akibat tidak berjalannya suatu proses persaingan dengan baik.<sup>7</sup>

Selama dua dekade lebih, Indonesia membangun ekonominya tanpa disertai lingkungan yang kompetitif. Namun ketika memasuki era tahun 1990-an, Indonesia harus menghadapi tuntutan perdagangan bebas yang penuh dengan persaingan. Kebijakan ekonomi pemerintah Indonesia sejak rezim Suharto yang dinyatakan dalam GBHN telah mengamanatkan adanya demokrasi ekonomi tanpa disertai perbuatan curang. Tetapi fakta dilapangan terjadi sebaliknya di mana pemerintah memberikan hak istimewa kepada segelintir pengusaha. Hal ini menimbulkan pemusatan kekuatan ekonomi, terdistorsinya persaingan, dan hilangnya efisiensi. Pemberian hak istimewa yaitu hak monopoli tersebut terlihat pada beberapa industri. Sebagai contoh adalah monopoli cengkeh oleh BPPC selama 1991-1998.<sup>8</sup> Campur tangan pemerintah ternyata mengakibatkan terdistorsinya proses persaingan sehingga konsumen menderita karena harga cengkeh yang tinggi, dan petani pun turut mengalami kerugian karena harga cengkeh turun sehingga mengurangi pasokan kepada industri rokok kretek. Hal serupa juga terjadi pada industri kaca lembaran dimana sampai dengan pertengahan 1980 industri kaca lembaran Indonesia diberikan hak monopoli yaitu kepada Asahimas Flat Glass yang merupakan perusahaan patungan Asahi Flat Glass dari Jepang dengan perusahaan lokal yaitu Rodamas Group.<sup>9</sup>

Kasus lain adalah industri pulp dan kertas dimana terjadi tindakan antipersaingan dan campur tangan pemerintah yang telah menimbulkan akumulasi

---

<sup>6</sup> Normin S. Pakpahan, *Rangkuman Seminar ELIPS: Penemuan Hukum Persaingan: Suatu Layanan Analiktif Komparatif*, Jurnal Hukum Bisnis (Vol. 4, 1998), hlm. 23.

<sup>7</sup> Ningrum Natasya Sirait, *op.cit.*, hlm. 20.

<sup>8</sup> Colleen Loughlin, *et al.*, *Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia; Kerjasama antara USAID dengan Pemerintah Indonesia*, (Jakarta: ELIPS, 1999), hlm. 26.

<sup>9</sup> *Ibid.*, hlm.27.

kekuatan pasar dan pemanfaatan kekuatan pasar oleh beberapa pihak. Hal ini tentu saja menimbulkan konsentrasi pasar untuk kertas industri yang semula 37% menjadi 90% antara 1985 dan 1995, sedangkan rasio konsentrasi untuk pulp, yaitu bahan baku utama kertas industri selalu berada di atas 90%. Adanya konsentrasi pasar mengakibatkan pemusatan kekuatan ekonomi,<sup>10</sup> yang berujung pada pemusatan kekuasaan.<sup>11</sup> Intervensi pemerintah yang seharusnya diperlukan agar tidak terjadi tindakan antipersaingan, sebaliknya memberikan ruang serta regulasi yang mendukung perilaku pengusaha tersebut.

Dengan lahirnya Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat diharapkan mampu memberikan manfaat bagi masyarakat serta menciptakan efisiensi bagi pelaku usaha, yang tentu saja akan membawa kesejahteraan bagi masyarakat sebagai konsumen, yang akhirnya akan berdampak pada perekonomian nasional. Adapun asas yang dijadikan landasan pembentukan UU No. 5 Tahun 1999 adalah Pasal 2 UU No.5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.

Adapun penjabaran lebih lanjut dari asas demokrasi pada UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dapat dilihat pada Pasal 3 yang memuat mengenai tujuan dari pembentukan dari undang-undang ini, antara lain:

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

---

<sup>10</sup> *Ibid.* Konsentrasi pasar yang tinggi bukan faktor utama yang menyebabkan timbulnya tindakan anti persaingan. Akan tetapi konsentrasi yang tinggi akan memudahkan perusahaan-perusahaan untuk melakukan kolusi dan memanfaatkan kekuatan pasar demi keuntungan mereka.

<sup>11</sup> Collen Loughlin, et al., *op.cit.* hlm .26.

Pada dasarnya UU No. 5 Tahun 1999, selain memberikan landasan bagi persaingan usaha, juga memposisikan Bangsa Indonesia sebagai negara yang mempunyai objektivitas bahwa kebijakan persaingan adalah untuk menjaga kelangsungan proses kebebasan persaingan itu sendiri. Hal ini tercermin dengan adanya *freedom of trade* (kebebasan untuk berusaha), *freedom of choice* (kebebasan untuk memilih), dan *access to market* (terobosan memasuki pasar).

Dapat dipahami bahwa dalam pasar bebas, harus dicegah penguasaan pasar oleh satu, dua, atau beberapa pelaku usaha saja (monopoli atau oligopoli). *Ideal market is formed by a common group of sellers who are selling in competition for the business of a common buyers.*<sup>12</sup> Dalam pasar yang hanya dikuasai oleh sejumlah pelaku usaha, maka akan terbuka peluang untuk menghindari atau mematikan bekerjanya mekanisme pasar (*market mechanism*), sehingga harga-harga yang ditetapkan secara sepihak dan merugikan konsumen.<sup>13</sup> Pelaku usaha yang jumlahnya sedikit membuat berbagai kesepakatan untuk membagi wilayah pemasaran, mengatur harga, kualitas dan kuantitas barang dan jasa yang ditawarkan guna memperoleh keuntungan setinggi-tingginya dalam waktu yang singkat, atau lebih sering disebut dengan kartel. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat mengatur berbagai larangan bagi tindakan yang menyebabkan terjadinya persaingan curang dalam bentuk kegiatan maupun perjanjian diantara pelaku usaha, salah satunya adalah kartel.

Kartel pada dasarnya adalah perjanjian antara satu pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya untuk menghilangkan persaingan diantara mereka. Dengan kata lain, kartel diartikan sebagai bentuk kolusi antara suatu kelompok usaha yang bertujuan mencegah persaingan diantara mereka baik untuk sebagian maupun keseluruhan. UU No.5/1999 memberikan ruang lingkup kartel dalam Pasal 11 yang menyatakan ” pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya dengan tujuan mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa, yang dapat menyebabkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.

Dari definisi tersebut setidaknya ada tiga karakteristik kartel yaitu adanya perjanjian dan kesepakatan (*consent*), antar pelaku usaha dalam pasar yang sama dan

---

<sup>12</sup> Marshall C. Howard, *op.cit.*, hlm 3.

<sup>13</sup> Johnny Ibrahim, *Hukum dan Persaingan Usaha; Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2007), hlm. 3.

dimaksudkan untuk mempengaruhi harga. Secara klasik, kartel dapat dilakukan melalui tiga elemen yaitu harga, produksi dan wilayah pemasaran. Pelaku usaha mendasarkan perilaku kartel untuk menstabilkan harga pasar untuk mengantisipasi perang harga antara pelaku usaha. Akibatnya konsumen kehilangan pilihan harga dan kualitas layanan walaupun pelaku usaha bertambah. Dalam lingkup luas, kartel menyebabkan inefisiensi alokasi sumber daya yang tercermin dalam *deadweight loss*.

Perilaku kartel muncul dalam setiap peraturan persaingan usaha di belahan dunia. Hardcore kartel sebagai bentuk perjanjian antar pelaku usaha untuk mengendalikan perdagangan, merupakan perilaku pertama yang dilarang dalam *Sherman Act* 1890. Di Amerika Serikat, kartel termasuk dalam ketentuan *per se illegal*. Berbeda halnya di Indonesia, dengan adanya frasa " yang dapat menyebabkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat " maka ketentuan kartel dalam UU No.5 Tahun 1999 termasuk dalam *rule of reason*.

Masalah yang sering muncul adalah hal pembuktian adanya perjanjian kartel diantara para pelaku usaha. Dalam hal pembuktian kartel, otoritas persaingan usaha di berbagai negara harus bertindak hati-hati. Berbagai keadaan yang sering ditengarai sebagai indikator telah terjadinya kartel, yang mana sebenarnya terdapat perbedaan tipis dengan situasi dimana persaingan secara sehat berlangsung. Misalnya, tentang indikasi harga yang paralel (*price parallelism*) sering dianggap sebagai tindakan yang dilakukan secara bersama-sama secara kolusif untuk menentukan harga (*price fixing*) oleh para anggota kartel. Dalam praktiknya, terlalu banyak faktor yang menyebabkan terjadinya *parallelism* harga, yang faktanya terjadi justru karena pasarnya bersaing secara kompetitif. Pada dasarnya harga yang sama atas satu jenis produk bukan merupakan suatu hal yang salah, hal tersebut menjadi salah apabila harga yang sama tersebut dibentuk bersama berdasarkan kesepakatan, dan untuk menyimpulkan adanya kesepakatan, perlu adanya suatu dukungan bukti.

Perdebatan yang selalu muncul adalah bukti tidak langsung yang dijadikan alat untuk membuktikan pelanggaran kartel. Hal ini muncul mengingat sulitnya membuktikan adanya perjanjian kartel secara tertulis oleh para pelaku usaha. Ada beberapa pihak yang menyetujui penggunaan alat bukti tidak langsung ini, namun praktik di kebanyakan negara, banyak yang tidak menyetujui bukti tersebut dijadikan

satu-satunya alat pelanggaran kartel.<sup>14</sup> Salah satu contoh perdebatan mengenai penggunaan *indirect evidence* adalah dalam kasus dugaan kartel *fuel surcharge* oleh beberapa maskapai penerbangan di Indonesia.

Pada tanggal 4 Mei Tahun 2010, Komisis Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) telah mengumumkan penetapan putusan terhadap Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 yaitu dugaan Pelanggaran terhadap Pasal 5 dan Pasal 21 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Dugaan Pelanggaran tersebut terkait dengan penetapan harga *fuel surcharge* dalam industri jasa penerbangan domestik. Para pelaku usaha yang diduga melakukan pelanggaran dan ditetapkan sebagai terlapor adalah PT. Garuda Indonesia (Terlapor I), PT Sriwijaya Air (Terlapor II), PT Merpati Nusantara Airlines (Terlapor III), PT Mandala Airlines (Terlapor IV), PT Riau Airlines (Terlapor V), PT Travel Express Aviation Services (Terlapor VI), PT Lion Mentari Airlines (Terlapor VII), PT Wing Abadi Airlines (Terlapor VIII), PT Metro Batavia (Terlapor IX), PT Kartika Airlines (Terlapor X), PT Linus Airways (Terlapor XI), PT Trigana Air Service (Terlapor XII), dan PT Indonesia AirAsia (Terlapor XIII).

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

Tinggi rendahnya tarif tiket pesawat sangat dipengaruhi oleh biaya operasional penerbangan. Adapun komponen biaya operasi penerbangan minimal terdiri dari:<sup>15</sup>

1. Biaya Operasi langsung
  - a. Biaya Operasi Langsung Tetap
    - 1) Biaya sewa pesawat udara dan atau penyusutan pesawat udara
    - 2) Biaya asuransi pesawat udara
    - 3) Biaya gaji tetap awak pesawat
    - 4) Biaya gaji tetap flight engineer, teknisi, mekanik dan FOO

---

<sup>14</sup> KPPU, "Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha" <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, diunduh 15 April 2011.

<sup>15</sup> Departemen Perhubungan Terapkan Tarif Referensi Untuk Penumpang Angkutan Niaga Berjadwal Dalam negeri Kelas Ekonomi, Kepmen Perhubungan No. 9 Tahun 1992.

- 5) Biaya *amortisasi training crew* (bagi pemohon yang akan menggunakan crew yang membutuhkan initial training)
  - 6) Biaya *training crew* (untuk training yang sifatnya dilakukan secara berjangka/berkala)
- b. Biaya Operasional Langsung Variabel
- 1) Biaya bahan bakar minyak (BBM) dan pelumas
  - 2) Biaya perawatan/pemeliharaan pesawat udara
  - 3) Biaya tunjangan awak pesawat
  - 4) Biaya pelayanan jasa bandar udara (jasa pelayanan penerbangan, pendaratan, penempatan dan penyimpanan (kalau ada))
  - 5) Biaya pelayanan di darat (*ground handling*)
  - 6) Biaya catering
2. Biaya Operasi Tidak Langsung
- a. Biaya umum dan organisasi
  - b. Biaya penyusutan aktiva tetap non pesawat
  - c. Biaya amortisasi non aktiva tetap
  - d. Biaya gaji tetap SDM tidak langsung
  - e. Biaya pemasaran dan penjualan.
  - f. Biaya komisi agen

Selain *operational cost* yang memang tinggi, masih banyak juga faktor-faktor yang mempengaruhi tinggi rendahnya tariff pesawat udara, diantaranya:

1. Jarak

Tarif pesawat dihitung dari besaran *average per mile* yang berbanding lurus terhadap jarak. Jadi semakin jauh jarak tujuan line penerbangan, maka semakin mahal harga tiket yang ditetapkan oleh maskapai penerbangan.

2. Permintaan (*Demand*)

Hukum permintaan dan penawaran juga berlaku disini. Semakin tinggi permintaan (*demand*) terhadap suatu barang dan/atau jasa maka semakin tinggi pula harga yang ditawarkan. Sama halnya dengan maskapai penerbangan dimana pada saat *peak season* (musim liburan), maka harga tiket bisa melonjak tajam lebih dari 100%.

3. *Load Factor*

Semakin sedikit jumlah tempat duduk yang tersedia dalam suatu penerbangan, maka semakin besar biaya yang dibebankan kepada penumpang. Demikian juga

sebaliknya, jika semakin banyak jumlah tempat duduk yang tersedia dalam suatu penerbangan, semakin sedikit biaya yang dibebankan kepada penumpang.

Selain beberapa faktor di atas, maka beberapa komponen yang termasuk dalam penentuan sebuah harga tiket pesawat:

1. Tarif Dasar, yang merupakan tarif promosi yang sering diiklankan oleh maskapai, pada umumnya tarif dasar ini berdasarkan tarif subclass atau bertingkat dari harga murah kemudian berjenjang ke harga yang lebih tinggi sesuai dengan tingkat layanan dan *value added services* yang diperoleh calon penumpang.
2. Komponen tarif pajak dari pemerintah untuk penerbangan domestik yang bernilai 10% dari tarif dasar.
3. Tarif asuransi atau sering disebut IWJR
4. Tarif *fuel surcharge*, yaitu tarif tambahan yang dikenakan sesuai dengan kebijakan masing-masing maskapai yang nilainya bisa berbeda-beda antara rute yang satu dengan rute yang lain, dimana tarif *fuel surcharge* diberlakukan akibat terjadinya perubahan harga avtur, yang merupakan dampak tidak stabilnya harga minyak dunia saat ini.

Pemberlakuan *fuel surcharge* sebagai komponen tarif merupakan upaya maskapai penerbangan Indonesia dengan seizin Pemerintah (Departemen Perhubungan) selaku regulator, dalam menghadapi kenaikan biaya akibat harga avtur yang meningkat drastis, seiring dengan peningkatan harga minyak dunia. Jadi *fuel surcharge* merupakan sebuah komponen tarif yang ditujukan untuk menutup biaya maskapai yang diakibatkan oleh kenaikan harga avtur semata, sehingga besaran *fuel surcharge* keseluruhan harus sama dengan selisih harga avtur yang harus dibayar maskapai akibat kenaikan harga avtur.

Pengenaan *fuel surcharge* bermula dari hasil risalah rapat tanggal 5 februari antara Departemen Perhubungan c.q Direktorat Jenderal Perhubungan Udara, Sekretaris *Indonesian National Air Carrier Association* (INACA) dan 11 (sebelas) maskapai penerbangan. Pada saat itu, belum ada dasar hukum diberlakukannya *fuel surcharge*, namun terdapat peraturan yang mengatur tentang pungutan terkait dengan tarif angkutan udara niaga berjadwal dalam negeri kelas ekonomi dan komponen tarif penumpang pelayanan kelas ekonomi, antara lain:

1. Keputusan menteri Perhubungan Nomor: KM 8 Tahun 2002 tentang Mekanisme Penetapan dan Formulasi Perhitungan Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi.

2. Keputusan Menteri Perhubungan Nomor: KM 9 Tahun 2002 tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi.

Dalam Pasal 1 ayat (3) Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 9 Tahun 2002 tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi menyatakan:

Tarif penumpang angkutan niaga berjadwal dalam negeri kelas ekonomi belum termasuk Pajak Pertambahan Nilai (PPN), iuran wajib dana pertanggung jawaban wajib kecelakaan penumpang dari PT jasa Raharja (Persero), asuransi tambahan lainnya yang dilaksanakan secara sukarela dan tarif jasa pelayanan penumpang pesawat udara yang dikenakan sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Pasal 1 ayat (4) Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 9 Tahun 2002 tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi menyatakan "setiap pungutan yang akan dikaitkan dengan tarif angkutan harus terlebih dahulu mendapat persetujuan dari Menteri Perhubungan".

Berdasarkan ketentuan tersebut, INACA telah mengirimkan surat-surat kepada Menteri Perhubungan, antara lain:

1. Surat Nomor: INC-1001/A/16/X/2004 tanggal 22 Oktober 2004 perihal Permohonan Pengenaan *Surcharge* Atas Kenaikan BBM Penerbangan.
2. Surat Nomor: INC-1001/A/28/V/2005 tanggal 12 Mei 2005 perihal kelangsungan Usaha Perusahaan Penerbangan Nasional.
3. Surat Nomor: INC-1001/A/31/VI/2005 tanggal 7 Juni 2005 perihal Usulan Pengenaan *Fuel Surcharge*.
4. Surat Nomor: INC-1001/A/39/X/2005 tanggal 11 Oktober 2005 perihal Permohonan Izin Pengenaan *Fuel Surcharge* Atas Kenaikan harga BBM.

Pengajuan usulan pemberlakuan *fuel surcharge* oleh INACA tersebut didasari pada kondisi melemahnya nilai tukar Rupiah terhadap US Dollar, sehingga harga avtur yang dijual oleh PT Pertamina mengalami kenaikan sedangkan daya beli masyarakat menurun sehingga tingkat isian penumpang pesawat terbang domestik (*load factor*) mengalami penurunan. Menanggapi surat-surat dari NACA tersebut, Ditjen Perhubungan Udara telah menyampaikan surat kepada Menteri Perhubungan yaitu Ref. Surat Nomor AU/6076/DAU.1705/04 tanggal 31 Oktober 2005 perihal pengenaan *fuel surcharge* atas kenaikan harga avtur tersebut, Ditjen Perhubungan Udara meminta INACA untuk memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Berdasarkan hasil evaluasi Ditjen Perhubungan Udara, bahwa harga jual rata-rata saat ini masih di bawah tarif batas atas, sehingga kenaikan harga avtur masih memungkinkan harga jual sampai dengan setinggi-tingginya sama dengan tarif batas KM 9 Tahun 2002.
2. Pangsa biaya avtur yang dijadikan patokan untuk masing-masing rute penerbangan berbeda karena dipengaruhi faktor jarak tempuh.
3. Harga avtur yang dijadikan patokan untuk pengenaan *fuel surcharge* adalah harga bulan Juni 2005 (harga avtur patokan tarif referensi).
4. Pengenaan *fuel surcharge* dapat dipahami dan sudah berlaku dipenerbangan internasional sebagai akibat kenaikan avtur, namun perlu dipertimbangkan pelaksanaannya dengan cermat secara bersama.
5. Pengenaan *fuel surcharge* tersebut tidak diberlakukan kepada calon penumpang yang sudah melakukan transaksi pembelian tiket.
6. Pengenaan *fuel surcharge* diberlakukan pada seluruh perusahaan angkutan udara niaga berjadwal dan sepenuhnya merupakan tanggung jawab perusahaan yang bersangkutan.
7. INACA sebagai asosiasi perusahaan angkutan udara niaga harus sanggup dan mampu melakukan pengawasan terhadap pemberlakuan *fuel surcharge* tersebut.

INACA akhirnya mengeluarkan Berita Acara Persetujuan Pelaksanaan *Fuel Surcharge* (Ref. Berita Acara Nomor 9100/53/V/2006) tanggal 4 April 2006 yang ditandatangani oleh Ketua Dewan INACA, Sekretaris Jenderal INACA dan 9 (sembilan) perusahaan angkutan udara niaga yaitu PT Mandala Airlines, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Dirgantara Air Service, PT Sriwijaya Air, PT Pelita Air Service, PT Lion Mentari Air, PT Batavia Air, PT Indonesia Air Transport, PT Garuda Indonesia (Persero). Berdasarkan Berita Acara Persetujuan Pelaksanaan *Fuel Surcharge* tersebut, melaksanakan *fuel surcharge* mulai diterapkan pada tanggal 10 Mei 2006 dengan besaran yang diberlakukan pada setiap penerbangan dikenakan rata-rata Rp. 20.000,- (dua puluh ribu rupiah) per penumpang. Besaran *fuel surcharge* sebesar Rp. 20.000,- (dua puluh ribu) tersebut dibuat dengan berpatokan pada harga avtur rata-rata yang naik ke posisi Rp. 5.600/liter sejak 1 Mei 2006.

Penetapan *fuel surcharge* oleh INACA kemudian mendapatkan penentangan, termasuk dari KPPU karena dianggap merupakan bentuk nyata dari kartel. Menyikapi hal ini maka kemudian INACA menyatakan keputusan menetapkan besaran *fuel*

*surcharge* dibatalkan dan besaran *fuel surcharge* diserahkan sepenuhnya kepada mekanisme pasar oleh setiap maskapai penerbangan.

Selepas INACA membatalkan penetapan harga *fuel surcharge* dan menyerahkannya kepada mekanisme pasar, maka kemudian setiap maskapai melakukan penetapan masing-masing. Setiap maskapai memiliki kebebasan untuk menetapkan tarif tanpa terpengaruh pihak maskapai lain. Dengan diserahkannya penentuan *fuel surcharge* kepada masing-masing perusahaan penerbangan, maka pembebanan *fuel surcharge* tersebut menjadi berbeda-beda antara satu perusahaan dengan perusahaan lainnya.

Sejak diberlakukan *fuel surcharge* penerbangan mengalami kenaikan yang signifikan, dan tetap diberlakukan meskipun harga minyak dunia/avtur mengalami penurunan yang signifikan. Seperti dalam fenomena kebanyakan komoditas/jasa di Indonesia, kenaikan yang signifikan ternyata tidak diikuti oleh penurunan yang signifikan ketika komponen pembentuknya ikut turun. Situasi inilah yang menjadi dasar adanya dugaan perjanjian kartel oleh KPPU diantara maskapai penerbangan di Indonesia pada saat itu.

Dalam teori hukum persaingan usaha, alat-alat bukti dalam proses investigasi kartel dapat diklasifikasikan menjadi dua jenis. *Pertama*, bukti langsung yakni bukti yang dapat menjelaskan adanya perjanjian atau kesepakatan tertulis atau tidak tertulis yang secara jelas menerangkan materi kesepakatan, contohnya adalah adanya perjanjian tertulis. Misalnya untuk menyepakati harga, mengatur produksi, mengatur pasar, membagi wilayah pemasaran, menyepakati tingkat keuntungan masing masing. Rekaman komunikasi antara pelaku kartel yang menyepakati mengenai adanya suatu kolusi kartel. *Kedua*, bukti tidak langsung yaitu bukti yang tidak dapat menjelaskan secara terang dan spesifik mengenai materi kesepakatan antara pelaku usaha yang terdiri dari bukti ekonomi dan bukti komunikasi. Bukti komunikasi yang membuktikan adanya komunikasi dan/atau pertemuan antar pelaku kartel, namun tidak menjelaskan mengenai substansi yang dibicarakan, contohnya adalah rekaman komunikasi antar pesaing dan bukti perjalanan menuju suatu tempat yang sama antar pesaing. Selain itu, notulen rapat yang menunjukkan pembicaraan mengenai harga, permintaan atau kapasitas terpasang. Untuk bukti ekonomi, contohnya antara lain perilaku pelaku usaha didalam pasar atau industri secara keseluruhan, dan bukti perilaku yang memfasilitasi kartel seperti pertukaran informasi dan adanya signal harga.

Ketentuan perundang-undangan (Pasal 42 UU No. 5/1999 *juncto* Pasal 72 ayat (1) Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010) secara tegas mempersyaratkan dalam menilai terjadi atau tidaknya pelanggaran alat bukti yang digunakan adalah keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan/atau dokumen, petunjuk, serta keterangan terlapor. Selanjutnya di Pasal 72 ayat (3) lebih lanjut dijelaskan, bahwa bukti petunjuk adalah pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya. Dengan demikian, apabila *indirect evidence* hendak digunakan, kedudukannya hanyalah sebagai pendukung atau penguat dari salah satu alat bukti yang dimaksud.

Pada tanggal 7 Juli 2011 yang lalu telah ditetapkan Peraturan Komisi (Perkom) Nomor 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (UU No. 5/1999) mengenai Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang mengatur mengenai Penetapan Harga. Dalam peraturan KPPU yang baru ini disebutkan bahwa analisis ekonomi berperan sebagai alat untuk menduga (*infere*) adanya koordinasi atau kesepakatan diantara pelaku usaha di pasar. Lebih lanjut lagi pembuktian dari analisis ekonomi digunakan untuk menyimpulkan apakah kondisi di pasar mendukung untuk kesuksesan sebuah kolusi (*prerequisites for succesful collusion*). Jika ya, maka bukti-bukti tidak langsung dapat digunakan untuk menduga adanya koordinasi di pasar sehingga dapat dijadikan petunjuk adanya pelanggaran terhadap pasal 5 UU No.5 Tahun 1999.

Jika melihat putusan KPPU atas kasus dugaan kartel oleh sembilan maskapai penerbangan di Indonesia, maka kasus ini diputus didasarkan atas bukti tidak langsung analisis statistik (bukti ekonomi). Hal tersebut menunjukkan bahwa *indirect evidence* memiliki peranan penting dalam proses pembuktian hukum persaingan usaha, walaupun Undang Undang No. 5 Tahun 1999 tidak menyebutkan hal ini secara eksplisit. Bukti tidak langsung (khususnya analisa ekonomi) digunakan oleh KPPU sebagai alat bantu untuk menghasilkan rasio di balik sebuah keputusan (*racio decidendi*) yang tepat. Ditinjau dari kategori alat bukti yang diatur dalam Pasal 42 Undang-Undang No. 5 tahun 1999, maka bukti tidak langsung (*indirect evidence*) termasuk dalam kategori petunjuk.

Peraturan Komisi (Perkom) Nomor 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (UU No. 5/1999) merupakan salah satu upaya KPPU untuk memberikan aturan hukum lebih lanjut mengenai penggunaan *indirect evidence* ini. Namun ada hal yang menarik dari ketentuan ini, yaitu dapat dilihat dalam bab IV Perkom, yang mana mengatur tentang

hal-hal yang perlu diperhatikan dalam menganalisis adanya kartel berbunyi: “Untuk membuktikan telah terjadinya kartel dalam satu industri, KPPU harus berupaya memperoleh satu atau lebih alat bukti”. Hal ini mengundang berbagai penafsiran bahwa dengan kata lain dengan satu bukti saja, bisa dikatakan bahwa industri melakukan praktek kartel.

Banyak perdebatan yang timbul, mengenai dasar KPPU menggunakan *indirect evidence* sebagai alat bukti. Berdasarkan uraian tersebut, penulis merasa tertarik membahas permasalahan ini dalam suatu penelitian dengan judul “Tinjauan mengenai *Indirect Evidence* Sebagai Alat Bukti dalam Perkara Kasus Dugaan Kartel *Fuel Surcharge* oleh Maskapai Penerbangan di Indonesia”.

## **B. Pokok Permasalahan**

Berdasarkan uraian latar belakang masalah tersebut, maka dapat dirumuskan permasalahannya sebagai berikut:

1. Bagaimana pembuktian menurut hukum yang berlaku di Indonesia?
2. Bagaimana kekuatan hukum *indirect evidence* (bukti tidak langsung) sebagai alat bukti yang dijadikan dasar oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam memutus kasus dugaan kartel *fuel surcharge* oleh maskapai penerbangan di Indonesia dalam Hukum Persaingan Usaha Indonesia?

## **C. Tujuan Penelitian**

1. Tujuan umum penelitian ini adalah untuk memberikan masukan dan sumbangan pemikiran di masa yang akan datang dalam rangka penyusunan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan persaingan usaha di Indonesia, khususnya kartel sehingga memberikan kepastian hukum bagi KPPU maupun pelaku usaha.
2. Tujuan khusus dalam penelitian ini dibagi menjadi dua bagian, antara lain:
  - a. Untuk mendeskripsikan pembuktian menurut hukum yang berlaku di Indonesia.
  - b. Untuk mengetahui dan menganalisis kekuatan hukum bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai alat bukti yang dijadikan dasar oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam memutus kasus dugaan kartel *fuel surcharge* oleh sembilan maskapai penerbangan di Indonesia dalam Hukum Persaingan Usaha Indonesia.

#### D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat penulisan yang diharapkan dapat diperoleh dari penulisan tesis ini adalah sebagai berikut:

##### 1. Secara Teori

Pembahasan yang termuat di dalam penelitian ini mengenai kekuatan hukum bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai dasar putusan KPPU atas dugaan kartel, ini diharapkan dapat memberikan masukan kepada aparat penegak hukum khususnya dalam bidang persaingan usaha dalam membuat suatu putusan pelanggaran kartel. Otoritas persaingan usaha harus sangat berhati-hati dalam pembuktian kartel, termasuk dalam penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) ini. Hal ini agar putusan-putusan KPPU memiliki dasar-dasar yang tepat, dan kedepan tidak terdapat celah untuk dapat digugat ke Pengadilan Negeri, yang mana pada akhirnya berujung pada pembatalan.

##### 2. Secara Praktis

Pembahasan ini diharapkan dapat menjadi tambahan materi bagi para pembacanya, baik umum maupun para akademisi khususnya dalam mengkaji perihal penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai alat bukti dalam kasus dugaan kartel di Indonesia saat ini.

#### E. Kerangka Teori

Kerangka teori merupakan pernyataan yang saling berhubungan dan tersusun dalam sistem deduksi.<sup>16</sup> Tesis ini menerapkan teori hukum dalam menganalisis data. Tujuan dari teori hukum adalah mencari atau memperoleh penjelasan tentang hukum dari sudut faktor-faktor non-yuridis yang bekerja dalam masyarakat, dan untuk itu menggunakan suatu metode interdisipliner. Menurut Bruggink teori hukum adalah seluruh pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum, dan sistem tersebut untuk sebagian yang penting dipositifkan.<sup>17</sup>

Kerangka teori yang digunakan untuk menganalisis data dalam penulisan tesis ini adalah teori *legal postivism* dengan menggunakan metode doktrinal deduktif dalam

---

<sup>16</sup> Jan Gijssels dan Mark Van Hoecke, *Wat is Rechtsteorie?*, diterjemahkan oleh B. Arif Sidharta, "Apakah Teori Hukum Itu ?" *Dalam Seri Dasar-dasar Ilmu Hukum 3*, Penerbitan Tidak Berkala No. 3, (Bandung: Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2001), hlm. 3.

<sup>17</sup> Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, (Bandung: Refika Aditama, 2007), hlm. 60.

lingkup yang partikular<sup>18</sup>, yang menyatakan bahwa hukum sebagai undang-undang tertulis yang merupakan produk badan legislatif yang berlegitimasi nasional. Hukum hanya akan dipandang dan diakui sebagai hukum manakala hukum itu secara jelas dan tegas merupakan perintah eksplisit dari penguasa yang tengah berdaulat. Hukum menurut konsepnya yang positivistic legistic ini adalah norma-norma dalam bentuknya yang tertulis, berlaku umum pada suatu waktu tertentu dan di suatu wilayah tertentu, dan dimaklumkan sebagai produk eksplisit suatu sumber kekuasaan politik tertentu yang berlegitimasi. Dengan kata lain kaum positivis berpendapat bahwa dalam memutuskan suatu perkara, para penegak hukum haruslah berdasarkan atas asas dan norma hukum yang tertulis. Para penegak hukum disini adalah hakim maupun Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam konteks ini, harus mengacu pada peraturan perundang-undangan yang ada ketika hendak memutuskan kasus-kasus persaingan usaha yang terjadi di Indonesia.

Sesuai dengan permasalahan yang diangkat dalam tesis ini, maka yang menjadi persoalan yaitu kedudukan hukum *indirect evidence* dalam peraturan tertulis Indonesia, khususnya yang mengatur tentang penggunaan alat bukti tersebut dalam kasus persaingan usaha di Indonesia. *Indirect evidence* (bukti tidak langsung) yang digunakan oleh KPPU sebagai dasar untuk memutuskan kasus dugaan kartel *fuel surcharge* yang dilakukan oleh sembilan maskapai penerbangan di Indonesia, hanya didasarkan atas hasil analisis terhadap hasil pengolahan data yang mencerminkan terjadinya supernormal profit yang terjadi bukan karena peningkatan efisiensi dan produktivitas perusahaan. Pada dasarnya alat bukti yang diakui dalam undang undang persaingan usaha Indonesia, hanya ada lima, yaitu surat, keterangan saksi, keterangan ahli, petunjuk, dan pengakuan terdakwa. Tidak ada disinggung mengenai alat bukti dalam UU No. 5 Tahun 1999 selain dari yang lima ini. Berdasarkan Peraturan Komisi No 1 Tahun 2006 yang kemudian diubah Peraturan Komisi No 1 Tahun 2010, *indirect evidence* merupakan bukti petunjuk. Definisi bukti petunjuk, sebagaimana diatur dalam Peraturan KPPU, yakni pengetahuan majelis komisi yang diketahui dan diyakini kebenarannya.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam website resminya menerangkan bahwa bukti tidak langsung merupakan bukti yang tidak dapat

---

<sup>18</sup> Shidarta dalam tulisannya *Pemetaan Aliran-Aliran Pemikiran Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 2009), hlm. 159.

menjelaskan secara terang dan spesifik mengenai materi kesepakatan antara pelaku usaha yang terdiri dari bukti ekonomi dan bukti komunikasi.<sup>19</sup> Bukti komunikasi yang membuktikan adanya komunikasi dan/atau pertemuan antar pelaku kartel, namun tidak menjelaskan mengenai substansi yang dibicarakan, seperti rekaman komunikasi antar pesaing dan bukti perjalanan menuju suatu tempat yang sama antar pesaing. Selain itu, notulen rapat yang menunjukkan pembicaraan mengenai harga, permintaan atau kapasitas terpasang. Selain pengertian bukti tidak langsung di atas, maka dapat dikatakan bahwa *Indirect evidence implies something occurred but doesn't directly prove it; proof of one or more facts from which one can find another fact; proof of a chain of facts and circumstances indicating that the person is either guilty or not guilty.*<sup>20</sup>

Penelitian ini akan menganalisis apakah alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dapat dijadikan dasar oleh KPPU untuk memutus dalam perkara kasus dugaan *kartel fuel surcharge* oleh sembilan maskapai penerbangan, mengingat Peraturan Komisi No 1 Tahun 2006 yang mana telah diubah menjadi Peraturan Komisi No 1 Tahun 2010 j.o Undang Undang No. 5 Tahun 1995 tidak memberikan penjelasan yang lebih detail mengenai hal ini. Sesuai dengan apa yang diungkapkan oleh kaum positivisme, bahwa hukum sebagai norma tertulis merupakan produk badan legislatif yang berlegitimasi nasional.

## **F. Kerangka Konseptual**

Dalam upaya mendapatkan pemahaman yang baik dan menghindari interpretasi yang berlainan, akan dijelaskan pengertian dari berbagai istilah yang sering digunakan dalam makalah ini. Adapun kerangka konseptual yang digunakan adalah sebagai berikut:

1. Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.<sup>21</sup>
2. Praktek Monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran

<sup>19</sup> KPPU, "Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha" <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, diunduh 15 April 2011.

<sup>20</sup> Lectric Law Library, "Circumstantial Evidence" <http://www.lectlaw.com/def/c342.htm>, diunduh 15 April 2011.

<sup>21</sup> Indonesia (a), *Undang Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No.5 Tahun 1999, LN No. 33 Tahun 1999, Ps.1 angka 1.

atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.<sup>22</sup>

3. Pelaku Usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.<sup>23</sup>
4. Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikat diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis.<sup>24</sup>
5. Pasar bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut.<sup>25</sup>
6. Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.<sup>26</sup>
7. Kartel adalah suatu kerjasama dari pelaku usaha produk tertentu yang bertujuan untuk mengawasi produksi, penjualan dan harga serta untuk melakukan monopoli terhadap komoditas atau industri tertentu.<sup>27</sup>
8. Perjanjian penetapan harga (*price fixing agreement*) adalah perjanjian diantara (para) pihak penjual untuk menaikkan harga dengan tujuan membatasi persaingan antar perusahaan dan meraih keuntungan yang lebih tinggi.<sup>28</sup>
9. *Fuel Surcharge* adalah biaya yang merupakan komponen tarif baru dalam jasa penerbangan yang ditujukan untuk menutup biaya maskapai yang diakibatkan oleh kenaikan avtur, yang penetapannya diserahkan kepada masing-masing maskapai penerbangan domestik.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, Ps.1 angka 2.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Ps.1 angka 5.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Ps.1 angka 7.

<sup>25</sup> *Ibid.*, Ps.1 angka 10.

<sup>26</sup> *Ibid.*, Ps.30.

<sup>27</sup> Hendry Campbell, Black Law sebagaimana dikutip oleh Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 63.

<sup>28</sup> Mustafa Kemal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha : Teori dan Praktiknya di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010), hlm. 27.

<sup>29</sup> Surat Direktorat Jenderal Perhubungan Udara Departemen Perhubungan No. 37/DJU/V/2005 tanggal 27 Mei 2005.

10. Bukti Langsung (*Direct evidence/hard evidence*) adalah bukti yang dapat diamati (*observable elements*) dan menunjukkan adanya suatu perjanjian penetapan harga atas barang dan atau jasa oleh pelaku usaha yang bersaing. Di dalam bukti langsung tersebut terdapat kesepakatan dan substansi dari kesepakatan tersebut.<sup>30</sup>
11. Bukti tidak langsung (*indirect evidence/circumstantial evidence*) adalah suatu bentuk bukti yang tidak secara langsung menyatakan adanya kesepakatan penetapan harga.<sup>31</sup>

### G. Metode Penelitian.

Metode penelitian yang digunakan dalam upaya pengumpulan data atau bahan merupakan suatu syarat penting dalam suatu penulisan karya tulis yang bersifat ilmiah, yang kemudian akan dipergunakan sebagai bahan dari penulisan materi tersebut. Adapun dalam penyusunan penelitian ini. Metode penelitian yang digunakan adalah sebagai berikut :

#### 1. Tipe Penelitian

Metode pendekatan yang digunakan oleh penulis dalam penulisan penelitian ini adalah penelitian deskriptif atau sering dikenal dengan penelitian hukum normatif yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.<sup>32</sup> karena yang dikaji adalah norma hukum berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 dan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

#### 2. Tipologi Penelitian

Tipologi penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah eksplanatoris yang ditujukan untuk memperoleh informasi secara menyeluruh dan terintegrasi yang terkait dengan penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam kasus dugaan kartel oleh maskapai penerbangan di Indonesia.

---

<sup>30</sup> Indonesia (b), Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Bab IV.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada), hlm. 13.

### 3. Jenis Data

Data yang digunakan untuk penulisan penelitian ini adalah data sekunder, yaitu data yang diperoleh dari bahan pustaka.<sup>33</sup> Data ini berkaitan langsung dengan permasalahan yang diteliti dalam suatu penelitian. Dalam penulisan penelitian ini, data sekunder yang digunakan meliputi:

- a. Bahan hukum primer, yaitu berupa ketentuan hukum dan perundang-undangan yang mengikat, antara lain:
  - 1) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat
  - 2) Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di Komisi Pengawas Persaingan Usaha .
  - 3) Peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan permasalahan pada penelitian ini.
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang memberikan informasi atau hal-hal yang berkaitan isi sumber hukum primer serta implementasinya, antara lain:
  - 1) Buku-buku yang berkaitan dengan perjanjian kartel.
  - 2) Jurnal dan makalah yang terkait dengan permasalahan pada penelitian ini.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap bahan-bahan hukum primer dan sekunder, yaitu kamus hukum dan berbagai hukum lain yang relevan.

### 4. Alat Pengumpulan Data

Penulis mengumpulkan data dengan melakukan suatu kegiatan studi dokumen terhadap data sekunder, yaitu penulis melakukan studi dokumen atau bahan pustaka.

### 5. Analisis Data

Dalam penelitian ini penulis menggunakan analisis data secara kualitatif. Data primer dan data sekunder yang diperoleh akan dikemukakan dan dianalisis untuk memperoleh jawaban dari masalah yang akan diteliti.

---

<sup>33</sup>Soerjono Soekanto., *Pengantar Penelitian Hukum*, cet. 3, (Jakarta : Penerbit : Universitas Indonesia, 1986), hlm. 51.

## H. Sistematika Penulisan

Pembahasan dalam tesis ini akan diuraikan secara sistematis. Penulisan tesis ini terbagi ke dalam empat bab, antara lain :

### Bab I. Pendahuluan

Pada bab satu ini akan memberikan pandangan umum tentang penulisan ini, dimana akan diuraikan mengenai latar belakang masalah, pokok permasalahan, tujuan penelitian, kerangka teori, kerangka konseptual, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

### Bab II. Kartel Dan Hukum Pembuktian Di Indonesia

Bab ini akan dibahas mengenai tinjauan umum mengenai kartel serta bagaimana hukum pembuktian yang berlaku di Indonesia, termasuk didalamnya pengertian pembuktian, sistem pembuktian, teori pembuktian, alat-alat bukti berdasarkan hukum pembuktian di Indonesia, serta bukti langsung (*direct evidence*) dan bukti tidak langsung (*indirect evidence*).

### Bab III. Kekuatan Hukum *Indirect Evidence* (Bukti Tidak Langsung) Sebagai Alat Bukti Yang Dijadikan Dasar Oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) Dalam Memutus Kasus Dugaan Kartel *Fuel Surcharge* Oleh Maskapai Penerbangan Di Indonesia.

Dalam bagian ini penulis mencoba menjabarkan kasus posisi mengenai kronologis terjadinya kasus dugaan kartel *fuel surcharge* diantara sembilan maskapai penerbangan di Indonesia. Disini penulis juga akan menganalisis dasar kekuatan hukum penggunaan alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, serta menganalisis dasar dari KPPU menggunakan alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai satu-satunya alat bukti dalam memutus kasus dugaan kartel ini.

### Bab IV. Penutup

Dalam bab ini terdiri dari dua sub bab, yaitu kesimpulan penulis berdasarkan pokok permasalahan dan analisis data serta saran-saran bagi pihak-pihak terkait.

## BAB II

### KARTEL DAN PEMBUKTIAN MENURUT HUKUM INDONESIA

#### A. Tinjauan Umum Tentang Kartel

Dalam pengertiannya yang sempit, maka kartel dapat disebut sebagai sekelompok perusahaan yang seharusnya saling bersaing, tetapi mereka justru menyetujui satu dengan yang lain untuk menetapkan harga guna meraih keuntungan monopolis.<sup>34</sup> Sedangkan dalam pengertian luas maka kartel meliputi perjanjian antara para pesaing untuk membagi pasar, mengalokasikan pelanggan, dan menetapkan harga. Jenis kartel yang paling umum terjadi dikalangan pelaku usaha adalah perjanjian penetapan harga, perjanjian pembagian wilayah pasar atau pelanggan, dan perjanjian pembatasan output.<sup>35</sup> Sedangkan kartel yang terjadi di kalangan pembeli adalah penetapan harga, perjanjian alokasi wilayah, dan *bid rigging*.<sup>36</sup>

Dalam dunia usaha, persaingan bukanlah suatu hal yang baru dilakukan. Berbagai cara dilakukan oleh pelaku usaha untuk memperebutkan pasar, termasuk cara-cara yang dapat menghambat pesaingnya untuk masuk ke pasar bersangkutan. Biasanya hambatan dilakukan untuk mencegah terjadinya persaingan yang wajar, sehingga mengakibatkan kerugian dalam kegiatan usaha, terutama bagi para pihak yang berkaitan langsung dengan bidang usaha yang bersangkutan.<sup>37</sup>

Tidak hanya di negara maju seperti Amerika Serikat yang memiliki pengaturan hukum tentang hambatan perdagangan ini, Indonesia juga memberikan perhatian tersendiri mengenai hal ini, yaitu dengan mencantumkan permasalahan hambatan dalam perdagangan yang bersifat *ilegal* dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Pengaturan dilakukan secara menyebar di berbagai bagian dalam undang-undang yakni Bab III mengenai perjanjian yang dilarang, sedangkan mengenai kegiatan yang dilarang diatur dalam Bab IV.

Pada dasarnya terdapat dua jenis hambatan perdagangan, yakni hambatan horizontal dan hambatan vertikal. Hambatan horizontal merupakan suatu tindakan dimana ketika para pesaing dalam bidang usaha sejenis terlibat dalam perjanjian yang

---

<sup>34</sup> Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, ( St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1993), hlm. 71

<sup>35</sup> A.M. Tri Anggraini, *op.cit.*, hlm. 262.

<sup>36</sup> R. Shyam, Khemani Et.al., *A Framework for The Design and Implementation of Competition Law and Policy*, (Washington D.C, Paris: The World Bank –OECD, 1999), hlm. 20.

<sup>37</sup> Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, (Westbury, New York: The Foundation Press, 1993), hlm. 117.

mempengaruhi perdagangan di wilayah tertentu.<sup>38</sup> Sedangkan secara luas hambatan horizontal dapat diartikan sebagai suatu perjanjian yang bersifat membatasi dan praktek konspirasi termasuk perjanjian yang secara langsung atau tidak langsung menetapkan harga dan atau persyaratan lainnya, seperti perjanjian menetapkan pengawasan atas produksi dan distribusi, pembagian kuota atau wilayah atau pertukaran informasi dan data mengenai pasar, serta perjanjian menetapkan kerjasama dalam penjualan maupun pembelian secara terorganisir atau menciptakan hambatan masuk pasar (*barrier to entry*).<sup>39</sup>

Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 mengatur larangan perjanjian horizontal dalam pasal 4, pasal 5, pasal 6, pasal 7, pasal 9, pasal 10, pasal 11, pasal 12, pasal 13, pasal 16. Salah satu adanya indikasi larangan perjanjian horizontal adalah “pelaku usaha pesaingnya....”, yang menunjukkan para pelaku usaha tersebut berada pada tingkat perdagangan yang sama.

Berbeda halnya dengan hambatan yang bersifat horizontal, maka hambatan vertikal merupakan hambatan perdagangan yang dilakukan oleh para pelaku usaha dari tingkatan yang berbeda dalam rangkaian produksi dan distribusi.<sup>40</sup> Hambatan yang berbentuk perjanjian ini adalah *tying agreement*, dimana seorang penjual hanya akan menjual satu jenis produk jika pembeli bersedia membeli jenis produk lainnya dari penjualan yang sama.<sup>41</sup> Berdasarkan uraian di atas maka dapat disimpulkan bahwa kartel merupakan salah satu bentuk hambatan dalam perdagangan yang bersifat horizontal. Oleh karena itu kebanyakan negara di dunia menganggap kartel sebagai pelanggaran persaingan yang sangat serius.

Pada dasarnya kartel merupakan sekelompok pelaku usaha dalam satu industri yang sama yang seharusnya saling bersaing namun justru saling berkolaborasi menentukan harga. Aliansi ini membuat perjanjian kerjasama yang sifatnya anti persaingan usaha. Perjanjian yang dilarang mengindikasikan perbuatan mengikatkan

---

<sup>38</sup> E. Thomas Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Understanding and Its Economic Implication*, (New York: Matthew Bender & Co., 1994), hlm. 75.

<sup>39</sup> A.M. Tri Anggraini, *Perspektif Penetapan Harga Menurut Hukum Persaingan Usaha Dalam Masalah-Masalah Hukum Ekonomi Kontemporer*, diedit oleh Ridwan Khairandy, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia Lembaga Studi Hukum Ekonomi, 2006), hlm 258.

<sup>40</sup> Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust*, (St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1977), hlm. 657. Lihat pula pendapat yang mengatakan bahwa hambatan vertikal adalah hubungan antar pelaku usaha dengan pelaku usaha yang merupakan suatu jaringan proses produksi, yang terdapat terjadi dalam suatu perusahaan atau antara produser dengan distributor atau dealer, dalam Ningrum Natasya Sirait, *Pembuktian dalam Pelanggaran Hukum Persaingan*, (Maka disampaikan pada seminar KPPU dan JFTC –JICA, Karawaci, 30 Agustus 2006), hlm. 3.

<sup>41</sup> A.M. Tri Anggraini, *op.cit.*, hlm. 260.

diri atau kolusi, yang dilakukan baik tertulis maupun tidak tertulis di antara para pelaku usaha yang seharusnya saling bersaing justru menciptakan koordinasi.

Dalam *Black's Law* dikemukakan konsep kartel sebagai berikut:

*A combination of producers of any product joined together to control its production, sale, and price, so as to obtain a monopoly and restrict competition in any particular industry or commodity. Such exist primarily in Europe, being restricted in United States by antitrust laws. Also, an association by agreement of companies or section of companies having common interest, designed to prevent extreme or unfair competition and allocate markets, and to promote the interchange of knowledge resulting from scientific and technical research, exchange of patent rights, and standardization of product.*

Lebih lanjut lagi beberapa hal yang berhubungan dengan kartel di beberapa jurnal di Amerika, antara lain:

1. *A cartel represents a contract among potential competitors, either to fix price or to share the cost of common marketing activities.*<sup>42</sup>
2. *Cartels aim essentially at regulating prices and sales conditions, limiting production or reducing production capacities, and sharing markets and spheres of influence.*<sup>43</sup>

Peraturan tentang kartel tersebar dalam berbagai pasal di Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, seperti pasal 5 tentang kartel harga (*price fixing*), pasal 9 tentang kartel wilayah dan Pasal 11 tentang kartel produksi dan pemasaran. Menurut pasal 35 huruf (a) Undang Undang No. 5 Tahun 1999 ditentukan bahwa “Jika pelaku usaha melanggar pasal 4 sampai dengan pasal 16 maka KPPU akan melakukan

<sup>42</sup> Andrew R. Dick, “When are Cartel Stable Contracts?”, <[http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID\\_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=ALLCASES%2cALLCASES-HN%2cALLFEDS%2cUSCA%2cFINT-USCA%2cLAWREV-PRO%2cAMJUR%2cILM%2cUSTREATIES&sv=Split&service=Search&eq=Welcome%2fWLIGeneralSubscription&fmqv=s&sskey=CLID\\_SSSA8460543562212&method=WIN&action=Search&query=cartel&mt=WLIGeneralSubscription&fn=top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rtl=CLID\\_QRYRLT3575703662212&rp=%2fWelcome%2fWLIGeneralSubscription%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11](http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=ALLCASES%2cALLCASES-HN%2cALLFEDS%2cUSCA%2cFINT-USCA%2cLAWREV-PRO%2cAMJUR%2cILM%2cUSTREATIES&sv=Split&service=Search&eq=Welcome%2fWLIGeneralSubscription&fmqv=s&sskey=CLID_SSSA8460543562212&method=WIN&action=Search&query=cartel&mt=WLIGeneralSubscription&fn=top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rtl=CLID_QRYRLT3575703662212&rp=%2fWelcome%2fWLIGeneralSubscription%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11)>, diunduh 08 November 2011.

<sup>43</sup> Maurice Guerrin, Georgios, Kyriazis, “Cartels: Proof and Procedural Issues”, <[http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID\\_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLR%2cYLJ%2cAMJIL-%2cAMUILR%2cBERKJIL%2cBUILJ&sv=Split&service=Search&eq=Welcome%2fWorldJournals&fmqv=s&sskey=CLID\\_SSSA7043235462212&method=WIN&action=Search&query=cartel&mt=WorldJournals&fn=top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rtl=CLID\\_QRYRLT8938565462212&rp=%2fWelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11](http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLR%2cYLJ%2cAMJIL-%2cAMUILR%2cBERKJIL%2cBUILJ&sv=Split&service=Search&eq=Welcome%2fWorldJournals&fmqv=s&sskey=CLID_SSSA7043235462212&method=WIN&action=Search&query=cartel&mt=WorldJournals&fn=top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rtl=CLID_QRYRLT8938565462212&rp=%2fWelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11)>, diunduh 08 November 2011.

penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.

Berdasarkan pasal tersebut maka jika pelaku usaha terindikasi melakukan kartel maka yang harus dinilai oleh KPPU adalah perjanjiannya. Perjanjian inilah yang akan menjadi alat bukti adanya kartel. Masalahnya, pembuktian dengan menggunakan perjanjian atau kesepakatan tertulis sangat sulit dilakukan. Oleh karena itulah pembuktian kartel berkembang menggunakan *indirect evidence* yaitu bukti-bukti secara tidak langsung dimana terdapat hasil-hasil analisis ekonomi yang menggunakan *tool-tools* ekonomi yang memang secara ilmiah diakui dan bisa menunjukkan korelasi antara satu fakta dengan fakta lain bahwa memang telah terjadi pengaturan di dalamnya.

Tidak dapat dipungkiri, kartel seringkali berjalan simultan dengan pelanggaran lain yang berpotensi berseberangan dengan aturan dalam Undang Undang No. 5 Tahun 1999, antara lain Pasal 5 (penetapan harga), Pasal 9 (pembagian pasar), Pasal 10 (pemboikotan), Pasal 12 (*trust*), Pasal 22 (persekongkolan tender), Pasal 24 (persekongkolan menghambat produksi dan atau pemasaran). Lebih lanjut lagi menurut Pasal 35 huruf (b) UU No. 5 Tahun 1999, jika pelaku usaha melakukan pelanggaran pasal 17 sampai dengan pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999 mengenai kegiatan terlarang maka KPPU akan melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Jadi, yang dinilai oleh KPPU dalam hal ini adalah tindakan atau perilaku pelaku usaha yang bersangkutan.

Perdebatan muncul jika perilaku pelaku usaha telah memenuhi ketentuan pasal-pasal tersebut, apakah pelaku usaha yang bersangkutan dapat diindikasikan kartel walaupun tidak terdapat perjanjian sebagaimana diatur dalam pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999? Apa parameter yang digunakan KPPU untuk menilai perilaku pelaku usaha yang dapat diindikasikan kartel?

Jika melihat dalam draft pedoman kartel, maka dapat ditemukan ketentuan mengenai indikator awal terjadinya kartel yakni melalui faktor struktural dan faktor perilaku. Faktor struktural antara lain tingkat konsentrasi dan jumlah perusahaan, ukuran perusahaan, homogenitas produk, kontak multi pasar, persediaan dan kapasitas produksi, keterkaitan kepemilikan, kemudahan masuk pasar, karakter permintaan dan kekuatan tawar pembeli. Sedangkan faktor perilaku, antara lain transparansi dan

pertukaran informasi serta peraturan harga dan kontak.<sup>44</sup> Namun permasalahannya, parameter atau ukuran yang jelas mengenai indikator awal tersebut tidak juga ditemukan dalam draft pedoman kartel. Inilah yang dikeluhkan oleh para pelaku usaha. Berbagai macam penafsiran mengenai indikator awal akan timbul, dan hanya KPPU—lah yang dapat menilai apakah tindakan atau perilaku pelaku usaha tersebut telah terindikasi kartel. Guna mengantisipasi terjadinya kartel (penetapan harga), Hovenkamp memberikan gambaran karakteristik pasar yang mendukung terjadinya kartel:<sup>45</sup>

1. Konsentrasi Pasar (*Market Concentration*)

Adanya sejumlah kecil perusahaan sejenis yang beroperasi di pasar akan mempermudah terbentuknya kesepakatan di antara. Asumsi ini didasarkan pada dua alasan, antara lain: 1) bahwa perusahaan tersebut harus melakukan pertemuan secara rahasia dan akan mendiskusikan gagasan mereka satu dengan yang lain. Sebaliknya semakin besar jumlah peserta kartel, maka akan semakin sulit melakukan pertemuan secara rahasia, atau dengan kata lain lebih mudah mendeteksi pertemuan rahasia yang terdiri dari banyak jumlah anggota. 2) Berangkat dari perbedaan kondisi anggota kartel, akan lebih mudah menyeragamkan harga jika kartel hanya diikuti beberapa anggota saja.<sup>46</sup>

2. Hambatan Masuk (*Barrier to Entry*)

Hambatan masuk (pasar) merupakan beberapa faktor yang membuat “biaya” atas kegiatan bisnis yang sama bagi pelaku usaha baru (new entrant) menjadi lebih tinggi dibandingkan dengan biaya yang diebabkan terhadap perusahaan yang telah ada sebelumnya di pasar yang sama. Hambatan masuk tinggi merupakan upaya esensial bagi kartel yang efektif, karena ketika pasar kartel memperoleh profit yang tinggi, hal ini akan menjadi daya tarik bagi pelaku usaha baru untuk masuk pasar yang sama. Jika dalam suatu pasar kartel yang menetapkan harga tinggi banyak, maka banyak perusahaan baru yang masuk pasar, maka kartel tersebut tidak akan beroperasi dengan baik dan pada akhirnya berakibat pada berakhirnya kartel. Hambatan masuk tersebut meliputi biaya-biaya permodalan yang harus dibayar oleh pelaku usaha baru lebih tinggi dari perusahaan yang telah

---

<sup>44</sup> Hukumonline, “Memahami Parameter dan Kasus-Kasus Pelanggaran Kartel di Indonesia”, <<http://hukumonline.com/berita/baca/lt4c3d67c1bccf6/seminar-hukumonline-2010>>, diunduh 17 September 2010.

<sup>45</sup> Hovenkamp, *loc.cit.*

<sup>46</sup> *Ibid.*, hlm. 71-72.

ada. Hambatan tersebut juga dapat berupa persyaratan pemberian lisensi oleh pemerintah yang sulit atau tidak mungkin dilaksanakan bagi pelaku usaha baru.<sup>47</sup>

### 3. Metode Penjualan

Metode penjualan yang paling kondusif terwujud perjanjian penetapan harga adalah dalam satu pelelangan dimana pihak penjual membuka harga melalui lelang, dan para anggota kartel menanggapi dengan harga tertentu yang telah disepakati sebelumnya diantara mereka. Mereka juga akan menyepakati dan menentukan pihak mana yang akan memenangkan tender.<sup>48</sup>

### 4. Homogenitas Produk

Adanya kesamaan produk mempermudah bekerjanya suatu kartel harga, terutama atas bidang-bidang usaha yang memiliki karakteristik unik. Namun pada akhirnya konsumen menjadi curiga dengan produk yang mereka beli karena adanya keseragaman harga yang ditetapkan oleh para pelaku usaha. Sebaliknya adanya heterogenitas produk membuat konsumen mempunyai pilihan atas varian produk yang ditawarkan, sehingga pada akhirnya mempersulit terjadinya kartel.<sup>49</sup>

### 5. Adanya Sarana Fasilitas (*Facilitating Devices*)

Suatu penetapan harga secara efektif dapat berjalan jika terdapat sarana untuk melakukan konspirasi. Sebagai contoh dalam standarisasi produk, adanya pengumuman harga penjualan (implisit maupun eksplisit) dan sebagainya.<sup>50</sup>

Selain hal di atas, salah satu faktor terjadinya kartel adalah melalui asosiasi pengusaha yang merupakan pertemuan rutin antara para pengusaha. Biasanya setiap sector usaha memiliki asosiasi masing-masing. “Paguyuban” tersebut bertujuan sebagai wadah pertemuan antara para pengusaha yang saling berbagi pengalaman. Apakah rapat atau pertemuan dalam rangka berbagi pengalaman tersebut dapat diindikasikan sebagai kartel?

Kesuksesan dari kartel tergantung dari jenis industri, caranya beroperasi dimana indikator penentunya tergantung dengan kerjasama diantara pesaing itu sendiri. Semakin besar jumlah pesaing yang ikut dalam perjanjian tersebut, maka akan semakin sulit untuk mengontrol atau mengawasi jalannya perjanjian ini. Bila anggota kartel merasa diperlakukan secara tidak adil atau tidak sama, maka mereka akan

---

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

cenderung untuk mengkhianati perjanjian kartel tersebut. Akibatnya perjanjian kartel sering menjadi tidak stabil dan rentan akan kesetiaan anggotanya.

Kartel memang hal yang sangat menarik bagi para pelaku usaha. Teori ekonomi Adam Smith *The Wealth of Nation* menggambarkan betapa kartel menarik untuk dilaksanakan karena diyakini dapat memberikan keuntungan.<sup>51</sup> Tindakan bersama yang dilakukan oleh para pelaku usaha dan pesaingnya membentuk oligopoli informal baru yang menghasilkan beberapa pemain yang mendominasi pasar dan selanjutnya menciptakan juga monopoli baru.<sup>52</sup> Berikut pengaturan kartel di beberapa negara di dunia:

#### 1. Kartel di Amerika Serikat

Hukum Persaingan di Amerika dikenal dengan nama *Antitrust Law*. Awalnya pembentukan persaingan usaha di Amerika Serikat adalah dalam rangka mengakomodasi keinginan akan hak untuk bersaing (*the right to compete*). Peraturan yang pertama kali mengatur tentang persaingan usaha adalah *Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies* yang dikeluarkan oleh kongres pada tahun 1890 yang kemudian lebih dikenal dengan nama *Sherman Act*.<sup>53</sup>

Amerika Serikat dalam berbagai peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan melarang adanya praktek-praktek bisnis yang dapat menghambat perdagangan. Praktek-praktek bisnis yang dimaksud dilakukan dengan menggunakan instrumen perjanjian antara dua pelaku usaha atau lebih atau hanya satu oleh satu pelaku usaha dengan melakukan monopoli.

Dengan berdasarkan falsafah bahwa perdagangan bebas bermanfaat bagi siapapun, maka perundang-undangan ini melarang bentuk-bentuk pengendalian perdagangan, seperti praktek pembatasan dan pengaturan harga serta monopoli.<sup>54</sup> Persaingan di Amerika Serikat merupakan cara yang paling baik untuk mencapai pendayagunaan sumber daya untuk memenuhi kebutuhan konsumen maupun kemajuan teknis yang paling besar. Oleh karena itu *Antitrust Law* berusaha supaya

---

<sup>51</sup> Ningrum Natasya Sirait, *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2002), hlm. 22, sebagaimana dikutip Dennis W. Carlton dan Jeffrey M Perloff, *Modern Industrial Organisation*, (Harper Collins, 1994), hlm. 176 dari buku Adam Smith, *An Inquiry into The Nature and Causes of The Wealth of Nations*, ed. Edwin Cannan, (USA: The University of Chicago Press, 1976)

<sup>52</sup> *Ibid.*, hlm 23.

<sup>53</sup> Ayudha D. Prayoga, Et.al., *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengaturnya di Indonesia*, (Proyek ELIPS, 1999), hlm. 31.

<sup>54</sup> T. Arifin & Saudi Hambali, *Undang-Undang Antitrust Di Amerika Serikat*, Jurnal hukum Bisnis Volume 5 (1999), hlm. 29.

pasar tetap murni dan para pelaku usaha berperilaku dengan wajar dan bersaing secara sehat. Hal ini dilakukan dengan membatasi praktek-praktek pengekangan dari perusahaan dan menghambat pembentukan atau pemeliharaan struktur pasar yang kurang kompetitif.

Dua puluh lima tahun setelah perang saudara, industrialisasi yang berkembang pesat disamping memberikan dampak positif yang sangat besar, sekaligus mendatangkan hal-hal yang berdampak buruk pada dunia bisnis. Pasar semakin berkembang dan produktivitas semakin tumbuh, tetapi hasil produksi melebihi jumlah permintaan sehing persaingan pun semakin meningkat. Para pelaku usaha pencari posisi yang aman dan laba yang besar dengan berlindung dibawah *kartel-kartel*, yaitu perjanjian diantara pelaku usaha untuk mengatur harga dan kontrol atas output. Perjanjian inilah yang mengakibatkan munculnya *trust*.

Pada umumnya *Antitrust Law* Amerika Serikat berhubungan dengan pembatasan perdagangan atau praktek yang bersifat membatasi suatu perjanjian yang bersifat horizontal atau suatu perjanjian yang bersifat vertikal antara pembeli dan penjual, struktur pasar yang tidak bersaing dari satu atau beberap perusahaan dengan cara penggabungan maupun diskriminasi harga.<sup>55</sup>

Dalam *Sherman Act* diatur mengenai larangan melakukan monopoli yang dapat dikenai sanksi denda dan atau kurungan penjara dan bahwa setiap perjanjian yang dapat menghambat perdagangan (*trade and commerce*) dinyatakan tidak sah dan dapat dikenai sanksi denda maupun kurungan penjara apabila hal tersebut terbukti.<sup>56</sup>

Sementara *Clayton Act* mengatur tentang larangan terhadap tindakan-tindakan yang mempunyai dampak terhadap persaingan. Ada empat tindakan yang dianggap

---

<sup>55</sup> Phillip Areeda, *Hukum Antitrus Amerika*, Dalam Ceramah-ceramah tentang hukum Amerika Serikat, (Jakarta:PT. Nusa, 1996), hlm. 167.

<sup>56</sup> Pasal 1 dan Pasal 2 *Sherman Act*.

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 States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

Pasal 2 *Sherman Act* menyebutkan *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

tidak sah (*unlawful*) yaitu diskriminasi harga (*price dicrimination*),<sup>57</sup> kontrak yang bersifat mengikat (*tying*) dan tertutup (*exclusive*),<sup>58</sup> *merger* yang dilaksanakan oleh perusahaan,<sup>59</sup> dan rangkap jabatan.<sup>60</sup> Tindakan-tindakan tersebut dianggap tidak sah sepanjang berakibat pada berkurangnya persaingan (*lessen competition*) atau menjurus kepada praktek monopoli.

Amerika Serikat menganggap kartel sebagaimana *price fixing* sebagai naked restraint yang mempunyai tujuan tunggal untuk mempengaruhi harga dan output. Oleh karena itu *Section 1 The Sherman Act* memperlakukannya sebagai *per se illegal*, artinya perjanjian kartel sendiri dilarang tanpa melihat kewajaran tingkat harga yang disepakati, tanpa melihat *market power* para pihak, bahkan tanpa melihat apakah perjanjian tersebut sudah dilaksanakan atau belum.

Alasan mengapa kartel dianggap *per se illegal* yaitu karena perbuatan tersebut mempunyai dampak negatif terhadap harga dan output jika dibandingkan dengan dampak pasar yang kompetitif. Kartel sendiri jarang sekali menghasilkan efisiensi atau dengan kata lain kemungkinan efisiensi yang dihasilkan sangat kecil dibandingkan dengan dampak negatif dari perbuatan yang dilakukan.

## 2. Kartel di Uni Eropa.

Negara-negara di Eropa memiliki persaingan masing-masing, misalnya seperti negara Belanda memiliki *Economic Competition Act* yang dikeluarkan pada tahun 1958.<sup>61</sup> Di negara-negara Eropa atau Uni Eropa menyebut hukum persaingan terdapat dalam perjanjian Uni Eropa karena dirasakan adanya kebutuhan untuk menjamin persaingan bebas di pasar tunggal (*single market*) Eropa.

Sumber hukum persaingan di Eropa adalah ketentuan yang terdapat dalam Perjanjian Uni Eropa. Dalam perjanjian tersebut terdapat pengaturan secara khusus tentang persaingan di bagian ketiga dengan judul *Policy of The Community* Bab I dengan judul *Rules on Competition* dimana *Section I* mengatur mengenai *Rules Applying to Undertakings*.<sup>62</sup>

Larangan terhadap pelaku usaha (*understanding*) diatur dalam pasal 85 dan pasal 86 perjanjian Uni Eropa. Pasal 85 ayat 1 pada intinya mengatur larangan tentang perjanjian-perjanjian yang bersifat anti persaingan yang mempunyai dampak terhadap

---

<sup>57</sup> Pasal 2 *Clayton Act*.

<sup>58</sup> Pasal 3 *Clayton Act*

<sup>59</sup> Pasal 7 *Clayton Act*.

<sup>60</sup> Pasal 8 *Clayton Act*.

<sup>61</sup> Prayoga, Et. Al., *op. cit.*, hlm. 36.

<sup>62</sup> *Ibid.*, hlm. 37.

perdagangan antara Negara anggota dan yang dapat menghalangi membatasi atau mendistorsi persaingan dalam pasar bersama, Pasal 86 pada intinya mengatur tentang penyalahgunaan posisi dominan oleh pelaku usaha sepanjang hal tersebut mempunyai dampak terhadap perdagangan antara negara anggota. Berdasarkan dua pasal yang terdapat dalam perjanjian Uni Eropa, yang dilarang adalah perjanjian yang bersifat horizontal, perjanjian yang bersifat vertikal, merger, usaha patungan dan penyalahgunaan posisi dominan.<sup>63</sup>

Perjanjian yang bersifat horizontal diantaranya adalah perjanjian pembagian wilayah (*market sharing*), perjanjian untuk mengalokasi kuota perjanjian untuk menetapkan harga dan perjanjian untuk memboikot (*collective boycott*). Sedangkan perjanjian yang bersifat vertikal adalah perjanjian distribusi dan pembelian eksklusif, perjanjian yang mengatur resale price maintenance, perjanjian keagenan yang eksklusif. Merger antar perusahaan yang dilarang sepanjang merger tersebut berakibat pada pemusatan kekuatan ekonomi. Dalam penyalahgunaan posisi dominan yang dilarang adalah yang berkaitan dengan relevant product market, relevan geographical market, dan dominasi.

## **B. Hukum Pembuktian Indonesia**

### **A. Pengertian Pembuktian**

Setiap negara hukum di dunia selalu mencita-citakan agar tercapainya kekuasaan yang berkaitan erat dengan kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi. A. V Dicey mengaitkan prinsip negara hukum dengan *rule of law* dimana hukum menjadi pemandu, pengendali, pengontrol dan pengatur dari segala aktivitas berbangsa dan bernegara. Adapun yang menjadi ciri-ciri dari negara hukum (*the rule of law*) adalah *supremacy of law; equality before the law; due process of law*; prinsip pembagian kekuasaan; peradilan bebas tidak meihak; peradilan tata usaha negara; peradilan tata negara; perlindungan hak asasi manusia; demokrasi; *welfare state*; transparansi dan kontrol sosial.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Mokhammad Najih, *Politik Hukum Pidana Pasca Reformasi Implementasi Hukum Pidana sebagai Instrumen dalam Mewujudkan Tujuan Negara*, (Malang; In-Trans Publishing, 2008), hlm. 1-12. Pada negara Eropa Kontinental konsep negara hukum disebut *rechtstaat*. Menurut prinsip negara hukum *The International Commission of Jurist* bahwa negara harus tunduk pada hukum; pemerintah harus menghormati hak-hak individu; peradilan bebas yang tidak memihak. Dalam tradisi hukum Anglo Amerika disebut sebagai *the rule of law*.

Suatu negara hukum akan tercermin dari proses peradilan yang berlangsung di negara tersebut. Proses peradilan harus mencerminkan proses peradilan yang transparan, wajar dan tidak berbasiskan kekuasaan. Karena itu pembuktian merupakan masalah yang penting dalam suatu proses peradilan. Dalam memutus suatu perkara, maka diperlukan adanya bahan-bahan mengenai fakta. Dengan adanya bahan mengenai fakta-fakta yang ada, maka dapat diketahui dan diambil kesimpulan tentang adanya bukti. Pembuktian inilah yang nantinya akan memegang peranan penting dalam pengambilan keputusan akhir oleh hakim.

Pembuktian merupakan unsur penting dalam suatu persidangan. Walaupun pendekatan yang dilakukan berbeda-beda, secara umum pembuktian bertujuan untuk memperoleh kepastian bahwa peristiwa hukum yang diajukan itu benar-benar terjadi, guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Dalam perkara perdata, pihak-pihak yang bersengketa mengemukakan dalil-dalilnya masing-masing yang mana nantinya dalil tersebut dijadikan dasar pertimbangan oleh hakim agar dicapai suatu keputusan yang objektif. Tidak beda halnya dalam perkara pidana, maka aspek pembuktian telah dimulai pada tahap penyelidikan, hingga penjatuhan vonis oleh hakim, dan secara dominan terjadi pada sidang pengadilan dalam rangka hakim menemukan kebenaran materil.

Banyak para sarjana yang memberikan defenisi tentang pembuktian. Yahya Harahap, S.H. (1991:01) menyatakan dalam pengertiannya yang luas, pembuktian adalah kemampuan penggugat atau tergugat memanfaatkan hukum pembuktian untuk mendukung dan membenarkan hubungan hukum dan peristiwa-peristiwa hukum yang didalilkan atau dibantahkan dalam hubungan hukum yang diperkarakan. Sedang dalam arti sempit, pembuktian hanya diperlukan sepanjang mengenai hal-hal yang dibantah atau hal-hal yang masih disengketahkan atau hanya sepanjang yang menjadi perselisihan di antara pihak-pihak yang berperkara.<sup>65</sup>

*The evidence of a fact is that which tends to prove it-something which may satisfy an enquirer that the fact exist.*<sup>66</sup> Pengertian dari pembuktian itu sendiri adalah cara-cara yang dibenarkan oleh undang-undang untuk membuktikan kesalahan yang didakwakan kepada terdakwa.

---

<sup>65</sup> Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, (Jakarta; Kencana, 2008), hlm. 227.

<sup>66</sup> David Byrne & J.D. Heydon, *Cross on Evidence*, 3<sup>rd</sup> Australian edition, (Melbourne, Butterworths Pty Limited, 1986), hlm. 1.

Sedangkan membuktikan itu sendiri mengandung pengertian memberikan dasar-dasar yang cukup kepada hakim yang memeriksa perkara yang bersangkutan guna memberikan kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukan, atau jika dalam kasus hukum privat yaitu meyakinkan hakim atas dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan . Dengan demikian tampaklah bahwa pembuktian itu hanya diperlukan dalam persengketaan atau perkara di muka hakim atau pengadilan.<sup>67</sup>

Hakim di pengadilan merupakan alat perlengkapan dalam suatu negara hukum yang ditugaskan menetapkan hubungan hukum yang sebenarnya antara dua pihak yang bersengketa, hakim harus membuat ketetapan atau putusan atas sengketa tersebut. Tugas hakim tersebut adalah menetapkan hukum secara spesifik atau menerapkan hukum atas terdakwa atau dalam kasus perdata, menerapkan hukum yang tepat atas sengketa antara dua pihak atau lebih. Biasanya dalam suatu sengketa yang berlangsung dimuka hakim, para pihak mengajukan dalil-dalil dan peristiwa masing-masing yang saling bertentangan satu dengan yang lain. Disinilah tugas hakim untuk memeriksa dan menetapkan manakah dalil atau peristiwa yang lebih mendekati kebenaran., dan yang mana yang tidak benar. Berdasarkan duduk perkara yang diperiksa, hakim dalam amar putusannya akan memutuskan siapa yang akan dimenangkan dan siapa pula yang dikalahkan. Dalam melaksanakan pemeriksaan tersebut, hakim harus mengindahkan aturan-aturan tentang pembuktian yang merupakan hukum pembuktian.

Pada dasarnya hukum pembuktian merupakan seperangkat kaidah hukum yang mengatur tentang pembuktian, yakni segala proses, dengan menggunakan alat-alat bukti yang sah, dilakukan dengan tindakan dengan prosedur khusus, dan guna mengetahui fakta di persidangan.<sup>68</sup> Atau dalam kasus pidana, hukum pembuktian disebut sebagai ketentuan yang mengatur alat-alat bukti yang dibenarkan undang-undang yang boleh dipergunakan hakim untuk membuktikan kesalahan yang didakwakan.<sup>69</sup>

Dengan adanya hukum yang mengatur tentang pembuktian, maka akan memberikan kepastian hukum bagi hakim dalam memutus perkara maupun bagi pihak yang bersengketa ataupun terdakwa. Ketidakpastian hukum dan kesewenang-

---

<sup>67</sup> R. Subekti, *Hukum Pembuktian*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1988), hlm. 55.

<sup>68</sup> Munir Fuady, *Teori Hukum Pembuktian (Pidana dan Perdata)*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 1-2.

<sup>69</sup> M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP: Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali*, ed. 2, cet.3, (Jakarta: Sinar Grafika, 2002), hlm. 273.

wenangan akan muncul apabila hakim dalam melaksanakan tugasnya hanya bersandar pada keyakinannya semata. Namun keyakinan hakim itu harus terbentuk dari kebenaran alat bukti yang diajukan oleh para pihak. Dengan alat bukti tersebut, para pihak akan berusaha membuktikan dalilnya atau pendiriannya yang dikemukakan kepada hakim yang diwajibkan memutuskan perkara dalam sengketa diantara mereka. Tentang bagaimana hukumnya, bukanlah kewajiban para pihak untuk membuktikannya, karena adalah kewajiban hakim untuk mengetahui hukum itu dan menerapkan hukum ini sesudah ia mengetahui duduk perkaranya.

## **B. Sistem Pembuktian.**

Jenis-jenis sistem pembuktian, berdasarkan kepustakaan ada empat jenis sistem pembuktian yaitu:<sup>70</sup>

### **1. Sistem Pembuktian Berdasarkan Keyakinan Hakim (*Conviction Intime*).**

Sistem ini sering juga disebut *Bloot Gemoedelijkke Overtuiging*. *Bloot* artinya semata-mata, sedangkan *gemoedelijkke* adalah keyakinan. Teori ini menyatakan bahwa hakim mengambil keputusan semata-mata berdasarkan keyakinan pribadinya. walaupun tidak ada alat bukti, Hakim dapat menjatuhkan pidana dan hakim tidak perlu menyebut alasan-alasan putusannya. Dalam sistem ini hakim mempunyai kebebasan penuh untuk menjatuhkan putusan. Subyektifitas hakim sangat menonjol dalam sistem ini.<sup>71</sup>

Disadari bahwa alat bukti berupa pengakuan terdakwa sendiri pun tidak selalu membuktikan kebenaran. Pengakuan pun kadang-kadang tidak menjamin terdakwa benar-benar telah melakukan perbuatan yang didakwakan. Oleh karena itu, diperlukan bagaimana pun juga keyakinan hakim sendiri.<sup>72</sup> Jadi, walaupun dalam memeriksa perkara terdapat alat-alat pembuktian, namun apabila hakim tidak yakin, maka hakim harus membebaskan terdakwa. Sebaliknya, walaupun tidak ada alat-alat pembuktian, namun apabila hakim yakin akan kesalahan terdakwa, maka terdakwa dapat dijatuhi hukuman. Maka dari itu pada sistem ini sangat terbuka peluang untuk terjadi praktik

---

<sup>70</sup> Bambang Waluyo, *Sistem Pembuktian dalam Peradilan Indonesia*, (Jakarta; Sinar Grafika, 1996), hlm. 27-28.

<sup>71</sup> Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2001), hlm. 248.

<sup>72</sup> *Ibid.*

penegakan hukum yang sewenang-wenang, dengan bertumpu pada alasan hakim yang telah yakin.<sup>73</sup> Sistem ini dianut oleh peradilan jurydi Perancis.

Sistem ini dapat dilihat secara tersirat dalam HIR yang mana dimuat dalam ketentuan pasal 294 ayat (1) HIR yang menyatakan:

*Tidak seorang pun boleh dikenakan hukuman, selain jika hakim mendapat keyakinan dengan alat bukti yang sah, bahwa benar telah terjadi perbuatan yang dapat dihukum dan bahwa orang yang dituduh itulah yang salah tentang perbuatan itu.*

Dengan demikian yang lebih menentukan ialah keyakinan hakim, karena walaupun terdapat banyak alat bukti, namun jika hakim tidak yakin akan kesalahan tertuduh maka hakim harus membebaskannya. Dalam Hukum Pidana, hal tersebut tercermin dalam tujuan penjatuhkan pidana yang setimpal kepada si pembuat pidana untuk kepentingan umum, (guna menjaga ketentraman masyarakat dan negara) maka sudah tepat sistem pembuktian negatif yang dipakai dalam Hukum Acara Pidana.

## 2. Sistem Pembuktian Berdasarkan Undang-Undang Secara Positif (*Positif Wettelijke Bewijstheorie*)

Dikatakan positif, karena hanya didasarkan kepada undang-undang saja. Artinya jika terbukti suatu perbuatan sesuai dengan alat-alat bukti yang disebut oleh undang-undang, maka disini keyakinan hakim tidak diperlukan sama sekali. Sistem ini merupakan kebalikan dari sistem *Conviction in Time* karena dalam sistem ini apabila perbuatan sudah terbukti dengan adanya alat-alat bukti maka keyakinan hakim sudah tidak diperlukan lagi<sup>74</sup> dan bukan menjadi bahan yang boleh dipertimbangkan dalam hal menarik kesimpulan tentang kesalahan terdakwa melakukan tindak pidana.<sup>75</sup> Sehingga jika ada bukti (walaupun sedikit) harus disalahkan dan dihukum.<sup>76</sup> Selain itu sistem ini disebut juga teori pembuktian formal (*formule bewijstheorie*).

Dalam persoalan perdata, sistem pembuktian positif tersebut terkandung dari ketentuan maksud pasal-pasal 138 ayat (2), pasal 150 ayat (3), pasal 153 ayat (3), pasal 153 ayat (1), pasal 154 ayat (1), pasal 155 ayat (1) dan pasal 156 ayat (1) HIR yang berbunyi sebagai berikut:

<sup>73</sup> Adami Chazawi, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, (Bandung: PT. Alumni, 2008), hlm. 25.

<sup>74</sup> Andi Hamzah, *op.cit.*, hlm. 247.

<sup>75</sup> Adami Chazawi, *op. cit.*, hlm. 27.

<sup>76</sup> Wantjik Saleh, *Tindak Pidana Korupsi dan Suap*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983), hlm.

Pasal 138 ayat (2) HIR:

Apabila ternyata bahwa dalam melakukan pemeriksaan tersebut perlu digunakan surat-surat yang berada dalam tangannya pejabat-pejabat umum penyimpan akta-akta, maka Pengadilan Negeri akan memerintahkan supaya surat-surat tersebut diajukan pada suatu sidang yang ditentukan untuk itu.

Pasal 150 ayat (3):

Hakim atas kehendaknya sendiri, harus mengajukan pertanyaan-pertanyaan yang dianggapnya perlu untuk mengetahui kebenaran tentang duduknya suatu perkara.

Pasal 153 ayat (1) HIR:

Ketua sidang dapat, apabila dianggapnya perlu atau berguna, mengangkat satu atau dua orang hakim anggota dari Mjelis, untuk dibantu oleh panitera, melakukan pemeriksaan atau penelitian setempat, akan hal-hal yang kiranya dapat memberikan penerangan kepada hakim.

Pasal 154 ayat (1) HIR:

Apabila pengadilan berpendapat bahwa perkaranya akan dapat dijelaskan dengan suatu pemeriksaan atau peninjauan oleh seorang ahli, maka ia dapat atas permintaan para pihak atau karena jabatan, mengangkat ahli tersebut.

Pasal 155 ayat (1) HIR:

Apabila alasan gugatan ataupun bantahan yang diajukan terhadapnya tidak seluruhnya terbukti tetapi juga tidak sama sekali tak terbukti, dan tiada kemungkinan lain untuk menguatkannya dengan alat-alat bukti lainnya, maka pengadilan, karena jabatan dapat memerintahkan kepada salah satu pihak untuk bersumpah di depan sidang, baik untuk menggantungkan pemutusan perkara padanya, aataupun untuk menetapkan suatu jumlah yang akan dikabulkan.

Pasal 156 ayat (1) HIR:

Juga, biar tiada bukti sekalipun untuk menguatkan gugatannya atau bantahan yang diajukan terhadapnya, pihak yang satu dibolehkan memerintahkan kepada pihak lawannya untuk mengangkat sumpah guna menggantungkan kepada pemutusan perkaranya, asal saja sumpat tersebut berhubungan dengan suatu perbuatan yang telah dilakukan oleh pihak yang kepada sumpahnya akan digantungkan pemutusannya perkara itu.

Dengan demikian apabila tidak ada bukti tidak dapat dihukum dan apabila ada bukti, sekalipun hanya bukti minimum harus dihukum. Oleh karena itu, di dalam Hukum Acara Perdata adalah sewajarnya dipakai sistem pembuktian yang positif.

3. Sistem pembuktian berdasarkan keyakinan hakim secara logis (*La conviction raisonee*).

Teori ini muncul sebagai teori jalan tengah dengan pembuktian berdasarkan keyakinan hakim yang terbatas dengan alasan logis. Alat bukti dalam sistem ini tidak diatur secara limitatif oleh undang-undang. Sistem ini juga disebut sebagai pembuktian bebas karena hakim bebas menyebutkan alasan-alasannya dalam menjatuhkan putusan.<sup>77</sup> Dengan kata lain pokok ajaran sistem pembuktian ini yaitu:

- a. Keyakinan; tapi keyakinan hakim itu harus diberi.
- b. Alasan-alasan apa sebabnya ia yakin (*beredeneerde*) dan dasar alasan-alasan ini tidak terikat kepada alat pembuktian yang diakui oleh undang-undang saja, tapi dapat juga dipergunakan lain alat pembuktian di luar undang-undang.

Hakim dapat memutuskan seseorang bersalah berdasar keyakinannya. Keyakinan ini berdasarkan kepada dasar-dasar pembuktian disertai dengan suatu kesimpulan (*conclusie*) yang berlandaskan kepada peraturan-peraturan pembuktian tertentu, dimana pembuktian tersebut tidak terbatas pada alat pembuktian yang diakui undang-undang, melainkan dapat mempergunakan alat-alat bukti lain yang ada diluar undang-undang sebagai alasan yang menguatkan keyakinan hakim. Jadi, putusan hakim dijatuhkan dengan suatu motivasi.

4. Sistem Pembuktian Berdasarkan Undang-Undang secara Negatif (*Negatief Wettelijke*).

Pada sistem pembuktian ini hakim dapat memutuskan seseorang bersalah berdasarkan pada aturan-aturan pembuktian yang ditetapkan secara limitatif oleh undang-undang. Namun hal ini saja tidak cukup, harus ditambah dengan adanya unsur keyakinan hakim. Atau dengan kata lain alat-alat bukti yang diakui sah oleh undang-undang saja belum cukup, namun harus disertai dengan keyakinan hakim yang merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, yang tidak berdiri sendiri.<sup>78</sup> Seperti halnya dalam pasal 183 KUHAP, standar bukti untuk menyatakan terdakwa terbukti bersalah, yaitu harus ada atau berdasarkan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah, dan dari dua alat bukti tersebut, hakim memperoleh keyakinan terjadinya

<sup>77</sup> Andi Hamzah, *op.cit.*, hlm. 249.

<sup>78</sup> Adami Chazawi, *op. cit.*, hlm. 28.

tindak pidana dan terdakwa bersalah melakukannya (*beyond reasonable doubt*). Kebenaran yang diwujudkan harus berdasarkan bukti yang tidak meragukan, sehingga kebenaran itu dianggap bernilai sebagai kebenaran hakiki (*materiele waarheid, ultimate truth*).<sup>79</sup>

Namun tidak demikian dalam proses peradilan perdata yang tidak menganut sistem pembuktian ini. Kebenaran yang dicari dan diwujudkan hakim cukuplah kebenaran formil (*formeel waarheid*), walaupun tidak ada larangan bagi hakim pengadilan perdata untuk mencari dan menemukan kebenaran materil, namun apabila kebenaran materil tidak ditemukan, hakim dibenarkan untuk mengambil putusan berdasarkan kebenaran formil (Putusan MA No. 3136 K/Pdt/1983). Hal ini mengakibatkan dari diri sanubari hakim, itu dengan kata lain tidak dituntut adanya keyakinan hakim. Para pihak yang berperkara dapat mengajukan pembuktian berdasarkan berdasarkan kebohongan maupun kepalsuan, namun fakta yang demikian secara teoritis harus diterima hakim untuk melindungi atau mempertahankan hak perorangan atau hak perdata pihak yang bersangkutan. Sekiranya tergugat mengakui dalil penggugat, meskipun hal tersebut tidak benar atau palsu, hakim harus menerima kebenaran itu dengan kesimpulan bahwa berdasarkan pengakuan tersebut, tergugat dianggap dan dinyatakan melepaskan hak perdatanya atas hal yang diperkarakan.<sup>80</sup>

### C. Teori Pembuktian

#### 1. Teori-Teori Tentang Penilaian Pembuktian.

Pada umumnya sepanjang undang-undang tidak mengatur sebaliknya, hakim bebas untuk menilai pembuktian. Sehingga yang berwenang menilai pembuktian yang tidak lain merupakan suatu kenyataan adalah hakim. Dalam hukum acara perdata, menurut Prof. sudikno Mertokusumo bahwa persoalan pembuktian ada beberapa teori diantaranya:<sup>81</sup>

##### a) Teori Pembuktian Bebas

Teori ini tidak menghendaki adanya ketentuan-ketentuan yang mengikat hakim, sehingga kebebasan seluas-luasnya harus diberikan kepada hakim dalam menilai alat bukti. Menghendaki kebebasan yang luas berarti menaruh kepercayaan

<sup>79</sup> R. Subekti, *op. cit.*, hlm. 9.

<sup>80</sup> R. Subekti, *op. cit.*, hlm. 107.

<sup>81</sup> Adami Chazawi, *op. cit.*, hlm. 7.

atas hakim untuk bersikap penuh rasa tanggung jawab, jujur, tidak memihak, bertidak dengan keahlian dan tidak terpengaruh oleh apapun dan oleh siapapun.

b) Teori Pembuktian Negatif

Dalam pembuktian terbatas negatif, menghendaki adanya ketentuan-ketentuan yang mengikat, yang bersifat negatif dimana ketentuan tersebut membatasi pada larangan bagi hakim untuk melakukan sesuatu yang berhubungan dengan pembuktian (memperoleh dan menilai alat bukti). Jadi hakim di sini dilarang dengan pengecualian (pasal 169 HIR; 306 RBg dan 1905 BW).

c) Teori Pembuktian Terbatas Positif

Disamping adanya larangan bagi hakim, teori ini juga menghendaki adanya perintah kepada hakim. Di sini hakim diwajibkan, tetapi dengan syarat (pasal 165 HIR; 285 RBg, 1870 BW). Dalam praktek jelas ada keterkaitan hakim dengan Undang-Undang sebagaimana pasal 169 HIR dan juga suatu akta autentik itu merupakan bukti sempurna, kecuali terbukti sebaliknya, misalnya akta tersebut diduga palsu. Pada umumnya sepanjang UU tidak mengatur sebaliknya, hakim bebas untuk menilai pembuktian. Jadi yang berwenang menilai pembuktian yang tidak lain merupakan penilaian suatu kenyataan, adalah hakim, dan hanyalah *judex facti* saja. Oleh karena itu mahkama agung tidak dapat mempertimbangkan dalam pemeriksaan tingkat kasasi.<sup>82</sup>

## 2. Teori-Teori Tentang Pembagian Beban Pembuktian.

Ditinjau dari segi ketentuan undang-undang dan praktik, telah terjadi perkembangan pedoman pembagian beban pembuktian. Yahya Harahap, dalam bukunya Hukum Acara Perdata membaginya menjadi:<sup>83</sup>

a) Teori Pembuktian yang Bersifat Menguatkan Belaka (*Blot Affirmatief*).

Menurut teori ini siapa yang mengemukakan sesuatu harus membuktikannya (*he who asserts must prove*) dan bukan mengingkari atau yang menyangkalnya, sebaliknya siapa yang membantah hak orang lain maka kepadanya dibebankan wajib bukti untuk membuktikan bantahan tersebut. Prinsip inilah yang merupakan pangkal (patokan) pembagian beban pembuktian dalam perkara perdata, yakni siapa yang mengemukakan sesuatu, wajib membuktikannya. Dasar hukum teori ini adalah pendapat bahwa hal-hal yang negatif tidak mungkin dibuktikan

<sup>82</sup> Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, hlm. 178.

<sup>83</sup> M. Yahya Harahap, *op.cit.*, hlm. 522-530.

(*negativa non sunt probanda*). Peristiwa negatif tidak dapat dijadikan dasar dari suatu hak, sekalipun pembuktiannya mungkin, hal ini tidaklah penting dan oleh karena tidak dapat dibebankan kepada seseorang. Teori ini telah ditinggalkan.

b) Teori Hukum Subjektif

Teori ini bertujuan untuk mempertahankan hukum subjektif dan selalu merupakan pelaksana hukum subjektif. Asas pembuktian sebagaimana yang tersebut dalam pasal 283 R.Bg yaitu siapa yang mengemukakan atau mengaku mempunyai suatu hak maka ia harus membuktikannya tentang adanya hak itu. Dalam hal demikian berarti yang lebih dahulu memikul wajib bukti, dibebankan kepada pihak penggugat, karena ia yang mengajukan terlebih dahulu mengenai haknya dalam perkara yang bersangkutan. Menurut teori ini, dalam hal pembebeana pembuktian tidak semua fakta harus dibuktikan. Hak atau fakta yang mesti dibuktikan adalah fakta atau dalil yang berkenaan dengan hak. Dalam hal penerapan pembebeana pembuktian yang rasional dilakukan dengan membedakan fakta atau peristiwa yang bersangkutan.

Fakta Umum merupakan ketentuan hukum yang melekat pada diri personal para pihak seperti yang menyangkut dengan kualitas para pihak untuk melakukan tindakan hukum. Hal ini bisa juga meliputi ketentuan umum yang berkenaan dengan perjanjian meliputi, syarat-syarat yang digariskan Pasal 1320 KUH Perdata tentang kehendak bebas, kesepakatan (objek atau harga), mengandung kausa yang halal, atau objek yang diperjanjikan tidak mengenai warisan yang belum dibagi. Dalam fakta khusus, hal yang paling utama adalah menimbulkan hak, menghalangi hak, dan menghapus hak. Maka dalam rangka pembebanan pembuktian menurut teori subjektif, yang wajib dibuktikan hanya terbatas pada fakta khusus, sedangkan fakta umum baru wajib dibuktikan jika ada penyangkalan dari pihak lawan.

c) Teori Hukum Objektif

Mengajukan gugatan atau tuntutan hak ke pengadilan berarti meminta kepada hakim agar menerapkan ketentuan dalam undang-undang hukum objektif kepada peristiwa yang diajukan. Oleh karena itu penggugat harus membuktikan kebenaran peristiwa yang diajukan itu dan kemudian hukum objektifnya untuk diterapkan dalam peristiwa. Hakim tugasnya menerapkan hukum objektif pada peristiwa yang diajukan oleh para pihak, hanya dapat mengabulkan gugatan bilamana unsur-unsur yang ditetapkan oleh hukum objektif dipenuhi. Atas dasar

inilah isi hukum objektif yang diterapkan dapat ditentukan pembagian beban pembuktian.

Dengan demikian segala persoalan beban pembuktian dipecahkan melalui peraturan perundang-undangan. Sebagai contoh mengenai perbuatan melawan hukum (pasal 1365 KUH Perdata), maka unsur-unsur yang harus dipenuhi antara lain: ada perbuatan (kealpaan), perbuatan (kealpaan) terjadi karena kesalahan pelaku, perbuatan tersebut mendatangkan kerugian pada orang lain. Dapat dilihat bahwa KUH Perdata telah menentukan sendiri unsur-unsur dari perbuatan melawan hukum. Maka berdasarkan teori ini, penggugat harus membuktikan unsur-unsur yang bersangkutan bahwa telah terjadi perbuatan melawan hukum. Teori ini banyak menuai kritik karena dianggap kurang realistis. Hal ini terlihat jelas bahwa tidak semua masalah hukum itu diatur dalam peraturan perundang-undangan.

d) Teori Hukum Publik

Teori ini berpendapat bahwa mencari kebenaran suatu peristiwa dalam peradilan merupakan kepentingan publik. Oleh karena itu hakim harus diberi wewenang yang lebih besar untuk mencari kebenaran yang ada. Disamping itu para pihak ada kewajiban yang sifatnya hukum publik, untuk membuktikan dengan segala macam alat bukti. Kewajiban ini harus disertai dengan sanksi pidana.

e) Teori Hukum Acara

Teori ini didasarkan pada asas kedudukan prosesuil yang sama dari pihak-pihak yang berperkara di muka majelis hakim atau dapat disebut *asas audi et alteram partem*. Pembebanan beban pembuktian model ini adalah sama di antara para pihak, sehingga kemungkinan dalam berperkara untuk menang adalah sama sebab kesempatannya adalah sama, yaitu mementingkan keseimbangan dan kepatutan.<sup>84</sup>

Pedoman yang dijadikan patokan pembebanan pembuktian berdasarkan teori ini tidak berpegang teguh secara kaku pada landasan pasal 1865 KUH Perdata, pasal 163 HIR, dengan titik tolak sebagai berikut:<sup>85</sup>

1) Beban Pembuktian melalui Pendekatan Flexibel (*Flexible Approach*).

Berdasarkan pendekatan ini, penerapan beban pembuktian tidak secara kaku berpegang teguh pada *he who assert must prove*, melainkan pembebanan

<sup>84</sup> Abdul Manan, *op. cit.*, hlm. 232-233.

<sup>85</sup> M. Yahya Harahap, *op. cit.*, hlm. 528-529.

bergantung pada keadaan gugatan (*the legal burden of proof depends on the circumstances*). Dalam kasus dalil yang hendak dibuktikan sama berat, maka wajib bukti dibebankan kepada penggugat. Dapat dilihat penerapan pembebanan wajib bukti, tidak wajib terpaku pada pasal 163 HIR, tetapi melalui pendekatan keadaan perkara, yakni dalam keadaan dalil gugat dan dalil bantahan sama berat, dianggap patut meletakkan beban wajib bukti kepada pihak penggugat.

- 2) Mengesampingkan pasal 163 HIR, apabila penerapannya mengakibatkan ketidakpatutan.

Menurut teori ini, hakim harus mengenyampingkan aturan pembagian beban pembuktian yang digariskan pasal 1865 KUH Perdata, pasal 163 HIR apabila penerapan ketentuan itu dalam keadaan konkret menimbulkan ketidakadilan atau ketidakpatutan. Sebagai gantinya diterapkan pembebanan wajib bukti berdasarkan kepatutan menurut pertimbangan atau perasaan kepatutan hakim.

Dasar pemikiran teori ini bertitik tolak pada kenyataan, bahwa dalam suatu perkara di pengadilan, berhadapan dua pihak yang bersengketa (penggugat dan tergugat) yang sama-sama ingin memenangkannya. Dalam hal ini, hakim berperan untuk memberi kesempatan yang sama dengan cara memikulkan beban pembuktian yang berpedoman kepada beratnya dalil yang hendak dibuktikan. Hakim harus membagi beban pembuktian sedemikian rupa agar keduanya dapat seimbang, sehingga pihak yang dibebani wajib bukti, tidak lebih ringan dari pihak lawan apabila ia mengajukan pembuktian sebaliknya.<sup>86</sup>

### 3. Beban Pembuktian.

Beban pembuktian adalah suatu kewajiban yang dibebankan kepada suatu pihak untuk memberikan suatu fakta di depan sidang pengadilan untuk membuktikan kebenaran atas suatu pernyataan atau tuduhan. Atau dengan kata lain pembebanan pembuktian (*burden of proof*) forms the basis of the whole subject, determining which party to any proceedings is required to prove the facts in issue in order to succeed.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Pitlo, *op. cit.*, hlm 48.

<sup>87</sup> C. J. Carr & S. J. Beaumont, *Law of Evidence*, 2<sup>nd</sup> edition, (London: Financial Training Publications Limited, 1989), hlm. 45.

Seiring dengan perkembangan hukum, telah muncul beberapa macam beban pembuktian:

1. Beban Pembuktian Biasa

Yang mempunyai kewajiban untuk membuktikan suatu pernyataan atau tuduhan adalah Jaksa Penuntut Umum, hal ini ditegaskan dalam ketentuan KUHAP Bab VI Pasal 66 dan ketentuan pembuktian yang diatur dalam KUHAP Bab XVI bagian ke empat (pasal 183 s/d pasal 232 KUHAP yang pada intinya menerangkan bahwa tersangka atau terdakwa tidak dibebani kewajiban pembuktian.

2. Beban Pembuktian Terbalik terbatas dan berimbang

Terdakwa juga dibebani kewajiban untuk membuktikan, tetapi peranan penuntut umum tetap aktif dalam membuktikan dakwaannya. Pada beban pembuktian ini jika terdakwa mempunyai alibi dan ia dapat membuktikan kebenaran alibinya maka beban pembuktian akan berpindah ke penuntut umum untuk membuktikan sebaliknya.

Sistem pembuktian terbalik bersifat terbatas dianut oleh UU No. 31 tahun 1999 jo UU No. 20 tahun 2001, kecuali untuk gratifikasi. Sistem pembuktian ini didasarkan pada sistem pembuktian menurut KUHAP yakni *negatif wettelijk*, hanya terdapat klausul apabila terdakwa dapat membuktikan bahwa ia tidak melakukan korupsi maka pembelaan terdakwa tersebut dapat dijadikan oleh hakim sebagai dasar putusan yang menguntungkan terdakwa, namun Jaksa Penuntut Umum tetap berperan untuk membuktikan dakwaannya.

3. Beban Pembuktian Terbalik (*Shifting Burden of the Proof/Omkering Van bewijslaat*).

Dalam beban pembuktian ini yang mempunyai beban pembuktian adalah terdakwa, sedangkan penuntut umum akan bersikap pasif, bila terdakwa gagal melakukan pembuktian maka dia akan dinyatakan kalah, sistem ini merupakan penyimpangan dari asas pembuktian itu sendiri.

#### D. Alat-Alat Bukti

Dalam hal kekuatan pembuktian, terdapat perbedaan prinsipil alat bukti acara pidana dan perdata, maupun tata usaha negara. Dalam bidang Hukum Pidana, Pasal 184 ayat (1) KUHAP telah menentukan secara limitatif alat bukti yang sah menurut undang-undang. Disisi lain pada pembuktian acara pidana tidak dikenal adanya alat

bukti yang memiliki kekuatan pembuktian yang sempurna dan menentukan, tetapi seluruh jenis alat bukti hanya mempunyai nilai kekuatan pembuktian bebas (*vrij bewijskracht*).<sup>88</sup>

Sama halnya dengan Hukum Acara Pidana, Hukum Acara Tata Usaha Negara juga menganut ajaran pembuktian terbatas dalam rangka memperoleh kebenaran materil. Dari pasal 100 UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, maka dapatlah disimpulkan bahwa Hukum Acara TUN Indonesia menganut ajaran pembuktian bebas yang terbatas. Dikatakan pembuktian bebas terbatas karena alat-alat bukti yang digunakan itu sudah ditentukan secara limitatif dalam pasal tersebut. Selain itu hakim juga dibatasi kewenangannya dalam menilai sahnya pembuktian, yakni paling sedikit 2 alat bukti berdasarkan keyakinan hakim. Sedangkan pembuktian dalam hukum acara perdata dilakukan dalam rangka memperoleh kebenaran formil.

Dalam kasus pidana, dalam rangka membuktikan kesalahan terdakwa, penuntut umum tidak dibenarkan untuk menggunakan alat bukti diluar apa yang telah ditentukan oleh undang-undang. Hakim, penuntut umum, terdakwa maupun penasihat hukum terikat dan terbatas untuk menggunakan alat-alat bukti itu saja, dan tidak leluasa menggunakan alat-alat bukti sesuai dengan kehendaknya diluar alat bukti sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 184 ayat (1) KUHAP. Penilaian sebagai alat bukti, serta yang dibenarkan mempunyai kekuatan pembuktian hanya mencakup alat-alat bukti yang sah. Pada akhirnya, pembuktian yang menggunakan jenis alat bukti diluar jenis alat bukti sebagaimana Pasal 184 ayat (1) KUHAP, tidak mempunyai nilai serta tidak mempunyai kekuatan pembuktian yang mengikat. Tidak demikian dengan acara perdata. Setiap alat bukti memiliki batas minimal pembuktian yang berbeda antara satu dengan yang lain. Begitu juga dengan nilai kekuatan yang melekat pada masing-masing alat bukti, tidak sama.

Pada dasarnya alat bukti (*bewijsmiddel*) memiliki macam bentuk dan jenis, yang mampu memberikan keterangan dan penjelasan tentang masalah yang diperkarakan di pengadilan yang mana sesuai dengan bidang hukum masing-masing.

*It is to be expected that fullest range of the rules of evidence will apply to proceedings in courts, but there are still important variations in the precise mixture of rules which apply to different types of jurisdiction, to different type of court, and to different stages in the proceedings.*<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> M. Yahya Harahap, *op.cit.*, hlm 544.

<sup>89</sup> David Byrne QC & J. D. Heydon, *op.cit.*, hlm. 5.

Dalam Hukum Acara Pidana, maka alat bukti yang diakui adalah alat bukti yang dinyatakan dalam pasal 184 KUHAP (keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, dan keterangan terdakwa). Sedangkan dalam Hukum Acara Perdata, jenis-jenis alat bukti apa saja yang diakui diatur dalam pasal 1866 KUH Perdata, pasal 164 HIR (bukti tulisan, bukti dengan saksi, persangkaan, pengakuan, dan sumpah). Hukum Acara Tata Usaha Negara juga mengatur alat bukti apa saja yang diakui secara enumeratif, yaitu dalam pasal 100 Undang- Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (surat atau tulisan, keterangan ahli, keterangan saksi, pengakuan para pihak, pengetahuan hakim). Dalam peraturan perundang-undangan yang lebih khusus lagi, dalam hal ini Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, diatur jenis-jenis alat bukti diatur dalam pasal 42 Undang Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat meliputi: keterangan saksi, keterangan ahli, surat atau dokumen, petunjuk, keterangan pelaku usaha.

Dalam pembuktian di Pengadilan Pidana, penekanan alat bukti diletakkan pada keterangan saksi, sedang dalam pembuktian di muka pengadilan Tata Usaha Negara, penekanan penggunaan alat bukti diletakkan pada alat bukti tertulis atau surat. Walaupun diantara ketiga Hukum acara ini terdapat persamaan alat bukti (dapat dilihat dalam penyusunan atau urutan alat-alat bukti), akan tetapi karena sistem hukum pembuktian yang berbeda maka penggunaan alat bukti utama berbeda. Meskipun Hukum Acara Pidana dan Hukum Acara Perdata termasuk golongan hukum publik, namun memiliki perbedaan dalam penekanan alat bukti. Beda halnya antara Hukum Acara Tata Usaha Negara dan Hukum Acara Perdata yang termasuk dalam golongan hukum privat, namun keduanya memiliki kesamaan dalam penekanan penggunaan alat bukti, yakni surat-surat atau tulisan. Berikut beberapa jenis alat bukti yang diakui dalam Hukum Acara di Indonesia.

### **1. Keterangan Saksi.**

Alat bukti Keterangan Saksi memiliki urutan yang berbeda dalam Hukum Acara Pidana, Hukum Acara Perdata, maupun dalam Hukum Acara Tata Usaha Negara. Dalam perkara pidana, keterangan saksi merupakan alat bukti yang paling utama. Hampir semua pembuktian dalam perkara pidana, didasarkan pada pemeriksaan keterangan saksi. Keterangan saksi yang berharga dan bernilai pembuktian apabila memberikan keterangan ia kemudian menerangkan tentang sebab

dari pengetahuannya tersebut.<sup>90</sup> Sekurang-kurangnya di samping pembuktian dengan alat bukti yang lain, masih selalu digunakan pembuktian dengan alat bukti keterangan saksi.

Ditinjau dari segi nilai dan kekuatan pembuktian (*the degree of evidence*) dari keterangan saksi, mempunyai nilai kekuatan pembuktian beberapa pokok ketentuan yang harus dipenuhi oleh seorang saksi, sebagai alat bukti yang memiliki nilai kekuatan pembuktian, harus memenuhi aturanc ketentuan sebagai berikut:<sup>91</sup>

- a. Harus mengucapkan sumpah atau janji. Pasal 160 ayat (3), dan Pasal 160 ayat (4) memberi kemungkinan untuk mengucapkan sumpah atau janji setelah saksi memberikan keterangan. Terhadap saksi yang menolak untuk mengucapkan sumpah atau janji tanpa alasan yang sah: a) dapat dikenakan sandera; b) penyanderaan dilakukan berdasar "penetapan" hakim ketua sidang; c) penyanderaan hal seperti ini paling lama dilakukan empat belas hari (Pasal 161 KUHAP).
- b. Keterangan saksi yang bernilai sebagai alat bukti. Tidak semua keterangan saksi yang mempunyai nilai alat bukti. Keterangan saksi yang mempunyai nilai ialah keterangan yang sesuai dengan apa yang dijelaskan dalam pasal 1 angka 27 KUHAP j.o penjelasan pasal 185 ayat (1) KUHAP, dapat ditarik kesimpulan antara lain: *pertama*, setiap keterangan saksi diluar apa yang didengarnya sendiri dalam peristiwa pidana yang terjadi atau di luar yang dilihat atau dialaminya dalam peristiwa pidana yang terjadi, keterangan yang diberikan diluar pendengaran, penglihatan, atau pengalaman sendiri mengenai suatu peristiwa pidana yang terjadi, tidak dapat dijadikan dan dinilai sebagai alat bukti. Keterangan semacam itu tidak mempunyai kekuatan nilai pembuktian; *kedua*, *testimonium de auditu* atau keterangan saksi yang diperoleh sebagai hasil pendengaran dari orang lain, tidak mempunyai nilai sebagai alat bukti.; *ketiga*, pendapat atau rekaan yang saksi peroleh dari hasil pemikiran, bukan merupakan keterangan saksi (pasal 185 ayat (5) KUHAP).
- c. Keterangan saksi harus diberikan di sidang pengadilan. Agar saksi dapat dinilai sebagai alat bukti, keterangan itu harus yang dinyatakan di sidang pengadilan (pasal 185 ayat (1) KUHAP).

<sup>90</sup> Adami Chazawi, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, cet. 1, (Jakarta: PT Alumni, 2006), hlm. 38.

<sup>91</sup> M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Penyidikan dan Penuntutan*, (Jakarta;Sinar Grafika, 2000), hlm. 35-75.

- d. Keterangan saksi saja tidak dianggap cukup. Prinsip minimum pembuktian yang diatur dalam Pasal 183 KUHAP. Supaya keterangan saksi dapat dianggap cukup untuk membuktikan kesalahan seorang terdakwa, harus dipenuhi paling sedikit atau sekurang-kurangnya terdapat dua alat bukti (*unus testis nullus testis*). Selain itu juga pasal 185 ayat (2) KUHAP menambahkan bahwa keterangan seorang saksi saja belum dianggap cukup sebagai alat bukti untuk membuktikan kesalahan terdakwa. Maka dapat ditarik kesimpulan bahwa: a) untuk membuktikan kesalahan terdakwa paling sedikit harus didukung oleh dua orang saksi; b) atau kalau saksi yang ada hanya terdiri dari seorang saja maka kesaksian tunggal itu harus dicukupi atau ditambah dengan salah satu alat bukti yang lain.
- e. Keterangan beberapa saksi yang berdiri sendiri. Tidak ada gunanya menghadirkan saksi yang banyak, jika secara kualitatif keterangan mereka saling berdiri sendiri tanpa adanya saling hubungan antara yang satu dengan yang lain; yang dapat mewujudkan suatu kebenaran akan adanya kejadian atau keadaan tertentu. Berapapun banyaknya saksi yang diperiksa dan didengar keterangannya di sidang pengadilan, hanyalah pemborosan waktu jika masing-masing keterangan mereka itu berdiri sendiri tanpa benang merah satu dengan lainnya.<sup>92</sup>

Suatu keterangan saksi dikatakan alat bukti yang sah apabila terdapat hubungan antara keterangan-keterangan tersebut. Keterangan-keterangan saksi inilah yang menjadi satu, sehingga membentuk keterangan yang membenarkan adanya suatu kejadian atau keadaan tertentu. Namun dalam menilai dan mengkonstruksikan kebenaran keterangan para saksi, dituntut kewaspadaan hakim untuk memperhatikan:<sup>93</sup>

- a. Persesuaian antara keterangan saksi

Saling persesuaian harus jelas tampak penjabarannya dalam pertimbangan hakim, sedemikian rupa jelasnya diuraikan secara terperinci dan sistematis, agar tidak terjadi penguraian analisis persesuaian yang mengambang dan deskriptif.

- b. Persesuaian keterangan saksi dengan alat bukti lain.

Dalam hal ini, jika yang diajukan penuntut umum atau para pihak yang bersengketa dalam persidangan pengadilan terdiri dari saksi dengan alat bukti lain,

---

<sup>92</sup> Indonesia (b), *Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana*, UU No. 8 Tahun 1981, Ps. 185 ayat (4), Keterangan beberapa saksi-saksi yang berdiri sendiri tentang suatu kejadian atau keadaan dapat digunakan sebagai suatu alat bukti yang sah, apabila keterangan saksi itu ada hubungannya satu dengan yang lain sedemikian rupa, sehingga dapat membesarkan adanya suatu kejadian atau keadaan tertentu.

<sup>93</sup> *Ibid.*, Ps. 185 ayat (6) .

baik berupa ahli, surat atau petunjuk, hakim dalam sidang maupun dalam pertimbangannya, harus meneliti dengan sungguh-sungguh saling persesuaian maupun pertentangan antara keterangan saksi tersebut dengan alat bukti yang lain.

c. Alasan saksi memberi keterangan tertentu.

Pada dasarnya hakim harus mencari alasan mengapa saksi memberikan keterangan seperti itu. Tanpa mengetahui alasan saksi yang pasti, akan memberikan gambaran yang kabur bagi hakim tentang keadaan yang diterangkan oleh saksi. Tentu ada sebab dan alasan saksi benar-benar mempunyai dasar alasan yang dapat diterima oleh akal.

d. Nilai kekuatan pembuktian keterangan saksi.

Keterangan saksi sebagai alat bukti yang disampaikan pada sidang di pengadilan dapat dibagi yaitu; keterangan saksi tanpa disumpah sebagaimana ditentukan dalam Pasal 161 KUHAP, walaupun dengan disandera tetapi saksi tetap menolak untuk disumpah atau janji, maka keterangan saksi yang demikian dapat menguatkan keyakinan hakim, bilamana pembuktian lainnya telah memenuhi batas minimum pembuktian.

Nilai kekuatan pembuktian keterangan saksi yang disumpah, harus memenuhi beberapa persyaratan, yakni keterangannya harus disampaikan yang sebenarnya tiada lain daripada yang sebenarnya, keterangannya harus suatu peristiwa yang didengar sendiri. Dinyatakan di depan persidangan, nilai kekuatan saksi mempunyai nilai yang sempurna (*volledig bewijskracht*) atau bersifat bebas, sehingga nilai pembuktian saksi demikian tergantung pada penilaian hakim.<sup>94</sup> Andi Hamzah mengemukakan bahwa pada umumnya semua orang dapat menjadi saksi, tetapi pengecualian menjadi saksi tercantum dalam pasal 186 KUHAP, yakni keluarga, pejabat yang diharuskan menyimpan rahasia jabatan, anak yang belum cukup umur, dan orang yang sakit ingatan. Larangan terhadap saksi *de auditu* (saksi yang hanya mendengar dari orang lain saja).<sup>95</sup>

Pada dasarnya menjadi seorang saksi merupakan kewajiban hukum bagi setiap orang. Apabila seorang dipanggil menjadi saksi akan tetapi menolak atau tidak mau hadir didepan persidangan, meskipun telah dipanggil dengan sah dan hakim ketua sidang mempunyai cukup alasan, untuk menyangka saksi tersebut tidak akan mau

<sup>94</sup> M. Yahya Harahap, *op.cit.* hlm. 642.

<sup>95</sup> Andi Hamzah, *op. cit.*, hlm. 260, mengemukakan bahwa hubungan darah yakni sedarah atau semenda, saudara terdakwa sampai derajat ketiga, suami isteri terdakwa meskipun sudah bercerai.

hadir, hakim ketua sidang dapat memerintahkan supaya saksi tersebut dihadapkan ke pengadilan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 159 ayat (2) KUHAP.<sup>96</sup>

Dengan demikian, setiap orang yang mendengar, melihat dan mengalami sendiri suatu peristiwa yang dapat didengar sebagai saksi, akan tetapi dalam pengecualian sifatnya seorang tidak dapat didengar keterangannya dan dapat mengundurkan diri sebagai saksi. Adapun syarat formal sebagai saksi dalam praktek, dasarnya bahwa keterangan saksi diberikan di bawah sumpah menurut cara agamanya masing-masing, dengan memberikan keterangan sebenarnya dan tidak lain daripada yang sebenarnya, sebagaimana putusan MARI No. 661 K/Pid/1988 tanggal 19 Juli 1990. Sedangkan syarat materil dapat disimpulkan, dengan memperhatikan secara seksama persesuaian antara keterangan saksi dengan alat bukti lain alasan yang mungkin dipergunakan oleh saksi untuk memberikan keterangan yang tertentu, cara hidup kesusilaan saksi serta segala sesuatu yang pada umumnya dapat mempengaruhi dapat tidaknya keterangan itu dipercaya.

Keterangan saksi dalam persidangan juga memberikan indikasi atau dugaan bahwa saksi juga sebagai pelaku tindak pidana. Pada persidangan pidana dalam usaha mencari kebenaran materil (*materieele waarheid*) tidak jarang ditemukan bahwa sebenarnya saksi tersebut ditengarai membunyai indikasi atau dugaan sebagai pelaku tindak pidana.

Pasal 163 KUHAP hanya mengatur tentang keterangan saksi sewaktu dipersidang memiliki keterangan berbeda dengan keterangannya pada BAP yang dibuat oleh penyidik. Kalau seorang saksi menarik atau mencabut keterangannya dalam BAP yang dibuat oleh penyidik, berlakulah ketentuan pasal 185 ayat (1) dan ayat (6) KUHAP. Dengan demikian fungsi keterangan saksi hanyalah tinggal sebagai alat bukti petunjuk (Pasal 188 ayat (2) KUHAP). Akhirnya yang perlu dikedepankan terhadap keterangan saksi adalah terhadap jenis-jenis saksi. Secara global dalam praktik dasarnya kerap dijumpai adanya beberapa jenis saksi, yaitu:

- a. Saksi *A Charge* ( Memberatkan Terdakwa) dan Saksi *A De Charge* (Meringankan Terdakwa).

Menurut sifat dan eksistensinya, keterangan saksi *A Charge* adalah keterangan seorang saksi dengan sifat memberatkan terdakwa dan lazimnya diajukan oleh

---

<sup>96</sup> Indonesia (b), *op. cit.*, Ps. 159 ayat (2), dalam hal saksi tidak hadir, meskipun telah dipanggil dengan sah dan hakim ketua sidang mempunyai cukup alasan untuk menyangka bahwa saksi itu tidak akan mau hadir, maka hakim ketua sidang dapat memerintah supaya saksi tersebut dihadapkan ke persidangan.

Jaksa Penuntut Umum. Sedangkan saksi *A De Charge* adalah keterangan saksi dengan sifat meringankan terdakwa dan lazim diajukan oleh terdakwa atau Penasihat Hukum. Secara teoritis berdasarkan ketentuan pasal 160 ayat (1) huruf c KUHAP.

b. Saksi Mahkota (*Kroon Getuige/Withnes Crone*)

Secara normatif dalam KUHAP tidak diatur mengenai saksi mahkota (*kroon getuige*). Pada hakikatnya saksi mahkota merupakan saksi yang diambil dari salah seorang tersangka atau terdakwa yang kepadanya diberikan suatu mahkota. Dikatakan diberikan suatu mahkota karena saksi diberikan kehormatan berupa perlakuan istimewa yaitu tidak dituntut atas tindak pidana dimana ia sebenarnya merupakan salah satu pelakunya atau ia dimaafkan atas kesalahannya.

Berbeda halnya dalam Hukum Acara Perdata, alat bukti saksi pada umumnya baru digunakan apabila pembuktian dengan tulisan tidak ada dan atau pembuktian dengan tulisan tidaklah cukup. Dalam pasal 139 HIR (pasal 1895 KUH Perdata) menentukan bahwa pembuktian dengan saksi-saksi dapat dilakukan dalam segala hal, kecuali dilarang oleh undang-undang seperti pada pasal 21 KUH Dagang (tentang adanya suatu firma), hal ini dapat dimengerti karena pada umumnya semua alat pembuktian dapat digunakan dalam persidangan.

Dalam memberikan keterangan dipersidangan perdata, sama halnya dengan perkara pidana, maka saksi harus memberikan alasan-alasan tentang keterangan dan hal-hal yang ia lihat dan atau dialami sendiri dan harus pula beralasan. Apabila seorang saksi mengemukakan keterangan tentang pendapat atau perkiraan, apalagi dengan tidak beralasan dan kesimpulannya sendiri adalah tidak diperbolehkan (pasal 1907 KUH Perdata). Adapun seluruh keterangan saksi tersebut harus dikemukakan dengan lisan dan secara pribadi di depan persidangan, tidak boleh secara tertulis atau diwakilkan oleh orang lain. Jika saksi-saksi yang dipanggil dan tidak datang, serta saksi yang datang di persidangan tidak mau memberikan keterangan, maka ia dapat dikenakan sanksi.

Walaupun hakim memiliki kebebasan untuk membangun pendapatnya, termasuk juga dalam penggunaan alat bukti antara lain keterangan saksi-saksi, namun keterangan seorang saksi tanpa adanya tambahan dari alat bukti lainnya, tidak dapat lagi dipercaya (Pasal 1905 KUH Perdata). Dengan adanya pasal ini, maka kebebasan hakim tersebut dibatasi atau dengan kata lain mengundang akan adanya alat bukti tambahan lain yang mendukung keterangan saksi tersebut. Dengan demikian apabila

ada alat pembuktian lain, maka hakim dapat menentukan bahwa atas keterangan saksi satu orang saja memberikan arti yang lengkap. Jadi apabila persangkaan atau sumpah dianggap alat pembuktian, maka keterangan satu saksi ditambah dengan persangkaan ataupun sumpah tambahan, sudah memberi arti yang cukup dalam kekuatan pembuktian keterangan satu saksi bagi hakim.

Pada dasarnya semua orang cakap untuk bertindak sebagai saksi. Apabila seseorang telah dipanggil dengan sah dan patut menurut hukum, wajiblah ia mengemukakan kesaksiannya di depan pengadilan (pasal 1901 (1) KUH Perdata), jika ia tidak mau hadir, ataupun hadir tetapi tidak memberikan kesaksian, maka ia dapat diberikan sanksi. Namun atas hal ini terdapat pengecualian yaitu, bagi orang yang tidak dapat bertindak sebagai saksi dan orang yang karena permintaannya sendiri dibebaskan dari kewajiban sebagai saksi. Dalam perkara pidana hal ini diatur dalam pasal 170 KUHAP dan pasal 168 KUHAP j.o pasal 221 ayat (2) KUHP. Sedangkan dalam Hukum Acara Tata Usaha Negara, adanya pengecualian atas siapa saja yang dapat menjadi saksi diatur dalam pasal 88 dan pasal 89 Undang Undang No. 5 Tahun 1986. Tidak terkecuali dengan Hukum Persaingan Usaha Indonesia yang juga memberikan pengecualian bagi mereka yang dapat bertindak sebagai saksi. Hal ini dapat dilihat dalam ketentuan pasal 73 Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara.

## **2. Keterangan Ahli.**

Keterangan ahli sebagai alat bukti dikenal dalam hukum acara modern di banyak negara. Sebagai alat bukti petunjuk yang sah, hal ini merupakan suatu kemajuan dalam perkara di sidang pengadilan, dan pembuat undang-undang menyadari pentingnya mengelaborasi perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, sehingga keterangan ahli sangatlah memegang peranan penting. Hal ini terlihat dimana keterangan ahli (*expert testimony*) disebut sebagai alat bukti urutan kedua oleh KUHAP. *Merriam Webster's Dictionary of Law* memberikan definisi tentang keterangan ahli:<sup>97</sup>

*expert witness is a witness (as a medical specialist) who by virtue of special knowledge, skill training or experience is qualified to provide testimony to aid the fact finder in matters that exceed the common knowledge of ordinary people.*

---

<sup>97</sup> Merriam Webster, *Merriam Webster's Dictionary of Law*, (Massachusetts : Springfield, 1996), hlm. 536.

Pengertian ilmu pengetahuan (*wetenschap*) diperluas pengertiannya yang meliputi kriminalistik, yakni ilmu tentang tulisan, ilmu senjata, pengetahuan tentang sidik jari. Defenisi ahli menurut *California Evidence Code*; yakni seseorang dapat memberikan keterangan sebagai ahli, jika ia mempunyai pengetahuan keahlian, pengalaman, latihan, atau pendidikan khusus yang memadai untuk memenuhi syarat sebagai seorang ahli tentang hal yang berkaitan dengan keterangannya.<sup>98</sup> Untuk kepentingan penyidikan, maka penyidik berhak untuk mengajukan permintaan keterangan seorang ahli (pasal 133 KUHAP), terhadap ahli kedokteran kehakiman ataupun ahli lainnya. Ahli dapat membuat keterangan atau laporan sesuai yang dikehendaki oleh penyidik dan dimasukkan kedalam berita acara penyidikan sebagaimana diatur dalam pasal 186 KUHAP, atau dapat juga disampaikan pada sidang peradilan.

Pengertian keterangan ahli sebagai alat bukti diatur dalam pasal 186, pasal 1 angka 28, pasal 120, pasal 133, pasal 179, pasal 180, dan pasal 186 KUHAP. Sedangkan keterangan ahli yang berhubungan dengan tanda tangan dan tulisan, maka keterangan ahli autentik dilakukan oleh laboratorium forensik Mabes POLRI, atau laboratorium kriminal POM ABRI. Adapun sifat dualisme alat bukti keterangan ahli, yakni dalam bentuk laporan atau *visum et repertum*, dan atau keterangan ahli disampaikan secara langsung (lisan) di sidang pengadilan dan dicatat dalam berita acara oleh panitera. Nilai kekuatan pembuktian keterangan ahli yakni mempunyai kekuatan pembuktian bebas, atau dengan kata lain hakim bebas untuk menilainya. Keterangan ahli tidak memeriksa pokok perkara, tetapi sifatnya menjelaskan sesuatu hal yang masih kurang terang tentang suatu hal dan kejadian. Hal serupa juga terdapat dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, yang menempatkan pendapat ahli sebagai alat bukti (pasal 74 dan pasal 75 Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara).

Berbeda halnya dalam persoalan perdata, HIR yang tidak mencantumkan keterangan ahli (Pendapat ahli) sebagai alat bukti, sehingga tempat dan kedudukannya hanya berfungsi menambah, memperkuat ataupun memperjelas permasalahan perkara. Oleh karena itu, pada dirinya tidak pernah terpenuhi batas minimal pembuktian. Sedang dalam Hukum Acara Tata Usaha Negara, keterangan ahli ada

---

<sup>98</sup> Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, (Jakarta; Sinar GrafikaOffset, 2008), hlm. 373-374.

dalam urutan kedua dalam deretan alat bukti, sebagaimana diatur dalam pasal 102 dan pasal 103 Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara.

Walaupun keterangan ahli dengan keterangan saksi berbeda, tetapi sulit dibedakan dengan tegas, karena kadang-kadang seorang ahli merangkap juga sebagai saksi. Keterangan saksi adalah mengenai apa yang didengar, dialami dan dilihat. Tetapi keterangan ahli ialah mengenai suatu hal yang diberikan penilaian terhadap suatu hal-hal yang sudah nyata dan pengambilan kesimpulan mengenai hal tersebut.

### **3. Alat Bukti Tertulis (Surat).**

Dalam Hukum Acara Pidana (pasal 186 KUHAP), surat yang dibuat atas sumpah jabatan, atau surat yang dilakukan dengan sumpah dapat dianggap sebagai bentuk surat yang bernilai sebagai alat bukti, seperti berita acara yang memuat keterangan tentang kejadian atau keadaan yang didengar, dilihat atau dialaminya, disertai dengan alasan yang jelas dan tegas tentang keterangannya atau surat yang berbentuk ketentuan perundang-undangan yang dibuat oleh pejabat yang berwenang. Surat keterangan ahli dan atau surat lainnya yang bersifat resmi. Sebagaimana ditentukan dalam pasal 187 KUHAP, alat bukti surat bukanlah alat bukti yang mengikat tetapi bernilai sebagai pembuktian yang bersifat bebas.

Beda halnya dalam persoalan perdata, alat bukti tertulis atau berbentuk tulisan merupakan alat bukti yang diutamakan atau merupakan alat bukti nomor satu jika dibandingkan dengan alat bukti lainnya. Prof. Mr. A. Pitlo menyatakan bahwa alat pembuktian dengan bentuk tertulis yang disebut dengan surat ialah pembawa tanda tangan bacaan yang berarti menerjemahkan suatu isi pikiran.<sup>99</sup> Sedangkan Dr. Sudikno Mertokusumo, SH berpendapat bahwa alat bukti tertulis atau surat merupakan segala sesuatu yang memuat tanda-tanda bacaan yang dimaksudkan untuk mencurahkan isi hati atau untuk menyampaikan buah pikiran seseorang dan dipergunakan sebagai pembuktian.<sup>100</sup> Dari pengertian-pengertian tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa surat yang dijadikan alat pembuktian ditekankan pada adanya tanda-tanda bacaan yang menyatakan buah pikiran. Jadi walaupun ada suatu benda yang memuat tanda-tanda bacaan tetapi tidak menyatakan buah pikiran maka hal tersebut tidak termasuk sebagai alat pembuktian tertulis atau surat.

---

<sup>99</sup> Pitlo, *Pembuktian dan Daluarsa*; cetakan Pertama, (Jakarta; PT. Intermasa, 1978), hlm. 51.

<sup>100</sup> Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata*; cetakan pertama, (Yogyakarta; Liberty, 1977), hlm. 100-101.

Surat sebagai alat pembuktian tertulis dapat dibedakan dalam akta dan surat bukan akta, yang kemudian akta masih dapat dibedakan lagi menjadi akta otentik dan akta dibawah tangan. Jadi dalam hukum pembuktian dikenal paling tidak tiga jenis surat yaitu akta otentik, akta dibawah tangan dan surat bukan akta. Pada dasarnya tidak setiap surat merupakan akta. Suatu surat dapat dikatakan sebagai akta haruslah ditandatangani, dibuat dengan sengaja dan harus untuk dipergunakan oleh orang untuk keperluan siapa surat itu dibuat (pasal 1867 s/d pasal 1874 KUH Perdata).

a. Akta Otentik

Dalam perkembangannya ada beberapa pengertian dari akta otentik oleh beberapa ahli. Ada yang berpendapat bahwa akta otentik merupakan surat yang dibikin dengan maksud untuk dijadikan bukti oleh atau di muka seorang pejabat umum yang berkuasa untuk itu.<sup>101</sup> Selain itu juga ada yang berpendapat bahwa akta otentik adalah:<sup>102</sup>

Akta yang dibuat oleh pejabat yang diberi wewenang untuk itu oleh penguasa, menurut ketentuan-ketentuan yang telah ditetapkan baik dengan maupun tanpa bantuan dari yang berkepentingan, yang mencatat apa yang dimintakan untuk dimuat di dalamnya oleh yang berkepentingan.

Jika melihat definisi yang diberikan di atas, maka dapat dilihat bahwa akta otentik memiliki beberapa unsur pokok, yaitu akta yang dibuat oleh dan atau di hadapan pejabat umum adalah Notaris, Hakim Panitera, Juru Sita, Pegawai Pencatat sipil yang berarti bahwa surat-surat yang dibuat oleh dan atau di hadapan pejabat tersebut (akta notaris, vonis, surta berita acara sidang, proses perbal penyitaan, surat perkawinan, kelahiran, kematian). Jika melihat ketentuan pasal 165 HIR atau pasal 1868 KUH Perdata, maka ketentuan akta otentik masih dapat lagi menjadi akta otentik yang dibuat oleh pegawai umum dan akta otentik yang dibuat di hadapan pegawai umum.<sup>103</sup>

Suatu akta yang dibuat "oleh" pegawai umum merupakan suatu laporan tentang suatu perbuatan atau kejadian resmi yang telah dilakukan oleh pegawai umum yang bersangkutan. Dikatakan "oleh" disini dimaksudkan karena adanya inisiatif dari isi akta itu tidak datang dari orang yang diberitakan tentang sesuatunya di dalam akta itu. Berbeda halnya dengan akta yang "dibuat"

---

<sup>101</sup> Wirjono, *Hukum Acara Perdata Di Indonesia*; cetakan pertama, (Bandung; Sumur, 2975), hlm. 108.

<sup>102</sup> Sudikno Mertokusumo, *Op.cit*, hlm. 103-104.

<sup>103</sup> Teguh Samudra, *Hukum Pembuktian dalam Acara Perdata*, (Bandung: PT Alumni, 2004), hlm. 41`.

dihadapan pegawai umum merupakan suatu laporan sesuatu perbuatan dan atau kejadian tetapi atas permintaan para pihak yang berkepentingan. Jadi pegawai umum hanya mendengar apa yang dihendaki oleh kedua belah pihak yang menghadap dan menyatakan atau mewujudkan kehendak hal tersebut dalam akta. Dengan kata lain notaris bersifat pasif (menunggu) sampai ia diperlukan oleh pihak lain untuk membuat akta.

b. Akta di bawah tangan

Pada dasarnya akta dibawah tangan merupakan akta yang sengaja dibuat untuk pembuktian oleh para pihak tanpa bantuan dari seorang pejabat.<sup>104</sup> Atau dapat dikatakan bahwa akta dibawah tangan adalah suatu akta yang dibuat tidak dihadapan dan atau oleh pegawai umum, melainkan akta yang dibuat dan ditandatangani si pembuat dengan maksud agar surat itu dapat dipergunakan sebagai alat bukti. Jika dikatakan bahwa akta otentik merupakan alat bukti yang sempurna, maka undang-undang menentukan bahwa akta dibawah tangan juga merupakan alat bukti yang lengkap sepanjang tanda tangan di dalam akta tersebut diakui keasliannya. Jika tanda tangan atau tulisannya dipungkiri, maka proses pemeriksaan kepalsuan harus diselesaikan terlebih dahulu.

Berdasarkan Pasal 1878 KUH Perdata, terdapat kekhususan akta dibawah tangan yaitu akta harus seluruhnya ditulis dengan tangan si penanda tangan sendiri, atau setidaknya selain tanda tangan yang harus ditulis dengan tangannya si penanda tangan adalah suatu penyebutan yang memuat jumlah atau besarnya barang atau uang yang terhutang. Dengan kekhususan ini, maka apabila ketentuannya tidak dipenuhi maka akta tersebut hanya sebagai suatu permulaan pembuktian dengan tulisan. Permulaan pembuktian dengan tulisan pasal 1902 KUH Perdata yang menyatakan bahwa segala akta tertulis yang berasal dari orang terhadap siapa tuntutan dimajukan atau dari orang yang diwakili olehnya, dan yang memberikan persangkaan tentang benarnya peristiwa-peristiwa yang dimajukan oleh seorang. Jadi dalam hal adanya kekhususan dari akta dibawah tangan tersebut, maka untuk menjadi bukti yang lengkap harus ditambah dengan alat-alat pembuktian lainnya. Akan tetapi penggunaan bukti pada akhirnya akan terletak pada kebijaksanaan dan keyakinan hakim.

---

<sup>104</sup> Sudikno Mertokusumo, *op. cit.*, hlm. 105.

c. Surat bukan akta

Untuk kekuatan pembuktian dari surat yang bukan akta dalam HIR maupun KUH Perdata tidak dinyatakan secara tegas. Walaupun surat-surat yang bukan akta sengaja dibuat oleh yang bersangkutan, tapi pada dasarnya tidak dimaksudkan sebagai alat pembuktian dikemudian hari. Oleh karena itu, surat-surat yang demikian itu dapat dianggap sebagai petunjuk ke arah pembuktian.

Surat bukan akta dijadikan sebagai petunjuk ke arah pembuktian dimana surat-surat tersebut dapat dipakai sebagai alat bukti tambahan ataupun dapat pula dikesampingkan dan bahkan sama sekali tidak dapat dipercaya. Berdasarkan pasal 1881 ayat (2) KUH Perdata, maka surat bukan akta agar dapat mempunyai kekuatan pembuktian, sepenuhnya bergantung kepada penilaian hakim. Hakim secara bebas menilai surat bukan akta tersebut, apakah dapat dijadikan alat bukti yang sempurna ataupun tidak mempunyai kekuatan pembuktian sama sekali.

d. Salinan

Pasal 1888 KUH perdata menentukan bahwa kekuatan pembuktian suatu bukti tulisan adalah pada aktanya asli. Apabila akta yang asli itu ada, maka salinan-salinan serta ikhtisar-ikhtisar hanyalah dapat dipercaya, sekedar salinan-salinan serta ikhtisar-ikhtisar itu sesuai dengan aslinya yang mana senantiasa dapat diperintahkan mempertunjukkannya. Dengan kata lain bahwa salinan, kutipan, dan fotokopi alat bukti tertulis dapat mempunyai nilai hukum pembuktian sepanjang kutipan, salinan, dan fotokopi itu sesuai dengan aslinya.

Pada dasarnya salinan dan kutipan merupakan hal yang berbeda. Salinan adalah pemberitaan tertulis dari yang asli, yang serupa kata demi kata, termasuk tanda tangan pada yang aslinya. Berbeda halnya dengan kutipan yang merupakan pemberitaan tertulis dari bagian-bagian dari yang asli yang serupa kata demi kata, juga dengan pemberitaan tanda tangan.<sup>105</sup> Untuk tulisan yang berupa tembusan suatu surat yang dibuat rangkap dengan menggunakan karbon mempunyai kekuatan bukti seperti aslinya, karena tembusan itu sama dengan surat yang ditulis pada halaman pertama dengan mana pensil atau pena itu langsung berhubungan.<sup>106</sup>

Dalam Hukum Persaingan Usaha, surat atau dokumen yang dapat diakui sebagai alat bukti yang sah antara lain akta otentik, akta dibawah tangan, surat

<sup>105</sup> Pitlo, *op.cit.*, hlm 102.

<sup>106</sup> *Ibid.*, hlm. 103.

keputusan atau surat ketetapan yang diterbitkan oleh pejabat yang berwenang, data yang memuat mengenai kegiatan usaha terlapor, surat atau dokumen lain yang tidak termasuk huruf a, b, dan c yang ada kaitannya dengan perkara. Hal ini diatur dalam pasal 76 ayat (1) Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara.

### **3. Alat Bukti Petunjuk.**

Penerapan alat bukti petunjuk oleh hakim dalam prakteknya, digunakan dengan sangat hati-hati karena sangat dekat dengan sifat kesewenang-wenangan yang didominasi oleh penilaian subjektif.<sup>107</sup> Oleh karenanya hakim dalam menggunakan alat bukti petunjuk harus penuh kearifan dan bijaksana dan penuh kecermatan berdasarkan hati nuraninya sebagaimana ditentukan pada pasal 188 ayat (3), sehingga hakim sedapat mungkin menghindari penggunaan alat bukti petunjuk dalam penilaian pembuktian kesalahan terdakwa, sehingga dengan sangat penting dan mendesak saja alat bukti petunjuk dipergunakan. Dalam praktek selalu terdapat kelemahan pembuktian di pengadilan. Hal ini disebabkan aparat penyidik kurang sempurna mengumpulkan pembuktian, bahkan sebagaimana dalam berita acara pemeriksaan sulit sekali untuk dipahami.

Berdasarkan pasal 188 ayat 2 KUHP, alat bukti petunjuk hanya dapat dibentuk melalui 3 (tiga) jenis alat bukti, ialah alat bukti keterangan saksi, alat bukti surat dan alat bukti keterangan terdakwa. Beda halnya dengan Hukum Acara Perdata dan Tata Usaha Negara tidak memasukkan petunjuk dalam deretan alat bukti masing-masing sehingga dapat diabaikan oleh hakim. Namun Undang-Undang No. 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan usaha Tidak Sehat, memasukkan bukti petunjuk sebagai salah satu alat bukti (pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999 j.o pasal 72 ayat (1) Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010).

### **4. Keterangan Terdakwa.**

Alat bukti keterangan terdakwa merupakan urutan terakhir dalam deretan alat bukti Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (pasal 184). Salah satu alasan mengapa penempatannya pada urutan terakhir yaitu agar menempatkan proses pemeriksaan keterangan terdakwa dilakukan belakangan setelah keterangan saksi dilakukan. Diantara 5 (lima) alat bukti yang disebut dalam pasal 184 KUHP, alat

---

<sup>107</sup> Syaiful Bakhri, *Hukum Pembuktian Dalam Praktik Peradilan Pidana*, (Jakarta: Total Media, 2009), hlm. 64.

bukti inilah yang acap kali diabaikan oleh hakim. Dalam sistem hukum Amerika Serikat (*Criminal Evidence Act 1898*, s. 1(a)) dinyatakan bahwa:<sup>108</sup>

*the accused is never competent for the prosecution at his own trial. He is always competent in his own defence, but he can never be compelled to give evidence for himself. One of the aspect of the rule that the accused cannot be compelled to give evidence to support his own case is that he enjoys the so-called 'right to silence'*

Ini juga yang dianut oleh sistem peradilan di Indonesia, bahwa seorang tersangka atau terdakwa punya hak untuk mengakui maupun tidak memberikan keterangan apapun. Namun apabila terdakwa mengakui dengan itikad baik segala perbuatannya, tidak dapat dipungkiri hal ini dapat menjadi pertimbangan bagi hakim untuk memberikan keringanan pada putusan pidana yang dijatuhkan terhadap terdakwa.

Pada dasarnya tidak semua keterangan terdakwa dinilai sebagai alat bukti yang sah, untuk itu diperlukan beberapa asas sebagai landasan berpijak antara lain:

- a. Keterangan tersebut dinyatakan di sidang pengadilan
- b. Tentang perbuatan yang dilakukan, diketahui sendiri atau alami sendiri. Sebagai asas kedua, supaya keterangan terdakwa dapat dinilai sebagai alat bukti, keterangan itu harus mencakup pernyataan atau penjelasan:<sup>109</sup>
  - 1) Tentang perbuatan yang dilakukan terdakwa.
  - 2) Tentang apa yang diketahui sendiri oleh terdakwa.
  - 3) Apa yang dialami sendiri oleh terdakwa.
  - 4) Keterangan terdakwa hanya merupakan alat bukti terhadap dirinya sendiri.

Selain itu juga ditegaskan dalam pasal 189 ayat (4) KUHAP, pada prinsipnya keterangan terdakwa saja tidak cukup membuktikan kesalahan yang dilakukannya. Pada hakikatnya asas ini hanya merupakan penegasan kembali prinsip batas minimum pembuktian sebagaimana diatur dalam pasal 183 KUHAP. Sedikitpun tidak ada perbedaan penegasan pasal 189 ayat (4) dengan prinsip batas minimum pembuktian yang diatur dalam pasal 183 KUHAP. Sehingga dapat disimpulkan bahwa alat bukti keterangan atau pengakuan terdakwa bukanlah alat bukti yang memiliki sifat menentukan dan mengikat. Seandainya pembuat undang-undang menetapkan nilai pengakuan sebagai alat bukti yang sempurna, menentukan dan mengikat, maka ketentuan seperti itu akan memaksa hakim untuk tidak boleh beranjak dari alat bukti

<sup>108</sup> C. J. Carr & S. J., *op. cit.*, hlm. 26.

<sup>109</sup> Indonesia (b), *op. cit.*, UU No. 8 Tahun 1981, Ps.189.

pengakuan tersebut. Hakim secara mutlak harus memutuskan perkara atau alasan pembuktian pengakuan. Ketentuan seperti ini sangat berbahaya.

Jika melihat pada Hukum Acara Perdata, maka pengakuan yang bulat dan murni adalah merupakan alat bukti yang sempurna dan menentukan (*volledig en beslisende bewijs-kracht*). Menurut Hukum Acara Perdata, pada suatu pengakuan yang bulat dan murni akan melekat nilai kekuatan pembuktian yang sempurna, mengikat dan menentukan. Hal ini sejalan dengan tujuan kebenaran yang hendak diwujudkan dalam proses pemeriksaan perkara perdata. Hakim tidak dituntut untuk mencari dan mewujudkan kebenaran sejati. Pada dasarnya suatu perselisihan dalam perdata merupakan perselisihan bersifat pribadi. Setiap pribadi itulah yang wajib mempertahankan kebenaran hak dan kepentingan mereka. Dalam perkara pidana, maka akan tersangkut kepentingan individu di satu sisi dan kepentingan masyarakat di sisi lain. Individu dan masyarakat atau negara sama-sama mempunyai kepentingan yang seimbang dalam menegakkan dan terciptanya nilai hukum. Dengan demikian nilai kekuatan pembuktian alat bukti keterangan atau pengakuan terdakwa adalah sebagai berikut:

- a. Sifat nilai kekuatan pembuktiannya adalah bebas.

Hakim tidak terikat pada nilai kekuatan yang terdapat pada alat bukti keterangan terdakwa. Dia bebas untuk menilai kebenaran yang terkandung didalamnya. Hakim dapat menerima atau menyingkirkannya sebagai alat bukti dengan jalan mengemukakan alasan-alasannya. Jangan hendaknya penolakan akan kebenaran keterangan terdakwa tanpa alasan yang didukung oleh argumentasi yang tidak proporsional dan akomodatif. Demikian juga sebaliknya, seandainya hakim hendak menggantikan alat bukti keterangan terdakwa sebagai salah satu landasan pembuktian kesalahan terdakwa, harus dilengkapi dengan alasan yang argumentatif dengan menghubungkannya dengan alat bukti yang lain.

- b. Harus memenuhi batas minimum pembuktian.

Pasal 189 ayat (4) KUHAP telah menyatakan dengan jelas bahwa keterangan terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti lain. Dari ketentuan tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa keharusan mencukupkan alat bukti keterangan terdakwa dengan sekurang-kurangnya satu alat bukti yang lain, baru mempunyai nilai pembuktian yang cukup. Penegasan

pasal 189 ayat (4) KUHAP sejalan dengan dan mempertegas asas batas minimum pembuktian yang diatur dalam Pasal 183 KUHAP.

c. Harus memenuhi asas keyakinan hakim

Dalam pasal 295 HIR mengenai alat bukti yang berhubungan dengan terdakwa ini disebut dengan "pengakuan" (*bekentenis*).<sup>110</sup> KUHAP kemudian mengganti alat bukti pengakuan salah terdakwa ini dengan alat bukti keterangan terdakwa. Isi alat bukti keterangan terdakwa jauh lebih luas daripada isi pengakuan. Pengakuan menurut HIR merupakan pengakuan terdakwa bersalah, bahwa tindak pidana yang didakwakan adalah benar ia lakukan yang diucapkan terdakwa dimuka persidangan (pasal 307). Pengakuan terdakwa yang dimaksud adalah pengakuan seluruhnya yang diberikan di muka hakim saja. Sedangkan pengakuan sebagian bukanlah merupakan alat bukti, tetapi dapat digunakan untuk membentuk alat bukti petunjuk, walaupun pengakuan sebagian itu diberikan di luar sidang (pasal 311).

### 5. Bukti Pengakuan.

Pada dasarnya alat bukti pengakuan ini hanya ditemukan dalam Hukum Acara Perdata dan Tata Usaha Negara. Jika melihat HIR maupun KUH Perdata, keduanya tidak menerangkan lebih khusus mengenai bukti ini. Ada beberapa pasal dalam HIR yang mengatur tentang pengakuan seperti dalam pasal 174, 175, dan 176. Sedangkan KUH Perdata mengatur mengenai pengakuan dalam pasal 1923 sampai dengan pasal 1928. Prof. Mr. A. Pitlo memberikan defenisi pengakuan sebagai keterangan sepihak dari salah satu pihak dalam suatu perkara, dimana ia mengakui apa yang dikemukakan oleh pihak lawan atau sebahagian dari apa yang dikemukakan oleh pihak lawan.<sup>111</sup>

Ilmu pengetahuan membagi pengakuan menjadi 3 jenis pengakuan, antara lain:<sup>112</sup>

a) Pengakuan Murni.

Yang dimaksud dengan pengakuan murni yaitu pengakuan yang sifatnya sederhana dan sesuai sepenuhnya dengan tuntutan dari pihak lawan.

b) Pengakuan dengan Kualifikasi

Yang dimaksud dengan pengakuan kualifikasi adalah pengakuan yang disertai dengan sangkalan terhadap sebagian dari tuntutan

<sup>110</sup> Adami Chazawi, *op.cit.*, hlm. 88.

<sup>111</sup> Pitlo, *op. cit.*, hlm. 150.

<sup>112</sup> *Ibid.*, hlm. 160

c) Pengakuan dengan Klausul

Yang dimaksud dengan pengakuan dengan klausule adalah suatu pengakuan yang disertai dengan keterangan tambahan yang bersifat membebaskan.

Dalam Hukum Acara Tata Usaha Negara, alat bukti ini lebih dikenal dengan sebutan pengakuan para pihak. Berdasarkan pasal 105 UU No.5 Tahun 1986, pengakuan para pihak tidak dapat ditarik kembali, kecuali berdasarkan alasan yang kuat dan dapat diterima oleh hakim. Pengakuan yang diberikan di depan persidangan oleh pihak yang bersengketa sendiri atau oleh wakilnya yang diberi kuasa secara khusus, untuk itu mempunyai kekuatan bukti yang sempurna terhadap pihak yang memberikan pengakuan itu. Hal ini berarti hakim harus menganggap bahwa dalil-dalil yang telah diakui itu benar, kendatipun belum tentu benar. Pengakuan yang diberikan di luar persidangan, nilai pembuktiannya diserahkan kepada pertimbangan hakim. Dengan kata lain pengakuan yang diberikan diluar persidangan merupakan alat bukti bebas dan konsekuensinya hakim leluasa untuk menilai alat bukti tersebut, atau bisa juga hakim hanya menganggap hal itu sebagai alat bukti permulaan saja.<sup>113</sup> Terserah kepada hakim untuk menerima atau tidak menerimanya

## 6. Bukti Persangkaan.

Pada dasarnya persangkaan merupakan uraian hakim, dengan mana hakim dari fakta yang terbuti menyimpulkan fakta yang tidak terbuti.<sup>114</sup> Pasal 1915 KUH Perdata menentukan bahwa persangkaan-persangkaan ialah kesimpulan-kesimpulan yang oleh undang-undang atau oleh hakim ditariknya dan suatu peristiwa yang terkenal ke arah suatu peristiwa yang tidak terkenal. Pasal ini juga lebih lanjut membedakan persangkaan kedalam dua bagian antara lain:

a. Persangkaan berdasarkan Undang-Undang.

Persangkaan menurut undang-undang merupakan persangkaan yang berdasarkan suatu ketentuan khusus undang-undang yang dihubungkan dengan perbuatan-perbuatan tertentu atau peristiwa-peristiwa tertentu (pasal 1916 KUH Perdata). Dari pasal-pasal yang terdapat dalam KUH Perdata, maka persangkaan menurut undang-undang dapat dibedakan dalam dua golongan:

- 1) Persangkaan oleh undang-undang yang dapat dibuktikan kebalikannya. Hal ini diatur dalam Pasal 633, 644, 658, 1394, 1769, 1977 KUH Perdata.

---

<sup>113</sup> Wicipto Setiadi, *Hukum Acara Pengadilan Tata Usaha Negara, Suatu Perbandingan*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001), hlm. 137.

<sup>114</sup> Pitlo, *op. cit.*, hlm. 27.

2) Persangkaan menurut undang-undang yang tidak dapat dibuktikan kebalikannya. Hal ini diatur dalam pasal 183, 911 KUH Perdata.

b. Persangkaan yang tidak berdasarkan Undang-Undang.

Dalam persangkaan yang tidak berdasarkan undang-undang (menurut kenyataan), hakim bebas menyimpulkan persangkaan berdasarkan kenyataan. Hakim bebas menggunakan atau tidak menggunakan hal-hal yang terbukti dalam suatu perkara sebagai dasar untuk melakukan persangkaan. Persangkaan menurut kenyataan ditentukan dalam pasal 173 HIR, 1922 KUH Perdata yaitu:

”Persangkaan-persangkaan yang tidak berdasarkan undang-undang sendiri, diserahkan kepada pertimbangan dan kewaspadaan hakim yang namun itu tidak boleh memperhatikan persangkaan-persangkaan lain selainnya yang penting, teliti dan tertentu, dan sesuai satu sama lain. Persangkaan-persangkaan yang demikian hanyalah boleh dianggap dalam hal-hal dimana undang-undang mengizinkan pembuktian dengan saksi-saksi, begitu apabila dimajukan suatu bantahan terhadap suatu perbuatan atau suatu akta, berdasarkan alasan adanya itikad buruk atau penipuan.”

Dalam hal ini, hakim hanya boleh memperhatikan persangkaan yang penting, tertentu dan teliti serta yang satu sama lainnya berhubungan. Persangkaan-persangkaan tersebut juga hanya boleh diperhatikan hakim sepanjang undang-undang tidak melarang pembuktian dengan saksi, begitu pula jikalau terjadi perlawanan yang berdasarkan adanya itikad baik buruk atau penipuan terhadap perbuatan atau adanya akta tersebut. Dalam pembuktiannya, maka harus dibuktikan terlebih dahulu adanya suatu kenyataan yang tidak dapat diperdebatkan lewat alat-alat bukti surat dan saksi. Jika hal ini berhasil, maka akan diperoleh suatu kesimpulan yang membuktikan hal-hal yang disangka tadi.

## 7. Pengetahuan Hakim.

Dalam praktik peradilan, hanya Hukum Acara Tata Usaha Negara saja yang memuat Pengetahuan Hakim dalam tata urutan alat bukti di depan persidangan. Pengetahuan hakim adalah hal yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya.<sup>115</sup> Melihat pada pengertian ini maka pengetahuan hakim dapat juga diartikan sebagai apa yang dilihat, didengar dan disaksikan oleh hakim dalam persidangan. Misalnya : sikap, perilaku, emosional dan tindakan para pihak dalam memutus perkara. Tetapi pengetahuan hakim mengenai para pihak yang diperoleh diluar persidangan tidak dapat dijadikan bukti dalam memutus perkara.

<sup>115</sup> Indonesia (c), *Undang- Undang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU No. 5 Tahun 1986 sebagaimana telah diubah menjadi UU No. 9 Tahun 2004, LN No. 35 Tahun 2004, Ps. 106.

## 8. Sumpah.

Berdasarkan undang-undang maka sumpah ada dua macam yaitu sumpah yang diperintahkan oleh hakim dan sumpah yang dimohonkan oleh pihak lawan. Sumpah yang dimohonkan oleh pihak lawan diatur dalam pasal 1930 sampai dengan pasal 1939 KUH Perdata dan sumpah yang diperintahkan oleh hakim diatur dalam pasal 1940-1943 KUH Perdata, yang selanjutnya sumpah ini dapat dibedakan dalam sumpah tambahan (sumpah supletoir) dan sumpah penaksiran (sumpah aestimatoir).

### a. Sumpah Pemutus.

Sumpah yang dilakukan oleh salah satu pihak yang didasarkan oleh perintah dari pihak lawan merupakan suatu sumpah yang dapat menjadi titik tolak pemutusan sengketa yang lazim disebut dengan sumpah pemutus yang mana diatur dalam pasal 156 HIR, 1930 KUH Perdata. Atau dengan kata lain sumpah decisoir atau pemutus adalah sumpah yang dibebankan atas permintaan salah satu pihak kepada lawannya.<sup>116</sup>

Sumpah ini disebut sebagai sumpah pemutus dikarenakan apabila salah satu pihak melakukan sumpah yang diperintahkan oleh pihak lawannya, maka sengketa yang diperiksa oleh hakim dianggap selesai dan diputuskan. Dalam sumpah pemutus ini juga undang-undang memberikan suatu kekuatan pembuktian wajib tanpa memberikan kesempatan untuk melakukan perlawanan pembuktian. Oleh sebab itu pihak yang menolak melakukan sumpah atas perintah pihak lawannya akan menerima kekalahan dalam perkara.

Sebagaimana diketahui dari rumusan pasal 164 HIR (pasal 1866 KUH Perdata) bahwa sistematik tata urutan alat bukti sumpah, alat bukti sumpah diletakkan paling akhir, maka dapatlah ditarik kesimpulan bahwa alat bukti sumpah dilakukan itu digunakan hanya apabila benar-benar sudah tidak ada alat pembuktian yang lain lagi. Dengan kata lain merupakan jalan penghabisan guna membuktikan suatu perkara.

Berdasarkan pasal 157 KUH Perdata dan pasal 1945 KUH Perdata pada hakikatnya sumpah harus dilakukan sendiri secara pribadi tidak boleh diwakilkan orang lain. Akan tetapi dalam hal tertentu sumpah dapat diwakili oleh orang lain dengan syarat harus melalui surat kuasa khusus untuk itu. Yang menjadi persoalan adalah apakah dalam setiap penyumpahan, harus dibuat suatu surat kuasa khusus hanya untuk bersumpah atau cukup dengan satu surat kuasa saja. Dikarenakan

---

<sup>116</sup> Soedikno., *op. cit.*, hlm 130.

hal penguasaan dalam hal ini yaitu mengenai penguasaan dalam berpekar di depan pengadilan, maka tidaklah perlu pada orang yang mewakili perkara orang lain, setiap akan melakukan sumpah harus meminta surat kuasa khusus untuk bersumpah. Jadi cukuplah dengan satu surat kuasa yang diberikan kepada orang yang mewakilinya saja, yaitu menjadi satu dengan kuasa untuk mewakili dirinya untuk bertindak di depan pengadilan. Jika melihat apa yang ada dalam surat kuasa tersebut, maka dinyatakan dengan tegas bahwa ia (wakil) bertindak untuk dan atas nama si pemberi kuasa dan juga untuk keuntungan si pemberi kuasa. Jika untuk melakukan sumpah saja (setiap bersumpah) harus meminta surat kuasa khusus yang otentik, maka hal ini dapat menghambat selesainya proses pemeriksaan perkara.

#### b. Sumpah atas Perintah Hakim

Pada dasarnya undang-undang membedakan sumpah atas perintah hakim menjadi dua bagian antara lain:

##### 1) Sumpah Tambahan.

Undang-undang tidak memberikan pengertian secara spesifik dari sumpah tambahan. Maka dalam hal ini Sudikno Mertokusumo berpendapat bahwa sumpah *suppletoir* atau pelengkap adalah sumpah yang diperintahkan oleh hakim karena jabatannya kepada salah satu pihak untuk melengkapi pembuktian peristiwa yang menjadi sengketa sebagai dasar putusannya.<sup>117</sup> Sedangkan Supomo berpendapat bahwa sumpah tambahan merupakan sumpah yang diperintahkan oleh hakim kepada salah satu pihak.<sup>118</sup>

Dalam perihal sumpah pasal 155 HIR menyatakan sebagai berikut:

- 1) Jika kebenaran tuntutan atau kebenaran pembelaan atas itu tiada secukupnya terang, akan tetapi tidak pula hampa dari segala keterangan, dan sekali-kali tidak ada jalan akan meneguhkannya lagi dengan upaya, keterangan yang lain, maka bolehlah pengadilan negeri karena jabatannya menuruh salah satu pihak bersumpah didepan hakim, supaya karena sumpah itu dapat diputuskan perkara itu atau dapat ditentukan jumlah uang yang akan diperkenankan.
- 2) Dalam hal yang kemudian itu pengadilan harus menentukan jumlah uang, sehingga itulah penggugat boleh dipercaya karena sumpahnya.

Begitupula pasal 1945 KUH Perdata yang menentukan bahwa hakim dapat, karena jabatan, memerintahkan sumpah kepada salah satu pihak yang berpekar untuk menggantungkan pemutusan perkara pada penyumpahan itu,

<sup>117</sup> Soedikno, *op. cit.*, hlm. 131.

<sup>118</sup> Supomo, *op. cit.*, hlm 74.

atau untuk menetapkan jumlah yang akan dikabulkan. Sumpah yang demikian ini disebut sebagai sumpah tambahan karena sumpah tersebut hanya merupakan alat penambah dan alat-alat lainnya yaitu telah ada bukti-bukti lain akan tetapi belum mencukupi.

Hakim dalam memerintahkan sumpah tambahan hanya dapat dilakukan apabila tuntutan atau tangkisan tidak terbukti dengan sempurna, atau bahkan tidak sama sekali tidak terbukti, demikian maksud pasal 1941 KUH Perdata. Dalam hal ini hakim berwenang, bukan berkewajiban untuk membebaskan sumpah pelengkap.<sup>119</sup> Sumpah tambahan dapat diperintahkan oleh hakim kepada salah satu pihak, jika telah ada sedikit bukti-bukti terhadap tuntutan-tuntutan penggugat, atau untuk membuktikan keterangan tambahan tergugat sedang tidak ada bukti lain untuk menyempurnakan pembuktian tersebut. Untuk sumpah ini diizinkan adanya pembuktian dari pihak lawan, yaitu pembuktian bahwa sumpah yang dikemukakan tersebut adalah sumpah palsu oleh pihak lawan.

Berdasarkan pasal 1943 KUH Perdata, sumpah tambahan diperintahkan oleh hakim tidak dapat dikembalikan kepada pihak lawannya. Aturan ini pada dasarnya tidak perlu ditegaskan karena telah diketahui bahwa sumpah tambahan itu hanyalah pelengkap atau penambah dari alat bukti lainnya. Sehingga bukan merupakan alat untuk menentukan sebagaimana sumpah pemutus. Karena bukan merupakan alat yang menentukan (hanya satu-satunya) dan hakim yang membebaskan, maka sewajarnya apabila terhadap sumpah tambahan tidak dibenarkan adanya pengembalian sumpah kepada pihak lawan.

Walaupun berdasarkan pasal 1943 KUH Perdata sumpah tuntutan tidak dapat dikembalikan, tetapi pihak yang mendapat perintah dari hakim untuk melakukan sumpah tambahan dapat menolak melakukan sumpah tambahan atau memenuhi perintah tersebut. Oleh karena itu, dapat pula dikatakan bahwa penolakan terhadap sumpah tambahan belum tentu kalah dalam perkara. Karen untuk membebaskan sumpah tambahan hakim harus memperhatikan ketentuan pasal 155 HIR dan 1941 KUH Perdata, dan sebaliknya apabila alat pembuktian telah lengkap maka pembebebanan sumpah tambahan tidak dibenarkan.

## 2) Sumpah Penaksiran

---

<sup>119</sup> Pitlo, *op. cit.*, hlm 205.

Pasal 155 HIR dan Pasal 1940 KUH Perdata menentukan bahwa hakim dapat memerintahkan, karena jabatannya, kepada penggugat untuk menetapkan jumlah yang dikabulkan. Hakim hanya dapat memerintahkan sumpah penaksiran kepada penggugat apabila tidak ada jalan lain lagi untuk menetapkan harga itu. Sebelum diberikan beban sumpah penaksiran, penggugat harus dapat membuktikan bahwa ia mempunyai hak atas ganti rugi dari suatu yang dituntut. Sebagaimana dalam sumpah pemutus maupun sumpah tambahan, di dalam sumpah penaksiran juga hakim tidak mempunyai kewajiban untuk membebaskan sumpah penaksiran, karena undang-undang tidak menentukan secara tegas. Jadi hakim hanya mempunyai wewenang saja.

Pada dasarnya sumpah penaksiran merupakan salah satu jenis sumpah yang diperintahkan oleh hakim, karena jabatannya, sedangkan satu jenis lainnya yaitu sumpah tambahan, kekuatan pembuktiannya wajib dan memungkinkan pembuktiannya dari pihak lawan, maka untuk sumpah penaksiran juga mempunyai kekuatan pembuktian sama dengan sumpah tambahan. Pasal 1944 dan pasal 1945 KUH Perdata juga berlaku untuk sumpah penaksiran dimana harus dilakukan di dalam sidang pengadilan dan di depan hakim serta di hadapan pihak lawan, kecuali ada halangan untuk itu. Dalam hal ada halangan untuk melakukan sumpah, maka sumpah tersebut dapat dilakukan dengan cara lain, misalnya di rumah sakit atau di rumah tempat tinggalnya.

Sekalipun kesalahan terdakwa telah terbukti sesuai dengan asas batas minimum pembuktian, masih harus dibarengi dengan keyakinan hakim bahwa memang terdakwa yang bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya. Asas keyakinan hakim harus melakat pada putusan yang diambilnya sesuai dengan sistem pembuktian yang dianut pasal 183 KUHP yaitu pembuktian menurut undang-undang secara negatif. Artinya disamping dipenuhi batas minimum pembuktian yang cukup tersebut harus dibarengi dengan keyakinan hakim bahwa terdakwa yang bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya.

## E. Bukti Langsung dan Tidak Langsung.

Ditinjau dari sifatnya, maka alat bukti yang disebut dalam pasal 1866 KUH Perdata, pasal 164 HIR, dapat diklasifikasikan menjadi:

### 1. Alat Bukti Langsung (*Direct Evidence*).

Disebut alat bukti langsung karena diajukan secara fisik oleh pihak yang berkepentingan di depan persidangan. Alat buktinya diajukan dan ditampilkan dalam proses pemeriksaan secara fisik. Yang tergolong dalam alat bukti langsung adalah alat bukti surat dan alat bukti saksi.

Pihak yang berkepentingan membawa dan menyerahkan alat bukti surat yang diperlukan di persidangan. Apabila tidak terdapat alat bukti, atau alat bukti itu belum mencukupi mencapai batas minimal, pihak yang berkepentingan dapat menyempurnakannya dengan cara menghadirkan saksi secara fisik di sidang, untuk memberikan keterangan yang diperlukan tentang hal yang dialami, dilihat, dan didengar saksi sendiri tentang perkara yang disengketakan.

Secara teoritis, hanya jenis atau bentuk ini yang benar-benar disebut sebagai alat bukti, karena memiliki fisik yang nyata mempunyai bentuk dan menyampaikannya di depan persidangan, benar-benar nyata dan konkret.<sup>120</sup>

Dalam teori hukum persaingan usaha, alat-alat bukti dalam proses investigasi kartel diklasifikasikan menjadi dua jenis, yaitu bukti langsung dan bukti tidak langsung.<sup>121</sup> Bukti langsung yaitu bukti yang dapat menjelaskan adanya perjanjian atau kesepakatan tertulis atau tidak tertulis yang secara jelas menerangkan materi kesepakatan, contohnya adalah adanya perjanjian tertulis. Misalnya untuk menyepakati harga, mengatur produksi, mengatur pasar, membagi wilayah pemasaran, menyepakati tingkat keuntungan masing-masing atau adanya rekaman komunikasi antara pelaku kartel yang menyepakati mengenai adanya suatu kolusi kartel

### 2. Alat Bukti Tidak Langsung (*Indirect Evidence*).

Disamping alat bukti langsung, terdapat juga alat bukti tidak langsung, yaitu dimana pembuktian diajukan tidak bersifat fisik, tetapi yang diperoleh sebagai kesimpulan dari hal atau peristiwa yang terjadi di persidangan.<sup>122</sup> Persangkaan, pengakuan dan sumpah masuk dalam kelompok alat bukti ini.

<sup>120</sup> Ida Iswoyo Kusumo, *op. cit.*, hlm. 204.

<sup>121</sup> KPPU, "<http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>", diunduh 18 September 2011.

<sup>122</sup> M. Yahya Harahap, *op. cit.*, hlm. 558.

Jika melihat dari sifatnya, maka pengakuan tidak tepat jika dikatakan sebagai alat bukti. Hal ini dikarenakan pengakuan bukan berfungsi membuktikan tetapi pembebasan pihak lawan untuk membuktikan hal yang diakui pihak lain. Jika tergugat mengakui dalil penggugat pada dasarnya tergugat bukan membuktikan kebenaran dalil tersebut, tetapi mebebaskan penggugat dari kewajiban beban pembuktian untuk membuktikan dalil yang dimaksud.<sup>123</sup>

Sama halnya dengan sumpah, selain digolongkan pada alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*), pada dasarnya tidak tepat disebut sebagai alat bukti, karena sifatnya saja bukan alat bukti (*evidentiary*). Lebih tepat disebut sebagai kesimpulan dari suatu kejadian (*circumstantial evidence*) atau tambahan (*aanvullend eed*) dari peristiwa pengucapan sumpah itu disimpulkan adanya suatu kebenaran tentang yang dinyatakan dalam lafal sumpah, tetapi dari sumpah itu dapat disimpulkan kebenaran yang dijelaskan dalam sumpah tersebut.<sup>124</sup>

Seperti hal telah dijelaskan di atas, bahwa bukti tidak langsung (*indirect evidence*) merupakan salah satu alat bukti dalam proses investigasi kartel. Dalam konteks ini, bukti tidak langsung merupakan bukti yang tidak dapat menjelaskan secara terang dan spesifik mengenai materi kesepakatan antara pelaku usaha, yang mana terdiri dari bukti komunikasi dan bukti ekonomi. Bukti komunikasi yang membuktikan adanya komunikasi dan/atau pertemuan antar pelaku kartel, namun tidak menjelaskan mengenai substansi yang dibicarakan, contohnya adalah rekaman komunikasi antar pesaing dan bukti perjalanan menuju suatu tempat yang sama antar pesaing. Sedangkan bukti ekonomi merupakan bukti yang tidak hanya mengidentifikasi tindakan perusahaan yang tidak hanya menggambarkan telah terjadinya sebuah kesepakatan, tetapi juga melakukan industri secara keseluruhan, elemen-elemen struktur pasar yang menyatakan bahwa terdapat suatu perjanjian penetapan harga, dan praktek-praktek tertentu yang dapat digunakan dalam perjanjian kartel, sebagai contoh pelaku usaha di pasar atau industri secara keseluruhan, dan bukti perilaku yang memfasilitasi kartel seperti pertukaran informasi dan adanya signal harga.<sup>125</sup>

Pada umumnya kasus kartel jarang atau tidak memiliki bukti langsung (*direct evidence/hard evidence*) karena memang perjanjian kartel pada umumnya tidak dibuat

---

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Raymon Emson, *Evidence*, (Newyork: MacMillan, 1999), hlm. 11.

<sup>125</sup> OECD, “*Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, Policy Brief*” Edisi 2006, <http://www.oecd.org/dataoecd/11/30/38704302.pdf>, diunduh 7 Agustus 2011, hlm. 10.

berdasarkan perjanjian tertulis, maka timbul pemikiran akan adanya *indirect evidence*. Pada prakteknya di berbagai negara di dunia, ada beberapa pihak yang menyetujui hal ini *indirect evidence* (bukti tidak langsung), namun kebanyakan negara tidak menyetujuinya dijadikan satu-satunya alat bukti dalam pelanggaran kartel. Seperti yang diungkapkan sebagai berikut:<sup>126</sup>

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

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

Pada dasarnya dalam menganalisa kartel, terdapat dua macam pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan, yaitu *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason*. Dalam pengaturan kartel di Indonesia, pendekatan yang digunakan adalah pendekatan *rule of reason*, dengan kata lain harus ada proses pembuktian yang menunjukkan bahwa memang telah terjadi praktek kartel diantara para pelaku usaha. Hal ini jelas dinyatakan dalam Peraturan KPPU No.4 Tahun 2010 bahwa untuk membuktikan telah terjadi kartel adalah dengan *rule of reason* sebagaimana perumusan dalam Pasal 11 Undang-Undang No.5 Tahun 1999. Penerapan *rule of reason* yaitu untuk membuktikan bahwa kartel yang terjadi telah menyebabkan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Ini artinya keberadaan perjanjian sebagai *direct evidence* bukan prasyarat utama. Perlu dilakukan pemeriksaan mendalam oleh otoritas penegak persaingan usaha mengenai alasan-alasan pelaku usaha melakukan kartel.

Seperti yang diungkapkan di atas, dikarenakan banyak sekali kasus kartel yang sulit atau tidak memiliki bukti langsung (*direct evidence/hard evidence*) karena memang perjanjian kartel pada umumnya tidak dibuat berdasarkan perjanjian tertulis diantara para pihak, maka peranan *indirect evidence* dibutuhkan untuk membuktikan adanya perjanjian tersebut.

---

<sup>126</sup> *Ibid.*, hlm 17. Dikutip dari American Bar Association, <http://www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/taubman.doc>, diunduh 7 agustus 201. Kutipan di atas diambil dari instruksi juri dalam kasus tuntutan pidana dari pelelangan rumah Chairman of Sotheby

*Economic evidence* merupakan salah satu bentuk dari bukti tidak langsung. Dalam *economic evidence* dikenal adanya istilah *conduct evidence*. Berdasarkan observasi tertentu, suatu perbuatan yang mencurigakan sering memicu investigasi atas adanya dugaan kartel. Analisis yang cermat atas perbuatan para pelaku usaha sangat penting untuk mengidentifikasi tindakan yang dapat dikategorikan sebagai suatu tindakan yang bertentangan dengan kepentingan pribadi para pihak, maka hal tersebut menimbulkan dugaan mengenai adanya suatu perjanjian. Adapun *conduct evidence* meliputi:<sup>127</sup>

- a. *Parallel Pricing*, yaitu perubahan harga yang identik antar para pelaku usaha pesaing, atau hampir identik. Ini termasuk bentuk lain dari *parallel conduct*, seperti pengurangan kapasitas, adopsi persyaratan standar penjualan, dan pola penawaran mencurigakan, misalnya rotasi diprediksikan memenangkan penawar.
- b. Kinerja industri juga dapat digambarkan sebagai *conduct evidence*. Hal ini termasuk:<sup>128</sup>
  - 1) Tinggi laba yang tidak normal
  - 2) Pangsa pasar yang stabil
  - 3) Sejarah pelanggaran hukum persaingan.
- c. Bukti yang berhubungan dengan struktur pasar juga dapat digunakan terutama untuk membuat penemuan perjanjian kartel lebih masuk akal, meskipun faktor struktur pasar tidak membuktikan adanya kesepakatan tersebut. Bukti ekonomi yang relevan yang berkaitan dengan struktur pasar meliputi:<sup>129</sup>
  - 1) Konsentrasi tinggi
  - 2) Konsentrasi rendah di sisi berlawanan dari pasar
  - 3) Besarnya hambatan masuk
  - 4) Tingkat integrasi vertikal yang tinggi
  - 5) Produk standar atau homogen

Jenis *economic evidence* yang spesifik adalah *facilitating practices*, yaitu kegiatan yang memfasilitasi praktek-praktek yang dapat mempermudah para pelaku usaha pesaing untuk mencapai kesepakatan (perjanjian).<sup>130</sup> Penting untuk diketahui bahwa memfasilitasi praktek tidak selalu melanggar hukum. *Facilitating practices* dapat dilakukan melalui *price signaling* dalam kegiatan promosi dalam waktu yang

<sup>127</sup> *Ibid*, hlm. 21.

<sup>128</sup> *Ibid*.

<sup>129</sup> *Ibid*.

<sup>130</sup> *Ibid*.

tidak bersamaan serta pertemuan-pertemuan atau komunikasi antar pesaing melalui asosiasi.<sup>131</sup>

Untuk dapat mengaplikasikan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam pembuktian kartel (penetapan harga), maka dibutuhkan analisa dan keterkaitan dari bukti-bukti tersebut yang dapat membuktikan telah terjadinya perjanjian diantara para pelaku usaha. Perjanjian yang dapat dilakukan oleh para pelaku usaha tidak hanya dapat dilakukan secara formal. Sebagai contoh salah satu usaha mengurangi perang harga dalam pasar oligopoli adalah dengan strategi kepemimpinan harga. Kepemimpinan harga terjadi pada saat sebuah perusahaan besar bertindak sebagai pemimpin dan perusahaan-perusahaan kecil lainnya menjadi pengikut.<sup>132</sup>

Konsep *nash equilibrium*, atau yang sering disebut sebagai *conscious parallelism* menerangkan bahwa meskipun penentuan sebuah harga dari pelaku usaha merupakan reaksi dan sangat dipengaruhi oleh harga dari para pelaku usaha lain, namun karena tindakan mereka tersebut tidak termanifestasi dalam sebuah perjanjian yang eksplisit, baik lewat perjanjian penetapan harga ataupun kartel, maka seyogyanyalah tindakan tersebut merupakan tindakan independen, yang mana tidak dapat dikenai ketentuan hukum persaingan usaha. Stephen F. Ross dalam bukunya *Principles Of Antitrust Law* menafsirkan *conscious parallelism* sebagai berikut:

“...*oligopoly theory demonstrates that firms in markets few sellers can keep prices above the competition level without an express agreement among rivals to fix prices ... If a “price leaders” raises prices, however, its rivals realize that they can either follow suit or maintain the current prices and watch the leader bring its prices back down; they all know that they can price at the higher level without losing market share to their rivals ... where an oligopoly exists firms can raise price and reduce output even though there is no spoken or express agreement*”.<sup>133</sup>

Lebih jauh lagi, dalam pandangannya terhadap *EU Competition Law*, Alison Jones dan Brenda Sufrin memberikan pendapatnya sebagai berikut:<sup>134</sup>

“...*in some oligopolistic markets the players may, without explicit communication, coordinate their behaviour, aligning their conduct and setting their prices at supracompetitive levels (‘tacit collusion’). Because there are only a few players on the market, oligopolists’ awareness of each other presence is automatically heightened and the undertakings react to each*

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> M. Suparmoko, dkk, *Pokok-Pokok Ekonomika*, (Yogyakarta: BPFE, 2000), hlm. 144.

<sup>133</sup> Stephen F. Ross, *Principle of Antitrust Law*, (New York: The Foundation Press Inc., 1993), hlm. 159.

<sup>134</sup> Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law ; Text, Cases, and Materials*, (London; Oxford University Press Inc., 2008), hlm. 859.

*other's behavior of its competitors since a reduction in price by a competitor may swiftly attract away the former's customers. Oligopolists may, therefore, recognize their interdependence and realize, without needing to agree to do so, that the most efficient course of conduct is for them all to set their prices at a profit maximizing level... ”.*

Dari pendapat di atas, dapat diketahui bahwa pasar oligopoli erat kaitannya dengan kolusi (*collusion*). Namun tidak selamanya kesamaan (*trend*) tindakan para pelaku usaha di pasar oligopoli merupakan konsekuensi langsung dari adanya perjanjian eksplisit yang mereka buat. Berdasarkan Pasal 1 angka 7 UU No. 5 Tahun 1999 definisi dari “perjanjian yaitu suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.”

Dari ketentuan di atas terlihat jelas definisi perjanjian disempitkan dalam dua jenis oleh pembuat undang-undang, yaitu perjanjian tertulis dan perjanjian tidak tertulis. Sebagai perbandingan dapat dilihat dari rumusan mengenai kolusi dalam Pasal 81 (1) *EU Competition Law* yang menyatakan bahwa terdapat tiga bentuk kesepakatan yaitu perjanjian (*agreement*), keputusan (*decision*), dan tindakan penyesuaian (*concerted action*). Penafsiran yang luas dari perjanjian dalam UU No. 5 Tahun 1999 secara sekilas dapat dikatakan memiliki kesesuaian dengan Pasal 81 (1) *EU Competition Law* terkait bentuk kesepakatan yaitu berupa perjanjian dan keputusan. Perjanjian dapat ditafsirkan sebagai perjanjian tertulis maupun tidak tertulis sedangkan keputusan dapat ditafsirkan sebagai hasil dari adanya *meeting of mind* (persamaan niat) antara pelaku usaha yang mengikatkan dirinya dalam sebuah perjanjian tertentu (contoh: kartel dan *trust*) dan daripadanya menghasilkan keputusan yang mereka setuju bersama.

Seperti telah dijelaskan sebelumnya, salah satu karakteristik utama dari kondisi pasar yang oligopolistik adalah adanya ketergantungan antara masing-masing para pelaku usaha. Hal yang agak berbeda akan ditemukan dalam menafsirkan adanya tindakan penyesuaian (*concerted action*). Penyesuaian tindakan dalam literatur asing dikenal sebagai *concerted actions* atau *concerted practices* yang ditemukan dalam kasus di *European Court of Justices* (ECJ) pada kasus *ICI v. Commission* yang

dikenal dengan kasus *Dreystuffs* dan kasus *Suiker Unie*. Dari kedua kasus tersebut tindakan penyesuaian didefinisikan sebagai berikut:<sup>135</sup>

*A form of co-ordination between undertakings which, without having reached the stage when an agreement, properly so called, has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition.– Dyestuffs*

*Any direct or indirect contract between such operators, the object of effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which the themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market. – Suiker Unie.*

Bahkan G. Monti dengan tegas membedakan *concerted action* dengan perjanjian tidak tertulis (*implied agreement*):<sup>136</sup>

*If two competitors enter into a contract to set the same price for their goods, this is an unlawful agreement; If two competitors meet and exchange information about their intended commercial policy, this is a concerted practices only when the parties take this information into consideration into account in devising their future commercial policy. .*

Dari pemahaman di atas, dapat diketahui bahwa tindakan penyesuaian (*concerted practices*) merupakan sebuah tindakan langsung maupun tidak langsung yang tidak mengharuskan adanya *meeting of mind* antara para pihak yang melakukannya, namun hal tersebut mempengaruhi tindakan para pelaku usaha di pasar. Dengan kata lain *concerted actions* hanya bisa dibenarkan apabila terdapat *unity of purpose of understanding* diantara pelaku usaha. Faktor harga yang sama pada dasarnya tidak secara otomatis dianggap sebagai pelanggaran terhadap Hukum Persaingan Usaha. Otoritas pengawas persaingan usaha harus menggunakan tindakan penyesuaian sebagai dalil untuk menyatakan para pelaku usaha telah melakukan pelanggaran, khususnya dalam kasus penetapan harga. Celah yang mungkin dapat digunakan sebagai dasar penggunaan dalil ini adalah diduga adanya pertukaran informasi (*exchange information*) yang mungkin saja tidak dapat dikategorikan sebagai perjanjian baik tertulis maupun tidak tertulis, namun digunakan untuk menetapkan hal-hal tertentu untuk melakukan tindakan bersama-sama termasuk harga diantara para pelaku usaha (*conscious parallelism*).

<sup>135</sup> Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law ; Text, Cases, and Materials*, (London; Oxford University Press Inc., 2008), hlm. 173-174.

<sup>136</sup> G. Monti, *EC Competition Law – Law in Context*, (London, Cambridge University Press: 2007), hlm. 35.

*almost every country it is not sufficient simply to show that competitors acted in parallel fashion, because such conduct could be consistent either with agreement or with independent action taken by each competitor unilaterally. One formulation, sometimes employed by courts in the United States is “conscious parallelism plus”. There must exist, in addition to parallel conduct, certain “plus factors” that make it more likely than not that there was concerted action. Relevant plus factors include both communication and economic evidence of the types discussed above.*<sup>137</sup>

Tindakan yang dianggap sebagai *conscious parallelism* seyogyanya dibuktikan dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*, dengan melihat analisis pasar akibat tindakan tersebut dan melihat elemen maksud, apakah dengan tujuan menghambat persaingan ataupun memang sekedar tindakan rasional ekonomi semata. Di Amerika hal ini mulai digunakan dalam kasus *Interstate Circuit, Inc v. U.S* pada tahun 1939.<sup>138</sup> Kasus ini bermula ketika *Interstate Circuit* dan *Texas Consolidated Theatres* memiliki dan mengoperasikan sejumlah bioskop di daerahnya. Manajer bioskop tersebut meminta semua distributor film (dalam kontrak) tidak melakukan penjualan tiket premier kelas A di bawah 25 sen dan lebih dari 40 sen untuk setiap penonton. Sebelumnya, hampir setiap tiket film yang tayang kedua dijual seharga 15 sen saja, dan biasanya juga tayang premier diputar secara bersamaan dengan film yang tidak laku di hari biasa. Sejak *Interstate* meminta kontrak ini bersamaan dengan saat ia menaikkan harga tiket, maka hal ini dikategorikan langsung sebagai konspirasi terhadap pengekangan perdagangan. Dengan menekan semua distributor untuk menandatangani persetujuan atas skema harga ini, *Interstate* memiliki kekuatan pasar di daerahnya. Selanjutnya, dianggap jelas bahwa distributor di daerah itu dianggap secara sadar dan setuju untuk melakukan monopoli film premier tersebut. Hal ini dengan pandangan bahwa adalah suatu kesengajaan jika kedelapan distributor utama tersebut secara serentak menetapkan aturan main yang sama ke semua bioskop. Para distributor film ini dituduh telah melanggar Section 1 dimana secara bersama-sama melakukan pembatasan kontrak atas izin pemutaran film mereka, walaupun pada dasarnya tidak terdapat bukti adanya *express agreement* diantara distributor tersebut (*Conscious Parallelism and Shared Monopoly*).

Hal yang menjadi perdebatan adalah ketika pelanggaran kartel dibuktikan semata-mata dengan menggunakan bukti ekonomi oleh KPPU. Banyak yang mempermasalahkan

---

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> Dalam kasus *Interstate Circuit, Inc v. United States*, 306 U.S. 208, 59 Sup.Ct. 467, 83 L.Ed. 610 pada tahun 1939 dimana pengadilan meyakini: “ *It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participate in it, .... Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, or restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the law.*”

pembuktian yang hanya didasarkan atas bukti ekonomi, hal ini dikarenakan satu fenomena ekonomi bisa jadi mencerminkan dua keadaan yang benar-benar berbeda. Sebagai contoh, *parallel pricing* yang sering dikutip dan digunakan oleh KPPU sebagai bukti adanya *price fixing* merupakan fenomena ekonomi yang bisa timbul karena kartel, bisa juga terjadi karena persaingan yang sengit, khususnya di pasar yang cenderung oligopolistik.

Pada pasar oligopoli, tindakan dari setiap pelaku usaha bisa diamati dan dirasakan oleh pelaku usaha lainnya, sehingga tanpa ada komunikasi apapun, bisa saja terjadi pola pergerakan harga yang sama, seperti sama-sama naik ataupun sama-sama turun. Hal ini bertujuan untuk menghindari efek yang signifikan dari strategi harga pelaku usaha pesaing terhadap tingkat penjualan.

Penereapan penggunaan bukti tidak langsung bukan hal yang mudah. Seperti yang dikutip dari OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, disebutkan bahwa:<sup>139</sup>

*Circumstantial evidence (indirect evidence) can be difficult to interpret, however. Economic evidence especially can be ambiguous, consistent with either concerted or independent action. The better practice is to consider circumstantial evidence in a case a whole, giving it cumulative effect, rather than on an item-by-item basis, and to subject economic evidence to careful economic analysis.*

Laporan OECD tersebut lebih lanjut menyatakan bahwa:<sup>140</sup>

*It is important to note that conduct described as facilitating practices is not necessarily unlawful. But where a competition authority has found other circumstantial evidence pointing to the existence of a cartel agreement, the existence of facilitating practices can be an important complement*

Selain dikarenakan kemungkinan yang muncul berasal dari fenomena yang sama, pemilihan dan penggunaan metode analisis ekonomi dan statistik juga akan sangat menentukan kesimpulan mengenai telah terjadi atau tidak kartel. Sehingga metode yang salah akan berakibat pada kesimpulan yang salah, begitu juga sebaliknya. Pada dasarnya penggunaan metode grafik dalam putusan kartel (bertujuan untuk menentukan telah terjadinya pergerakan harga parallel) juga memiliki kelemahan tersendiri. Hal ini dikarenakan metode ini bisa menghasilkan kesimpulan yang multi-interpretatif dan dapat menyesatkan karena kemampuan mata manusia yang terbatas. Selain itu, penggunaan grafik juga sangat bergantung pada skala grafik yang dibuat. Skala grafik yang berbeda dapat menghasilkan tampilan grafik yang berbeda.

---

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

Tampilan grafik yang berbeda akan menghasilkan interpretasi dan kesimpulan yang berbeda pula meskipun data yang digunakan untuk membuat grafik tersebut adalah sama.

Akibat tampilan grafik yang mengabaikan prinsip-prinsip dasar seperti skala grafik dan proporsionalitas sumbu pada grafik, seperti membuat panjang sumbu horizontal terlalu panjang dibandingkan sumbu tegak dan skala data yang digunakan maka hal itu bisa tidak mencerminkan range data harga. Pelanggaran prinsip-prinsip tersebut, menyebabkan kesimpulan mengenai *parallel pricing* menjadi sangat dipertanyakan validitasnya. Apabila kesimpulan tentang *parallel pricing* ini sangat meragukan, maka kesimpulan adanya *price-fixing* pun patut dipertanyakan.<sup>141</sup>

Dari apa yang terdapat dalam Peraturan KPPU, maka *indirect evidence* termasuk dalam kategori bukti petunjuk. Namun didalam Peraturan KPPU tersebut tidak dijelaskan secara lanjut apa saja yang termasuk dalam alat bukti petunjuk, hanya saja Pasal 72 ayat (3) menyebutkan bahwa petunjuk merupakan pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya. Jika hal tersebut tidak ada diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, maka tidak ada salahnya KPPU melihat *best practice* yang ada di negara-negara lain.

### **Amerika Serikat**

Amerika Serikat telah lama mengatur perihal penegakan anti-kartel. Pendeteksian dan penuntutan kartel *hard core* selalu menjadi prioritas utama penegakan hukum. Pada dasarnya terdapat konsensus yang luas bahwa *hard core* kartel baik dalam bentuk penetapan harga, pembatasan output, *bid rigging*, atau *division market* merupakan tindakan yang paling jahat dari pelanggaran hukum antitrust, menurut *Supreme Court* Amerika, tindakan-tindakan persekongkolan ini merupakan *supreme evil anti-trust*.<sup>142</sup>

Istilah *hard core* kartel ini tidak didefenisikan baik dalam hukum Amerika Serikat (peraturan maupun pedoman). Namun konsep ini dipahami dengan baik, seperti yang tercantum dalam Pedoman Komisi Hukum Amerika Serikat (*United States Sentencing Commission Guidelines*) bagian pelanggaran antitrust, terdapat perjanjian-perjanjian yang dilarang untuk dilakukan oleh para pesaing dalam usaha,

<sup>141</sup> Albert Boy Situmorang, "Putusan Kartel dan Pembuktian Ekonomi" <http://www.antaraneews.com/berita/272894/putusan-kartel-dan-peranan-pembuktian-ekonomi>, diunduh 7 September 2011.

<sup>142</sup> OECD, *Op. cit*, hlm. 123.

seperti penetapan harga (termasuk *bid rigging*) dan alokasi pasar horizontal, dapat menyebabkan kerusakan ekonomi yang serius.<sup>143</sup> Perjanjian antara pesaing yang tercakup dalam bagian ini hampir selalu berupa persekongkolan terselubung yang dimaksudkan untuk membatasi output dan menaikkan harga.

Di Amerika Serikat tindakan kartel diperlakukan sebagai *per se illegal*. Sebuah aturan *per se* untuk mengevaluasi tindakan *hard core* kartel hanya berfokus pada perbuatan itu sendiri. Pendekatan ini tidak memerlukan bukti membahayakan persaingan dan tidak mengizinkan pihak untuk melakukan klaim pembenaran efisiensi. Selain itu berdasarkan analisis *per se*, perusahaan tidak berhak untuk mencoba untuk menunjukkan kewajaran atau perlunya melakukan suatu tindakan.<sup>144</sup> Sebagai contoh, penetapan harga tidak bisa dianggap benar dengan menyatakan bahwa tindakan tersebut perlu untuk menghindari persaingan yang kejam, atau bahwa itu hanya mengakibatkan harga yang wajar. Pendekatan *per se* memberikan kepastian berkenaan dengan legalitas tindakan tertentu.

Kartel di Amerika Serikat dianggap sebagai tindak pidana berdasarkan *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.*

Pelanggaran atas hal tersebut dapat dihukum dengan denda US\$ 100 juta untuk terdakwa korporasi dan US\$ 1 juta untuk individu. Denda juga dapat ditetapkan pada dua kali jumlah kotor keuntungan yang diperoleh oleh terdakwa atau kerugian korban. Pidana pelanggaran oleh individu atas perbuatan ini juga dapat dikenai hukuman sampai 10 tahun penjara. Jika Gugatan perdata pribadi mengikuti tindakan pemerintah dimana terdakwa telah ditemukan bertanggung jawab, maka penggugat dapat menggunakan dapat menggunakan *prima facie* pelanggaran. Pihak swasta dapat memperoleh bantuan *injunctive* dan umumnya berhak untuk mendapat *treble damages*,<sup>145</sup> serta penggantian biaya pengacara yang wajar terhadap pelanggaran

<sup>143</sup> OECD, *Op. cit.*, hlm. 173.

<sup>144</sup> *Ibid.*, hlm. 174.

<sup>145</sup> *Treble Damage* adalah sebuah istilah yang menunjukkan bahwa dalam undang-undang membolehkan pengadilan untuk mengali tiga kali lipat jumlah / kerusakan yang sebenarnya akan menjadi kompensasi yang akan diberikan kepada penggugat yang berlaku, umumnya dalam rangka untuk menghukum pihak yang kalah untuk melakukan yang disengaja. *Treble damage* merupakan kelipatan, dan bukan tambahan, kerusakan yang sebenarnya. Dengan demikian, ketika seorang menerima ganti rugi sebesar \$ 100 untuk cedera, pengadilan menerapkan *treble damage* akan meningkatkan ganti rugi tersebut sampai dengan \$ 300.

undang-undang antitrust.<sup>146</sup> Pemerintah Amerika Serikat juga dapat menuntut treble damages untuk memulihkan segala kerusakan pada bisnis atau harta benda akibat dari pelanggaran antitrust:

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

The Department of Justice (DOJ) melakukan mau melakukan penuntutan hanya bila ada *direct evidence* dari suatu perjanjian yang melanggar hukum. Dalam kasus ini dimana terdakwa tidak mengaku bersalah, *direct evidence* yang paling sering ditemukan adalah berupa kesaksian dari peserta kartel, yang ,mungkin menjadi pemohon keringanan hukum, saksi, atau bekaspeserta kartel yang mengundurkan diri dari perjanjian, selain itu juga bisa berupa video atau kaset audio atau dokumen yang merupakan *direct evidence* dari perjanjian terlarang tersebut. Dipicu oleh *treble damages*, tuduhan melakukan hard core kartel sering terjadi antara para pihak swasta di Pengadilan Amerika Serikat, dan sering didasarkan pada *circumstantial evidence*.

Karena penetapan harga merupakan *per se* pelanggaran *Sherman Act*, sebuah pengakuan oleh terdakwa bahwa mereka setuju untuk melakukan penetapan harga adalah bukti penggugat butuhkan, Dengan tidak adanya pengakuan tersebut, penggugat harus menunjukkan bukti mengenai adanya kesepakatan. Bukti yang biasanya digunakan oleh penggugat terdiri dari dua jenis, yaitu *economic evidence* menunjukkan bahwa para terdakwa tidak melakukan persaingan secara sehat, dan bukti-bukti non ekonomi yang menunjukkan bahwa mereka tidak bersaing karena mereka telah sepakat untuk tidak bersaing.<sup>147</sup>

*Economic evidence* pada umumnya dibagi menjadi dua jenis, yaitu bukti bahwa struktur pasar yang memperlihatkan adanya penetapan harga rahasia dan bukti bahwa pasar berperilaku non kompetitif. Kedua bentuk *economic evidence* bukan merupakan bukti yang krusial, karena perjanjian penetapan harga adalah illegal bahkan jika

---

<sup>146</sup> OECD, *loc. cit*  
<sup>147</sup> *Ibid.*

pihak-pihak tersebut terlihat benar-benar tidak mungkin dapat mempengaruhi harga pasar, *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295F. 3d 651, 654-55.

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

Posner mengemukakan daftar indicator-indikator yang semuanya dapat menjadi subjek dari kesimpulan ambigu dan sangat bergantung pada fakta:<sup>148</sup>

- a. Pasar terkonsentrasi pada sisi penjualan
- b. Tidak ada penjual kecil pinggiran
- c. Permintaan dengan harga kompetitif adalah inelastic
- d. Untuk masuk dalam pasar butuh waktu yang lama
- e. Sisi pembelian dari pasar tidak terkonsentrasi
- f. Produk distandarisasikan (bukan disesuaikan)
- g. Perusahaan utama menjual pada level yang sama dalam rantai distribusi
- h. Persaingan harga lebih penting daripada bentuk-bentuk persaingan lainnya.
- i. Ada suatu rasio tinggi yang tetap dengan biaya variabel
- j. Ada struktur biaya dan proses produksi yang serupa
- k. Permintaan statis atau menurun dari waktu ke waktu
- l. Harga dapat berubah dengan cepat
- m. Pasar beroperasi dengan penawaran tertutup
- n. Pasar lokal
- o. Perusahaan pesaing saling bekerja sama
- p. Industri memiliki sejarah perilaku kartel

Selain itu juga Posner membuat daftar jenis bukti ekonomi lainnya yang dapat menunjukkan adanya perjanjian penetapan harga meskipun tindakan yang jelas tidak ada persekongkolan yang terdeteksi:<sup>149</sup>

- a. Pangsa pasar relatif tetap
- b. Diskriminasi harga pasar yang luas
- c. Pertukaran informasi harga
- d. Variasi harga regional

---

<sup>148</sup> Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2d. ed.), (Chicago: University of Chicago Press, 2001), hlm. 69-79.

<sup>149</sup> *Ibid*, hlm. 79-93.

- e. Penawaran yang identik
- f. Perubahan harga, output dan kapasitas pada pembentukan kartel\
- g. *Industry wide resale price maintenance*
- h. Penurunan pangsa pasar yang ditetapkan para pemimpin
- i. Amplitudo dan fluktuasi perubahan harga'
- j. Elastisitas permintaan pada harga pasar
- k. Tingkat dan pola keuntungan
- l. Harga pasar berbanding terbalik dengan jumlah perusahaan atau elastisitas permintaan
- m. *Basing point pricing*
- n. Adanya praktek eksklusiver

### **Uni Eropa**

Dalam pasal 81 EU treaty diatur mengenai kartel, hal ini sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:

1. *The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between practices which may affect trade between member states and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and particular those which:*
  - a. *Directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions*
  - b. *Limit or control production, markets, technical development, or investment.*
  - c. *Share markets or sources of supply*
  - d. *Apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage*
  - e. *Make the conclusion of contract subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts*
2. *Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.*

Dari ketentuan di atas maka dapat diketahui bahwa pengaturan kartel yang diatur dalam pasal 81 EU Treaty termasuk kedalam *rule of reason* yang artinya bahwa perjanjian kartel tersebut dilarang dengan melihat apakah praktik kartel tersebut dapat mengakibatkan terciptanya kondisi persaingan usaha tidak sehat. Meskipun secara konteks perumusan kartel di atas masuk dalam perumusan *rule of reason* namun pada

praktiknya, melihat pada kasus ACF Chemiafarma NV (1970) dan Dyestuff, maka tujuan pembuktian terhadap pelanggaran pasal 81 EU tersebut tidak diarahkan pada dampak ekonomis atau justifikasi yuridis seperti peningkatan daya saing produsen, efisiensi usaha atau keuntungan substantial bagi konsumen, namun pembuktian lebih terfokus pada eksistensi dari perbuatan tersebut, yang mana hal demikian adalah ciri utama dari pendekatan per se illegal.<sup>150</sup>

Untuk memenuhi beban pembuktian pelanggaran kartel, *European Commission* (EC) dapat menggunakan bukti langsung dan tidak langsung. Terkadang sulit untuk membuat perbedaan antara kedua bentuk alat bukti ini yang mana hanya dipisahkan oleh garis tipis antara keduanya, dan sampai sekarang belum Pengadilan Masyarakat belum memberikan definisi yang jelas mengenai hal ini

Pertama, mengenai bukti langsung (*direct evidence*), yang memungkinkan Komisi untuk menetapkan bahwa suatu perusahaan (atau orang yang bertanggung jawab atas perusahaan tersebut) disimpulkan telah melakukan perjanjian yang bertujuan untuk membatasi persaingan. prinsip berikut ini berlaku apakah bukti yang diberikan secara tertulis atau lisan: nilai pembuktian terbesar berupa dokumen kontemporer seperti perjanjian formal, atau note dari pertemuan atau kontak, catatan anggaran, catatan rapat atau catatan tentang sistem pemantauan.<sup>151</sup>

Pernyataan tegas langsung dari para pelaku usaha pesaing yang terlibat dalam pelanggaran menjadi hal yang lebih penting dalam pencarian fakta oleh Komisi. Para *European Court of First Instance* (CFI) dalam kasus elektroda Grafit menyatakan bahwa pernyataan tegas tersebut dapat digunakan sebagai bukti langsung dan bahwa Komisi dapat membuktikan pelanggaran semata-mata didasarkan atas pernyataan pelaku usaha yang terlibat pelanggaran itu, selama ada bukti yang kuat yang cukup dari statements masing-masing.<sup>152</sup>

Hal ini telah menjadi praktek umum yang sering dilakukan untuk memberikan laporan telah terjadinya pelanggaran berdasarkan *the Commission Leniency Notice*. Pernyataan-pernyataan tegas perusahaan, termasuk didalamnya ingatan karyawan yang terlibat dalam pelanggaran tersebut. Akhirnya bukti secara oral dapat diperoleh selama pemeriksaan keterangan saksi berdasarkan Pasal 27 Peraturan No. 1 / 2003.

Selanjutnya, bukti dalam bentuk laporan dapat diperoleh dalam berbagai tahap prosedur. Komisi berhak untuk melakukan wawancara selama inspeksi atau pada waktu

<sup>150</sup> *Ibid.*, hlm. 114.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> *Ibid.* Dikutip dari putusan pengadilan tingkat pertama (Cour of First Instance) dalam kasus *Graphite electrodes* pada tanggal 29 April 2004

proses pemeriksaan berdasarkan Pasal 19 Peraturan No 1 / 2003 dalam rangka mengumpulkan informasi terkait dengan subjek-materi penyelidikan. Komisi juga harus mengingat bahwa pernyataan oleh satu perusahaan yang diduga terlibat dalam kartel, yang mana keakuratan ditentukan oleh terduga lainnya, tidak dapat dianggap sebagai bukti yang memadai untuk membuktikan pelanggaran jika tidak didukung oleh bukti-bukti lainnya. Masalah ini baru-baru ini ditangani oleh CFI dalam kasus Tabung Baja *Seamless*. Untuk membuktikan kartel, Komisi sangat bergantung pada pernyataan tertulis yang dibuat oleh seorang eksekutif dari salah satu pelaku usaha. Dalam putusannya, CFI berusaha untuk mencari pembenaran atas pernyataan dari eksekutif tersebut dalam berbagai dokumen kontemporer yang mana masing-masing mempertegas bagian yang berbeda-beda dari deklarasi yang ada. Pada tahap banding, meskipun diakui perhatian CFI tertuju pada efek nyata laporan dari beberapa dokumen, yang mana terdapat beberapa pertentangan satu dengan yang lain, ini menunjukkan bahwa pernyataan tersebut secara intrinsik memiliki nilai keabsahan sangat besar.

Kesimpulan dari faktor-faktor yang dikutip oleh CFI tentang cara mengevaluasi nilai pembuktian, CFI menekankan pentingnya faktor-faktor berikut:<sup>153</sup>

1. Apakah jawaban telah diberikan atas nama perusahaan atau dalam kapasitas individu
2. Apakah orang tersebut di bawah kewajiban profesional untuk bertindak demi kepentingan perusahaan
3. Apakah orang tersebut merupakan saksi yang berbicara berdasarkan pengetahuan pribadi tentang fakta
4. Apakah pernyataan dibuat dengan sengaja dan berdasarkan refleksi yang matang
5. Apakah orang tersebut menambah dan mengkonfirmasi pernyataan pada tahap penyelidikan berikutnya
6. Apakah pernyataan tersebut bertentangan dengan kepentingan pribadi orang tersebut atau bertentangan dengan kepentingan perusahaan mempekerjakannya.

Para CFI juga mengumumkan bahwa, apabila Komisi tidak bisa mendasari bukti yg memberatkan fakta secara eksklusif berdasarkan pernyataan terdakwa, atau berdasarkan laporan pelaku usaha tertuduh lainnya, maka *“the Commission's burden of proving conduct contrary to Articles 81 and 82 of the Treaty would be unsustainable and*

---

<sup>153</sup> *Ibid.*, hlm. 115.

*incompatible with the task of supervising the proper application of those provisions which is entrusted to it by the Treaty*".

Gagasan bukti tidak langsung atau tidak langsung secara kontras terdiri dari bukti-bukti yang sesuai untuk menguatkan bukti telah terjadinya kartel dengan metode deduksi, akal sehat, analisis ekonomi atau kesimpulan logis dari fakta-fakta lain yang menunjukkan tindakan tersebut.<sup>154</sup> Misalnya, Komisi sering menemukan bukti pada level harga meningkat yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan yang diduga berpartisipasi dalam suatu kartel. Tindakan paralelisme misalnya, dalam kenaikan harga hanya merupakan suatu indikasi dan tidak secara otomatis dapat dikatakan merupakan bukti kolusi. Adapun indikasi ini hanya dapat dinilai secara terang oleh objek perilaku anti persaingan yang bersifat paralel. Ini diperlukan, karena itu, untuk mengungkap unsur-unsur lain dari bukti atau indikasi adanya kolusi melalui kesimpulan dari perilaku pelaku usaha.

Namun, pada tahun 1980-an, ketika di satu sisi ketika terjadinya peningkatan kesadaran di kalangan bisnis Eropa dan fakta bahwa praktek dari putusan komisi juga menjadi lebih ketat terkait dengan kartel, sementara di sisi lain, dengan peningkatan penggunaan komunikasi modern dan teknologi informasi oleh perusahaan, maka menjadi lebih sulit untuk menemukan bukti dokumenter langsung selama inspeksi mendadak. Oleh karena itu, penggunaan bukti tidak langsung - di samping bukti langsung - telah menjadi suatu kebutuhan (*indispesable*).<sup>155</sup>

Dalam kebanyakan kasus Komisi menemukan hanya sedikit bukti langsung yang menunjukkan adanya pelanggaran oleh para pelaku usaha, seperti catatan rapat, yang biasanya hanya akan terpisah-pisah dan jarang. Dalam kasus ini perlu untuk menyusun kembali secara detail dengan metode deduksi. Untuk memenuhi beban pembuktian pada situasi seperti ini, adanya praktek anti persaingan atau kesepakatan diantara para pihak harus disimpulkan berdasarkan sejumlah kebetulan yang diambil bersama-sama, mungkin, dengan tidak adanya penjelasan yang masuk akal lain, merupakan bukti adanya pelanggaran.

Dalam kasus Unie Suiker Jendral, *advocate general* menunjukkan bahwa "bukti praktek bersama dapat, dalam banyak kasus, hanya terdiri dari bukti atau dugaan dimana investigasi Komisi telah membawa kearah yang lebih jelas. Ini adalah kombinasi dari beberapa praduga yang ada- asalkan bukti tersebut kuat, tepat dan relevan - yang mana

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, hlm. 116. Dikutip Putusan Pengadilan tanggal 7 January 2004 in joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S and others v Commission*, Paragraf 57 dan 277.

<sup>155</sup> *Ibid.*, hlm. 117.

memungkinkan adanya tindakan bersama dimana dikuatkan oleh perilaku aktual dari pelaku usaha yang bersangkutan harus dibuktikan.<sup>156</sup>

Akibatnya penilaian telah terjadinya pelanggaran dapat didasarkan pada bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*) jika sebuah pola pelanggaran muncul dan tidak terdapat hipotesis masuk akal lainnya yang dapat disebutkan pada bukti tersebut.

*European Commission* bebas dalam memilih alat bukti untuk menunjukkan pelanggaran perilaku dan karena tidak ada daftar apa saja yang merupakan alat bukti, tidak ada daftar lengkap dari bukti tidak langsung (*indirect evidence*) yang dapat dikompilasi. Namun beberapa jenis bukti tidak langsung yang sangat khas untuk kasus kartel, seperti perintah perjalanan, biaya perjalanan atau *diary entries* (yang dapat digunakan untuk mengkonfirmasi kehadiran pada pertemuan), catatan e-mail atau telepon (menunjukkan fakta kontak tanpa menampilkan konteks secara konkret), pertemuan undangan, dan konstitusi dari sebuah asosiasi perdagangan atau bukti ekonomi. Pengalaman Komisi telah menunjukkan bahwa sangat sulit untuk mendasarkan keputusan denda pada pelaku usaha mengandalkan sebagian besar pada bukti ekonomi. Sampai sekarang upaya Komisi untuk mengandalkan data ekonomi tidak dilihat cukup oleh Pengadilan Eropa, sebagai pihak yang diduga melanggar sering memberikan penjelasan alternatif yang masuk akal yaitu alasan adanya pergerakan pasar, yang mana cukup untuk membuat kesimpulan yang lemah yang mungkin ditarik untuk mendukung temuan kartel.

Hal paling penting dalam hal penggunaan bukti tidak langsung adalah bahwa bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*) tersebut selalu harus dilihat dalam hubungannya dengan semua bukti langsung dan tidak langsung lainnya yang tersedia dalam kasus konkret. Gambar dari suatu kartel secara keseluruhan yang muncul dalam sebuah kasus bisa menjadi alasan yang cukup untuk menafsirkan salah satu bukti dalam satu atau lain cara. Akhirnya, harus disebutkan bahwa kualitas atau nilai keabsahan bukti tidak harus seragam di seluruh spek kartel. Hal yang biasa jika terdapat kesenjangan atau periode aktivitas yang rendah. Maka Bukti harus dipandang secara keseluruhan.

## **Brazil**

Era modern kebijakan persaingan di Brasil dimulai pada tahun 1994 dengan diberlakukannya UU baru sebagai bagian dari *Real Plan*, satu set kebijakan yang dikembangkan untuk mengatasi periode hiperinflasi. Hukum yang mengatur mengenai persaingan usaha di Brazil yaitu Brazillian Competition Policy System (BCPS) yang terdiri dari 3 lembaga: *Administrative Council for Economic Defence* (CADE), yang

---

<sup>156</sup> *Ibid.*

semula diciptakan pada tahun 1962, *the Economic Law Office* (SDE) di Departemen Kehakiman, dan *Secretariat for Economic Monitoring* (SEAE) di Departemen Keuangan. CADE memiliki kewenangan untuk memutus perkara kasus BCPS, sementara SDE memiliki peran investigasi utama, dan SEAE bertanggung jawab untuk menyediakan analisis ekonomi.<sup>157</sup>

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

Secara umum, setiap kasus yang disampaikan kepada komisi persaingan usaha diajukan sebagai Prosedur Administrasi (*Procedimento Administrativo*) dan tergantung pada kekuatan bukti dan keadaan kasus, komisi persaingan usaha akan memiliki pilihan berikut:<sup>158</sup>

1. Memulai penyelidikan awal (*Averiguacao Preliminar*)
2. Memprakarsai Proses Administrasi (*Processo Administrativo*)
3. Memberhentikan kasus tanpa penyelidikan lebih lanjut, jika pengaduan tersebut tidak terkait dengan masalah persaingan usaha atau jika praktek tersebut jelas tidak menimbulkan kerugian apapun yang terkait dengan hukum anti persaingan.

Selain dari keputusan untuk emmbatalkan kasus ini sementara masih merupakan Prosedur Administrasi, semua keputusan lain dari SDE diajukan untuk mendapat persetujuan dari CADE. Jika CADE tidak setuju dengan keputusan Sekretariat Hukum Ekonomi untuk menutup sebuah kasus, maka CADE dapat mengirim kasus itu kembali ke SDE dan meminta dilakukan penyelidikan lebih lanjut.

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

---

<sup>157</sup> *Ibid.*, hlm. 83.

<sup>158</sup> *Ibid.*

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

Dari apa yang diuraikan di atas, dapat disimpulkan bahwa ada beberapa kemungkinan cara untuk menangani kasus-kasus yang didasarkan atas *circumstantial evidence*, tetapi dalam setiap kasus wajib untuk dilakukan beberapa penyelidikan awal untuk menentukan apakah kasus akan ditutup atau ditindaklanjuti.

a. kasus *Steel Cartel* (Brazil)

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

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

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

tersebut untuk membicarakan permasalahan diantara mereka sebelum permasalahan tersebut disampaikan pada pemerintah.

#### b. Kasus Sao Paulo Airlines (Brazil)

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

### Jepang

Biasanya, perjanjian kartel dicapai dibalik pintu tertutup antara dua atau lebih pelaku usaha pesaing, dimana sangat sulit bagi orang luar untuk mengetahui apa perjanjian khusus yang dibuat diantara mereka. Penegakan hukum terkait anti-kartel telah diperketat dalam beberapa tahun terakhir, perusahaan-perusahaan yang ada juga semakin berhati-hati untuk tidak meninggalkan bukti materi perjanjian kartel tersebut. Tanpa bukti langsung, hal ini penting untuk membuktikan keberadaan kartel secara memadai dengan mengumpulkan fakta yang relevan yang dibangun berdasarkan pada bukti tidak langsung.

Dalam rangka memenuhi persyaratan untuk Pengendalian Perdagangan tidak wajar sebagaimana ditentukan dalam section 2 (6) dari Undang-Undang Antimonopoli Jepang, seseorang harus menemukan adanya hubungan niat (*liaison of intention*) di antara pengusaha yang bersangkutan. Setiap tindakan bersama (*concerted action*) antara para pelaku usaha tidak dengan sendirinya memberikan bukti yang cukup telah terjadinya kartel.<sup>159</sup> Dalam kasus Toshiba Chemical, *Tokyo High Court Judgement* pada tanggal 25 September 1995 menemukan bahwa "hubungan niat (*liaison of intention*) berarti pengusaha mengakui atau mengantisipasi implementasi dari peningkatan harga diantara para pengusaha dan bermaksud untuk berkolaborasi dengan harga yang ditetapkan berdasarkan harga yang mereka sepakati. Dengan demikian, perjanjian eksplisit yang mengikat para pihak yang terkait tidak perlu untuk membuktikan adanya "penghubung niat;" perjanjian diam-diam (*tacit agreement*) sudah cukup.

---

<sup>159</sup> *Ibid.*, hlm.129.

Dalam kasus *Toshiba Chemical*, yang mana melibatkan kegiatan kartel tanpa bukti langsung (*direct evidence*), Pengadilan Tinggi Tokyo menemukan bahwa adanya perjanjian diam-diam (*tacit agreement*) merupakan bukti yang cukup dari penghubung niat (*liaison of intention*). Hal ini dapat dibuktikan dengan menunjukkan saling pengakuan penerimaan diantara para pelaku usaha, 'harga-meningkat dan penerimaan secara diam-diam oleh pelaku usaha lainnya. Pengadilan memberi alasan berikut untuk interpretasi ini: "Dengan sifat perjanjian sebagai *Unreasonable Restraint of Trade*, "perusahaan biasanya mencoba untuk menghindari membuat kesepakatan secara eksplisit. Jika kita menafsirkan bahwa perjanjian eksplisit diperlukan untuk membuktikan *Unreasonable Restraint of Trade*, maka pengusaha dengan mudah bisa berlindung dibawah hukum, dan oleh karena itu jelas bahwa penafsiran seperti ini tidak sesuai dengan kenyataan.

"Mengenai bukti perjanjian diam-diam (*tacit agreement*), pengadilan dalam kasus *Toshiba Chemical* menyatakan: "Pengakuan dan niat dari pelaku usaha harus dipertimbangkan melalui pemeriksaan dalam berbagai keadaan sebelum dan setelah menaikkan harga, dan kemudian dievaluasi apakah ada saling pengakuan atau . penerimaan di kalangan pengusaha tentang kenaikan harga atau tidak "Jadi, dalam hal tidak adanya kesepakatan secara eksplisit, makanya adanya perjanjian diam-diam dapat dibuktikan dengan bukti-bukti tidak langsung melalui pembuktian: (i) adanya pertukaran informasi sebelum kegiatan kartel dilakukan dan pendapat di antara pihak-pihak yang bersangkutan mengenai hal tersebut, (ii) isi dari negosiasi antara pihak-pihak yang bersangkutan, dan (iii) tindakan bersama (*concerted action*) sebagai hasilnya.<sup>160</sup>

Kasus yang berbeda membutuhkan bentuk lain bukti dalam rangka membuktikan adanya penghubung niat (*liaison of intention*). Secara khusus penghakiman pada *tacit liaison of intention* harus dibuat berdasarkan kasus per kasus. Tiga kriteria yang diidentifikasi dalam kasus *Toshiba Chemical* akan mengindikasikan fakta-fakta tidak langsung, misalnya, dapat ditemukan:<sup>161</sup>

1. Adanya pertukaran sebelum informasi kartel dilakukan dan pertukaran pendapat di antara pihak-pihak terkait:<sup>162</sup>
  - a. Sering membuat pertemuan sebelum kenaikan harga
  - b. Telepon percakapan atau e-mail pada pertemuan tersebut

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, hlm. 130.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> *Ibid.*

2. Isi negosiasi antara pihak-pihak yang bersangkutan:<sup>163</sup>
  - a. kondisi industri saat ini
  - b. Pertukaran informasi tentang harga saat ini, dll
  - c. Deklarasi niat untuk menaikkan harga
  - d. Diskusi langkah-langkah yang akan diambil terhadap diskon
3. Terpadu bertindak sebagai hasilnya:<sup>164</sup>
  - a. Harga aktual penggalangan oleh pengusaha
  - b. Pengusaha harga proses keputusan

### China Taipei

Setelah 14 tahun menerapkan aturan kartel, *Chinese Taipei's fair Trade Commission* (FTC) telah menemukan lebih dari 114 pelanggaran Pasal 14 dari UU *Fair Trade*.<sup>165</sup> FTC tidak terlalu kuat dalam menerapkan ketentuan terhadap “tindakan bersama para pelaku usaha” sebelum amandemen UU *Fair Trade* tahun 1999, karena fakta bahwa ada hukuman pidana langsung terhadap pelanggaran tersebut. Sejak amandemen tahun 1999, FTC telah mampu menerapkan pasal 14 UU FTC dan telah menerapkan denda administratif secara lebih aktif. Hal ini diharapkan bahwa FTC akan terus mengikuti posisi yang ketat pada saat melakukan penegakan hukum terhadap tindakan yang dilakukan dengan persetujuan bersama para pelaku usaha.

Mengingat kesulitan dalam memperoleh bukti substantif dari tindakan kartel, maka telah menjadi hal yang umum di kalangan otoritas penegak hukum persaingan Cina untuk melakukan *leniency programme*.<sup>166</sup> Dengan ini, pihak-pihak yang melakukan persekongkolan yang secara sukarela mengungkapkan kepada otoritas penegak persaingan usaha, serta membantu dalam proses penyelidikan, dapat memperoleh kekebalan atau pengurangan kewajiban baik secara administratif maupun secara pidana. Sedangkan isi dari *leniency programme* bervariasi di seluruh negara. Secara umum, pihak-pihak yang melakukan persekongkolan yang secara sukarela telah mengungkapkan atau membantu sebelum otoritas penegak hukum mempelajari perjanjian atau memperoleh bukti alternatif yang memadai, maka ia diwajibkan untuk memberikan bukti nyata dalam proses penyelidikan yang memungkinkan pihak berwenang untuk menyelesaikan penyelidikan mereka. Program tersebut dapat menghemat biaya investigasi, mencegah penyebaran cedera, menghalangi *hard core* kartel. Mengingat

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*, hlm. 163.

<sup>166</sup> *Ibid.*

keuntungan dari *leniency programme*, maka FTC meneliti desain dan metode pelaksanaan program seperti yang ada di negara lain.

Sebagaimana disebutkan di atas, FTC sering menghadapi kesulitan untuk mengumpulkan informasi mengenai bukti aktivitas curang dari para pelaku usaha. FTC telah menandatangani perjanjian dengan otoritas penegak persaingan negara lain seperti Selandia Baru, Australia, Perancis dimana kerja sama antara lembaga-lembaga penegakan hukum tersebut diterapkan di yurisdiksi masing-masing. Walaupun demikian, masih belum ada kesepakatan oleh FTC dan badan-badan otoritas penegak hukum persaingan negara lain untuk memperoleh informasi rahasia yang berguna untuk memperbaiki kegiatan ilegal.<sup>167</sup> FTC sedang menjajaki kemungkinan masuk ke dalam perjanjian kerja sama dengan rekan-rekan lain di negara lain untuk memastikan bahwa kegiatan penegakan hukum dapat dilakukan secara lebih efektif dan untuk meningkatkan penegakan hukum persaingan untuk ememrangi praktek-praktek anti persaingan lintas perbatasan dan kartel internasional.

---

<sup>167</sup> *Ibid.*, hlm. 168.

### BAB III

## ANALISA KASUS

#### A. Posisi Kasus (Putusan KPPU No. 25/KPPU-I/2009 Tentang Penerapan Harga *Fuel Surcharge* Dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Indonesia)

Kasus ini bermula dari hasil risalah rapat tentang Pengenaan *Fuel Surcharge* tanggal 5 Februari 2008 antara Departemen Perhubungan c.q. Direktorat Jenderal Perhubungan Udara, Sekretaris INACA (*Indonesian National Carrier Association*) dan 11 (sebelas) maskapai penerbangan. Berdasarkan keterangan dari Departemen Perhubungan, belum ada dasar hukum pemberlakuan *fuel surcharge*, namun terdapat peraturan yang mengatur tentang pungutan terkait dengan tarif angkutan udara niaga berjadwal dalam negeri kelas ekonomi dan komponen tarif penumpang pelayanan kelas ekonomi, antara lain:

1. Keputusan menteri Perhubungan Nomor: KM 8 Tahun 2002 tentang Mekanisme Penetapan dan Formulasi Perhitungan Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi.
2. Keputusan Menteri Perhubungan Nomor: KM 9 Tahun 2002 tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi.

Dalam Pasal 1 ayat (3) Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 9 Tahun 2002 tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi menyatakan:

Tarif penumpang angkutan niaga berjadwal dalam negeri kelas ekonomi belum termasuk Pajak Pertambahan Nilai (PPN), iuran wajib dana pertanggungansan wajib kecelakaan penumpang dari PT jasa Raharja (Persero), asuransi tambahn lainnya yang dilaksanakan secara sukarela dan tarif jasa pelayanan penumpang pesawat udara yang dikenakan sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Pasal 1 ayat (4) Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 9 Tahun 2002 tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi menyatakan "setiap pungutan yang akan dikaitkan dengan tarif angkutan harus terlebih dahulu mendapat persetujuan dari Menteri Perhubungan".

Berdasarkan ketentuan tersebut, INACA telah mengirimkan surat-surat kepada Menteri Perhubungan, antara lain:

1. Surat Nomor: INC-1001/A/16/X/2004 tanggal 22 Oktober 2004 perihal Permohonan Pengenaan *Surcharge* Atas Kenaikan BBM Penerbangan.
2. Surat Nomor: INC-1001/A/28/V/2005 tanggal 12 Mei 2005 perihal kelangsungan Usaha Perusahaan Penerbangan Nasional.
3. Surat Nomor: INC-1001/A/31/VI/2005 tanggal 7 Juni 2005 perihal Usulan Pengenaan *Fuel Surcharge*.
4. Surat Nomor: INC-1001/A/39/X/2005 tanggal 11 Oktober 2005 perihal Permohonan Izin Pengenaan *Fuel Surcharge* Atas Kenaikan harga BBM.

Pengajuan usulan pemberlakuan *fuel surcharge* oleh INACA tersebut didasari pada kondisi melemahnya nilai tukar Rupiah terhadap US Dollar, sehingga harga avtur yang dijual oleh PT Pertamina mengalami kenaikan sedangkan daya beli masyarakat menurun sehingga tingkat isian penumpang pesawat terbang domestik (*load factor*) mengalami penurunan. Menanggapi surat-surat dari INACA tersebut, Ditjen Perhubungan Udara telah menyampaikan surat kepada Menteri Perhubungan yaitu Ref. Surat Nomor AU/6076/DAU.1705/04 tanggal 31 Oktober 2005 perihal pengenaan *fuel surcharge* atas kenaikan harga avtur tersebut, Ditjen Perhubungan Udara meminta INACA untuk memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Berdasarkan hasil evaluasi Ditjen Perhubungan Udara, bahwa harga jual rata-rata saat ini masih di bawah tarif batas atas, sehingga kenaikan harga avtur masih memungkinkan harga jual sampai dengan setinggi-tingginya sama dengan tarif batas KM 9 Tahun 2002.

Tabel. 3.1

No	Kelompok Jarak (Km)	Tarif Dasar per Pnp-Km (Rp)
1	Di bawah 150	1.450,-
2	150 s/d 225	1.365,-
3	226 s/d 300	1.295,-
4	301 s/d 375	1.230,-
5	376 s/d 450	1.170,-
6	451 s/d 600	1.100,-

7	601 s/d 750	1.050,-
8	751 s/d 900	1.000,-
9	901 s/d 1.050	950,-
10	1.501 s/d 1.400	900,-
11	Diatas 1.400	850,-

Sumber: [www.dephub.go.id](http://www.dephub.go.id) dan telah diolah kembali

Tarif dasar di atas tidak termasuk Pajak Pertambahan Nilai (PPn), iuran wajib dana pertanggung wajib kecelakaan penumpang dari PT Jasa Raharja (Persero), asuransi tambahan lainnya yang dilaksanakan secara sukarela dan tarif jasa pelayanan penumpang pesawat udara yang dikenakan sesuai ketentuan berlaku.

2. Pangsa biaya avtur yang dijadikan patokan untuk masing-masing rute penerbangan berbeda karena dipengaruhi faktor jarak tempuh.
3. Harga avtur yang dijadikan patokan untuk pengenaan *fuel surcharge* adalah harga bulan Juni 2005 (harga avtur patokan tarif referensi).
4. Pengenaan *fuel surcharge* dapat dipahami dan sudah berlaku dipenerbangan internasional sebagai akibat kenaikan avtur, namun perlu dipertimbangkan pelaksanaannya dengan cermat secara bersama.
5. Pengenaan *fuel surcharge* tersebut tidak diberlakukan kepada calon penumpang yang sudah melakukan transaksi pembelian tiket.
6. Pengenaan *fuel surcharge* diberlakukan pada seluruh perusahaan angkutan udara niaga berjadwal dan sepenuhnya merupakan tanggung jawab perusahaan yang bersangkutan.
7. INACA sebagai asosiasi perusahaan angkutan udara niaga harus sanggup dan mampu melakukan pengawasan terhadap pemberlakuan *fuel surcharge* tersebut.

INACA akhirnya mengeluarkan Berita Acara Persetujuan Pelaksanaan *Fuel Surcharge* (Ref. Berita Acara Nomor 9100/53/V/2006) tanggal 4 April 2006 yang ditandatangani oleh Ketua Dewan INACA, Sekretaris Jenderal INACA dan 9 (sembilan) perusahaan angkutan udara niaga yaitu PT Mandala Airlines, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Dirgantara Air Service, PT Sriwijaya Air, PT Pelita Air Service, PT Lion Mentari Air, PT Batavia Air, PT Indonesia Air Transport, PT Garuda Indonesia (Persero). Berdasarkan Berita Acara Persetujuan Pelaksanaan *Fuel*

*Surcharge* tersebut, melaksanakan *fuel surcharge* mulai diterapkan pada tanggal 10 Mei 2006 dengan besaran yang diberlakukan pada setiap penerbangan dikenakan rata-rata Rp. 20.000,- (dua puluh ribu rupiah) per penumpang. Besaran *fuel surcharge* sebesar Rp. 20.000,- (dua puluh ribu) tersebut dibuat dengan berpatokan pada harga avtur rata-rata yang naik ke posisi Rp. 5.600/liter sejak 1 Mei 2006, sehingga komposisi bahan bakar dalam biaya meningkat menjadi sekitar 40%.

Setelah INACA menetapkan *fuel surcharge* sebesar RP 20.000,- (duapuluh ribu rupiah) yang mulai berlaku sejak 10 Mei 2006, KPPU mengadakan pertemuan dengan INACA pada tanggal 16 Mei 2006, karena *fuel surcharge* dianggap merupakan bentuk nyata dari kartel. KPPU kemudian memberikan masukan kepada INACA dengan mengirimkan Surat Nomor 207/K/V/2006 tanggal 30 Mei 2006, yang intinya agar INACA mencabut penetapan mengenai *fuel surcharge* dan mengembalikan kewenangan penetapan *fuel surcharge* kepada masing-masing maskapai penerbangan. Selanjutnya berdasarkan Notulen Rapat No. 9100/57/V/2006, INACA mengadakan Rapat Anggota dan Pengurus INACA pada tanggal 30 Mei 2006 yang pada intinya menyimpulkan penerapan dan besaran *fuel surcharge* diserahkan kembali kepada masing-masing perusahaan penerbangan nasional Anggota INACA.

### **Pertimbangan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)**

Dalam pertimbangannya KPPU menyatakan bahwa unsur penetapan harga dan unsur pasar yang bersangkutan telah terpenuhi.

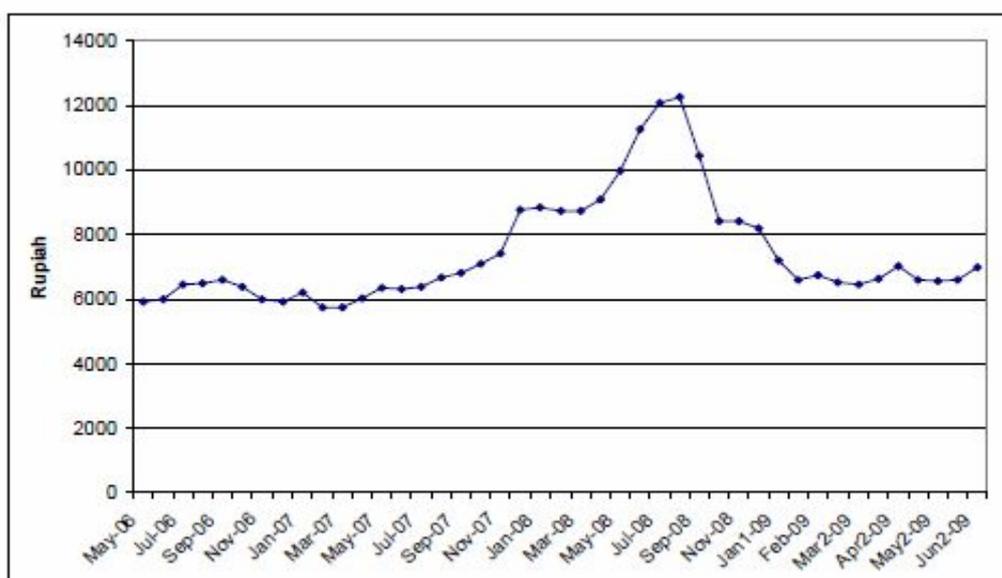
Pertama, KPPU berpendapat bahwa yang dimaksud dengan harga yang ditetapkan atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan dalam perkara ini adalah *fuel surcharge*. Seiring dengan melambungnya harga minyak mentah dunia, maka harga *fuel surcharge* juga ikut naik. Namun ketika sebaliknya terjadi, maka besaran *fuel surcharge* tidak turun berimbang sesuai dengan harga avtur. KPPU menilai bahwa formula perhitungan *fuel surcharge*, asumsi harga avtur, asumsi konsumsi avtur dan asumsi *load factor* yang dibuat oleh masing-masing Terlapor berbeda-beda, maka seharusnya pergerakan *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh masing-masing Terlapor juga seharusnya berbeda-beda berdasarkan pertimbangan ekonomi dari masing-masing perusahaan. Terdapat dugaan bahwa *fuel surcharge* yang diberlakukan oleh maskapai penerbangan tersebut untuk menutup biaya operasional.

Berdasarkan analisis KPPU yang dilakukan oleh Majelis KPPU dengan menggunakan uji korelasi dan *homogeneity variance test*, maka pergerakan *fuel surcharge* menunjukkan adanya *trend* yang sama diantara para terlapor yaitu Terlapor I PT Garuda Indonesia (Persero); Terlapor II, PT Sriwijaya Air; Terlapor III, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero); Terlapor IV, PT Mandala Airlines; Terlapor VI, PT Travel Express; Terlapor VII, PT Lion Mentari Airlines; Terlapor VIII, PT Wings Abadi Airlines; Terlapor IX, PT Metro Batavia; Terlapor X, PT Kartika Airlines. Dalam menetapkan besaran besaran *fuel surcharge* untuk periode Mei 2006 s/d Maret 2008 untuk zona tempuh 0 s/d 1 jam, 1 s/d 2 jam dan 2 s/d 3 jam, meskipun formula perhitungan *fuel surcharge*, asumsi harga avtur, asumsi konsumsi avtur dan asumsi *load factor* yang dibuat oleh masing-masing Terlapor berbeda-beda.

Selain itu, KPPU menganggap bahwa *trend* yang sama, korelasi positif dan varias yang sama dalam pergerakan *fuel surcharge* diantara para Terlapor membuktikan adanya penetapan harga *fuel surcharge* oleh Para Terlapor tersebut. Dengan demikian unsur harga terpenuhi.

Sejak tahun 2006, harga avtur naik drastis, hal ini dikarenakan harga minyak dunia yang melambung tinggi di pasar Internasional. Perkembangan harga avtur ini sudah jauh diatas harga avtur yang menjadi dasar penetapan tarif yang saat itu berlaku (KM No. 9 Tahun 2001 tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi). Berikut adalah data harga avtur dari tahun 2006-2009:

Grafik. 3.1

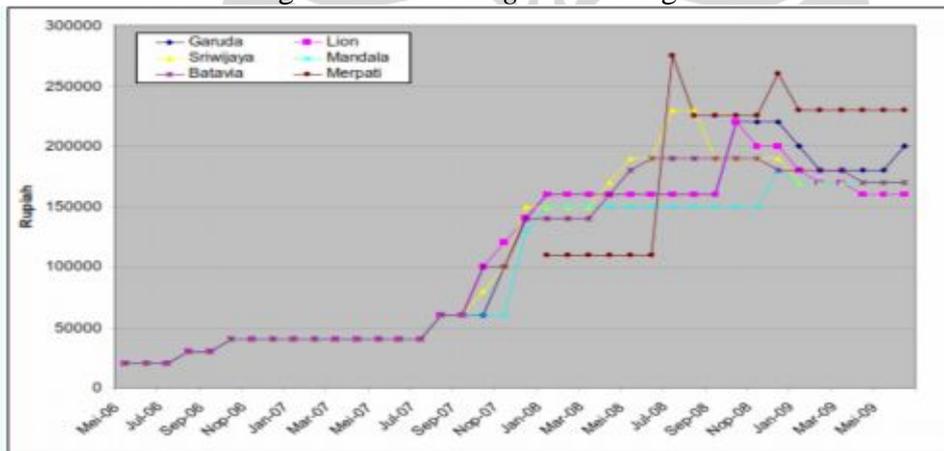


Sumber : Departemen Perhubungan

Memperhatikan harga dasar penetapan tarif yang sangat murah tersebut, maka mengakibatkan selisih antara harga avtur faktual dengan harga avtur dasar ketetapan tarif cenderung tinggi karena kecenderungan kenaikan avtur, yang mana sebagai akibat dari fluktuasi harga minyak dunia. Sejak Mei 2009, Maskapai Indonesia secara resmi mengimplementasikan *fuel surcharge* sebagai salah satu komponen tarifnya.

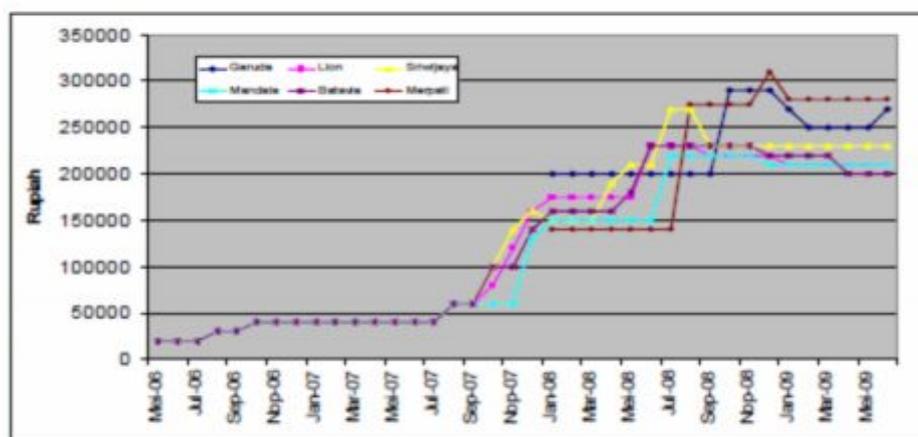
Menurut KPPU, *fuel surcharge* yang dikenakan oleh para telapor memperlihatkan kondisi yang berbeda-beda. Diantara maskapai terlihat variasi yang luar biasa ekstrim yaitu dari Rp. 0 sampai Rp. 48.000,- per penumpang. Dianggap janggal karena variasi pesawat yang digunakan oleh maskapai di Indonesia relatif sama. Fluktuasi harga avtur dilapangan seharusnya sejalan dengan *fuel surcharge* maskapai. Tetapi faktanya hal tersebut berbeda.

Grafik. 3.2

Perkembangan *Fuel Surcharge* Penerbangan T<1 Jam

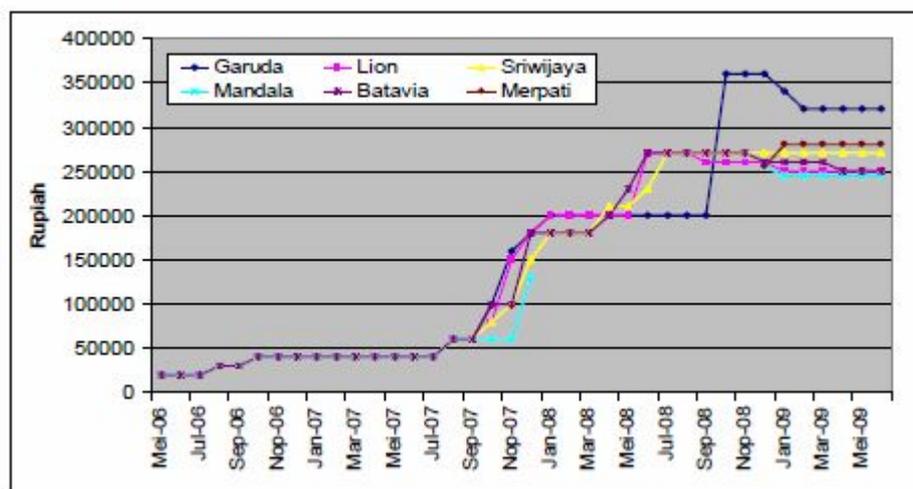
Sumber: [www.kppu.go.id](http://www.kppu.go.id)

Grafik.3.3

Perkembangan *Fuel Surcharge* Penerbangan 1<T<2 Jam

Sumber: [www.kppu.go.id](http://www.kppu.go.id)

Grafik. 4

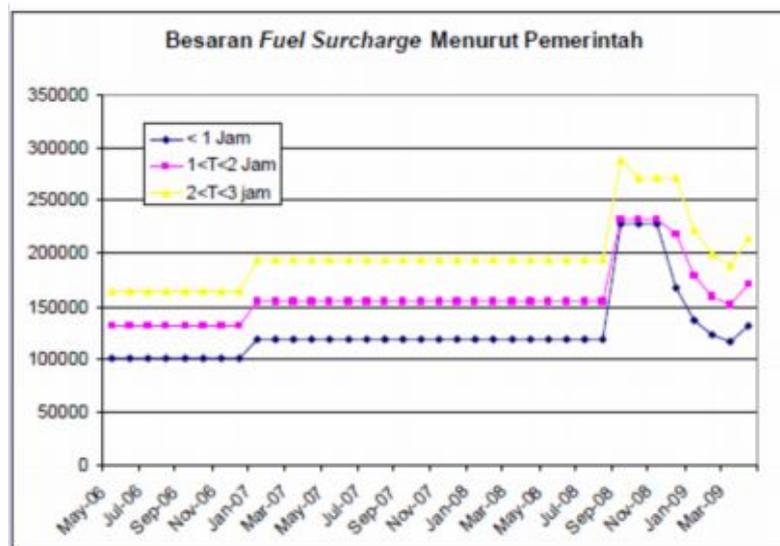
Perkembangan *Fuel Surcharge*  $2 < T < 3$  Jam

Sumber: [www.kppu.go.id](http://www.kppu.go.id)

Berdasarkan data tersebut di atas, KPPU berpandangan bahwa besaran *fuel surcharge* Mei 2006 sampai dengan September 2007 untuk seluruh maskapai yang disurvei adalah sama besarnya. Padahal Mei 2006, INACA bersepakat untuk membubarkan kartel termasuk penetapan harganya. Begitupula dengan trend yang tercipta selanjutnya berdasarkan grafik yang telah disampaikan di atas, yang menunjukkan bahwa besarnya *fuel surcharge* naik terus dalam setiap waktu. Potensi bahwa telah terjadinya kartel harga (*price fixing*) sangat besar terjadi. Hal ini terlihat dari trend harga yang memperlihatkan sebuah harga selama beberapa periode dan harga yang juga berkelompok pada tingkat harga yang sama setelahnya baik untuk waktu penerbangan kurang dari 1 jam, waktu penerbangan antara 1 dan 2 jam, serta waktu penerbangan 2 dan 3 jam. Dalam grafik tersebut tidak terdapat penurunan kecuali pada akhir tahun 2008 dan awal tahun 2009, itu juga dianggap tidak terlalu signifikan.

Pada dasarnya terkait dengan implementasi *fuel surcharge*, pemerintah telah berusaha melakukan pengawasan dengan mengeluarkan besaran *fuel surcharge* hasil perhitungannya sendiri. Namun KPPU menilai hal ini tidak berpengaruh apa-apa, dikarenakan pemerintah tidak melakukan intervensi sekalipun besaran *fuel surcharge* tersebut sudah melampaui hasil perhitungan pemerintah.

Grafik. 3. 5



Sumber: [www.kppu.go.id](http://www.kppu.go.id)

Apabila dibandingkan dengan *fuel surcharge* yang diberlakukan oleh maskapai penerbangan, maka besaran *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh pemerintah penerbangan sangat jauh lebih besar. Namun sejak Juli 2007, *fuel surcharge* maskapai mengalami kenaikan yang signifikan dalam rangka menyentuh besaran *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh pemerintah bahkan lebih dari itu, meskipun kemudian *fuel surcharge* yang ditetapkan pemerintah pada akhirnya mengalami kenaikan signifikan, terutama di bulan September 2008 seiring dengan kenaikan harga avtur yang mengikuti harga minyak dunia.

Dari keterangan pemerintah diketahui bahwa pada awalnya maskapai tidak memiliki referensi sama sekali tentang formula perhitungan *fuel surcharge* ini. Angka-angka yang ditetapkan di awal masa berlakunya *fuel surcharge* didasarkan atas perhitungan komersial institusi mereka dengan tidak menggunakan rumus. Dalam hal inilah kemudian KPPU menyimpulkan bahwa pada awalnya tidak ada perhitungan baku untuk menghitung besaran *fuel surcharge* tersebut. Hal inilah yang patut dicurigai kemudian mendorong *fuel surcharge* bergerak liar seolah-olah menggunakan mekanisme pasar tanpa ada yang bisa mengendalikannya.

Berdasarkan keterangan pemerintah dan pelaku usaha diketahui bahwa menjelang tahun 2008 maskapai penerbangan dipanggil oleh pemerintah untuk kemudian diberikan pengarahan terkait dengan besaran *fuel surcharge* dan formulasinya. Hal ini memberikan dampak kenaikan signifikan dari *fuel surcharge* maskapai penerbangan yang merupakan merupakan upaya maskapai untuk

menyesuaikan besaran dengan yang menjadi acuan yang ditetapkan oleh pemerintah. Pada saat itu maskapai mengetahui bahwa besaran avtur yang mereka tetapkan jauh dibawah acuan yang dihitung oleh pemerintah.

Terkait dengan ini, maka KPPU kemudian menguji korelasi *fuel surcharge* dan selisih harga avtur yang ditetapkan oleh pemerintah. Hal ini dilakukan untuk melihat apakah besaran yang ditetapkan pemerintah konsisten dengan rumus (formula) yang diakuinya. Dari hasil uji korelasi tersebut, KPPU berpandangan bahwa korelasi antara *fuel surcharge* dengan selisih harga avtur sangat kecil, sehingga dapat dikatakan bahwa tidak terdapat korelasi antara keduanya. Hal ini tentu saja merupakan sebuah inkonsistensi, mengingat pemerintah sendiri yang menetapkan rumus perhitungan *fuel surcharge*.

Pada akhirnya, KPPU sampai pada kesimpulan bahwa dalam implementasinya, besaran *fuel surcharge* sudah tidak lagi hanya menjadi alat untuk menutup selisih harga avtur yang semakin tinggi, tetapi juga sudah memiliki fungsi untuk menutup biaya lainnya atau bahkan menjadi sarana untuk menutup biaya lainnya atau bahkan menjadi sarana untuk melakukan eksploitasi konsumen karena tidak ada batasan atas *fuel surcharge* yang diberlakukan oleh maskapai penerbangan

Hal ini semakin diperkuat oleh pengakuan beberapa maskapai penerbangan yang tidak konsisten menjawab peruntukan dari *fuel surcharge* tersebut, dimana beberapa jawaban mereka secara tidak langsung menyatakan bahwa *fuel surcharge* tidak hanya diperuntukkan untuk menutup kenaikan harga avtur, tetapi juga untuk menutup biaya lainnya yang melonjak seiring dengan perkembangan waktu. Selain itu juga pemerintah juga mengakui bahwa peruntukan *fuel surcharge* dalam implementasinya, juga tidak hanya untuk menutup biaya yang diakibatkan oleh kenaikan harga avtur saja, tetapi juga untuk kenaikan biaya lainnya.

Kedua, unsur pasar bersangkutan. Menurut KPPU berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 10 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, maka defenisi pasar yang bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa tersebut. Yang dimaksud dengan pasar bersangkutan yang sama dalam perkara ini adalah layanan jasa penerbangan penumpang berjadwal dari satu titik keberangkatan ke titik kedatangan di *catchment area* pada setiap bandar udara. Dengan demikian unsur Pasar Bersangkutan terpenuhi.

Dengan kata lain bahwa maskapai penerbangan itu terbukti melanggar Pasal 5 UU No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Anti Monopoli dan Persaingan Usaha

Tidak Sehat, mengenai penetapan harga. Sehingga dijatuhkan hukuman denda dan ganti rugi. Oleh KPPU dinyatakan bahwa akibat kartel ini masyarakat dirugikan hingga Rp 13,843 triliun. Sehingga dalam putusannya, KPPU menghukum sembilan maskapai penerbangan untuk membayar denda sebesar Rp80 miliar dan ganti rugi yang jumlahnya mencapai Rp505 miliar.<sup>168</sup>

Sebagai rincian, KPPU memaparkan denda yang harus dibayar oleh sembilan maskapai, yakni PT Garuda Indonesia sebesar Rp25 miliar, PT Sriwijaya Air Rp9 miliar, PT Merpati Nusantara Airlines Rp8 miliar, PT Mandala Airlines Rp5 miliar, PT Travel Express Aviation Service Rp1 miliar, PT Lion Mentari Airlines Rp17 miliar, PT Wings Abadi Airlines Rp5 miliar, PT Metro Batavia Rp9 miliar, dan PT Kartika Airlines Rp1 miliar. Sementara itu, untuk ganti rugi yang juga harus dibayar maskapai tersebut adalah Garuda sejumlah Rp162 miliar, Sriwijaya Air Rp60 miliar, Merpati Rp53 miliar, Mandala Rp31 miliar, Travel Express Rp1,9 miliar, Lion Rp107 miliar, Wings Rp32,5 miliar, Batavia Rp56 miliar, dan Kartika Airlines Rp1,6 miliar.<sup>169</sup>

Namun salah satu anggota Majelis Komisi, Dr. A.M. Tri Anggraini, SH., MH., menyampaikan *dissenting opinion* yang menyatakan berbeda pendapat dengan pertimbangan Majelis Komisi dalam hal perintah pembayaran ganti rugi. Hal ini didasarkan pertimbangan-pertimbangan yang terdapat dalam beberapa aturan hukum, antara lain Pasal 36 huruf J UU No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa kewenang Komisi meliputi "memutuskan dan menetapkan" ada atau tidaknya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat. Disamping itu, Pasal 47 ayat (2) huruf f UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa tindakan administratif sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat berupa penetapan pembayaran ganti rugi. Meskipun komisi memiliki kewenangan untuk memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak lain atau masyarakat, tetapi tidak dapat diartikan bahwa komisi dapat membebaskan tindakan administratif berupa penetapan pembayaran ganti rugi terhadap Terlapor yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999 dan mengakibatkan kerugian masyarakat, dengan cara menetapkan pembayaran ganti rugi tersebut kepada negara. Pada kasus ini KPPU hanya mewakili konsumen, harusnya yang menuntut ganti rugi adalah pengguna pesawat terbang sebagai konsumen akhir.

<sup>168</sup> Bisnis Indonesia, *MA Mulai Periksa Kasus Fuel Surcharge*, 13 September 2011, <http://www.bisnis.com/articles/ma-mulai-periksa-kasus-fuel-surcharge>, diunduh 09 September 2011.

<sup>169</sup> Bisnis Indonesia, *KPPU Periksa Harga Fuel Surcharge Airline*, 16 Januari 2011, <http://www.bisnis.com/articles/kppu-periksa-harga-fuel-surcharge-airline>, diunduh 09 September 2011.

Jika memang terbukti ada pelanggaran yang merugikan konsumen, ganti rugi tidak dapat ditetapkan melalui putusan KPPU. Konsumen pengguna pesawat terbang dapat melakukan gugatan *class action* ke pengadilan negeri berdasarkan UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Jika memang terbukti ada pelanggaran yang merugikan konsumen, ganti rugi tidak dapat ditetapkan melalui putusan KPPU. Konsumen pengguna pesawat terbang dapat melakukan gugatan *class action* ke pengadilan negeri berdasarkan UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Atas putusan KPPU ini, maka tiga dari sembilan maskapai penerbangan yang menjadi terlapor kemudian mengajukan keberatan ke Pengadilan Negeri (PN) Jakarta Pusat. Keberatan ini disertai permohonan agar KPPU melakukan pemeriksaan tambahan untuk memeriksa ahli hukum. Majelis Hakim PN Jakarta Pusat kemudian mengabulkan permohonan pemohon dan membatalkan seluruh putusan KPPU No.25/KPPU-1/2009. Menurut Ketua Majelis (Yulman), hal ini bisa dilakukan sesuai dengan Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No.3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Upaya Hukum Keberatan putusan KPPU, yaitu:

#### **Pasal 6**

1. Dalam hal Majelis Hakim berpendapat perlu pemeriksaan tambahan, maka melalui putusan sela memerintahkan kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan.
2. Perintah sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) memuat hal-hal yang harus diperiksa dengan alasan-alasanyang jelas dan jangka waktu pemeriksaan tambahan yang diperlukan.
3. Dalam hal perkara dikembalikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), sisa waktu pemeriksaan keberatan ditangguhkan

Lebih lanjut menurut Majelis Hakim, banyak faktor yang menentukan harga *fuel surcharge* yaitu harga internasional dan nilai tukar rupiah tetapi mereka membeli ke satu produsen yaitu Pertamina. Oleh karenanya tidak dapat dipastikan sebagai kesepakatan yang memenuhi unsur monopoli sesuai diatur dalam Pasal 5 UU No 5/2009.<sup>170</sup> Atas putusan ini, maka KPPU menyerahkan memori kasasi terhadap kasus kartel *fuel surcharge* maskapai penerbangan yang dibatalkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat (PN Jakpus) pada tanggal 24 Maret 2011.

---

<sup>170</sup> Hukum online, <http://www.finance.detik.com/read/2011/02/28/121035/1581045/4/kppu-kalah-dikeroyok-9-maskapai-penerbangan?f911033>, diunduh 10 September 2011.

## **B. Kekuatan Bukti Tidak Langsung (*Indirect Evidence*) Ditinjau Dari Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.**

Dalam hal membuktikan terjadinya pelanggaran atas pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 bukan merupakan suatu pekerjaan rumah yang mudah bagi KPPU. Hal tentang harga (*pricing*) merupakan hal yang paling ekstrim dalam konteks persaingan usaha dan hal yang paling jelas dilarang untuk dilakukan, apalagi dalam hal penetapan harga. Maka ketika KPPU menggunakan pasal ini sebagai landasan putusannya, berarti KPPU mampu dan sanggup membuktikan terutama bila tidak ada perjanjian yang nyata tertulis untuk menetapkan harga diantara para pelaku usaha. Diseluruh negara di dunia yang memberlakukan Hukum Persaingan Usaha, penetapan harga (*price fixing*) yang seperti diatur dalam pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 merupakan pelanggaran yang sangat sulit untuk dibuktikan. Maka dari itu setiap otoritas dari penegak persaingan usaha dalam mengenakan tuduhan mengenai adanya perjanjian penetapan harga ini harus sangat berhati-hati mengingat tingkat kesulitan dalam penanganan perkara tersebut.

*Doctrine governing agreement issues in Section 1 cases (horizontal restraints) strongly resemble standards used in conventional criminal conspiracy litigation. This simplified approach to the Sherman Act can be a mixed blessing. Proof of a conspiracy is often difficult even though the rules of evidence seem to favor the prosecution; juries can be wary of using broad, amorphous notions of "conspiracy" to impose criminal liability.*<sup>171</sup>

Umumnya perjanjian kartel dilakukan oleh asosiasi dagang bersama dengan anggotanya. Sebagaimana yang diatur dalam Perkom No.04 Tahun 2010, pengertian kartel adalah kerjasama tertulis maupun tidak tertulis sejumlah perusahaan yang bersaing untuk mengkoordinasi kegiatannya sehingga dapat mengendalikan jumlah produksi dan harga suatu barang dan/atau jasa untuk memperoleh keuntungan di atas tingkat keuntungan wajar. Kartel akan memaksa konsumen untuk membayar lebih mahal suatu produk.

Jika suatu perbuatan tertangkap tangan dan ada bukti tertulis, maka hal tersebut tidak akan menjadi masalah dikarenakan terdapat perjanjian tertulis. Dikarenakan hal ini bersifat *per se illegal*, maka pidananya dapat langsung dijatuhkan. Di Amerika Serikat, perjanjian penetapan harga merupakan pelanggaran berat dan

---

<sup>171</sup> Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, Fourth Edition, (Washington; West Publishing, 1994), hlm. 225.

pidananya cukup berat. Hal ini dilarang karena sangat erat kaitannya dengan inti dari praktik monopoli bagi pasar dari suatu barang atau jasa tertentu.<sup>172</sup> Penetapan harga tidak bisa dianggap benar dengan menyatakan bahwa tindakan tersebut perlu dilakukan, dengan tujuan untuk menghindari persaingan yang kejam, atau bahwa itu hanya mengakibatkan harga yang wajar. *In Socony in 1940, the Supreme Court ruled that Section 1 barred all horizontal price fixing arrangements and, by sustaining the defendnts' convictions, indicated that cartelists faced unmistakable dangers, including successful criminal prosecution.*<sup>173</sup>

*Departmen of Justice Amerika* mempunyai kewenangan untuk menjalankan proses pidana dengan langsung menahan pihak yang dituduh. Pertimbangan dilakukannya penahanan oleh otoritas penegak persaingan usaha Amerika dikarenakan perbuatan ini merupakan hal yang sangat dilarang (paling *perse illegal*). Jika yang lain masih ada *rule of reason* (masih melihat alasan pembenaran), tapi jika perjanjian penetapan harga dalam level horizontal, maka sama sekali tidak ada pembenaran atau pembelaan diri yang dapat diajukan.

Jika melihat contoh kasus yang ada di Amerika pada tahun 1927 yang masih juga sering dikutip di Pengadilan Amerika Serikat, yaitu ketika Justice Stone dalam kasus *US v. Trenton Potteries* menyatakan bahwa *Agreements which create such potential power may well be held to the themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whteher a particular price is reasonable or unreasonable as fixed (United States v. Trenton Potteries Co, 237 U. S. 392 (1927)).*<sup>174</sup>

Pada dasarnya KPPU diberikan kewenangan (otoritas) yang sangat besar oleh pasal 35 dan pasal 36 untuk mengimplementasikan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Kewenangan yang besar diberikan kepada lembaga ini oleh undang-undang untuk menafsirkan dan menerapkan serta kemudian meng-*enforce* dan melakukan penegakan hukum itu. Terkait dengan kewenangan lembaga ini yang begitu besar, isu yang muncul sekarang ini adalah penggunaan *indirect evidence (circumstantial evidence)* oleh KPPU sebagai landasan untuk membuktikan adanya pelanggaran kartel. Pada prakteknya di berbagai negara di dunia, ada beberapa pihak yang

---

<sup>172</sup> Asril Sitompul, *Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 47.

<sup>173</sup> *Ibid.*, hlm. 228.

<sup>174</sup> Irwin M. Stelzer, *Selected Antitrust Cases: Landmark Decision*, Seventh Edition, (Illinois: Richard D. Irwin, Inc., 1986), hlm. 114.

menyetujui hal ini, namun kebanyakan negara tidak menyetujui *indirect evidence* (bukti tidak langsung) dijadikan satu-satunya alat bukti dalam pelanggaran kartel.

Dalam kasus dugaan kartel *fuel surcharge* maskapai penerbangan di Indonesia, yang digunakan KPPU sebagai *indirect evidence* ialah hasil analisis terhadap hasil pengolahan data yang mencerminkan terjadinya supernormal profit yang terjadi bukan karena peningkatan efisiensi dan produktivitas perusahaan. Tim Pemeriksa melihat trend yang sama atas pergerakan *fuel surcharge* di antara Terlapor untuk masing-masing zona waktu penerbangan. Selain melakukan analisis terhadap grafik pergerakan *fuel surcharge*, Tim Pemeriksa juga melakukan uji korelasi terhadap pergerakan *fuel surcharge* tersebut. Maka KPPU berpandangan bahwa meskipun tidak ada kesepakatan tertulis diantara para Terlapor dalam menetapkan besaran *fuel surcharge*, namun berdasarkan analisis pergerakan *fuel surcharge* yang ada, baik analisis grafik, tabel uji korelasi dan uji varians menunjukkan adanya trend dan variasi yang mengarahkan pada suatu kesimpulan bahwa telah terjadi kesepakatan penetapan besaran harga *fuel surcharge* diantara maskapai penerbangan.

Berdasarkan ketentuan perundang-undangan (Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999 j.o Pasal 64 ayat (1) Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2006) secara tegas mempersyaratkan dalam hal menilai telah terjadi atau tidaknya pelanggaran, maka alat bukti yang digunakan adalah keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan/atau dokumen, petunjuk, serta keterangan terlapor. Majelis Komisi menentukan sah atau tidaknya suatu alat bukti dan menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah (pasal 64 ayat (2) Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2006). Namun selanjutnya keluar peraturan KPPU yang baru Tahun 2010 dimana dalam peraturan yang baru tersebut dinyatakan bahwa pengaturan mengenai minimal dua alat bukti yang sah sudah tidak ada lagi. Hal tersebut memberikan kewenangan dan keleluasaan yang besar kepada KPPU untuk melakukan suatu pembuktian atas adanya dugaan kartel. Selain itu juga Majelis Komisi menentukan sah tidak suatu alat bukti, yang mana terdapat dalam Pasal 72 ayat (2) Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010.

Dari apa yang terdapat dalam Peraturan KPPU tersebut, maka *indirect evidence* termasuk dalam kategori bukti petunjuk. Namun didalam Peraturan KPPU tersebut tidak dijelaskan secara lanjut apa saja yang termasuk dalam alat bukti petunjuk, hanya saja Pasal 72 ayat (3) menyebutkan bahwa petunjuk merupakan pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya.

Jika hal tersebut tidak ada diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, maka ada baiknya melihat *best practice* yang ada di negara-negara lain. Seperti praktek di Amerika Serikat *where they are without direct evidence of a formal agreement, courts may infer the existence of a formal agreement on the basis of circumstantial evidence, some of which is economic in character.*<sup>175</sup>

Pada dasarnya tanggal 7 Juli 2011 yang lalu telah ditetapkan Peraturan Komisi (Perkom) Nomor 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengenai Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang mengatur mengenai Penetapan Harga. Hal yang menarik dari ketentuan ini dapat dilihat dalam bab IV Perkom ini, yang mana mengatur tentang hal-hal yang perlu diperhatikan dalam menganalisis adanya kartel berbunyi: “Untuk membuktikan telah terjadinya kartel dalam satu industri, KPPU harus berupaya memperoleh satu atau lebih alat bukti”. Dengan kata lain, satu bukti saja, bisa dikatakan bahwa industri melakukan praktek kartel. Kepala Bagian Penanganan Pranata Hukum KPPU, Arnold Sihombing menerangkan bahwa Perkom itu mengacu pada ketentuan Pasal 3 ayat (2) Perkom 4 Tahun 2010 yang mengatur bahwa Pedoman ini merupakan standar minimal bagi Komisi dalam melaksanakan tugasnya.<sup>176</sup>

Bukti ekonomi bukan merupakan hal yang mudah untuk didapat, apalagi dituangkan menjadi putusan hukum. Sehingga jembatan tersebut memaksa kreatifitas komisioner KPPU untuk mampu menerjemahkan bukti tersebut menjadi alat bukti yang valid dan dapat diterima. Tetapi kreatifitas tersebut harus diberikan dasar yang kuat, yang taat azas hukum yang berlaku ketika menggunakan atau menerapkan metode analisis ekonomi tersebut. Lembaga seperti OECD sampai mengaturnya dan otoritas lembaga ini juga memberi warning atau peringatan bahwa penerapan ini tidaklah mudah.

---

<sup>175</sup> Terry Calvany & John Siegfried, *Economic Analysis and Antitrust Law*, Second Edition, (Canada: Brown & Company, 1988), hlm. 172.

<sup>176</sup> Hukumonline, “Membaca Arah Penegakan Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Mengenai Larangan Penetapan Harga”, <<http://http://hukumonline.com/berita/baca/1t4e410d65c2aab/larangan-penetapan-harga>>, diunduh tanggal 1 November 2011.

Seperti yang dikutip dari OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, disebutkan bahwa:<sup>177</sup>

*Circumstantial evidence (indirect evidence) can be difficult to interpret, however. Economic evidence especially can be ambiguous, consistent with either concerted or independent action. The better practice is to consider circumstantial evidence in a case a whole, giving it cumulative effect, rather than on an item-by-item basis, and to subject economic evidence to careful economic analysis.*

Laporan OECD tersebut lebih lanjut menyatakan bahwa:<sup>178</sup>

*It is important to note that conduct described as facilitating practices is not necessarily unlawful. But where a competition authority has found other circumstantial evidence pointing to the existence of a cartel agreement, the existence of facilitating practices can be an important complement*

Dari apa yang diatur oleh OECD diatas, maka penggunaan *indirect evidence* dalam kasus dugaan kartel haruslah dapat dilakukan dengan pendekatan metodologis ekonomi. Dari apa yang dinyatakan dalam OECD di atas, maka dapat disimpulkan:

1. Boleh menggunakan *indirect evidence* tapi harus konsisten dan tidak boleh mengambil secara parsial.
2. *Existence of facilitating practices* yaitu dimana adanya faktor pendukung yang disebut dengan *plus factor* dan *facilitating devices* yaitu *institutional arrangements that enhance incentives to form a cartel or reduce incentives to cheat on fellow conspirators once a cartel is in operation.*<sup>179</sup> Hal ini merupakan faktor penentu yang dibutuhkan untuk memperkuat keyakinan akan bukti ekonomi dan lain-lain. Walaupun adanya kebutuhan akan *facilitating practices*, namun hal ini bukanlah suatu kewajiban, hal ini terlihat dalam (...) *where a competition authority has found other circumstantial evidence pointing to the existence of a cartel agreement, the existence of facilitating practices can be an important complement.*

Jika mengacu pada penjelasan mengenai bukti petunjuk yang terdapat dalam sistem perundang-undangan Indonesia, maka pembuktian oleh KPPU tentang adanya perjanjian tidak tertulis diantara maskapai penerbangan di Indonesia yang menerapkan *fuel surcharge* tetaplah sulit untuk diterima. Jika mengacu pada Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 atau yang lebih dikenal dengan Kitab Undang-Undang

---

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> Terry Calvani & John Siegfried, *Economic Analysis and Antitrust Law*, Second Edition, (Canada: Brown & Company, 1988), hlm. 139.

Hukum Acara Pidana (KUHP), hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang kecuali apabila sekurang-kurangnya ada dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan terdakwa yang benar-benar melakukannya.

Kaitannya dengan bukti petunjuk, maka dalam Pasal 188 ayat (1) dinyatakan bahwa “Petunjuk adalah perbuatan, kejadian, atau keadaan yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan tindak pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya”. Alat bukti petunjuk hanya dapat diperoleh dari keterangan saksi, surat, dan keterangan terdakwa (pasal 188 ayat (2) KUHP) dan penilaian kekuatan pembuktiannya diserahkan kepada hakim. Dari pengertian tersebut dapat dikatakan bahwa petunjuk dari berbagai macam alat bukti tidak mungkin dapat diperoleh hakim tanpa menggunakan suatu pemikiran tentang adanya persesuaian antara kenyataan yang satu dengan yang lain, atau antara satu kenyataan dengan tindak pidana itu sendiri. Maka dari itu alat bukti petunjuk harus mengacu pada persesuaian antara kejadian, keadaan, perbuatan, maupun dengan tindak pidana itu sendiri.

Yahya Harahap menyatakan bahwa alat bukti petunjuk merupakan isyarat yang dapat ditarik dari suatu perbuatan, kejadian, atau keadaan dimana isyarat itu mempunyai persesuaian antara yang satu dengan yang lain maupun isyarat itu mempunyai persesuaian dengan tindak pidana itu sendiri, dan dari persesuaian tersebut melahirkan atau mewujudkan suatu petunjuk yang membentuk kenyataan terjadinya tindak pidana dan terdakwa pelakunya.<sup>180</sup>

Jika melihat sistem ketatanegaraan, maka Indonesia menganut aliran *rechtsvinding*, yang berarti hakim memutuskan suatu perkara berpegang pada undang-undang dan hukum lainnya yang berlaku di dalam masyarakat. Tindakan hakim tersebut dilindungi pasal 20 AB, yang menyatakan bahwa hakim harus mengadili berdasarkan undang-undang. Lebih lanjut lagi berdasarkan Pasal 22 AB dan Pasal 14 UU No. 14 Tahun 1970 menyatakan hakim tidak boleh menolak mengadili perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan undang-undangnya tidak lengkap. Jika hakim menolak mengadili perkara dapat dituntut. Untuk mengatasinya dalam pasal 27 UU No. 14 Tahun 1970 menyebutkan hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup didalam

---

<sup>180</sup> Yahya Harahap, *Pembahasan dan Permasalahan Dan Penerapan KUHP*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 310.

masyarakat. Artinya seorang hakim harus memiliki kemampuan dan keaktifan untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*). Adapun yang dimaksud dengan *rechtsvinding* adalah proses pembentukan hukum oleh hakim/aparat penegak hukum lainnya dalam penerapan peraturan umum terhadap peristiwa hukum yang konkrit. Dan hasil penemuan hukum menjadi dasar baginya untuk mengambil keputusan.<sup>181</sup>

Memang benar negara-negara anggota OECD dapat menggunakan bukti tidak langsung sebagai alat bukti, namun hal tersebut tidak secara otomatis berlaku dalam sistem hukum Indonesia, apalagi jika pelaku usaha tersebut diancam dengan tindak pidana denda. Bagaimanapun juga suatu pelanggaran tindak pidana harus dibuktikan menurut Hukum Acara Pidana yang ada dalam sistem perundang-undangan Indonesia. Jika mengacu pada Hukum Acara Perdata, maka pembuktian secara yuridis merupakan persangkaan yang meyakinkan. Persangkaan itu merupakan alat bukti yang bersifat tidak langsung, misalnya dalam hal membuktikan ketidakhadiran seseorang pada suatu waktu tertentu dan ditempat tertentu, maka dapat dilakukan dengan cara membuktikan kehadirannya pada waktu yang sama ditempat lain. Persangkaan kenyataan hanya boleh diperhatikan dalam hal undang-undang memperbolehkan pembuktian dengan saksi. Setiap peristiwa yang telah dibuktikan di depan persidangan dapat digunakan sebagai persangkaan. Erman Rajagukguk dalam prosiding seminar eksaminasi Putusan No. 25/KPPU-I/ 2009 berpendapat bahwa satu persangkaan saja tidak cukup sebagai alat bukti. Bila dinegara lain menganut satu persangkaan saja cukup sebagai alat bukti, bukan berarti di Indonesia hal tersebut berlaku secara otomatis, kecuali hal tersebut diatur dalam undang-undang nasional Indonesia.

Hal ini harus dicermati oleh anggota KPPU dalam menjatuhkan putusannya terhadap para pelaku usaha yang diduga telah melakukan kegiatan kartel. KPPU tidak boleh hanya mengacu pada arti petunjuk yang ada pada peraturan komisi yang mereka buat, hal ini dikarena peraturan tersebut hanyalah bersifat pedoman bukan undang-undang yang mana memberikan KPPU dasar untuk memutus sesuai dengan apa yang diinginkannya. Berdasarkan Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 (UUD 1945, Ketetapan MPR, UU/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah Propinsi, Peraturan Daerah Kabupaten/Kota) maka peraturan komisi yang disusun oleh KPPU tidak termasuk

---

<sup>181</sup>Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: Liberty, 1996), hlm. 47 .

dalam tata urutan perundang-undangan Indonesia. Maka peraturan komisi yang menjadi dasar KPPU untuk memutus perkara *fuel surcharge* ini tidak dapat mengenyampingkan apa yang diatur oleh undang-undang yang mana memiliki urutan yang lebih tinggi dari peraturan komisi produk KPPU.

Seperti yang disinggung sebelumnya, penanganan kasus dugaan kartel di beberapa negara telah berkembang ke arah *per se illegal*, bahkan di beberapa negara di dunia kartel sudah mengarah pada tindakan kriminal karena dianggap dapat merugikan masyarakat. Pada faktanya di Indonesia, kartel masih bersifat *rule of reason*, oleh karena itu penecegakkannya harus dilakukan secara hati-hati oleh KPPU. Jangan dikarenakan putusan KPPU yang kerap kali dibatalkan oleh Pengadilan Negeri, mengakibatkan lembaga ini kehilangan wibawanya sebagai otoritas penegak persaingan usaha Indonesia. Setiap kasus dan perdebatan yang ada seyogyanya dijadikan masukan oleh KPPU sebagai acuan untuk membuat putusan lebih baik dan taat azas hukum kedepan. Hal ini juga menjadi suatu moment untuk badan legislatif negara ini akan urgensi peraturan perundang-undangan mengenai penggunaan bukti petunjuk dalam hal terjadinya dugaan kartel.

## **BAB IV**

### **PENUTUP**

#### **A. Kesimpulan:**

Berdasarkan uraian-uraian mengenai sistem pembuktian menurut hukum yang berlaku di Indonesia pada bab 2 dan kekuatan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam kasus dugaan kartel maskapai penerbangan di Indonesia pada bab 3, maka dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Pembuktian merupakan unsur penting dalam suatu persidangan. Walaupun pendekatan yang dilakukan berbeda-beda, secara umum pembuktian bertujuan untuk memperoleh kepastian bahwa peristiwa hukum yang diajukan itu benar-benar terjadi, guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Dengan adanya hukum yang mengatur tentang pembuktian, maka akan memberikan kepastian hukum bagi hakim dalam memutus perkara. Ketidakpastian hukum dan kesewenang-wenangan akan muncul apabila hakim dalam melaksanakan tugasnya hanya bersandar pada keyakinannya semata. Namun keyakinan hakim itu harus terbentuk dari kebenaran alat bukti yang ada.

Dalam Hukum Acara Pidana, maka alat bukti yang diakui adalah alat bukti yang dinyatakan dalam pasal 184 KUHAP (keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, dan keterangan terdakwa). Sedangkan dalam Hukum Acara Perdata, jenis-jenis alat bukti apa saja yang diakui diatur dalam pasal 1866 KUH Perdata, pasal 164 HIR (bukti tulisan, bukti dengan saksi, persangkaan, pengakuan, dan sumpah). Hukum Acara Tata Usaha Negara juga mengatur alat bukti apa saja yang diakui secara enumeratif, yaitu dalam pasal 100 Undang- Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (surat atau tulisan, keterangan ahli, keterangan saksi, pengakuan para pihak, pengetahuan hakim). Dalam peraturan perundang-undangan yang lebih khusus lagi, dalam hal ini Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, diatur jenis-jenis alat bukti diatur dalam pasal 42 Undang Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat meliputi: keterangan saksi, keterangan ahli, surat atau dokumen, petunjuk, keterangan pelaku usaha. Berdasarkan sifatnya, maka alat bukti dapat diklasifikasikan menjadi:

a. Alat Bukti Langsung (*Direct Evidence*).

Disebut alat bukti langsung karena diajukan secara fisik oleh pihak yang berkepentingan didepan persidangan. Alat buktinya diajukan dan ditampilkan dalam proses pemeriksaan secara fisik.

b. Alat Bukti Tidak Langsung (*Indirect Evidence*).

Disamping alat bukti langsung, terdapat juga alat bukti tidak langsung, yaitu dimana pembuktian diajukan tidak bersifat fisik, tetapi yang diperoleh sebagai kesimpulan dari hal atau peristiwa yang terjadi di persidangan.

2. Dalam kasus dugaan kartel *fuel surcharge* maskapai penerbangan di Indonesia, KPPU menggunakan hasil analisis terhadap hasil pengolahan data yang mencerminkan terjadinya supernormal profit yang terjadi bukan karena peningkatan efisiensi dan produktivitas perusahaan, sebagai *indirect evidence* yang dijadikan landasan meutus kasus ini.

Majelis Komisi menentukan sah atau tidaknya suatu alat bukti dan menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah (pasal 64 ayat 2 Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2006). Namun selanjutnya keluar peraturan KPPU yang baru Tahun 2010 yang menentukan sah tidak suatu alat bukti (Pasal 72 ayat 2) yang mana pengaturan mengenai minimal dua alat bukti yang sah sudah tidak ada lagi. Hal tersebut memberikan kewenangan dan keleluasaan yang besar kepada KPPU untuk melakukan suatu pembuktian atas adanya dugaan kartel. Hal ini didukung oleh Peraturan komisi (Perkom) Nomor 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 Undang–Undang Nomor 5 Tahun 1999, dimana bab IV Perkom ini (mengatur tentang hal-hal yang perlu diperhatikan dalam menganalisis adanya kartel) menyatakan: “Untuk membuktikan telah terjadinya kartel dalam satu industri, KPPU harus berupaya memperoleh satu atau lebih alat bukti”.

Memang benar negara-negara anggota OECD dapat menggunakan bukti tidak langsung sebagai alat bukti, namun hal tersebut tidak secara otomatis berlaku dalam sistem hukum Indonesia, apalagi jika pelaku usaha tersebut diancam dengan tindak pidana denda. Bagaimanapun juga suatu pelanggaran tindak pidana harus dibuktikan menurut Hukum Acara Pidana yang ada dalam sistem perundang-undangan Indonesia. Penggunaan bukti ekonomi (*indirect evidence*) sebagai alat bukti petunjuk oleh KPPU harus dicermati kembali. KPPU tidak boleh hanya mengacu pada arti petunjuk yang ada pada peraturan komisi yang

mereka buat, hal ini dikarena peraturan komisi tersebut hanyalah bersifat pedoman dan bukan peraturan perundang-undang seperti apa yang dimuat dalam Undang Undang No. 12 Tahun 2011, sehingga tidak dapat memberikan KPPU dasar untuk memutus sesuai dengan apa yang diinginkannya.

## **B. Saran**

Berdasarkan tinjauan penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai landasan KPPU untuk memutus kasus dugaan kartel, maka beberapa saran yang dapat penulis kemukakan adalah sebagai berikut:

1. Pada dasarnya KPPU diberikan oleh undang-undang kewenangan yang sangat besar (dalam menjalankan fungsinya, lembaga ini menjalankan tiga fungsi lembaga secara bersamaan yakni sebagai polisi, jaksa, dan hakim). Maka dari itu KPPU harus sangat berhati-hati dalam memutus setiap perkara yang ada, khususnya dalam hal perjanjian kartel, mengingat berbagai keadaan yang sering dianggap sebagai indikator adanya kartel sebenarnya memiliki perbedaan yang sangat tipis dengan situasi dimana persaingan secara sehat berlangsung. Jangan dikarenakan putusan KPPU yang kerap kali dibatalkan oleh Pengadilan Negeri, mengakibatkan lembaga ini kehilangan wibawanya sebagai otoritas penegak persaingan usaha Indonesia. Setiap kasus dan perdebatan yang ada, seyogyanya dijadikan masukan oleh KPPU sebagai acuan untuk membuat putusan lebih baik dan taat azas hukum dimasa yang akan datang.
2. Kiranya kasus ini menjadi moment untuk badan legislatif negara ini akan urgensi peraturan perundang-undangan mengenai penggunaan bukti petunjuk dalam hal terjadinya kasus dugaan kartel. Jika hal ini terus dibiarkan, maka kontroversi akan terus muncul dalam hal pembuktian kasus dugaan kartel oleh KPPU dimasa yang akan datang. Selain itu juga dalam rangka penyempurnaan peraturan perundang-undangan yang mengatur larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, khususnya mengenai pembuktian perjanjian kartel, tidak ada salahnya apabila badan legislatif kelak mengadopsi ketentuan mengenai *leniency* (kelonggaran) dalam pembuktian perjanjian kartel, dimana pelaku usaha dan individu yang bersedia untuk memberikan informasi dan bukti mengenai adanya kartel akan dikurangi atau sama sekali tidak dikenakan sanksi denda. Setidaknya ini akan mendorong pelaku usaha untuk mengaku perbuatannya, disisi lain KPPU terbantu untuk lebih mudah mengungkapkan kebenaran telah terjadinya pelanggaran.

## DAFTAR PUSTAKA

### A. Buku

- Anggraini, A. M. Tri. *Perspektif Penetapan Harga Menurut Hukum Persaingan Usaha Dalam Masalah-Masalah Hukum Ekonomi Kontemporer*. Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia Lembaga Studi Hukum Ekonomi , 2006.
- Arto, Mukti. *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*. Jakarta: Sinar Grafika, 1997.
- Bakhri, Syaiful. *Hukum Pembuktian Dalam Praktik Peradilan Pidana*. Jakarta: Total Media, 2009.
- Byrne, David & J.D. Heydon, *Cross on Evidence*. Ed. 3. Australian edition. Melbourne: Butterworths Pty Limited, 1986.
- Calvany, Terry & John Siegfried, *Economic Analysis and Antitrust Law*. Ed.2. Canada: Brown & Company, 1988.
- Carr, C. J & S. J. Beaumont, *Law of Evidence*. Ed.2. London:Financial Training Publications Limited, 1989.
- Chazawi, Andi. *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*. Bandung: PT. Alumni, 2008.
- Emson, Raymon. *Evidence*. Newyork: MacMillan, 1999.
- Fuady, Munir. *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teori Hukum Pembuktian (Pidana dan Perdata)*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006).
- Gellhorn, Ernest & William E. Kovacic. *Antitrust Law and Economics*. Ed.4. Washington; West Publishing, 1994.
- Gie, Kwiek Kian. *Praktik Bisnis dan Orientasi Ekonomi Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1996.
- Hamzah, Andi. *Hukum Acara Pidana Indonesia*. Jakarta; Sinar GrafikaOffset, 2008.
- Harahap, M. Yahya. *Hukum Acara Perdata*. Jakarta: Sinar Grafika, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP: Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali*. Ed. 2. Cet.3. Jakarta: Sinar Grafika, 2002.
- Hermansyah. *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha*. Jakarta: Kencana, 2008.
- Hovenkamp, Herbert. *Antitrust*. St. Paul, Minn: West Publishing Company, 1993.

- Howard, Marshall C. *Antitrust and Trade Regulation; Selected Issues and Case Studies*. United States; Prentice-Hall, 1983.
- Ibrahim, Johnny. *Hukum dan Persaingan Usaha; Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. Malang: Bayumedia Publishing, 2007.
- Jones, Alison & Brenda Sufrin, *EC Competition Law ; Text, Cases, and Materials*. London; Oxford University Press Inc., 2008.
- Jorde, Thomas M & David J. Teece, *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*. New York; Oxford University Press, 1992.
- Khemani, R. Shyam. Et.al. *A Framework for The Design and Implementation of Competition Law and Policy*. Washington D.C, Paris: The World Bank –OECD, 1999.
- Loughlin, Collen. *Et al. Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia; Kerjasama antara USAID dengan Pemerintah Indonesia*. Jakarta: ELIPS, 1999.
- Manan, Abdul. *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*. Jakarta; Kencana, 2008.
- Merriam Webster, Merriam. *Merriam Webster's Dictionary of Law*. Massachusetts : Springfield, 1996.
- Mertokusumo, Sudikno. *Hukum Acara Perdata*. Cet.1. Yogyakarta; Liberty, 1977.
- Monti,G. *EC Competition Law – Law in Context*. London, Cambridge University Press: 2007.
- Najih, Mokhammad. *Politik Hukum Pidana Pasca Reformasi Implementasi Hukum Pidana sebagai Instrumen dalam Mewujudkan Tujuan Negara*. Malang; In-Trans Publishing, 2008.
- Nusantara, Abdul Hakim Garuda dan Benny K. Harman, *Analisa dan Perbandingan Undang-Undang Antimonopoli*. Jakarta: PT.Elex Media Komputindo, 1999.
- Pitlo. *Pembuktian dan Daluarsa*. Cet.1. Jakarta; PT. Intermasa, 1978.
- Posner, Richard A. *Antitrust Law*. Ed.2. Chicago: University of Chicago, 2001.
- Prayoga, Ayuddha D. Et.al., *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengaturinya di Indonesia*. Jakarta: Proyek ELIPS, 1999.
- Rokan, Mustafa Kemal. *Hukum Persaingan Usaha : Teori dan Praktiknya di Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010.
- Ross, Stephen F. *Principles of Antitrust Law*. Westbury, New York: The Foundation Press, 1993.
- Saleh, Wantjik. *Tindak Pidana Korupsi dan Suap*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983.

- Salman, Otje dan Anton F. Susanto. *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*. Bandung: Refika Aditama, 2007.
- Samudra, Teguh. *Hukum Pembuktian dalam Acara Perdata*. Bandung: PT Alumni, 2004.
- Setiadi, Wicipto. *Hukum Acara Pengadilan Tata Usaha Negara, Suatu Perbandingan*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001.
- Shidarta. *Pemetaan Aliran-Aliran Pemikiran Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya*. Jakarta: Citra Aditya Bakti, 2009.
- Sirait, Ningrum Natasya. *Hukum Persaingan di Indonesia*. Medan: Pustaka Bunga Press, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Medan: Pustaka Bangsa Press, 2002.
- Sitompul, Asril. *Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet. 3. Jakarta: Universitas Indonesia, 1986.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*. Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1989.
- Stelzer, Irwin M. *Selected Antitrust Cases: Landmark Decision*. Ed.7. Illinois: Richard D. Irwin, Inc., 1986.
- Ross, Stephen F. *Principle of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press Inc., 1993.
- Siswanto, Arie. *Hukum Persaingan Usaha*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.
- Subekti, R. *Hukum Pembuktian*. Jakarta: Pradnya Paramita, 1988.
- Sullivan, Thomas & Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust & Its Economic Implication*. Ed.2. USA: Matthew Bender & Company, 1994.
- Sullivan, Lawrence Anthony. *Antitrust*. St. Paul Minnesota: West Publishing Company, 1977.
- Suparmoko, M. Et. al. *Pokok-Pokok Ekonomika*. Yogyakarta: BPFE, 2000.
- Waluyo, Bambang. *Sistem Pembuktian dalam Peradilan Indonesia*. Jakarta; Sinar Grafika, 1996.
- Wirjono, *Hukum Acara Perdata Di Indonesia*. Cet.1. Bandung; Sumur, 1975.

## B. Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia. *Undang Undang Dasar 1945*

\_\_\_\_\_. *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No.33 Tahun 1999, TLN No.3817.

\_\_\_\_\_. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*

\_\_\_\_\_. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*

\_\_\_\_\_. *Kitab Undang-Undang Acara Pidana*

\_\_\_\_\_. *Kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata*

\_\_\_\_\_. *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU*, Perkom No. 1 Tahun 2010.

\_\_\_\_\_. *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU*, Perkom No. 1 Tahun 2006.

\_\_\_\_\_. *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (UU No. 5/1999) mengenai Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang mengatur mengenai Penetapan Harga*, Perkom No. 4 Tahun 2011.

\_\_\_\_\_. *Keputusan menteri Perhubungan tentang Mekanisme Penetapan dan Formulasi Perhitungan Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi*, Kepmen Perhubungan No. 8 Tahun 2002.

\_\_\_\_\_. *Keputusan Menteri Perhubungan tentang Tarif Penumpang Angkutan Udara Niaga Berjadwal Dalam Negeri Kelas Ekonomi*, Kepmen Perhubungan No. 9 Tahun 2002.

## C. Internet

Bisnis Indonesia “MA Mulai Periksa Kasus Fuel Surcharge, 13 September 2011”, <http://www.bisnis.com/articles/ma-mulai-periksa-kasus-fuel-surcharge>, diunduh 09 September 2011.

Bisnis Indonesia, “KPPU Periksa Harga Fuel Surcharge Airline, 16 Januari 2011”, <http://www.bisnis.com/articles/kppu-periksa-harga-fuel-surcharge-airline>, diunduh 09 September 2011.

Damanhuri, Didin S. “SDM Indonesia dalam Persaingan Global,” <http://www.sinarharapan.co.id/berita/0306/13/opi01.html>, diunduh 31 Maret 2011.

Dick, Andrew R. “*When are Cartel Stable Contracts?*”, [http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID\\_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=ALLCASES%2cALLCASES-HN%2cALLFEDS%2cUSCA%2cFINT-USCA%2cLAWREV-PRO%2cAMJUR%2cILM%2cUSTREATIES&sv=Split&service=Search&eq=Welcome%2fWLIGeneralSubscription&fmqv=s&sskey=CLID\\_SSSA8460543562212&method=WIN&action=Search&query=cartel&mt=WLIGeneralSubscription&fn=top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rlt=CLID\\_QRYRLT3575703662212&rp=%2fWelcome%2fWLIGeneralSubscription%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11](http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=ALLCASES%2cALLCASES-HN%2cALLFEDS%2cUSCA%2cFINT-USCA%2cLAWREV-PRO%2cAMJUR%2cILM%2cUSTREATIES&sv=Split&service=Search&eq=Welcome%2fWLIGeneralSubscription&fmqv=s&sskey=CLID_SSSA8460543562212&method=WIN&action=Search&query=cartel&mt=WLIGeneralSubscription&fn=top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rlt=CLID_QRYRLT3575703662212&rp=%2fWelcome%2fWLIGeneralSubscription%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11)>, diunduh 08 November 2011.

Guerrin, Maurice & Georgios, Kyriazis, “*Cartels: Proof and Procedural Issues*”, [http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID\\_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLRL%2cYLLJ%2cAMJIL-%2cAMUILR%2cBERKJIL%2cBUILJ&sv=Split&service=Search&eq=Welcom e%2fWorldJournals&fmqv=s&sskey=CLID\\_SSSA7043235462212&method=WI N&action=Search&query=cartel&mt=WorldJournals&fn= top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rlt=CLID\\_QRYRLT8938565462212&rp=%2fWelcome%2fWo rldJournals%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11](http://web2.westlaw.com/result/default.wl?srch=TRUE&rltdb=CLID_DB45429543562212&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLRL%2cYLLJ%2cAMJIL-%2cAMUILR%2cBERKJIL%2cBUILJ&sv=Split&service=Search&eq=Welcom e%2fWorldJournals&fmqv=s&sskey=CLID_SSSA7043235462212&method=WI N&action=Search&query=cartel&mt=WorldJournals&fn= top&origin=Search&v1=2.0&utid=1&rlt=CLID_QRYRLT8938565462212&rp=%2fWelcome%2fWo rldJournals%2fdefault.wl&ifm=NotSet&cfid=1&rs=WLW8.11), diunduh 08 November 2011.

Hukumonline, “Memahami Parameter dan Kasus-Kasus Pelanggaran Kartel di Indonesia”, <http://hukumonline.com/berita/baca/lt4c3d67c1bccf6/seminar-hukumonline-2010>, diunduh 17 September 2011.

\_\_\_\_\_, “KPPU Kalah Dikeroyok 9 Maskapai Penerbangan” <http://www.finance.detik.com/read/2011/02/28/121035/1581045/4/kppu-kalah-dikeroyok-9-maskapai-penerbangan?f9911033>, diunduh 10 September 2011.

\_\_\_\_\_, “Indirect Evidence Sebagai Alat Bukti Kartel Dipersoalkan” <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4c56cf0541b26/alat-bukti-kartel-dipersoalkan>. Diunduh tanggal 31 Maret 2011.

KPPU, “Sulitnya Membuktikan Kartel” <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, diunduh 18 September 2011.

\_\_\_\_\_, “Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha” <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, diunduh 15 April 2011.

\_\_\_\_\_, “Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha” <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, diunduh 15 April 2011.

Library, Lectric Law. “*Circumstantial Evidence*” <http://www.lectlaw.com/def/c342.htm>, diunduh 15 April 2011.

OECD, “*Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, Policy Brief*” Edisi Juni 2008, <http://www.oecd.org/dataoecd/11/30/38704302.pdf>, diunduh 7 Agustus 2011.