



UNIVERSITAS INDONESIA

**ANALISA YURIDIS ATAS PENGGUNAAN
INDIRECT EVIDENCE DALAM KASUS KARTEL
OLEH KPPU**

SKRIPSI

**MARCIA STEPHANIE
07062781721**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM KEKHUSUSAN IV
DEPOK
JANUARI 2012**



UNIVERSITAS INDONESIA

**ANALISA YURIDIS ATAS PENGGUNAAN
INDIRECT EVIDENCE DALAM KASUS KARTEL
OLEH KPPU**

SKRIPSI

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar
Sarjana Hukum**

**MARCIA STEPHANIE
07062781721**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM KEKHUSUSAN IV
DEPOK
JANUARI 2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Marcia Stephanie

NPM : 0706278172

Tanda Tangan :





Tanggal : 5 Januari 2012

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :
Nama : Marcia Stephanie
NPM : 0706278172
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Skripsi : Analisa Yuridis atas Penggunaan *Indirect Evidence* dalam Kasus Kartel oleh KPPU

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing I	: Ditha Wiradiputra, S.H., M.E.	()
Pembimbing II	: Teddy Anggoro, S.H., M.H.	()
Penguji	: Rosewitha Irawaty S.H., M.L.I	()
Penguji	: M. Sofyan Pulungan S.H., M.A.	()
Penguji	: Kurnia Toha, SH., LL.M., Ph.D.	(.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 21 Januari 2012

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur Penulis panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, Penulis dapat menyelesaikan skripsi dengan judul “Analisa Yuridis atas Penggunaan *Indirect Evidence* dalam Kasus Kartel oleh KPPU” ini dengan baik. Penulisan skripsi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Skripsi ini didasarkan karena adanya suatu gejolak dalam ranah hukum persaingan usaha di Indonesia, terutama perihal pembuktian adanya kartel dengan menggunakan bukti tidak langsung, atau disebut juga *indirect evidence*. Indonesia yang tidak pernah menggunakan terminologi seolah dikejutkan dengan penggunaan bukti tidak langsung oleh KPPU dalam upayanya membuktikan pelanggaran hukum persaingan usaha oleh pelaku usaha. Penggunaan bukti tidak langsung tersebut selalu didasari oleh praktek negara-negara asing yang telah terlebih dahulu menggunakan bukti tidak langsung, sebagaimana tertuang dalam *OECD Policy Brief: Prosecuting Cartels without Direct Evidence*.

Maka, penulisan skripsi ini akan membahas perihal pembuktian kartel dalam hukum acara Indonesia, serta mengupas tuntas praktek penggunaan bukti tidak langsung oleh negara-negara yang menjadi model dan dasar KPPU dalam menggunakan bukti tidak langsung.

Akhir kata, Penulis berharap skripsi ini dapat memperluas wawasan dan cara pandang setiap orang yang membacanya. Karena Penulis menyadari bahwa skripsi ini jauh dari sempurna, Penulis terbuka atas segala saran dan kritik membangun yang bermanfaat untuk penyempurnaan pengetahuan di masa mendatang.

Depok, 5 Januari 2012

Marcia Stephanie

UCAPAN TERIMA KASIH

Penulis menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, sejak masa perkuliahan sampai pada penyusunan skripsi ini, akan sulit bagi saya untuk dapat menyelesaikan skripsi ini. Oleh karena itu Penulis berterima kasih kepada:

1. Tuhan Yang Maha Esa, yang selalu menuntun hidup saya, dan dalam hal ini dalam memberikan berkat dan kekuatan bagi saya untuk melakukan yang terbaik selama masa perkuliahan saya dan penuntasan skripsi ini.
2. Prof. Safri Nugraha, S.H., LL.M, Ph.D (alm.), Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, yang telah mendedikasikan hidupnya untuk pendidikan hukum dan pengembangan fakultas.
3. Bang Ditha Wiradiputra, S.H., M.E, sebagai pembimbing 1, yang selalu dengan senang hati membantu saya menyelesaikan skripsi ini; yang telah bersabar selama berbulan-bulan sehingga akhirnya saya menyelesaikan skripsi ini.
4. Bang Teddy Anggoro, S.H., M.H, sebagai pembimbing 2, yang turut membantu memberi masukan-masukan yang sangat berarti untuk membantu saya menyelesaikan skripsi ini.
5. Tim Penguji; Bapak Kurnia Toha, SH., LL.M., Ph.D, Ibu Rosewitha Irawaty S.H., M.L.I, Bapak M. Sofyan Pulungan S.H., M.A., serta Bang Ditha dan Bang Teddy karena telah menyempatkan waktu dan berkenan menguji skripsi saya.
6. Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H., M.H., sebagai Penasehat Akademis yang sejak tahun pertama saya kuliah selalu mendorong saya dan teman-teman untuk dapat lulus dengan gemilang dan membanggakan.
7. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), yang telah memberikan bahan-bahan dalam penyusunan karya tulis ini.
8. Mdm. Kala Anandarajah, LLB, MBA, *partner* litigasi persaingan usaha di Rajah & Tann, LLP., Singapura, karena telah menyempatkan waktu untuk berdiskusi mengenai penggunaan *indirect evidence* dalam pembuktian pelanggaran hukum persaingan usaha di Singapura.

9. Para dosen dan asisten dosen yang selama empat tahun telah memberi pengajaran dan membagi pengalaman dengan saya dan teman-teman, sehingga saya memiliki pengetahuan seperti yang sekarang. Juga kepada petugas di Perpustakaan Soediman Kartohadiprojo Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan KOPMA FHUI yang selalu setia membantu.
10. Orang tua dan adik saya, Jeffri S. Tanudjaja, Yama Karim, dan Martin S. Tanudjaja yang selalu mendukung setiap tindakan dan keputusan yang saya ambil, tentunya dengan memberi pertimbangan dan wejangan yang membukakan mata. Serta segenap keluarga besar yang selalu menyemangati dan menghibur.
11. Segenap kolega dan teman-teman di DNC Advocates at Work, yang selalu memberi semangat dan pengalaman yang berharga.
12. Segenap kolega dan teman-teman di Rajah & Tann LLP. Terutama Mr. Hamidul Haq, Mas Daniel Lubis, Bang Ario Wandatama, dan Hannah Angsana. *Thank you so much for an amazing time in Rajah & Tann. The internship experience was inexplicable and like no others.*
13. Wincen Adiputra Santoso, yang telah banyak membantu. *Always dependable and full of support. Thank you for always being there.*
14. Monalisa Siswanto, Silvia Schreiber, Regina Arum, Dion Rafael dan Fajar Aswirdin. Teman dekat sedari dulu, yang selalu menemani di segala kondisi. *What we have is something special and truly irreplaceable.*
15. Teman-teman di kampus, Astrid Rebecca, M.H.B.A. Anggia, Irina Anindita, Denise, Whinda Yulianti, Elvina Jesslyn, Tesalonika Barus. Kalian geng gong paling oke! Selalu asik dan kompak, penuh dengan keceriaan dan semangat yang membuatku merasa nyaman. Akhirnya saya bisa menyusul kalian!
16. Mbak Hanna Azkiya, Nico Angelo Mooduto dan Marganda Hutagalung (International Humanitarian Law Mootcourt Competition 2009/2010 team). *The best team I have ever had was when we were together. It is very nice to be in a team where everyone works together, supports each other, enjoys each others' companionship, and above all, loves each other? We were not just teammates, but also good friends.*

17. Bang Adhi Anugroho dan Simon Barrie, Bimo Harimahesa, Marshall Pribadi, Irene Mira, Aldilla Stephanie (Willem C. Vis International Arbitration Mootcourt Competition 2010/2011 team). *Working with you guys was such a learning experience. I learned how to accept and tolerate people. I learned how to be responsible not only for myself but also for the whole team. I learned different types of people, and this had surely prepared me for the future.*
18. Teman-teman dan coaches ILMS. *Thank you so much for coaching and helping me. I had big fun.*
19. Teman-teman LasaLe, terutama teman-teman dan mentor tim ALSA Mootcourt Competition Unair 2008, dan Internal Mootcourt Competition 2009. Terima kasih atas semua pengalaman dan pengajaran yang sudah dibagikan.
20. Teman-teman KMK, kalian semua telah mewarnai hari-hari Jumat di kampus dengan lagu-lagu yang menghibur, doa-doa yang menguatkan, permainan yang menyenangkan, dan persahabatan serta keluarga yang mengagumkan.
21. Teman-teman ALSA: Pengurus Divisi Alumni's Affairs dan Divisi English Training; Panitia POWB ALSA 2008, E-Comp ALSA 2009, dan SEMNAS ALSA 2010; ALSA Thailand Chiang Mai Study Trip 2010, ALSA International Academic Program 2010, dan ALSA Annual Forum South Korea 2011; mentor dan senior ALSA.
22. Geng Cornell: Bang Lufti Ekaputra, Denise, Vina, Riryn, Yovin, Reza, Ray, Rahel. Terimakasih untuk kebersamaan kita selama dua tahun pertama masa kuliah.
23. Semua orang dan pihak yang tidak dapat disebutkan satu per satu, namun telah membantu saya dalam pembentukan dan pengembangan diri sehingga menjadi seperti sekarang.

Akhir kata, saya berharap Tuhan Yang Maha Esa berkenan membalas segala kebaikan dan kontribusi para pihak yang telah berperan penting selama masa perkuliahan ini. Saya juga berharap semoga skripsi ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.

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

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

Nama : Marcia Stephanie
NPM : 0706278172
Program Studi : Ilmu Hukum
Departemen : IV (Kegiatan Ekonomi)
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Skripsi

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

***Analisa Yuridis atas Penggunaan Indirect Evidence
dalam Kasus Kartel oleh KPPU***

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 : 5 Januari 2011

Yang menyatakan



(Marcia Stephanie)

ABSTRAK

Nama : Marcia Stephanie
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : Analisa Yuridis atas Penggunaan *Indirect Evidence* dalam Kasus Kartel oleh KPPU

Karya tulis ini membahas perihal penggunaan *indirect evidence* oleh KPPU dalam berbagai kasus kartel di Indonesia. Karena polah KPPU yang mendasarkan penggunaan bukti tersebut pada OECD Policy Brief, maka dilakukanlah analisis terhadap maksud sebenarnya dari *brief* tersebut dengan menjelaskan negara-negara yang dijadikan model dalam *brief* tersebut (Amerika dan Brazil), serta membandingkan polah KPPU dengan polah otoritas persaingan usaha di negara lain yang –sama seperti Indonesia– bukan anggota maupun peserta OECD Roundtable terkait (Singapore). Kemudian, dibahas juga mengenai hukum acara yang berlaku untuk hukum persaingan usaha di Indonesia, serta pendapat para ahli mengenai penggunaan *indirect evidence* yang sepantasnya.

Kata kunci :

Hukum persaingan usaha, kartel, *indirect evidence*, bukti tidak langsung, KPPU, OECD, perbandingan, Amerika, Brazil, Singapura

ABSTRACT

Name : Marcia Stephanie
Study Program : Legal Studies
Judul : Legal Analysis towards the Use of Indirect Evidence in
Cartel Cases by KPPU

This thesis analyses the use of indirect evidence by KPPU in many of its effort to prove the conduct of cartel. Since KPPU has the tendency to base its use of indirect evidence on OECD Policy Brief, a thorough explanation on the legal reasoning and intention of the brief is provided by giving examples of some countries which were the models of the OECD Roundtable (United States and Brazil), as well as comparing KPPU's conduct to other countries' anti-competition authorities (Singapore) which –like Indonesia– is not a member of nor a party to such roundtable. The procedural law of competition law and the experts' opinions on the proper use of indirect evidence are also analyzed in relation to this matter.

Keywords:

Competition law, cartel, indirect evidence, KPPU, OECD, comparison, United States of America, Brazil, Singapore

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
UCAPAN TERIMA KASIH	v
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	viii
ABSTRAK	ix
ABSTRACT	x
DAFTAR ISI	xi

BAB 1 PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang	1
1.2. Pokok Permasalahan	6
1.3. Tujuan Penelitian	6
1.4. Definisi Operasional	7
1.5. Metode Penelitian	9
1.6. Sistematika Penulisan	11

BAB 2 HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

2.1. Instrumen Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia	13
2.2. perjanjian yang Dilarang dalam Undang-undang Persaingan Usaha	16
2.3. Kartel menurut Undang-undang Persaingan Usaha	18
2.3.1. Jenis-jenis Kartel	19
2.3.2. Tindakan-Tindakan Kartel	20
2.4. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)	23
2.5. Hukum Acara Persaingan Usaha	26
2.5.1. Pembuktian dalam Hukum Persaingan Usaha	27

2.5.1.1.	Bukti yang Digunakan dalam Hukum Acara Persaingan Usaha	28
2.5.1.2.	Bukti yang Digunakan dalam Hukum Acara Pidana	32

**BAB 3 INDIRECT EVIDENCE DAN APLIKASINYA DI
INDONESIA DAN BEBERAPA NEGARA LAINNYA**

3.1.	Pengertian dan Penggunaan Indirect Evidence	35
3.2.	Penggunaan Indirect Evidence di Beberapa Negara	40
3.2.1.	Amerika Serikat	40
3.2.2.	Brazil	45
3.2.3.	Singapura	52
3.3.	Penggunaan Indirect Evidence dalam Pembuktian Dugaan Kartel di Indonesia	55
3.3.1.	Contoh Penggunaan Indirect Evidence oleh KPPU	55
3.3.2.	Penggunaan Indirect Evidence dan Validitasnya dalam Perkara Persaingan Usaha di Indonesia	61
3.3.2.1.	Permasalahan dalam Penggunaan Indirect Evidence oleh KPPU	62
3.3.2.2.	Dasar KPPU dalam Menggunakan Indirect Evidence	66

BAB 4 PENUTUP

4.1.	Kesimpulan	69
4.2.	Saran	70

DAFTAR PUSTAKA	73
-----------------------------	-----------

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Undang-Undang Persaingan Usaha) mengatur dan melarang berbagai tindakan yang dapat menghancurkan rasa keadilan dalam persaingan usaha di dalam negeri. Undang-undang ini bertujuan untuk memastikan bahwa Indonesia, sebagai salah satu negara yang memiliki daya tarik yang tinggi terhadap investor asing dapat menjamin bahwa negara ini menjunjung tinggi persaingan yang sehat untuk menciptakan pasar dan ekonomi nasional yang stabil,¹ yang bertujuan untuk memakmurkan rakyatnya.²

Untuk menjamin terlaksananya segala cita-cita yang terkandung dalam Undang-Undang Persaingan Usaha, undang-undang ini membekali dirinya dengan pengaturan mengenai badan yang bertanggung jawab atas pengawasan terhadap tindakan para pelaku usaha. Pasal 30 Undang-Undang Persaingan Usaha memberikan mandat dan wewenang kepada suatu lembaga independen yang dinamakan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), yang terbentuk dengan Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 (Keppres 75/1999) pada tanggal 8 Juli 1999.

Setelah sepuluh tahun berdiri, tercatat bahwa KPPU telah menangani 248 perkara³ dan memutus 184 di antaranya.⁴ Namun dalam beberapa tahun terakhir,

¹ Memorandum of Economic and Financial Policies, paragraf 41 dan 42, <http://www.imf.org/external/np/loi/103197.htm> .

² Asas dasar dari Undang-Undang Persaingan Usaha, yang tertuang dalam pasal 2, yaitu bahwa pelaku usaha yang menjalankan usahanya di Indonesia harus didasarkan pada asas demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan di pasar, antara para pelaku usaha dan kepentingan umum. Landasan filosofis di balik asas tersebut adalah pasal 33 ayat (1) UUD 1945 yang merupakan landasan pokok yang kuar bagi perekonomian Indonesia.

³ <http://www.kppu.go.id/id/perkara/statistik-perkara/>, (“Statistik Penanganan Perkara 2000-2010”).

beberapa kasus persaingan usaha yang diputus KPPU yang melibatkan perusahaan-perusahaan besar dan perusahaan multi nasional (*multinational enterprises*) menuai banyak perhatian di media. Beberapa kasus yang dimaksud adalah kasus KPPU dengan kelompok usaha Temasek,⁵ kasus melawan PT. Carrefour Indonesia,⁶ kasus KPPU dengan 21 pengusaha minyak goreng,⁷ kasus dugaan penetapan harga *fuel surcharge* dengan 13 maskapai penerbangan domestik,⁸ dan terakhir kasus melawan PT. Pfizer Indonesia dan PT. Dexa Medica.⁹

Banyak anggapan dari para pakar hukum bahwa Majelis Komisi telah tidak membuat keputusan yang tepat dengan menyatakan bahwa perusahaan-perusahaan tersebut di atas telah melakukan pelanggaran terhadap pasal-pasal dalam Undang-Undang Persaingan Usaha, dan bahkan bahwa Majelis Komisi telah menyalahi beberapa hal dalam menjatuhkan putusannya. Untuk “kasus *fuel surcharge*” misalnya, ahli Ekonomi Persaingan Usaha, Prof. Dr. Ine S. Ruky, M.Sc mengungkapkan, putusan KPPU sangat gegabah karena menjadikan data statistik sebagai *indirect evidence* dalam kasus tersebut. Sementara Ahli hukum persaingan Prof. Dr. Ningrum Natasya, S.H.M.li menelaah tentang penggunaan *product market* dalam putusan yang dipergantikan.¹⁰ Di samping itu, untuk kasus lain, seperti “kasus Temasek”, pakar hukum dan ekonomi, Freddy Harris, Budi

⁴ Khresna Guntarto, *10 Tahun Berdiri KPPU Baru Putuskan 184 Perkara*, <http://www.primaironline.com/berita/ekonomi/10-tahun-berdiri-kppu-baru-putuskan-184-perkara>.

⁵ Putusan KPPU No. 07/KPPU-I/2007, dapat diunduh di <
http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_temasek.pdf>

⁶ Putusan KPPU No. 09/KPPU-I/2009, dapat diunduh di <
http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_carrefour_09_2009.pdf>

⁷ Putusan KPPU No. 24/KPPU-I/2009, dapat diunduh di <
http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_24_2009_upload_16_juni_2010.pdf>.

⁸ Putusan KPPU No. 25/KPPU-I/2009, dapat diunduh di <
http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_25_2009.pdf>

⁹ Putusan KPPU No. 25/KPPU-I/2009, dapat diunduh di <
http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_17_2010_farmasi.pdf>.

¹⁰ <http://doniismanto.wordpress.com/2010/07/01/020710-banding-putusan-fuel-surcharge-upaya-meluruskan-masalah/>, (“Banding Putusan Fuel Surcharge Upaya Meluruskan Masalah”).

Santoso, Lapan Tukan Leonardo, dan Gunawan Widjaja berpendapat KPPU telah melanggar beberapa ketentuan dalam Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU.¹¹ Adapun terkait “kasus Pfizer”, telah diadakan banyak publikasi dan kajian besar-besaran mengenai Putusan KPPU No. 17/KPPU-I/2010, khususnya mengenai penggunaan *indirect evidence* yang digunakan sebagai bukti utama dalam kasus tersebut.

Kartel merupakan isu yang sangat penting dan fenomenal dalam penerapan hukum persaingan usaha di banyak negara. Kartel termasuk pelanggaran berat dari hukum persaingan usaha. Mengapa demikian? Karena dampaknya terhadap penurunan *social welfare* dianggap cukup nyata. Oleh karena itu, dapat dipahami jika KPPU memiliki *concern* yang tinggi untuk melakukan investigasi.¹²

Kartel adalah perjanjian atau kesepakatan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pesaingnya dalam pasar oligopoli yang tujuan utamanya adalah untuk mencari profit/laba secara berlebihan. Perjanjian atau kesepakatan kartel antara lain penetapan harga, pembatasan produksi, alokasi pangsa pasar, alokasi konsumen, pembagian wilayah, pengaturan keuntungan dan bahkan sampai pengaturan tender. Unsur kunci dalam investigasi kartel adalah pembuktian adanya kesepakatan tersebut.¹³

Namun pembuktian kesepakatan itu kemudian menjadi sulit. Hal ini disebabkan karena kesepakatan atau perjanjian antara pelaku usaha pesaing yang menjadi bukti esensial dan signifikan biasanya disembunyikan dengan cara tertentu. Undang-Undang Persaingan Usaha sendiri menyatakan bahwa perjanjian tidak perlu dalam bentuk tertulis, sebagaimana juga diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP). Oleh sebab itu pembuktian akan adanya

¹¹ *Menunggu Akhir Kasus Temasek di Pengadilan*, Bisnis Indonesia, 16 Januari 2008, http://www.ui.ac.id/download/kliping/160108/Menunggu_Akhir_Kasus_Temasek_di_Pengadilan.pdf.

¹² <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, (“Sulitnya Membuktikan Praktik Kartel”).

¹³ <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, (“Sulitnya Membuktikan Praktik Kartel”).

perjanjian (apalagi yang tidak tertulis) haruslah mampu didukung oleh adanya fakta, bukti dan keyakinan yang kuat dan rasional sebelum mengambil atau menjatuhkan putusan bahwa kartel telah terjadi. Di samping itu ada beberapa hal lain yang penting yang perlu diperhatikan yaitu: karakter dari suatu industri atau bisnis yang mempunyai beberapa faktor yang membedakannya dengan industri atau bisnis lainnya, misalnya ada kemungkinan untuk efisiensi haruslah dibutuhkan kolaborasi atau kerjasama, tetapi dengan batasan yang jelas dan tujuan yang dapat dibenarkan.

Kebanyakan otoritas persaingan usaha di berbagai negara sangat hati-hati dalam pembuktian kartel. Sebagai contoh, berbagai keadaan yang sering ditengarai sebagai indikator adanya kartel sebenarnya perbedaannya sangat tipis dengan situasi dimana persaingan secara sehat berlangsung. Misalnya, tentang indikasi harga yang paralel (*price parallelism*) sering dianggap sebagai tindakan yang dilakukan secara bersama-sama secara kolusif untuk menentukan harga (*price fixing*) oleh para anggota kartel. Dalam praktiknya, terlalu banyak faktor yang menyebabkan terjadinya *parallelism* harga, yang terjadi justru karena pasarnya bersaing secara kompetitif. Permasalahannya, pada pasar yang sempurna, harga barang yang sama adalah identik. Apabila suatu barang sejenis yang beredar di pasar memiliki harga yang serupa atau sama, apakah kemudian hal tersebut harus dianggap sebagai suatu bentuk *price fixing*? Jika demikian, apakah yang menjadi pembatas antara pasar sempurna dan perjanjian penetapan harga? Dengan kata lain, parallel price atau uniform price atau persamaan harga tidak serta-merta membuktikan adanya kesepakatan kartel diantara pelaku usaha pesaing. Indikasi-indikasi ekonomi seperti itulah yang sering disebut sebagai *dicumstantial evidence* atau *indirect evidence* atau bukti tidak langsung.¹⁴

Kesulitan yang dialami para otoritas penegak hukum persaingan usaha ini kemudian bermula pada digunakannya *indirect evidence* sebagai bukti bahwa kartel telah terjadi. Perdebatan yang selalu muncul adalah apakah bukti tidak langsung dapat dijadikan alat untuk membuktikan pelanggaran kartel? Ada yang

¹⁴ <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, (“Sulitnya Membuktikan Praktik Kartel”).

menyetujui hal tersebut, tetapi praktik di kebanyakan negara tidak menyetujui bukti tak langsung dijadikan satu-satunya alat pelanggaran kartel.

Indirect evidence tidak dilihat sebagai suatu bukti bahwa suatu hal telah terjadi, tetapi digunakan untuk menjadi bukti awal yang berguna untuk mengadakan pemeriksaan lebih lanjut untuk menentukan apakah suatu perkara akan dipersidangkan, seperti siapa yang menjadi tersangka, saksi, tindakan apa yang kira-kira telah dilakukan.¹⁵ Namun kini *indirect evidence* banyak digunakan bukan hanya untuk pemeriksaan lebih lanjut, melainkan sebagai bukti yang dipergunakan dalam tahap pemeriksaan di pengadilan dan diperlakukan sama dengan bukti-bukti lain.

Di Indonesia, KPPU telah berulang kali menggunakan *indirect evidence* untuk membuktikan terjadinya kartel. Hal inilah yang kemudian menuai banyak protes dari kalangan pakar hukum maupun ekonomi. Banyak diskusi dan seminar diadakan oleh pakar hukum dan ekonomi untuk membahas perilaku KPPU yang bergantung kepada *indirect evidence* dan sikap Majelis Komisi yang berani memutus hanya berdasarkan bukti yang tidak langsung dan bersifat ambigu saja. Kontroversi semakin meningkat karena KPPU menggunakan referensi internasional, seperti praktek hukum persaingan usaha di negara lain, maupun dokumen-dokumen internasional, yang bahkan tidak berbentuk konvensi, dan tidak pula diratifikasi menjadi hukum nasional Indonesia.

Referensi KPPU kepada berbagai diskusi internasional dan kasus-kasus di luar negeri, seperti di Brazil dan Amerika Serikat menimbulkan pertanyaan apakah tepat mengacu kepada sumber-sumber tersebut. Karena itu dalam karya tulis ini akan dibandingkan antara hukum persaingan usaha di Indonesia serta hukum persaingan di beberapa negara lain, seperti Brazil, juga Amerika Serikat dan Singapura. Pada tiap negara akan dijabarkan mengenai hukum persaingan usaha, hukum-hukum lain yang terkait, serta perkembangan kasusnya. Dilihat pula apakah status ketiga negara tersebut dalam Organisation for Economic Co-

¹⁵ <http://legalserviceindia.com/article/1136-Circumstantial-Evidence.html>, ("Circumstantial Evidence : Realm of Reality").

operation and Development (OECD), kemudian apakah hasil diskusi negara-negara OECD dijadikan acuan dalam penggunaan *indirect evidence*. Dengan demikian dapat dipelajari bagaimana suatu negara bermuara pada penggunaan *indirect evidence*. Pada akhirnya nanti akan dilihat apakah tindakan KPPU menggunakan *indirect evidence* dan Majelis Komisi memutus berdasarkan hal tersebut telah tepat.

Karena itu penting dibahas mengenai penggunaan *indirect evidence* oleh KPPU dalam pembuktian kartel, dan apakah penggunaannya selama ini telah tepat.

1.2. Pokok Permasalahan

Pokok permasalahan dalam penulisan ini dapat dijabarkan sebagai berikut:

1. Bagaimana syarat dan sistem pembuktian eksistensi perjanjian, untuk pembuktian kartel dalam hukum persaingan usaha di Indonesia?
2. Bagaimanakah *indirect evidence* digunakan dalam praktek pembuktian pelanggaran Undang-Undang Persaingan Usaha di Indonesia dan negara-negara yang lain?

1.3. Tujuan Penelitian

Penelitian ini secara umum merupakan sumbangan pemikiran Penulis terkait permasalahan hukum yang terjadi di Indonesia. Diharapkan karya tulis ini dapat menambah wawasan bagi Penulis sendiri dalam proses penyusunannya, serta untuk memperkaya pengetahuan dan pemahaman masyarakat, terutama pembaca, perihal hukum persaingan usaha dan permasalahan aplikasinya di Indonesia.

Secara khusus, penelitian ini bertujuan untuk memberi penjabaran mendalam serta menganalisis apakah KPPU, sebagai salah satu lembaga negara komplementer (*state auxiliary organ*) telah memberi pertimbangan dan mengambil keputusan yang tepat dalam memutus perkara antara KPPU dengan pihak pelaku usaha. Karena itu, karya tulis ini hendak menganalisis apakah *indirect evidence* benar dapat digunakan dalam upaya pembuktian kartel, dan apakah penerapannya telah dilakukan dengan tepat.

1.4. Definisi Operasional

Dalam menyusun karya tulis ini, Penulis mempergunakan beberapa istilah terkait materi yang akan disampaikan. Untuk menghindari kesalahpahaman pengertian, maka akan ditetapkan definisi yang dimaksudkan oleh penulis, yang diambil dari peraturan perundang-undangan serta sumber lain yang ada.

1. Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.¹⁶
2. Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.¹⁷
3. Praktek monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.¹⁸
4. Perjanjian adalah 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.¹⁹
5. 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.²⁰

¹⁶ Indonesia, Undang-Undang Penanaman Modal Nomor 5 Tahun 1999, pasal 1 butir 6.

¹⁷ *Ibid.*, pasal 1 butir 1.

¹⁸ *Ibid.*, pasal 1 butir 2.

¹⁹ *Ibid.*, pasal 1 butir 7.

²⁰ *Ibid.*, pasal 1 butir 5.

6. Pasar adalah lembaga ekonomi di mana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan atau jasa.²¹
7. 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.²²
8. Pangsa pasar adalah persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu.²³
9. Harga pasar adalah harga yang dibayar dalam transaksi barang dan atau jasa sesuai kesepakatan antara para pihak di pasar bersangkutan.²⁴
10. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.²⁵
11. Konsumen adalah setiap pemakai dan atau pengguna barang dan atau jasa baik untuk kepentingan diri sendiri maupun untuk kepentingan pihak lain.²⁶
12. Penetapan harga adalah tindakan pelaku usaha membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.²⁷
13. Kartel adalah tindakan pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya yang memperjanjikan dengan maksud untuk mempengaruhi harga dengan

²¹ *Ibid.*, pasal 1 butir 9.

²² *Ibid.*, pasal 1 butir 10.

²³ *Ibid.*, pasal 1 butir 13.

²⁴ *Ibid.*, pasal 1 butir 14.

²⁵ *Ibid.*, pasal 1 butir 18.

²⁶ *Ibid.*, pasal 1 butir 15.

²⁷ *Ibid.*, pasal 5.

mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.²⁸

14. *Rules of Reason* adalah pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan.²⁹

15. *Per se illegal* adalah pendekatan hukum persaingan yang menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut.³⁰

1.5. Metode Penelitian

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode sistematis, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan mempelajari suatu gejala hukum tertentu, dengan cara melakukan analisa. Selain itu diadakan pula pemeriksaan yang mendalam terhadap fakta hukum yang relevan, untuk kemudian mengupayakan suatu pemecahan atas permasalahan-permasalahan yang timbul dalam gejala yang bersangkutan.³¹

Tipe dari penelitian ini adalah eksplanatoris analitis, di mana Penulis melakukan analisis hukum terhadap beberapa putusan KPPU yang didasarkan atas *indirect evidence* dengan berbagai peraturan perundang-undangan di Indonesia, maupun di luar negeri, terutama yang menjadi acuan bagi KPPU dalam

²⁸ *Ibid.*, pasal 11.

²⁹ Andi Fahmi Lubis *et. al.*, *Hukum Persaingan Usaha; Antara Teks dan Konteks*, Jakarta: ROV Creative Media, 2009, hal. 55.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2007, hal. 43.

menggunakan *indirect evidence* itu, disertai dengan buku, jurnal hukum, dan pendapat para ahli yang pakar dalam bidang ini.

Jenis data yang digunakan dalam penyusunan makalah ini adalah data primer dan sekunder. Data primer adalah data yang diperoleh langsung dari informan, dalam hal ini beberapa ahli yang pakar dalam bidangnya. Data sekunder adalah data yang diperoleh langsung melalui penelusuran kepustakaan atau dokumentasi.³²

Alat pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah :

1. Studi kepustakaan

Dalam penelitian hukum, penelitian kepustakaan yang dilakukan bersifat yuridis-normatif, yaitu penelitian terhadap hukum normatif tertulis yang berlaku di Indonesia.

2. Studi lapangan

Studi lapangan dimaksudkan adalah wawancara untuk menemukan data yang lebih terperinci. Wawancara dilakukan terhadap :

- 1) Informan, yaitu orang yang mengetahui secara praktikal dan konseptual mengenai hal tertentu yang terkait dengan penelitian, dalam hal ini mengenai hukum persaingan usaha secara umum, serta permasalahan dalam penggunaan *indirect evidence*, baik karena tugas, jabatan, kedudukan, atau fungsinya.
- 2) Narasumber, yaitu orang yang memiliki kualifikasi keahlian dan kemampuan akademik formal yang membidangi suatu ilmu tertentu, dalam hal ini adalah mengenai ilmu hukum persaingan usaha.

³² Valerine Khriekhof, et. all., *Metode Penelitian Hukum*, Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2000, hal. 31.

Metode analisis data yang digunakan adalah metode kuantitatif, di mana jumlah tidak menjadi penentu, melainkan bobot dari hasil wawancara dan penelusuran literatur dari studi kepustakaan.

Macam-macam bahan hukum digunakan untuk menunjang penulisan adalah beragam, yang berupa :

1. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mencakup ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang berhubungan dengan penulisan ini³³, seperti Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, dan Peraturan Komisi Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara, serta berbagai peraturan perundang-undangan terkait dari negara-negara lain.
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang berupa buku-buku, makalah, karya tulis dan jurnal, serta artikel yang diperoleh dari penelusuran internet yang berkaitan dengan penulisan ini, yang pada intinya memberi penjelasan mendalam mengenai bahan hukum primer.³⁴
3. Bahan hukum tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.³⁵ Adapun dalam penulisan ini yang digunakan adalah kamus.

1.6. Sistematika Penulisan

Karya tulis ini akan dibagi ke dalam empat bab, di mana masing-masing bab akan secara spesifik dipergunakan oleh Penulis untuk membahas suatu permasalahan secara mendalam.

³³ Soerjono soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, cet.3, Jakarta: UI-Press, 1986, hal. 12.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, hal. 12.

Bab satu akan memberi latar belakang mengapa karya tulis ini disusun, dan gambaran umum mengenai penulisan karya tulis ini. Penulis akan mencantumkan pokok permasalahan, tujuan penulisan, kerangka konseptual, metode penelitian dan sistematika penulisan.

Bab dua akan membahas secara khusus mengenai aspek-aspek terkait dalam Undang-undang Persaingan Usaha, yaitu perihal KPPU, perjanjian, kartel, serta hukum acara yang berlaku dalam penegakan hukum persaingan usaha yang juga menyentuh hukum acara pidana Indonesia.

Bab tiga berisikan penggunaan *indirect evidence*, dimulai dengan pengertian dan pembagian *indirect evidence* itu sendiri, kemudian dilanjutkan dengan penggunaan *indirect evidence* di berbagai negara berbeda yang menjadi model dalam OECD Policy Brief yang digunakan KPPU sebagai dasar penggunaan *indirect evidence*. Negara-negara tersebut adalah Amerika Serikat (anggota OECD, peserta OECD Roundtable), Brazil (non-anggota OECD, peserta OECD Roundtable). Praktek penggunaan *indirect evidence* di Singapura (non-anggota OECD, non-peserta OECD Roundtable) juga dimasukkan untuk memberi ilustrasi penggunaan OECD Policy Brief di negara yang –sama seperti Indonesia–, bukan merupakan anggota maupun peserta OECD Roundtable. Pada akhirnya penulis membahas secara mendalam perihal penggunaan *indirect evidence* di Indonesia dengan menyertakan pembahasan mengenai pro dan kontra seputar penggunaan *indirect evidence*.

Bab keempat yang merupakan bab terakhir berisikan kesimpulan atas hasil analisa yang telah dilakukan Penulis dan menjawab pernyataan dalam pokok permasalahan karya tulis ini. Dalam bab ini Penulis juga akan menyertakan saran apabila hipotesis mengenai adanya kesalahan dalam menjatuhkan putusan benar adanya agar ke depannya, hukum di Indonesia dapat lebih ditegakkan, terutama dalam hal hukum persaingan usaha.

BAB 2

HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

2.1. Instrumen Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

Persaingan usaha di Indonesia diatur secara khusus dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Undang-Undang Persaingan Usaha). Undang-undang ini telah dibuat dengan mengikuti standar internasional³⁶, di mana undang-undang ini memuat aturan sebagai berikut:

1. Melarang perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya monopoli pasar atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 4, 7 s/d 14, 22, 23);
2. Mengizinkan penetapan harga konsumen sampai ke tingkat tertentu, perjanjian tertutup serta perjanjian lisensi dan perjanjian “*know how*” (Pasal 5, 6, 15, 50 {b});
3. Melarang penggabungan badan usaha yang menyebabkan terjadinya posisi dominan di pasar atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 26 s/d 29);
4. Melarang tindakan merugikan konsumen, pemasok, atau pembeli dengan cara menyalahgunakan posisi dominan (Pasal 17, 18); dan
5. Melarang menghalangi pesaing dengan tindakan-tindakan diskriminasi baik melalui harga, syarat-syarat perdagangan, atau menolak melakukan hubungan usaha (Pasal 7, 8, 16, 19 s/d 21, 24).³⁷

³⁶ Terdapat keserasian antara beberapa pengaturan dalam Undang-Undang Persaingan Usaha dengan pengaturan dalam the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices. Larangan disusunnya perjanjian ataupun penggabungan badan usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya monopoli pasar atau persaingan usaha tidak sehat, larangan menghalang-halangi badan usaha lain untuk masuk ke dalam pasar, serta larangan penyalahgunaan posisi dominan dalam pasar terkandung dalam *section D* dari the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices.

³⁷ Knud Hansen *et. al.*, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Jerman: Gesellschaft fur Technische Ausammenarbeit, 2002, hlm.2-3; Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, hal. 234.

Undang-Undang Persaingan Usaha menganut dua macam pendekatan, yaitu pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal*. *Rule of Reason* adalah suatu pendekatan yang dipergunakan untuk membuat evaluasi mengenai akibat suatu perjanjian atau kegiatan tertentu, apakah perjanjian atau kegiatan tersebut telah menimbulkan akibat yang disebutkan oleh Undang-Undang Persaingan Usaha, yaitu terciptanya praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat.³⁸ Doktrin ini dikenal dari tradisi *common law*, yang pertama kali diterapkan dalam kasus *Mitchel v. Reynolds* di Inggris pada tahun 1711.³⁹

Pendekatan ini diterapkan terhadap tindakan-tindakan yang tidak bisa secara mudah dilihat ilegalitasnya tanpa menganalisis akibat tindakan itu terhadap kondisi persaingan. Dalam lingkup doktrin ini, jika sesuatu kegiatan yang dilarang dilakukan, maka akan dilihat seberapa jauh efek negatifnya.⁴⁰ Jika terbukti secara signifikan adanya unsur yang menghambat persaingan, baru akan diambil tindakan hukum. Jadi diisyaratkan untuk mempertimbangkan faktor-faktor seperti latar belakang dilakukannya tindakan, dan alasan bisnis di balik tindakan tersebut. Setelah itu barulah dapat ditentukan apakah suatu tindakan bersifat ilegal atau tidak. Pendekatan ini didasarkan pada tindakan-tindakan yang berpotensi membawa akibat negatif terhadap persaingan, dan pada akhirnya selalu dituntut

³⁸ Ningrum Natasya Sirait *et. al.*, *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha*, Jakarta: The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), 2010, hlm. 172.

³⁹ Kasus ini bermula dari tindakan Mitchel sebagai pedagang roti yang menerapkan perjanjian yang melarang pihak lain untuk membuka bisnis yang sama dengannya di daerah ia mendirikan usahanya untuk jangka waktu tertentu. Hakim pada kasus tersebut memutuskan bahwa tidak semua perjanjian yang menghambat perdagangan melanggar hukum, tetapi hanya perjanjian yang tidak masuk akal. Secara lengkap, kasus posisi dan pertimbangan hukum dalam kasus ini dapat dibaca di <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=435&invol=679>, diunduh tanggal 20 Mei 2011. Kasus ini memberikan gambaran bagaimana suatu perjanjian yang bersifat anti persaingan dinyatakan tetap berlaku, karena walaupun karena menjauhkan masyarakat dari manfaat adanya persaingan. Hal ini dapat dibaca di buku Johnny Ibrahim, *Op. Cit.*, hlm. 138, 227.

⁴⁰ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Malang: Bayumedia Publishing, 2009, hal. 227.

kemampuan untuk membuktikan adanya dampak telah terjadinya persaingan usaha tidak sehat.⁴¹

Per se Illegal adalah suatu pendekatan yang menyatakan suatu perjanjian atau kegiatan tertentu sebagai perbuatan yang dilarang tanpa dibuktikan lebih lanjut dampak yang ditimbulkan oleh perjanjian atau kegiatan tersebut.⁴² Larangan yang bersifat *per se illegal* adalah bentuk larangan yang tegas dalam rangka memberikan kepastian bagi para pelaku usaha dalam memaknai norma-norma larangan dalam persaingan usaha.⁴³

Alasan mengapa suatu peraturan diatur secara *per se illegal* adalah karena telah jelas adanya suatu tindakan anti persaingan di mana tidak diperlukan lagi analisa terhadap fakta-fakta tertentu dari masalah yang ada guna memutuskan bahwa tindakan tersebut telah melanggar hukum.⁴⁴ Dengan demikian tidak lagi penting untuk mencari-cari fakta untuk menentukan apakah perbuatan tersebut melanggar hukum persaingan usaha, maka secara serta merta tindakan tersebut ditentukan sebagai tindakan yang melanggar hukum.

Dalam pidato pengantar pada Sidang Paripurna DPR-RI, Rambe Kamarul Zaman selaku Ketua Pansus RUU Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat secara tegas menyatakan bahwa undang-undang ini mengatur larangan yang bersifat *rule of reason* dan *per se illegal*. Ketentuan yang bersifat *rule of reason* hanya memfokuskan pada ada tidaknya arus informasi antara pihak yang bersangkutan, dan apakah ada efek samping terhadap persaingan di dalam pasar yang disebabkan oleh perjanjian tersebut atau merugikan masyarakat. Di sisi lain, dalam ketentuan yang bersifat *per se illegal* tidak diperlukan lagi pembuktian dampak larangan tersebut sehingga jika ada pelaku usaha yang melakukan sesuatu

⁴¹ Suhasril dan Mohammad Taufik Makarao, *Hukum Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia*, Bogor: Penerbit Ghalia Indonesia, 2010, hal. 110.

⁴² Nigrum Natasya Sirait *et. al.*, *op.cit.*, hal. 172.

⁴³ Johnny Ibrahim, *op.cit.*, hal. 223.

⁴⁴ Jonathan Kissane & Steven J. Benefore, *Antitrust and the Regulation of competition: Glossary*, One-line Edition, 1996, hlm. 12-13, dalam buku Suhasril, *op.cit.*, hal. 108.

yang dinyatakan secara eksplisit dilarang undang-undang, maka ia akan dinyatakan melanggar tanpa perlu membuktikan hasil atau akibat tindakan tersebut.⁴⁵

Undang-Undang Persaingan Usaha dilengkapi juga dengan elemen-elemen pendukung, seperti Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Keppres 75/1999) dan Peraturan-Peraturan KPPU yang merupakan produk KPPU sendiri. Peraturan-peraturan ini berfungsi sebagai pedoman penerapan Undang-undang Persaingan Usaha.

2.2. Perjanjian yang Dilarang dalam Undang-Undang Persaingan Usaha

Secara umum, perjanjian menurut Pasal 1313 KUHPer, adalah suatu perbuatan di mana satu pihak setuju untuk mengikatkan dirinya pada pihak lain. Perjanjian dapat terlahir dari kesepakatan, atau karena hukum. Setelah perjanjian dilahirkan, maka perjanjian tersebut akan berlaku sebagai hukum yang mengikat di antara para pihak yang membuatnya.⁴⁶ Selanjutnya, Pasal 1234 KUHPer menetapkan bahwa perjanjian adalah untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu, atau tidak melakukan sesuatu.

Dalam hukum persaingan usaha, perjanjian dilihat sebagai strategi pasar bersama oleh beberapa pelaku usaha. Istilah perjanjian yang dimaksud dalam Undang-Undang Persaingan Usaha harus dibedakan dengan pengertian perjanjian menurut hukum perdata. Esensi perjanjian dalam ranah hukum persaingan usaha adalah bahwa pelaku usaha yang bersaing saling menyepakati tentang tingkah laku pasar mereka seluruhnya ataupun menyepakati bagian tertentu dari keseluruhan tingkah laku pasar.⁴⁷

Perbedaan pengertian perjanjian dalam KUHPer dengan Undang-Undang Persaingan Usaha berujung pada perbedaan syarat sahnya perjanjian menurut keduanya. Pasal 1320 KUHPer menetapkan bahwa ada empat syarat utama untuk

⁴⁵ Johnny Ibrahim, *op.cit.*, hal. 219.

⁴⁶ Pasal 1338 KUHPer.

⁴⁷ Knud Hansen *et. al.*, *op.cit.*, hal. 79-82.

sahnya perjanjian yang secara jelas diuraikan menjadi sepuluh keadaan dalam Bab II Bagian 2 dari Buku Tiga KUHP. Dari keempat syarat utama tersebut, dua di antaranya merupakan syarat subjektif, dan dua lainnya merupakan syarat objektif:

1. Syarat subjektif, meliputi kesepakatan dan kecakapan para pihak untuk membuat suatu perjanjian. Syarat ini melekat pada subjek dari perjanjian tersebut, dan jika tidak terpenuhi dapat dimintakan pembatalan dengan putusan pengadilan.⁴⁸
2. Syarat objektif, yang menentukan bahwa suatu perjanjian haruslah mengenai suatu objek tertentu, dan memiliki kausa yang halal. Kausa dalam hal ini adalah Apabila satu dari kedua syarat ini tidak terpenuhi maka perjanjian tersebut haruslah batal demi hukum. Dalam hal ini, kausa bukanlah motif atau alasan mengapa para pihak setuju untuk membuat perjanjian. Adapun kausa harus diartikan sebagai tujuan, yakni apa yang dimaksudkan oleh kedua pihak dengan mengadakan perjanjian.⁴⁹

Dalam pengertian hukum persaingan usaha, perjanjian tidak perlu memperhatikan kausa ataupun kesukarelaan para pihak untuk mengikatkan diri dalam perjanjian, tetapi hanya memfokuskan akan adanya ikatan dan arus informasi antar para pelaku usaha, dan terkadang dampak dari perjanjian tersebut.⁵⁰ Hal ini terkait erat dengan penggunaan pendekatan dalam menentukan apakah suatu perjanjian antar pelaku usaha telah melanggar ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Persaingan Usaha, yaitu pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal*.⁵¹

⁴⁸ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Jakarta: PT. Intermasa, 2005, hal. 136.

⁴⁹ H. Riduan Syahrani, *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Bandung: PT. Alumni, 2006, hal. 211.

⁵⁰ Knud Hansen *et. al.*, *op. cit.*, hal. 79-80.

⁵¹ Ningrum Natasya Sirait *et. al.*, *op. cit.*, hal. 172.

2.3. Kartel menurut Undang-Undang Persaingan Usaha

Ketentuan kartel diatur dalam pasal 11 Undang-Undang Persaingan Usaha yang menyatakan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lainnya dengan tujuan mempengaruhi harga dengan cara mengatur produksi atau pemasaran suatu barang dan jasa yang dapat mengakibatkan praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat. Kartel adalah kerja sama sejumlah perusahaan yang bersaing untuk mengkoordinasi kegiatannya sehingga dapat mengendalikan jumlah produksi dan harga suatu barang dan atau jasa untuk memperoleh keuntungan di atas keuntungan yang wajar.⁵² Istilah kartel merupakan istilah umum yang dipakai untuk setiap kesepakatan atau kolusi atau konspirasi yang dilakukan oleh para pelaku usaha. Pemakaian istilah kartel juga dibagi dalam kartel yang utama dan kartel lainnya. Kartel yang utama terdiri dari kartel penetapan harga, kartel pembagian wilayah, persekongkolan tender, dan pembagian konsumen. Adapun Undang-Undang Persaingan Usaha mengatur kesemuanya secara spesifik dalam pasal-pasal tersendiri mengenai penetapan harga, persekongkolan tender, pembagian wilayah atau konsumen atau pasar. Oleh karena itu, pasal 11 mengenai kartel tidak meliputi hal-hal tersebut dan hanya menekankan pada pelarangan kartel yang menekankan pada kesepakatan untuk mengatur produksi dan/atau pemasaran suatu barang dan/atau jasa yang dimaksudkan untuk mempengaruhi harga.⁵³ Dalam ketentuan Undang-Undang Persaingan Usaha, kartel termasuk dalam pendekatan *Rules of Reason*. Hal ini dapat dilihat dari bahasa pasal 11 sendiri:

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

⁵² KPPU, *Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan UU Persaingan Usaha*, Bab 1, Latar Belakang, par. 2.

⁵³ *Ibid.*, Bab 2, Tujuan dan Cakupan, par. 3 dan 4.

Tampak jelas bahwa dalam mengeksekusi tindakan kartel, perlu dilihat apakah kemudian tindakan tersebut membawa akibat yang bersifat anti persaingan. Apabila pelaku usaha dan pesaingnya membentuk suatu perjanjian produksi, harga, atau pemasaran, tetapi tidak membawa akibat buruk dalam pasar, maka pelaku usaha tidak dapat dipersalahkan atas perjanjian tersebut.

2.3.1. Jenis-Jenis Kartel

Secara umum koordinasi perjanjian kartel dibagi menjadi tiga, yaitu:

1. Perjanjian murni

Perjanjian kartel murni terjadi apabila perjanjian tersebut tidak memiliki ketentuan lain selain kegiatan koordinasi produksi dan/atau pemasaran. Perjanjian kartel yang dapat digolongkan dalam perjanjian murni adalah:

- a. Kartel kuota, di mana para pelaku usaha menetapkan volume, atau batas tertentu untuk produksi dan/atau penjualan barang dan/atau jasa yang diperbolehkan.
- b. Prosedur saling menginformasikan data pasar pada pelaku usaha pesaing.
- c. Alokasi pelanggan murni, yaitu apabila para pelaku usaha mengalokasikan pelanggan di antara mereka menurut kriteria lain yang bukan merupakan kriteria produk atau geografis yang murni.
- d. Hambatan masuk pasar, dalam artian ada pelaku usaha pesaing yang secara sengaja mengundurkan diri dari persaingan tersebut atau tidak akan melakukan kegiatan ekonomi dalam pasar tersebut.
- e. Kartel standar dan kartel tipe, adalah tipe perjanjian yang dibuat antara para pelaku usaha mengenai standar, tipe, jenis, atau ukuran tertentu yang harus ditaati dalam mengatur produksi/jasa yang akan dipasarkan.
- f. Kartel kondisi, adalah perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha mengenai standarisasi ketentuan perjanjian, yang berkaitan

langsung dengan harga, atau tidak berkaitan langsung dengan harga tetapi dengan unsur lain dalam perjanjian bersangkutan.

2. Perjanjian terkait

Koordinasi ini terjadi apabila diakibatkan oleh ketentuan tambahan dari perjanjian kompleks yang tujuan utamanya tidak melanggar hukum persaingan usaha. Perjanjian ini contohnya dapat dilakukan untuk mengatur alokasi pelanggan, atau kondisi menghambat pengusaha lain untuk masuk pasar.

3. Perjanjian usaha patungan (joint venture)

Koordinasi produksi atau pemasaran dapat diakibatkan oleh perjanjian joint venture. Hal ini dikarenakan dalam perjanjian joint venture, perusahaan-perusahaan yang tergabung di dalamnya masih tetap berdiri secara pribadi sehingga perjanjian ini dapat membawa kepada keuntungan eksklusif pada perusahaan-perusahaan tersebut dan mematikan pelaku usaha pesaingnya.⁵⁴

2.3.2. Tindakan-Tindakan Kartel

KPPU mengartikan unsur perjanjian dalam pasal 11 sebagai suatu bentuk kolusi, dan hal tersebut merupakan salah satu syarat terjadinya kartel.⁵⁵ Ada dua bentuk kolusi dalam kartel, yaitu:⁵⁶

1. Kolusi eksplisit, yaitu apabila para anggota kartel mengkomunikasikan kesepakatan mereka secara langsung yang dapat dibuktikan dengan adanya dokumen perjanjian, data mengenai audit bersama, kepengurusan kartel, kebijakan-kebijakan tertulis, data penjualan, dan data-data lainnya.
2. Kolusi implisit, atau diam-diam, yaitu di mana pelaku usaha anggota kartel tidak berkomunikasi secara langsung, dan pertemuan-pertemuan

⁵⁴ Knud Hansen *et. al.*, *op. cit.*, hal. 208-212.

⁵⁵ KPPU, *Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan UU Persaingan Usaha*, hal. 1, diambil dari Ningrum Natasya Sirait *et. al.*, *op.cit.*, hal. 39.

⁵⁶ *Ibid.*, Bab 1, Latar Belakang, par. 4.

diadakan secara rahasia. Biasanya yang dipakai sebagai media adalah asosiasi industri, sehingga pertemuan-pertemuan anggota kartel dapat dikamufleskan dengan pertemuan yang legal, seperti pertemuan asosiasi. Dengan asosiasi, kumpulan pelaku usaha dengan mudah menyusun standarisasi sesama mereka dalam memudahkan kegiatan usaha mereka.⁵⁷

Untuk memenuhi persyaratan bukti awal yang cukup, KPPU dapat memeriksa indikator awal atau faktor pendorong terjadinya kartel faktor-faktor tersebut adalah:

1. Faktor struktural

a. Tingkat konsentrasi dan jumlah perusahaan

Secara prinsip, kartel akan lebih mudah dilakukan jika jumlah perusahaan tidak banyak. Dalam hal ini, indikator tingkat konsentrasi pasar seperti misalnya CR4 (*four firm concentration ratio*)⁵⁸ dan HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*)⁵⁹ merupakan indikator yang baik untuk melihat apakah secara strukturm pasar tertentu mendorong eksistensi kartel.

b. Ukuran perusahaan

⁵⁷ Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha: Teori dan Prakteknya di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2010, hal. 105.

⁵⁸ CR4 adalah suatu cara untuk mengetahui tingkat konsentrasi pasar dari empat perusahaan terbesar di bidang tersebut. Dalam ekonomi, rasio konsentrasi adalah cara untuk mengukur total output yang diproduksi oleh suatu industri dari sejumlah perusahaan besar di industri tersebut. Rasio konsentrasi yang paling banyak digunakan adalah CR4 dan CR8, yang menghitung berdasarkan empat dan atau delapan perusahaan terbesar di bidang tersebut. Rasio konsentrasi biasanya digunakan untuk melihat seberapa jauh perusahaan-perusahaan besar tersebut memiliki kontrol terhadap pasar yang bersangkutan, dan untuk mengetahui apakah suatu pasar oligopoli telah terbentuk.

⁵⁹ *Herfindahl-Hirschman Index* , atau HHI, adalah suatu konsep ekonomi yang banyak diaplikasikan dalam hukum persaingan usaha. HHI mengukur besarnya suatu perusahaan dalam suatu industri dan menjadi indikator untuk melihat besarnya kompetisi yang ada dalam industri tersebut. Perhitungannya adalah dengan menjumlahkan saham pasar yang dimiliki 50 perusahaan terbesar (atau dapat juga kurang dari 50, disesuaikan dengan keadaan) jumlahnya harus proporsional dengan *market share* rata-rata. Tingginya angka dalam index Herfindahl mengindikasikan rendahnya kompetisi dan tingginya *market power*.

Kartel akan lebih mudah terbentuk jika didirikan beberapa pelaku usaha dengan posisi setara karena kapasitas dan tingkat biaya produksi tidak jauh berbeda. Dengan demikian pembagian kuota produksi dan tingkat harga dapat lebih mudah disepakati.

c. Homogenitas produk

Produk yang homogen menyebabkan preferensi konsumen terhadap seluruh produk tidak berbeda jauh sehingga menjadikan persaingan harga sebagai satu-satunya variabel penentu. Hal ini akan semakin mendorong para pelaku usaha untuk menghindari perang harga dengan membentuk kartel.

d. Kontak multi-pasar

Pemasaran yang luas dari suatu produk memungkinkan terjadinya kontak multi-pasar dengan pesaingnya yang juga mempunyai sasaran pasar yang luas. Multi-pasar dapat diartikan persaingan di beberapa area atau segmen pasar. Kontak yang berkelanjutan dapat mendorong para pengusaha yang mulanya saling bersaing untuk melakukan kolaborasi, misalnya dengan alokasi wilayah atau harga.

e. Persediaan dan kapasitas produksi

Persediaan yang berlebihan di pasar menunjukkan terjadinya kelebihan penawaran. Pada kondisi ini kartel dapat dengan mudah terjadi untuk menghindari persaingan harga.

f. Keterkaitan kepemilikan

Keterkaitan kepemilikan, yang minor sekalipun, dapat mendorong pelaku usaha untuk mengoptimalkan laba melalui keselarasan perilaku di antara perusahaan yang terkait.

g. Kemudahan masuk pasar

Tingginya entry barrier yang menghambat perusahaan baru untuk masuk pasar akan memperkuat keberadaan suatu kartel.

h. Karakter permintaan

Permintaan yang teratur dan inelastis dengan pertumbuhan yang stabil akan memfasilitasi terjadinya kartel karena akan menjadi

mudah bagi pelaku usaha dan peserta kartel untuk memprediksi dan menghitung tingkat produksi dan harga yang dapat mengoptimalkan keuntungan mereka.

i. Kekuatan tawar pembeli

Pembeli dengan posisi tawar yang lemah akan menguatkan pelaku usaha untuk membentuk suatu kartel.

2. Faktor perilaku

a. Transparansi dan pertukaran informasi

Kartel akan mudah terbentuk jika para pelaku usaha terbiasa transparan dan saling menukarkan informasi. Hal ini dapat terjadi dalam asosiasi-asosiasi pelaku usaha yang kuat.

b. Peraturan harga dan kontrak

Beberapa perilaku pengaturan harga dan kontrak, seperti kebijakan *one price policy*, di mana harga di berbagai daerah harus sama, dapat menjadi alat para anggota kartel untuk memantau satu sama lain. Namun hal ini bukan syarat yang cukup untuk melihat indikasi kartel.⁶⁰

2.4. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)

Undang-Undang Persaingan Usaha dibekali dengan pengaturan mengenai badan yang bertanggung jawab atas pengawasan terhadap tindakan para pelaku usaha. Pasal 30 Undang-Undang Persaingan Usaha memberikan mandat dan wewenang kepada suatu lembaga independen yang dinamakan KPPU yang terbentuk dengan Keppres 75/1999 pada tanggal 8 Juli 1999. Setiap akhir tahun, KPPU wajib menyerahkan laporan pertanggungjawaban kepada Presiden, namun hal ini bukan berarti KPPU berada di bawah kekuasaan Presiden, karena sebagaimana telah ditetapkan secara jelas dalam Undang-Undang Persaingan Usaha dan Keppres 75/1999, KPPU bebas dari pengaruh semua pihak, baik pemerintah maupun rakyat. KPPU sebagai badan independen yang merupakan *independent self regulatory body* adalah wujud dari produk demokrasi yang

⁶⁰ KPPU, *Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan UU Persaingan Usaha*, Bab IV, Kartel dan Contoh Kasus, par. 4.2.

dibentuk dalam tatanan negara Indonesia, seperti Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM), Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) dan Komisi Nasional Perempuan (Komnas Perempuan).⁶¹

KPPU merupakan lembaga administratif, dan meskipun memiliki fungsi penegakan hukum, khususnya hukum persaingan usaha, KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha, sehingga tidak berhak menjatuhkan sanksi pidana maupun perdata,⁶² karena KPPU bertindak demi kepentingan umum.⁶³ KPPU bukanlah satu-satunya lembaga yang berwenang menangani perkara persaingan usaha. Pengadilan Negeri (PN) dan Mahkamah Agung (MA) juga memiliki wewenang serupa. PN berwenang menangani keberatan terhadap putusan KPPU dan mengangani pelanggaran hukum persaingan usaha yang menjadi perkara pidana karena tidak dijakankannya putusan KPPU yang sudah *in kracht*. MA diberi kewenangan untuk menyelesaikan perkara pelanggaran hukum persaingan usaha apabila terjadi kasasi terhadap keputusan PN tersebut.⁶⁴

Selayaknya komisi pengawas persaingan usaha di negara lain, KPPU juga diberikan kewenangan dan tugas yang sangat luas, meliputi wilayah konsultatif, yudikatif, legislatif dan eksekutif. Dengan demikian lembaga ini sering dikatakan memiliki fungsi dan wewenang yang tumpang tindih karena bertindak sebagai investigator (*investigation function*), penyidik, pemeriksa, penuntut (*prosecuting function*), pemutus (*adjudication function*), maupun fungsi konsultatif (*consultative function*). Walaupun demikian beberapa kalangan menganggap KPPU bukan lembaga judisial maupun penyidik, melainkan lembaga penegak hukum yang tepat untuk menyelesaikan masalah persaingan usaha karena peran

⁶¹ Binoto Nadapdap, *Hukum Acara Persaingan Usaha*, Jakarta: Jalar Permata Aksara, 2009, hal. 16-17.

⁶² Andi Fahmi Lubis *et. al.*, *Hukum Persaingan Usaha; Antara Teks dan Konteks*, Jakarta: ROV Creative Media, 2009, hal. 313.

⁶³ *Ibid.*, hal. 315.

⁶⁴ *Ibid.*

multi function serta keahlian yang dimilikinya akan mampu mempercepat proses penanganan perkara.⁶⁵

KPPU dapat dikatakan memiliki kewenangan yang menyerupai lembaga konsultatif karena salah satu tugas KPPU adalah memberi saran dan pertimbangan kepada pemerintah dalam hal yang berkaitan dengan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Dalam hal ini KPPU secara tidak langsung berperan dalam pembentukan kebijakan pemerintah, khususnya untuk menghindari kebijakan yang kontra kompetitif yang seringkali tidak sadar diambil oleh pemerintah. Hal ini telah dilakukan KPPU ketika memberikan saran kepada The Indonesian National Air Carriers Association (INACA) untuk tidak membuat keputusan untuk para maskapai penerbangan nasional menetapkan satu harga yang seragam.⁶⁶

KPPU juga memiliki kewenangan yang dianggap menyerupai lembaga yudikatif, atau bahkan dapat disebut sedikit melebihi kewenangan lembaga yudikatif adalah karena KPPU memiliki wewenang untuk melakukan fungsi penyelidikan serta memutus, bahkan menjatuhkan hukuman administratif atas perkara-perkara yang diperiksanya termasuk memberikan sanksi ganti rugi kepada pihak yang dirugikan dan denda kepada pihak yang melanggar Undang-Undang Persaingan Usaha. KPPU juga berwenang menafsirkan ketentuan dalam Undang-Undang Persaingan Usaha dan memakainya sebagai dasar argumentasi penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia. Kewenangan ini dibatasi dengan kewenangan penyidik untuk melakukan tindakan-tindakan penyidikan dan kewenangan badan peradilan untuk memeriksa keberatan atas putusan KPPU.⁶⁷

Kewenangan lain yang dapat dikatakan menyerupai lembaga legislatif adalah karena KPPU berwenang membuat peraturan-peraturan yang tidak hanya berlaku internal, namun juga pengaturan eksternal yang mengikat publik. Contohnya adalah prosedur penyampaian laporan dan penanganan perkara yang

⁶⁵ Binoto Nadapdap, *op. cit.*, hal. 17.

⁶⁶ *Ibid.*, hal. 17-18.

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 19.

diajukan kepada KPPU, maupun pengaturan lain yang bersifat mengikat. Pasal 38 (4) Undang-Undang Persaingan Usaha menyebutkan bahwa tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan (2) diatur lebih lanjut oleh Komisi. Adapun kewenangan yang menyerupai lembaga eksekutif dapat dilihat dari kewenangan KPPU untuk dapat melaksanakan atau mengeksekusi kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang Persaingan Usaha serta peraturan turunannya, termasuk pengaturan yang dibuat oleh KPPU dalam rangka pengimplementasian hukum persaingan usaha di Indonesia.⁶⁸

Sebagaimana dilukiskan dalam pasal 35 dan 36, KPPU memiliki tugas dan wewenang yang membuatnya memiliki peran ganda, yaitu sebagai penyelidik, penuntut, dan juga pengambil keputusan terkait segala dugaan terjadinya praktek persaingan usaha tidak sehat yang terjadi di pasar. Kekuasaan yang begitu besar ini dapat mengakibatkan adanya *abuse of power* jika tidak dilaksanakan dengan hati-hati. Adapun kekuasaan yang besar ini tidak membuat KPPU menjadi lembaga *super power*, karena keputusan KPPU tetap harus dimintakan penetapan eksekusi dari PN. Apabila Ketua PN menganggap KPPU telah melakukan kesalahan dalam memeriksa perkara tersebut maka persetujuan tidak akan diberikan. Dengan demikian, mekanisme fiat eksekusi ini dapat menjadi kontrol terhadap putusan-putusan yang dihasilkan oleh KPPU yang tidak diajukan upaya keberatan oleh pihak pelaku usaha. Untuk putusan yang diajukan upaya keberatan, peran kontrol yang dilakukan oleh pengadilan akan lebih terlihat, karena hakim PN juga akan memeriksa fakta serta penerapan hukum yang dilakukan oleh KPPU.⁶⁹

2.5. Hukum Acara Persaingan Usaha

Undang-Undang Persaingan Usaha tidak mengatur mengenai hukum acara yang dipergunakan sebagai acuan untuk beracara di KPPU maupun mengenai prosedur tata cara bertindak bagi KPPU dalam melakukan penyelidikan dan pemeriksaan terhadap pelaku usaha dan para saksi terkait dengan pelanggaran

⁶⁸ *Ibid.*, hal. 19-20.

⁶⁹ Andi Fahmi Lubis *et. al.*, *op. cit.*, hal. 313.

Undang-Undang Persaingan Usaha. Undang-undang ini hanya mengatur bahwa hal-hal tersebut akan diatur lebih lanjut oleh KPPU dengan Peraturan Komisi (pasal 38(4) Undang-Undang Persaingan Usaha). Hal ini berakibat pada beragamnya dasar hukum untuk bagi hukum acara persaingan usaha di Indonesia:

1. Pasal 34-46 Undang-Undang Persaingan Usaha;
2. Peraturan Perundang-undangan yang tidak bertentangan dengan Undang-Undang Persaingan Usaha;
3. Keputusan Presiden No. 75 tahun 1999 (Kepres 75/1999);
4. Peraturan MA No. 3 tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU;
5. Peraturan MA No. 1 tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan;
6. Peraturan KPPU No. 1 tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU;
7. Herziene Indonesisch Teglement (HIR)/ Hukum Acara Perdata, S. 1848 No. 16, S. 1941, No. 44; dan
8. Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).⁷⁰

2.5.1. Pembuktian dalam Hukum Persaingan Usaha

Bukti maksudnya adalah sesuatu yang menyatakan kebenaran, suatu peristiwa, keterangan nyata, tanda.⁷¹ Membuktikan dalam hukum acara memiliki arti yuridis, yang berarti pembuktian hanya berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara atau yang memperoleh hak dari mereka. Dengan demikian pembuktian dalam arti yuridis tidak menuju kepada kebenaran mutlak.⁷² Dalam hal tertentu tidak tertutup kemungkinan bahwa keterangan saksi, surat, keterangan saksi ahli

⁷⁰ Binoto Nadapdap, *op. cit.*, hal. 29-30.

⁷¹ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga*, Jakarta: Balai Pustaka, 2005, hal. 172.

⁷² Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia, Edisi Kelima*, Yogyakarta: Liberty, 1998, hal. 108.

adalah tidak benar atau palsu atau dipalsukan. Maka dalam hal ini dimungkinkan adanya bukti lawan.⁷³

Membuktikan dalam arti yuridis dalam konteks ini tidak lain berarti memberi dasar-dasar yang cukup kepada Majelis Komisi yang memeriksa perkara yang bersangkutan guna memberi kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukan. Membuktikan secara yuridis tidak hanya memberi kepastian kepada Majelis Komisi, tetapi juga terjadinya suatu peristiwa, yang tidak tergantung pada tindakan para pihak, seperti pada persangkaan-persangkaan, dan tidak tergantung kepada keyakinan Majelis Komisi atas keterangan Terlapor, misalnya. Membuktikan ialah meyakinkan Majelis Komisi tentang kebenaran dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu laporan mengenai dugaan pelanggaran terhadap hukum persaingan usaha.⁷⁴

Dalam pembuktian di KPPU, terdapat dua hal yang tidak perlu dibuktikan, yaitu:

1. Dalil-dalil yang tidak disangkal; dan
2. Hal-hal atau keadaan-keadaan yang telah diketahui oleh khayalak ramai.⁷⁵

2.5.1.1. Bukti Yang Digunakan dalam Hukum Acara Persaingan Usaha

Dalam melakukan pemeriksaan, KPPU memiliki tata caranya sendiri. Sebagaimana diatur dalam pasal 42 Undang-Undang Persaingan Usaha, ada lima alat bukti yang dapat diperiksa KPPU, yang kemudian dipertegas kembali dalam pasal 72(1) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Pemeriksaan Perkara (Perkom 1/2010). Majelis Komisi menentukan sah atau tidak sahnya alat bukti dan menentukan nilai pembuktian.⁷⁶

⁷³ Binoto Nadapdap, *op. cit.*, hal. 55-56.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, 57-58.

⁷⁶ Dalam Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU, disyaratkan untuk menilai keabsahan alat bukti, maka diperlukan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah. Namun dalam perubahannya, Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara, prasyarat tersebut dihilangkan.

1. Keterangan saksi

Menurut Peraturan KPPU No. 1 tahun 2006, saksi adalah setiap orang atau pihak yang mengetahui terjadinya pelanggaran dan memberikan keterangan guna kepentingan pemeriksaan. Saksi-saksi itu ada yang secara kebetulan melihat atau mengalami sendiri peristiwa yang harus dibuktikan di muka Majelis Komisi, atau yang memang dengan sengaja diminta menyaksikan suatu perbuatan hukum yang sedang dilakukan, misalnya menyaksikan pembuatan akta penggabungan perusahaan.⁷⁷

2. Keterangan ahli

Undang-Undang Persaingan Usaha tidak memberikan definisi ahli, sehingga perlu untuk mencari sumber lain. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, 'ahli' adalah seorang yang mahur, paham sekali di suatu ilmu; mahir benar. Saksi ahli adalah seorang yang memiliki keahlian khusus yang memberikan keterangan kepada Majelis Komisi.⁷⁸ Orang yang dapat menjadi ahli wajib memenuhi syarat sebagai berikut:

- a. Memiliki keahlian khusus yang dibuktikan dengan sertifikat; atau
- b. Memiliki pengalaman yang sesuai dengan keahliannya.

3. Surat dan atau dokumen

Alat bukti tertulis atau surat ialah segala sesuatu yang memuat tanda-tanda bacaan yang dimaksudkan untuk mencurahkan isi hati atau buah pikiran dan dipergunakan sebagai pembuktian.⁷⁹ Surat atau dokumen yang dimaksud terdiri dari:

⁷⁷ Binoto Nadapdap, *op. cit.*, hal. 60.

⁷⁸ Hal ini diatur dalam pasal 1(20) Peraturan KPPU Nomor 5 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran Terhadap Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Peraturan ini dicabut dengan Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU yang kemudian dicabut dengan Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara. Sejak Peraturan KPPU Nomor 5 Tahun 2000 dicabut, peraturan-peraturan yang menggantikannya tidak memberikan definisi 'ahli'.

⁷⁹ Binoto Nadapdap, *op. cit.*, hal.65.

- a. Akta otentik;
- b. Akta di bawah tangan;
- c. Surat keputusan atau surat ketetapan yang dibuat oleh pejabat yang berwenang;
- d. Data yang memuat kegiatan usaha Terlapor, antara lain, data produksi, data penjualan, data pembelian, dan laporan keuangan; dan
- e. Surat atau dokumen lain yang terkait dengan perkara.⁸⁰

4. Petunjuk

Undang-undang Persaingan Usaha dan Peraturan KPPU tidak mengatur maupun memberi penjelasan mengenai apa itu petunjuk dan bagaimana petunjuk dipergunakan dalam pembuktian di KPPU. Penjelasan Pasal 42 UU No.5/1999 hanya menyatakan mengenai alat bukti “Petunjuk”, sebagai “cukup jelas”. Karena itu, makna dari alat bukti Petunjuk ini harus dicari lewat penafsiran hukum sistematis, yaitu dengan melihat pada arti alat bukti Petunjuk pada ketentuan hukum Indonesia lainnya. Penjelasan mengenai alat bukti Petunjuk ini ternyata dapat ditemukan pada ketentuan Pasal 188 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana.

Sebagai perbandingan, dalam KUHAP, petunjuk adalah perbuatan, kejadian, atau keadaan yang karena persesuaiannya, baik antara satu dengan yang lain, maupun dengan tindak pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya. Petunjuk hanya dapat diperoleh dari:

- a. Keterangan saksi;
- b. Surat; dan
- c. Keterangan terdakwa.

Jadi, berdasarkan penafsiran hukum sistematis, Majelis Komisi hanya diperkenankan untuk menggunakan alat bukti Petunjuk atau alat bukti tidak langsung (indirect evidence) sepanjang petunjuk itu diperoleh

⁸⁰ KPPU, *Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara*, pasal 72-76.

dari alat bukti lainnya berupa: keterangan saksi; keterangan ahli; keterangan pelaku usaha; dan bukti surat.

5. Keterangan pelaku usaha.

Dalam Perkom 1/2006, keterangan pelaku usaha adalah apa yang dinyatakan pelaku usaha di depan Majelis Komisi tentang perjanjian, perbuatan yang ia lakukan, ketahui atau alami sendiri.

Secara khusus, sebagaimana diatur dalam Pedoman KPPU Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel, ada beberapa alat bukti yang dapat digunakan untuk penanganan perkara kartel antara lain:

1. Dokumen atau rekaman kesepakatan harga, kuota produksi, atau pembagian wilayah pemasaran.
2. Dokumen atau rekaman daftar harga (*price list*) yang dikeluarkan oleh pelaku usaha secara individu selama beberapa periode terakhir.
3. Data perkembangan harga, jumlah produksi, dan jumlah penjualan di beberapa wilayah pemasaran selama beberapa periode terakhir.
4. Data laporan keuangan perusahaan untuk masing-masing anggota yang diduga terlibat selama beberapa periode terakhir.
5. Data pemegang saham setiap perusahaan yang diduga terlibat beserta perubahannya.
6. Kesaksian dari berbagai pihak atas telah terjadinya komunikasi, koordinasi, dan atau pertukaran informasi antar para peserta kartel.
7. Kesaksian dari pelanggan atau pihak terkait atas terjadinya perubahan harga yang saling menyelaraskan di antara para penjual yang diduga terlibat kartel.
8. Kesaksian dari karyawan atau mantan karyawan perusahaan yang diduga terlibat mengenai terjadinya kebijakan perusahaan yang diselenggarakan dengan kesepakatan dalam kartel.
9. Dokumen, rekaman, dan atau kesaksian yang memperkuat adanya faktor pendorong kartel sesuai indikator.⁸¹

⁸¹ KPPU, *Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan UU Persaingan Usaha*, Bab IV, Kartel dan Contoh Kasus, par. 4.4.1.

2.5.1.2. Bukti yang Digunakan Dalam Hukum Acara Pidana

Dalam hukum pidana, Hakim bertujuan mencari kebenaran materiil. Kebenaran materiil adalah kebenaran atau kepastian yang sebenar-benarnya mengenai suatu tindakan dan pelakunya.⁸² Perbedaan kebenaran formil dan materiil terletak pada syarat ada tidaknya keyakinan hakim. Dalam hukum acara pidana, dalam mencari kebenaran, selain melihat pada bukti-bukti yang ada, Hakim harus memiliki keyakinan tentang bersalah-tidaknya seseorang.⁸³

Pasal 183 KUHAP secara jelas mengatur bahwa dalam pembuktian pidana dibutuhkan minimal dua alat bukti yang sah untuk memunculkan keyakinan para Hakim bahwa tindakan pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang melakukannya. Selanjutnya pasal 184-189 menjabarkan bahwa yang termasuk alat bukti yang sah adalah:

1. Keterangan saksi

Keterangan satu saksi saja tidak cukup, tetapi harus didukung dengan alat bukti sah lainnya. Sebagaimana halnya dalam pengaturan hukum acara perdata, pendapat, rekan, ataupun buah pikiran pribadi bukanlah kesaksian. Nantinya keterangan saksi harus dilihat bagaimana ia mendapat keterangan tersebut, dan apakah sesuai dengan keterangan saksi lain, dan alat bukti lain.

2. Keterangan ahli;

Keterangan ahli adalah segala yang dinyatakan seorang ahli dalam pengadilan.

3. Surat;

Surat yang dimaksud dalam hal ini adalah surat yang dibuat atas sumpah jabatan atau yang dikuatkan dengan sumpah, dan dapat berupa:

- a. Berita acara dan surat lain dalam bentuk resmi yang dibuat oleh pejabat umum yang berwenang atau yang dibuat di

⁸² Feby Mutiara Nelson, *op. cit.*

⁸³ Mahkamah Agung, Putusan MA RI No. 3136 K/Pdt/1983, hal. 131-132.

hadapannya, yang memuat tentang kejadian atau keadaan yang dilihat, didengar, atau dialaminya sendiri, disertai dengan alasan yang jelas dan tegas tentang keterangannya tersebut.

- b. Surat yang dibuat menurut ketentuan peraturan perundang-undangan atau surat yang dibuat oleh pejabat mengenai hal yang menjadi tanggung jawabnya dan yang diperuntukkan untuk pembuktian (akta otentik).
- c. Surat keterangan dari seorang ahli yang memuat pendapat berdasarkan keahliannya mengenai sesuatu hal atau sesuatu keadaan yang diminta secara resmi dan padanya;
- d. Surat lain yang hanya dapat berlaku jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian yang lain.

4. Petunjuk; dan

Pasal 188 ayat (1) KUHAP mendefinisikan alat bukti Petunjuk sebagai perbuatan, kejadian atau keadaan, yang karena persesuaian, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan tindak pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya. Selanjutnya Pasal 188 ayat (2) KUHAP mengatur bahwa Petunjuk sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat diperoleh dari:

- a. Keterangan saksi;
- b. Surat; dan
- c. Keterangan terdakwa.

Penilaian atas kekuatan pembuktian petunjuk dalam suatu keadaan tertentu dilakukan oleh Hakim dengan bijaksana setelah pemeriksaan yang sangat cermat berdasarkan hati nuraninya.

5. Keterangan terdakwa.

Keterangan terdakwa adalah keterangan yang diberikan terdakwa tentang perbuatan yang ia lakukan atau keadaan yang ia alami. Adapun keterangan terdakwa hanya dapat digunakan terhadap dirinya sendiri, dan tidak cukup membuktikan bahwa ia bersalah melakukan

tindakan yang didakwakan kepadanya, melainkan perlu didukung dengan alat bukti lain.

Selain kelima alat bukti ini, dikenal juga konsep barang bukti dalam hukum acara pidana. Perihal barang bukti tidak diatur sendiri secara eksplisit dalam KUHP, namun penyebutannya yang berulang-ulang dan konsisten dalam 14 pasal, terutama dalam pasal 205 menunjukkan bahwa barang bukti adalah salah satu bukti yang dapat menjadi pertimbangan Hakim dalam memutus.



BAB 3

INDIRECT EVIDENCE DAN APLIKASINYA DI INDONESIA DAN BEBERAPA NEGARA LAINNYA

3.1. Pengertian dan Penggunaan *Indirect Evidence*

Direct evidence dianggap memberikan fakta secara nyata tanpa perlu menarik asumsi atau kesimpulan. Di sisi lain, *indirect evidence* mengacu pada serangkaian fakta dan kejadian yang karna hubungannya yang sangat erat, dapat menunjuk kepada satu fakta atau kejadian yang lebih besar. Sebagai contoh:

– *Direct evidence*

Adi melihat Budi memukul Sari dengan pentungan sehingga Sari terkapar di kamar dengan darah.

– *Indirect evidence*

Adi melihat Budi membawa pentungan.

Adi melihat Sari dan Budi masuk ke dalam ruangan.

Adi mendengar suara Sari berteriak kesakitan.

Adi masuk ke ruangan melihat Sari bersimbah darah, sedangkan Budi lari keluar ruangan melalui jendela.⁸⁴

Perbedaan yang sangat jelas dapat terlihat, di mana pada situasi pertama Adi melihat proses pemukulan terjadi di depan matanya, sedangkan pada situasi kedua Adi hanya melihat serangkaian peristiwa yang karena berhubungan sangat erat satu sama lain, dapat menghasilkan kesimpulan bahwa Budi telah memukul Sari.

Penggunaan *indirect evidence* paling banyak digunakan dalam perkara pidana, di mana seringkali tidak terdapat bukti langsung bahwa suatu tindakan criminal telah dilakukan, baik karena tidak ada saksi mata, ataupun tidak ada kamera tersembunyi yang dapat merekam semua kejadian tersebut. Polisi terpaksa

⁸⁴ <http://law.jrank.org/pages/5218/Circumstantial-Evidence.html>, (“Circumstantial Evidence”).

harus mencari serangkaian bukti yang kemudian membimbing pada suatu kesimpulan bahwa satu orang (yang dapat diidentifikasi secara spesifik dan pasti) telah melakukan tindakan kriminal yang dimakud.⁸⁵

3.1.1. Pengertian *Indirect Evidence* dalam Konteks Hukum Persaingan Usaha

Indirect evidence telah dikenal dan diakui penggunaannya dalam pembuktian tindakan anti persaingan usaha di beberapa negara; sebagaimana tertuang dalam OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement 2006, yang diikuti oleh Amerika Serikat, Argentina, Brazil, European Commission (representasi European Union), Jepang, dan 20 negara lainnya.⁸⁶

Sebagai komparasi, *direct evidence* atau yang diterjemahkan sebagai bukti langsung, adalah bukti yang mengidentifikasi adanya pertemuan, atau komunikasi antar pelaku usaha dan memaparkan isi dari komunikasi tersebut. Bukti paling umum dari *direct evidence* adalah dokumen yang memperlihatkan para pihak yang menyetujui suatu hal, atau pernyataan verbal atau tertulis mengenai operasi suatu tindakan antar para pelaku usaha.⁸⁷

Adapun *indirect evidence* atau *circumstantial evidence*, adalah suatu istilah yang digunakan untuk menjelaskan bukti-bukti yang tidak secara langsung mengarah pada dugaan telah dilakukannya suatu tindakan melawan hukum. *Indirect evidence* tidak secara spesifik mendeskripsikan isi ataupun pihak dalam suatu perjanjian. Dalam konteks hukum persaingan usaha, *indirect evidence* banyak digunakan untuk membuktikan, terutama, kasus-kasus kartel antar pelaku usaha.

⁸⁵ <http://law.jrank.org/pages/5218/Circumstantial-Evidence.html>, (“Circumstantial Evidence”).

⁸⁶ OECD, *Policy Roundtables; Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006, hal. 1.

⁸⁷ OECD, *op. cit.*, hal. 1.

Apabila perjanjian dibuat dalam bentuk tertulis maka tidak akan ada perdebatan perihal eksistensinya. Namun banyak pelaku usaha menghindari membuat perjanjian dalam bentuk tertulis apabila perjanjian tersebut melanggar hukum. Perjanjian secara lisan menyebabkan sulitnya membuktikan eksistensi kesepakatan tersebut, karena perlu dibuktikan adanya kesadaran dan niat dari para pelaku usaha untuk membentuk suatu tindakan yang paralel (*parallel behaviour* atau *concerted action*). Hal ini mengakibatkan timbulnya penggunaan *indirect evidence*. Tindakan paralel adalah salah satu bentuk indikasi adanya perjanjian, namun hal tersebut saja bukan merupakan bukti yang konklusif, melainkan harus didukung dengan bukti-bukti lain, seperti kesaksian para saksi yang terlibat secara langsung. Untuk menentukan maksud dari tindakan paralel, maka perlu dilakukan analisis terhadap struktur pasar, *range* biaya produksi dengan harga penjualan, periode pengambilan keputusan, dan indikasi lain yang menunjukkan perilaku paralel perusahaan dalam suatu industri.⁸⁸

Dalam UN Draft Model Law on Competition, tindakan paralel sendiri dapat merupakan gambaran dua hal:

1. Penurunan harga yang paralel dapat menunjukkan suatu persaingan yang sehat di dalam pasar; dan
2. Kenaikan harga yang paralel dapat berupa gambaran adanya kesepakatan untuk menaikkan harga dari para pelaku usaha, walaupun mungkin juga bisa berarti sebaliknya, yang misalnya disebabkan inflasi, atau kenaikan pajak, di mana kenaikan harga dapat terjadi secara simultan atau bersamaan

Indirect evidence berupa komunikasi hanya memperlihatkan adanya bukti komunikasi antar para pelaku usaha dan bukti ekonomi yang menunjukkan keadaan di pasar dan perilaku para pelaku usaha yang menjurus kepada tindakan

⁸⁸ United Nation Conference on Trade and Development, *Draft and Commentaries of Model Law on Competition*, Geneva, 2000, hal. 15.

yang telah direncanakan (*concerted action*).⁸⁹ Dengan demikian dapat dilihat bahwa ada dua tipe *indirect evidence*:

1. Bukti komunikasi, yang dapat berupa:
 - a. Bukti adanya komunikasi, (baik transkrip telepon, atau kehadiran di acara yang sama) antar para pelaku usaha, tetapi tidak meliputi isi komunikasi antara mereka;
 - b. Bukti-bukti lain yang menunjukkan bahwa para pelaku usaha membicarakan suatu perihal tertentu. Misalnya, minuta rapat yang menunjukkan adanya pembicaraan mengenai harga, dokumen internal yang menyatakan pengetahuan satu pelaku usaha akan strategi pelaku usaha pesaingnya.

Bukti komunikasi dianggap lebih *reliable* dibandingkan bukti ekonomi untuk melihat ada tidaknya suatu perjanjian antar para pelaku usaha yang bersaing.

2. Bukti ekonomi, yang terbagi menjadi dua tipe:
 - a. Bukti perilaku (*behavioural approach*), yang mengarah pada perilaku para pelaku usaha di dalam pasar dan di dalam industri yang bersangkutan. Hal ini termasuk:
 - 1) Penetapan harga paralel (*parallel pricing*);
 - 2) Keuntungan yang di atas normal (*abnormally high profits*);
 - 3) Kepemilikan saham publik yang stabil; dan
 - 4) *Record* pelanggaran hukum persaingan usaha;
 - 5) Sikap saling membantu / memfasilitasi (*facilitating practices*), yaitu tindakan yang mempermudah para pelaku usaha untuk mencapai dan mempertahankan suatu kesepakatan. *Facilitating practices* dapat berupa pertukaran informasi, memberi signal atas harga (*price signalling*), freight equalisation, perlindungan harga (*price protection*), kebijakan most favored nation, dan penetapan standar

⁸⁹OECD, *op. cit.*, hal. 1-3.

produk yang restriktif dan tidak perlu (*unnecessarily restrictive product standards*).

b. Bukti struktural (*structural approach*), yang termasuk:

- 1) Konsentrasi yang tinggi di satu sisi dan konsentrasi yang rendah di sisi lain pasar;
- 2) Tingginya halangan untuk masuk ke dalam pasar;
- 3) Adanya integrasi vertikal yang sangat kuat;
- 4) Produk yang homogen atau terstandarisasi (*standardised or homogenous product*).⁹⁰

Di banyak negara, *indirect evidence* terutama banyak digunakan untuk membuktikan adanya suatu perjanjian, dan jika dikaitkan dengan *direct evidence*, kekuatan pembuktiannya akan menjadi luar biasa. Di sisi lain, *indirect evidence* dapat menjadi sangat sulit untuk diinterpretasikan. Bukti ekonomi dapat menjadi sangat ambigu, dan dapat dilihat sebagai suatu tindakan yang direncanakan, atau tindakan mandiri (*independent action*). Maka dari itu, *indirect evidence* harus digabungkan dengan *indirect evidence* yang lain, dan kemudian dilihat secara keseluruhan, untuk melihat gambar yang terjadi secara besar.⁹¹ Secara umum, bukti perilaku lebih dapat diterima oleh majelis persaingan usaha, seperti di Amerika dan European Union. Contohnya adalah kasus Monochloroacetic Acid Cartel, yang dapat dibuktikan karena manajemen Clariant, setelah mengambil alih bisnis kimia Hoechst, menemukan fakta bahwa Hoechst pernah terlibat dalam kartel. Clariant kemudian melaporkan hal tersebut kepada pihak persaingan usaha yang berwenang di Amerika dan European Union. Contoh lain adalah kasus Lysine, di mana seorang pegawai dari Archer Daniels Midland yang menjadi saksi mahkota dalam kasus tersebut, menjadi saksi untuk membuktikan bahwa

⁹⁰ OECD, *op. cit.*, hal. 1-4.

⁹¹ *Ibid.*, hal. 1.

perusahaannya telah melakukan kartel. Tindakan itu juga terekam dalam kamera CCTV yang dipasang oleh FBI di tempat kejadian.⁹²

Tindakan paralel antar pelaku usaha yang saling bersaing saja tidaklah cukup untuk membuktikan bahwa telah ada perjanjian di antara mereka. Tindakan paralel dapat diakibatkan dari perjanjian antar para pihak, atau tindakan independen yang kebetulan diambil oleh seluruh pelaku usaha di bidang tersebut dalam menghadapi pasar. Untuk mengatasi hal ini, di Amerika Serikat, pengadilan mengambil suatu pendekatan, yaitu “conscious parallelism plus”. Pendekatan ini menegaskan bahwa di samping tindakan paralel, suatu faktor tambahan yang relevan yang mengindikasikan bahwa tindakan paralel tersebut bukanlah buah dari suatu perjanjian. Faktor ini dapat berupa *indirect evidence*, baik yang merupakan bukti ekonomi atau bukti komunikasi.⁹³

3.2. Penggunaan *Indirect Evidence* di Beberapa Negara

Dalam OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement 2006, beberapa negara mengaku telah menggunakan *indirect evidence*, terutama untuk membuktikan adanya perjanjian antar pelaku usaha untuk melakukan tindakan anti persaingan demi meraup lebih banyak keuntungan. Beberapa negara tersebut, terutama yang sering dijadikan model oleh KPPU, adalah:

3.2.1. Amerika Serikat

Amerika Serikat telah menyusun undang-undang mengenai larangan tindakan anti persaingan usaha sejak tahun 1890 dengan dikeluarkannya Sherman Antitrust Act yang melarang segala tindakan pelaku usaha yang dapat merugikan konsumen, yaitu monopoli dan kartel. Undang-undang ini kemudian dilengkapi

⁹² Mutzura Bohra, *Research Paper on the Increasing Role of Economic Evidence in Prosecution of Cartels*, Bhopa: National Law Institute University, 2011. hal. 8.

⁹³ OECD, *op. cit.*, hal. 5.

dengan Clayton Antitrust Act of 1915.⁹⁴ Berdasarkan Sherman Act, pelanggaran terhadap hukum persaingan usaha akan membawa sanksi pidana, yang dapat berupa denda setinggi US\$ 100 juta untuk perusahaan dan US\$ 1 juta atau penjara maksimum 10 tahun untuk individu, atau sejumlah kerugian yang diderita para korban. Atas kasus yang sama dapat pula ditempuh secara perdata, namun hanya setelah sidang pidana dilakukan, dimana putusan pengadilan sebelumnya dapat dijadikan bukti awal (*prima facie evidence*).⁹⁵

Justice Stone dalam salah satu kasus persaingan usaha awal di Amerika, *Unites States vs. Trenton Potteries Co*, 237 U.S. 392 (1927) mengatakan, “*Agreements which create such potential power may well be held to the themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed...*”. Oleh sebab itu pembuktian akan adanya perjanjian (apalagi tidak tertulis) haruslah mampu didukung oleh adanya fakta, bukti dan “keyakinan yang kuat” dan rasional ketika putusan diambil atau dijatuhkan.

Lebih lanjut, hukum anti persaingan di Amerika menitikberatkan pada analisa ekonomi, bahwa putusan mengenai ada tidaknya suatu pelanggaran hukum persaingan usaha harus mempertimbangkan sisi ekonomi suatu industri. Pendekatan ini diambil sejak ahli hukum persaingan usaha yang sangat dihormati menjadi Chief Judge di U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, Richard Posner. Beliau mengambil tindakan ekstrem untuk mengevaluasi keadaan ekonomi, walaupun suatu tindakan dinyatakan sebagai *per se illegal* oleh jurisprudensi selama 29 tahun. Setelah kasus *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477, 97 S. Ct. 690, 50 L. Ed. 2d 701 (1977), U.S Supreme Court dan pengadilan-pengadilan di bawahnya mengambil efisiensi ekonomi sebagai salah satu pertimbangan dan menerima hal tersebut sebagai justifikasi dari perusahaan-

⁹⁴ Hristo Hristov dan Ralina Georgieva, *The EU and US Divergence on Competition Law*, hlm 2.

⁹⁵ OECD, *OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct evidence of Agreement 2006; Contribution from the United States*, hal. 2.

perusahaan besar atas kedudukan mereka di pasar. Sejak 1986, analisis ekonomi selalu digunakan di Federal Courts.⁹⁶

Sistem hukum Amerika mengenal penggunaan *indirect evidence* dengan nama *circumstantial evidence*. Dalam OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement 2006; Contribution from the United States,⁹⁷ dijabarkan bahwa majelis hakim dalam kasus *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984), menetapkan bahwa:

“there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective.”

Pada intinya, kalimat tersebut menjelaskan bahwa untuk membuktikan adanya *concerted action* para pelaku usaha, bukti, baik langsung, maupun tidak, selama mengindikasikan adanya suatu persetujuan antar para pelaku usaha, dapat diterima. Pendapat majelis hakim dalam kasus tersebut adalah sesuai dengan US Federal Rules of Evidence. Rule 401 tentang *Definition of “Relevant Evidence”* dan Rule 402 tentang *Relevant Evidence Generally Admissible; Irrelevant Evidence Inadmissible* menyebutkan bahwa

Rule 401. “Relevant evidence” means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence.

Rule 402. All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court

⁹⁶ <http://law.jrank.org/pages/4364/Antitrust-Law-U-S-Supreme-Court-Evolving-Doctrine.html>, (“Antitrust Law - The U.s. Supreme Court And Evolving Doctrine”).

⁹⁷ OECD, *OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement 2006; Contribution from the United States*, *op. cit.*, hal. 2.

pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible.

Hal ini membuktikan bahwa di Amerika sendiri, segala bukti, baik langsung maupun tidak langsung, selama relevan dalam artian memiliki kemungkinan untuk dapat membuktikan ada tidaknya suatu perbuatan, dapat diterima oleh pengadilan. Praktek ini telah banyak dilakukan di Amerika dalam hukum acaranya, di mana dewan juri dapat memutus hanya berdasarkan *indirect evidence*, karena *indirect evidence* dianggap sama berartinya dengan *direct evidence*.⁹⁸

Namun, penggunaan *indirect evidence* di Amerika bukan tanpa batasan. Walaupun telah banyak digunakan di berbagai kasus kriminal, masih ada keraguan dari beberapa hakim untuk menggunakan *indirect evidence* dalam kasus persaingan usaha. Dalam hukum persaingan usaha, penggunaan *indirect evidence* sempat sangat populer di tahun 1940an.

Namun dengan adanya kasua Theater Enterprises v. Paramount Film Distribution 346 U.S. 537 (1954), dunia persaingan usaha Amerika Serikat kembali disadarkan dengan standar pembuktian Sherman Act yang secara tegas menyatakan bahwa tindakan paralel sendiri tidak cukup untuk membuktikan adanya perjanjian, konspirasi, ataupun gabungan dari beberapa pelaku usaha

⁹⁸ Ungkapan jelas perihal *indirect evidence* tersebut adalah sebagai berikut:

"It is well established that a jury's verdict may rest solely upon circumstantial evidence."[United States v. Todosijevic, 161 F.3d 479, 483 (7th Cir.1998); United States v. Stockheimer, 157 F.3d 1082, 1087 (7th Cir.1998)].

"There is nothing novel about establishing a crime through the use of circumstantial evidence.... Case law recites that circumstantial evidence is not less probative than direct evidence, and, in some cases is even more reliable." [United States v. Hatchett, 31 F.3d 1411, 1421 (7th Cir.1994), quoting United States v. Rose, 12 F.3d 1414, 1417 (7th Cir.1994); United States v. Jamel Robinson, 177 F.3d 643 (7th Cir. 1999)].

U.S. Supreme Court dalam putusannya menyatakan "*circumstantial evidence is intrinsically no different from testimonial [direct] evidence*"(*Holland v. United States*, 348 U.S. 121, 75 S. Ct. 127, 99 L. Ed. 150 [1954]).

untuk melakukan kartel atau price fixing. Kasus ini melihat pada berbagai macam “plus factors”, dan Pengadilan memutuskan bahwa tidak ada konspirasi yang telah dilakukan oleh distributor, dengan kalimat yang termahsyur:

“Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but ‘conscious parallelism’ has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.”

Untuk itu, pengadilan di Amerika Serikat mengambil pendekatan “parallelism plus”, di mana selain tindakan paralel harus ada “plus factor” sebelum dapat menyimpulkan ada tidaknya perjanjian anti persaingan usaha. Secara sederhana, “plus factor” adalah suatu ungkapan atas faktor tambahan yang perlu dibuktikan sebagai prasyarat untuk melihat apakah suatu tindakan paralel merupakan tindakan kartel.⁹⁹ Usaha selanjutnya beralih kepada pencarian “plus factor” yang dibutuhkan untuk membuktikan pelanggaran hukum persaingan usaha.

Dalam kasus *First National Bank of Arizona v. Cities Service Co.* 391 US 253 (1968), Hakim memperkenalkan ‘motive to conspire’ dan ‘contrary to self interest factors’ sebagai contoh faktor pendukung. Dengan faktor ‘motive to conspire’, hakim mempertanyakan logika dan alasan mengapa seorang pelaku usaha hendak berkonspirasi dengan pesaingnya. Faktor ‘contrary to self interest’ mempertanyakan apakah dengan bergabungnya pelaku usaha dalam suatu konspirasi akan justru merugikan dirinya sendiri. Dengan mengaplikasikan kedua faktor ini, banyak kasus yang di-*dismiss* karena hanya parallel behavior saja yang dapat dihadirkan oleh penuntut.¹⁰⁰

Sebagaimana ditegaskan dalam beberapa kasus, penggunaan *indirect evidence* harus menimbulkan interpretasi yang masuk akal mengenai ada tidaknya konspirasi antar pelaku usaha, dan menyingkirkan kemungkinan bahwa suatu

⁹⁹ VI Philip E. Areeda dan Hervert Hovenkamp, *Antitrust Law 240* (2nd edition), 2003.

¹⁰⁰ Mutzura Bohra, *op. cit.*, hal. 16.

tindakan merupakan tindakan individual. Hal ini jelas terlihat dalam kasus *Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 106 S. Ct. 1348, 89 L. Ed. 2d 538 (1986), di mana mayoritas juri menolak tuduhan konspirasi penetapan harga selama 20 tahun terhadap perusahaan TV dari Jepang untuk menyingkirkan pesaing Amerika, yang didasarkan pada penggunaan *indirect evidence* yang terlalu ambigu dan sarat dengan "economic rationality".¹⁰¹ Selain itu, beberapa kasus lain yang menunjukkan bahwa *indirect evidence* saja tidak cukup untuk membuktikan adanya konspirasi adalah kasus *Baby Food Antitrust Litigation* 166 F. 3d 112 (3rd Cir 1999), *Blomkest Fertilizer Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan Inc.* 203 F. 3d 1028 (8th Cir. 2000), dan *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA* 346 F. 3d 1287 (11th Cir. 2000). Adanya pola harga yang sama antara pelaku usaha tidaklah dapat dijadikan sebagai alat bukti atas terjadinya pelanggaran dalam perkara kartel manapun. Dalam beberapa contoh kasus internasional, *Williamson oil Co. Inc v. Phillip Morris* dan *Hall v. United Air Lines, Inc*, pengadilan di Amerika Serikat pada akhirnya menolak beberapa gugatan karena hanya mendasarkan pada bukti adanya pola harga yang sama.¹⁰²

3.2.2. Brazil

Hukum persaingan usaha di Brazil telah ada sejak tahun 1962 (Law N^o. 4,137 of 10/09/1962) yang diubah dengan Law N^o. 8,158 of 08/01/1991, namun dicabut dan diganti dengan Law N^o. 8,884 of 11/05/1994 yang diamandemen dua kali, pertama dengan Law N^o. 9,470 of 10/06/1997 dan terakhir dengan Law N^o. 10,149 of 21/12/2000 dan 11,482 of 31/05/2007. Beberapa tahun sebelum

¹⁰¹ Hal ini tercermin dalam *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588 (1986) and *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 554 (2007); *Omnicare, Inc. v. Unitedhealth Group, Inc.* 629 F.3d 697 (2011) di mana Majelis Hakim memutuskan "show that the inference of conspiracy is reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed it," and that "offer of conspiracy evidence must tend to rule out the possibility that the defendants were acting independently".

¹⁰² A. Zainal, Andi Fahmi Lubis, Pande Radja Silalahi dan Hilda Fachrizah, *Kajian Akademis atas Putusan Perkara No. 17/KPPU-I/2010*, Jakarta, 2010, hal. 27.

Undang-undang tersebut rampung, Kongres Brazil memberlakukan Lei de Crimes Econômicos (Brazil's Economic Crimes Law) No. 8,137/90 yang mengelompokkan tindakan anti persaingan usaha yang dapat dihukum secara pidana.¹⁰³

Badan yang bertugas mengawasi persaingan usaha dan menindak pelanggarnya adalah *Conselho Administrativo De Defesa Econômico Ministério da Justiça* (Dewan Administrasi Pertahanan Ekonomi dari Kementerian Hukum – CADE). Badan ini dibentuk dengan Law No. 4137 of 10/09/1962, namun Law N°. 8884 of 11/05/1994 kemudian menambah dua badan yang memiliki fungsi untuk menunjang CADE dalam melakukan tugasnya, yaitu *Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça* (Sekretariat Hukum Ekonomi dari Kementerian Hukum – SDE), dan the *Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério das Finanças* (Sekretariat Pengawasan Ekonomi dari Kementerian Keuangan – SEAE). Ketiganya kemudian membentuk *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* (Sistem Kebijakan Kompetisi Brazil – BCPS), dengan rincian tugas sebagai berikut:

1. SEAE bertugas membuat legal opinion dari segi ekonomi yang mengikat dalam pembuatan hukum mengenai konsentrasi ekonomi, dan tidak mengikat untuk kasus-kasus dugaan pelanggaran hukum persaingan usaha, terutama untuk kasus merger. Secara sederhana, SEAE adalah badan pertama yang melakukan pemeriksaan dugaan pelanggaran hukum persaingan usaha;
2. SDE adalah kepala investigasi¹⁰⁴ dan bertugas mencari fakta di lapangan mengenai konsentrasi ekonomi dan tindakan-tindakan yang diduga dapat merusak iklim kompetisi. Dengan kata lain, SDE

¹⁰³ Mariana Tavares de Araujo dan Ana Paula Martinez, *Brazil's Anti-Cartel Enforcement: Preparing for the Future*, São Paulo: Levy & Salomão Advogados, 2011, hal. 50, http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20110719164443_preparing-for-the-future-2011.pdf.

¹⁰⁴ Mariana Tavares de Araujo dan Ana Paula Martinez, *op. cit.*, hal. 50.

berfungsi melakukan prosedur administratif untuk kemudian dibawa ke CADE untuk diadili dan diputus. SDE juga dapat mengeluarkan legal opinion yang bersifat tidak mengikat untuk kasus merger¹⁰⁵;

3. CADE merupakan pengadilan administratif untuk kasus-kasus persaingan usaha.¹⁰⁶ Putusan yang dikeluarkan CADE akan dikenakan *judicial review* oleh Court of Appeal, jika dimintakan oleh pihak swasta dalam kasus yang bersangkutan.¹⁰⁷

Ketiga badan tersebut tidak memiliki otoritas untuk menghukum pelanggar secara pidana. Kewenangan tersebut ada pada jaksa penuntut (public prosecutor), sebagaimana diatur dalam Brazil's Economic Crimes Law. Investigasi untuk proses pidana dilakukan oleh pihak kepolisian Brazil. Pelaku kartel dapat dikenakan sanksi baik administratif maupun kriminal, namun sanksi pidana tentunya hanya dapat dijatuhkan pada individu.¹⁰⁸ Kedua pihak juga dapat bekerjasama, sebagaimana telah dilakukan pada tahun 2003 dalam kasus Crushed Rock Cartel Case.¹⁰⁹

Sejak tahun 2003, otoritas kompetisi di Brazil membuat hirarki tindakan anti persaingan usaha dan meletakkan 'hardcore cartel prosecution' pada peringkat pertama. Sejak itulah SDE mulai meningkatkan kinerja investigasinya sebagaimana diberikan oleh Kongres Brazil. Sementara itu, CADE mulai menyusun pengaturan penalti yang harus dibayarkan pelaku usaha yang terbukti melakukan kartel. Dengan demikian, upaya pemberantasan kegiatan anti-

¹⁰⁵ Mariana Tavares de Araujo dan Ana Paula Martinez, *op. cit.*, hal. 50.

¹⁰⁶ SEAE, *Working Paper on Brazil Competition Laws and Policies*, Brazil, 2001, hal.1.

¹⁰⁷ Juan David Guitierrez R., *Tacit Collusion in Latin America: A Comparative Study of the Competition Laws and Their Enforcement in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama*, Brazil, 2008, hal. 24.

¹⁰⁸ Mariana Tavares de Araujo dan Ana Paula Martinez, *op.cit.*, hal. 50-51.

¹⁰⁹ Ministry of Justice – Secretary of Economic Law, *The Crushed Rock Cartel Case*, 2007, hal. 1-3, <http://portal.mj.gov.br>.

kompetisi di Brazil terfokus pada perjanjian horizontal, terutama kartel.¹¹⁰ Sejak Maret 2002 hingga Juni 2005, 15 kasus kartel telah disidangkan.¹¹¹

Pada mulanya, kebanyakan kasus kartel di Brazil disidangkan dengan selalu menghadirkan bukti langsung. Dalam kasus *Asbeg v. Sitran and others* (1988) dan *Codima v. Ibemep and others* (1990), diputuskan bahwa tidak ada bukti yang cukup yang mengarah kepada adanya kolusi antar para pelaku usaha karena bukti yang mampu dihadirkan hanyalah paralelisme harga. Menurut Germán Coloma, pakar hukum persaingan usaha di Brazil, pada dasarnya majelis hakim dalam kedua kasus tersebut memiliki pandangan yang sama, yaitu bahwa tindakan paralel saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa telah ada perjanjian sebelumnya untuk melakukan hal tersebut (*concerted practice*).¹¹²

Hal ini diakui CADE, yang berdasarkan pengalamannya terutama dengan kasus kartel, tindakan *parallel pricing* saja tidak cukup untuk membuktikan adanya kartel, namun harus dengan adanya bukti bahwa terdapat perjanjian antara pelaku usaha.¹¹³ Brazil memiliki sistem pembuktian “*price parallelism plus*”, yang tercermin dalam kasus *The Airline Cartel Case: SDE v. Varig S.A and others* (2004). Dalam kasus ini terdapat bukti bahwa 5 hari sebelum kenaikan harga sebesar 10% persis pada hari yang sama dari empat perusahaan penerbangan di bulan Agustus 1999, keempat presiden direktur perusahaan tersebut bertemu di sebuah hotel di Sao Paulo. Dalam tahap pemeriksaan, ketika ditanya penyebab kenaikan harga tersebut, tidak satupun dari antara mereka yang memberikan alasan yang jelas. Tidak adanya motivasi yang jelas untuk menaikkan harga tersebutlah yang kemudian dianggap telah memenuhi tes “*price parallelism plus*”. Pada akhirnya CADE memutuskan bahwa kartel terbukti dilakukan oleh para pelaku

¹¹⁰ OECD, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*, 2005, hal. 21-23.

¹¹¹ Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, *Recent aspects of hard core cartel prosecution in Brazil*, 2005, hal. 1.

¹¹² Germán Coloma, *Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia*, 2000, hal. 25.

¹¹³ Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, *op. cit.*, hal. 2.

usaha yang bersangkutan.¹¹⁴ Kasus yang serupa adalah *The Newspaper Cartel Case: SEAE/MF v. Sindicato das Empresas Proprietárias de Jornais e Revistas do Município do RJ and others* (2005), di mana pada tanggal 6 Maret 1999, empat penerbit koran terbesar di kota Rio de Janeiro menaikkan harga koran sebesar 20%. Di samping itu, masing-masing koran melampirkan keterangan alasan kenaikan harga yang hampir tidak ada bedanya satu sama lain, yang terkait dengan suatu organisasi di mana keempatnya bergabung dan menjadi anggota. SEAE menilai semua hal tersebut adalah bukti yang cukup untuk mengajukan kasus itu ke SDE. Dalam kasus ini CADE menyatakan bahwa kartel terbukti telah dilakukan dan memberikan sanksi administratif kepada para pelaku usaha yang terkait.¹¹⁵

Kemudian, dengan adanya kasus *SDE v. CSN, Usiminas and Cosipa* (1999), ditetapkan bahwa untuk membuktikan suatu perjanjian tidak tertulis ada standar yang harus digunakan, yaitu:

1. Pasar yang bersangkutan sangat rentan terhadap pembuktian kartel (terpusat, produk yang homogen, tingginya kesulitan masuk pasar);
2. Adanya tindakan paralel (*parallel behavior*);
3. Tidak ada penjelasan yang rasional atas tindakan para pelaku usaha, kecuali kolusi; dan
4. Ada bukti komunikasi antar para pelaku usaha.

Kebanyakan kasus kartel yang ditangani CADE memberikan bukti-bukti yang cukup. Contohnya kasus kartel *Ministério Público do Estado de Santa Catarina v. Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis* (2002). Dalam kasus ini, meskipun tidak ada bukti langsung tentang perjanjian kartel antara para pelaku usaha, bukti-bukti lain yang dihadirkan telah

¹¹⁴ Secretariat of Economic Law, Council for Economic Defense, Ministry of Justice, *Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program*, 3rd. ed., Brazil, 2009, hal. 10, <http://www.oecd.org/dataoecd/52/22/43619651.pdf>.

¹¹⁵ *Ibid.*

cukup untuk memperlihatkan adanya suatu kolusi di antara mereka yang melahirkan kartel. Bukti-bukti tersebut adalah:

1. Rekaman telepon;
2. Keterangan saksi;
3. Economic evidence berupa price parallelism

Ketiga bukti tersebut menunjukkan bahwa pemimpin asosiasi kartel tersebut menyelenggarakan pertemuan antar para pemilik gas station, di mana akhirnya mereka menyetujui untuk menetapkan harga sebesar R\$ 1,34 per liter, yaitu 20% lebih tinggi dari harga semula. Ketua asosiasi kemudian mengadakan inspeksi ke tiap gas station, atau menerima laporan dari bawahannya, sedangkan para anggota asosiasi menyiapkan laporan harga dan penjualan sehari-hari.

Serupa dengan kasus di atas, kasus kartel Goiânia (2002) juga memiliki keadaan di mana ada rekaman telepon antar para pelaku usaha yang membicarakan perihal rencana dan negosiasi kenaikan harga bensin. Dalam pemeriksaannya, ketua Sindoposto (*Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás*), perkumpulan pedagang ritel bensin di Goiânia, mengaku telah memberikan rekomendasi kepada para pedagang agar mereka memperoleh margin keuntungan yang sama besarnya untuk penjualan bensin, alkohol, dan diesel. CADE kemudian menjatuhkan sanksi administratif untuk membayar denda kepada Sindoposto dan ketuanya.¹¹⁶

Dalam perkembangannya, José Miguel Azpúrua Alfonzo, seorang pakar hukum persaingan usaha Brazil melihat bahwa penegakkan hukum persaingan usaha masih sangat terikat pada undang-undang yang tidak secara eksplisit menyebutkan penggunaan *indirect evidence*. Hal ini berakibat pada kecilnya kemungkinan, bahkan hampir tidak ada, untuk menggunakan analisis ekonomi

¹¹⁶ Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça, *Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis*, 1^a ed, Brazil, 2009, hal. 28.

dalam pembuktian pelanggaran.¹¹⁷ Idealnya, pembuktian perjanjian antara para pelaku usaha harus ditunjang dengan lebih banyak bukti, yaitu dengan membuktikan eksistensi kesulitan masuk pasar sebagai akibat dari perbuatan ilegal tersebut.¹¹⁸ Juan David Gutierrez R., seorang profesor Hukum Persaingan Usaha di Universitas Javeriana menjelaskan bahwa kebanyakan kasus kartel di Brazil menggunakan *direct evidence*, sedangkan kasus *tacit collusion* sangat sedikit sekali.¹¹⁹

Kini, dengan adanya *leniency program* yang dicanangkan otoritas persaingan usaha di Brazil, pemberantasan kartel semakin mudah dilakukan, karena pembuktiannya dibantu dengan pengakuan dari pelaku kartel itu sendiri. Terhitung sejak 2007 sampai 2010, telah ada 300 penjamin dan lebih dari 100nya tidak diadili. Brazil juga memiliki metode “dawn raid”, di mana sebelum kartel terbentuk, namun telah ada indikasi ke arah tersebut, pihak yang berwenang akan segera menginvestigasi dan menghentikan usaha kartel tersebut. Metode ini berhasil terlaksana karena didukung dengan *leniency program*.¹²⁰

Untuk menjamin kesuksesan *leniency program*, ada beberapa hal yang harus dipenuhi, yaitu:

1. yang turut serta dalam program ini adalah pelaku usaha kartel yang paling pertama mengajukan diri untuk memberikan informasi;
2. pelaku usaha tersebut berhenti turut serta dalam kartel yang dilaporkannya;

¹¹⁷ José Miguel Azpúrua Alfonso, *A Global Perspective on Vertical Distribution Restraints and Other Unfair Competition Practices: The Carbonated Soft Drink Industry*, US: New York University School of Law, 2005.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Juan David Gutierrez R., *Tacit Collusion in Latin America: A Comparative Study of the Competition Laws and Their Enforcement in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama*, Brazil, 2008, hal. 34.

¹²⁰ Mariana Tavares de Araujo dan Ana Paula Martinez, *op. cit.*, hal. 51.

3. pelaku usaha yang dimaksud bukan merupakan pemimpin dari kartel yang dilaporkannya;
4. pelaku usaha yang dimaksud bersedia untuk bekerja sama penuh dengan otoritas investigasi;
5. pelaku usaha yang dimaksud bersedia memberikan daftar nama pelaku usaha lain yang turut serta dalam kartel dan memberikan segala dokumen yang relevan; dan
6. SDE belum memiliki informasi yang diberikan pelaku usaha yang dimaksud.¹²¹

Peserta *leniency program* akan dijaga kerahasiaan identitasnya oleh SDE selama masih dalam tahap investigasi sampai pada tahap sidang oleh CADE. Namun hal ini tidak menutup kemungkinan bahwa pelaku usaha tersebut dituntut secara perdata oleh pelaku usaha lainnya. Hal ini dikarenakan SDE hanya memiliki otoritas untuk ranah persaingan usaha saja, dan tidak memiliki otoritas dalam ranah hukum perdata.¹²²

3.2.3. Singapura

Persaingan usaha di Singapura diatur dengan Competition Act Chapter 50B, No. 46 of 2004 yang direvisi pada tahun 2006 dengan amandemen terakhir No. 15 of 2010. Hukum ini ditegakkan oleh badan pemerintahan bernama Competition Commission of Singapore (CCS). CCS berwenang mengeluarkan putusan (*Decision*) yang menetapkan pelanggaran yang telah dilakukan oleh pelaku usaha, dan sekaligus menetapkan denda yang harus dibayarkan. Apabila pelaku usaha hendak melakukan banding maka upaya tersebut dilakukan dengan

¹²¹ Secretariat of Economic Law, Antitrust Division, *Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program*, Brazil, 2009, hal. 22.

¹²² *Ibid.*, hal. 25.

menyampaikan Notice of Appeal kepada Competition Appeal Board of Singapore (CAB).¹²³

Competition Act Singapore merupakan suatu bentuk adaptasi dari hukum persaingan usaha Inggris (UK Competition Act of 1998), yang mengacu pada European Community Treaty.¹²⁴ Competition Act Singapore mengatur, pada pokoknya ada tiga tindakan yang dilarang yang dibagi dalam tiga bagian, yaitu:¹²⁵

1. Perjanjian, keputusan, dan tindakan (concerted practice) antar pelaku usaha pesaing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Hal ini diatur dalam Section 34. Termasuk di dalamnya adalah price fixing, kartel, persekongkolan, pembagian wilayah, dan perlakuan diskriminatif.¹²⁶

2. Tindakan penyalahgunaan posisi dominan.

Hal ini diatur dalam Section 47. Termasuk di dalamnya adalah predatory pricing, memberikan halangan masuk ke dalam pasar, tying agreement.¹²⁷

3. Merger dan akuisisi yang menyebabkan persaingan usaha tidak sehat.

Hal ini diatur dalam Section 54.¹²⁸

¹²³ ICLG, *International Comparative Legal Guide to: Competition Litigation 2011*, London: Global Legal Group Ltd, 2011, hal. 150, <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3922.pdf>.

¹²⁴ Cavinder Bull, Lim Chong Kin dan Richard Whish, *Book Review of Competition Law and Policy in Singapore*, Singapore: Singapore Management University Academy Publishing, 2009, hal. 758, http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=soe_research.

¹²⁵ <http://app.ccs.gov.sg/Legislation.aspx>, (“CCS Legislations”).

¹²⁶ http://app.ccs.gov.sg/LodgeComplaints_AntiCompAgreement.aspx, (“Anti-Competitive Agreements”).

¹²⁷ <http://app.ccs.gov.sg/AbuseofDominance.aspx>, (“Abuse of Dominance”).

Adapun untuk beberapa bidang usaha tertentu, seperti telekomunikasi, transportasi publik, media, dan sektor energi, dikecualikan dari Competition Act dan diatur terpisah dalam undang-undang tersendiri.¹²⁹ Pelanggaran terhadap Competition Act akan mengakibatkan dikenakannya sanksi perdata berupa pembayaran denda. Pelanggaran terhadap ketentuan dalam Competition Act tidak akan berujung pada hukuman secara kriminal, kecuali apabila pelaku usaha yang dimintai keterangan tidak memberikan dokumen yang diminta untuk pemeriksaan, atau menyediakan dokumen palsu. Di luar hal tersebut, terhadap pelanggar sendiri tidak dikenakan sanksi pidana.¹³⁰¹³¹

Pada dasarnya, standar pembuktian di Singapura untuk perihal persaingan usaha adalah prosedur perdata, di mana segala kemungkinan dianalisis dan dilihat kemungkinan terbesarnya. Namun, CCS dalam putusannya untuk kasus *Re Certain Pest Control Operators in Singapore* [2008] SGCCS1, dan *Notices of Infringement of Collusive Tendering (Bid-Rigging) in Electrical and Building Works* (CCS 500/001/09, para 64) menyebutkan bahwa standar pembuktian berbeda antar satu kasus dan lainnya. Dalam dua kasus tersebut, CCS menyebutkan bahwa segala bentuk bukti, yang terkecil sekalipun, termasuk pula bukti yang sepenuhnya bersifat *indirect evidence*, tergantung dengan konteks dan keadaannya, adalah cukup untuk memenuhi standar pembuktian.¹³²

¹²⁸ <http://app.ccs.gov.sg/MergersThatSubstantiallyLessenCompetition.aspx>, (“Mergers That Substantially Lessen Competition”).

¹²⁹ Cavinder Bull, Lim Chong Kin and Richard Whish, *op. cit.*, hal. 758.

¹³⁰ *Ibid.*, hal. 760.

¹³¹ Drew & Napier LLC, *Quarterly Update: Competition Law*, Singapore: Drew & Napier LLC, 2008, hal. 7

¹³² ICLG, *op. cit.*, hal. 152, Kalimat asli kutipan putusan tersebut adalah “*given the hidden and secret nature of cartels where little or nothing may be committed in writing, even a single item of evidence, or wholly circumstantial evidence, depending on the particular context and the particular circumstances, may be sufficient to meet the required standard*”.

Di Singapura, penggunaan bukti dalam usaha pembuktian pelanggaran hukum persaingan usaha perlu mengacu pada Evidence Act 1997 Chapter 97. Dalam bagian *Relevancy of Facts*, pasal 5-7, dijelaskan bahwa segala fakta yang dapat membuktikan keberadaan atau ketiadaan suatu fakta lain yang relevan dengan kasus yang disidangkan dapat dihadirkan dalam pengadilan. Lebih lanjut, fakta-fakta yang sekalipun bukan merupakan inti dari permasalahan, namun sangat terkait dengan, dan dapat dibuktikan relevansinya dengan perihal yang tengah disidangkan dapat dibawa sebagai bukti yang *admissible*. Fakta-fakta tersebut juga termasuk segala fakta yang merupakan asal-usul, sebab atau akibat dari perihal yang disidangkan.

Penasehat hukum persaingan usaha Singapura, Kalla Anandarajah dari kantor hukum Rajah & Tann LLP., menjelaskan bahwa *indirect evidence* telah dipakai dalam usaha pembuktian pelanggaran hukum persaingan usaha di Singapura, akan tetapi penggunaannya bukan tanpa halangan, dalam artian walaupun *indirect evidence* telah digunakan, namun keabsahannya tetap diperdebatkan.¹³³

3.3. Penggunaan *Indirect Evidence* dalam Pembuktian Dugaan Kartel di Indonesia

3.3.1. Contoh Penggunaan *Indirect Evidence* oleh KPPU

Indirect evidence sudah mulai digunakan KPPU dalam upaya membuktikan pelanggaran Undang-Undang Persaingan Usaha, terutama dalam membuktikan perjanjian, dan biasanya menuju kepada pelanggaran kartel. Berikut beberapa kasus di mana KPPU menggunakan *indirect evidence*:

1. Kartel Minyak Goreng

KPPU mengajukan dugaan pelanggaran pasal 4, 5, dan 11 Undang-Undang Persaingan Usaha terhadap 21 pelaku usaha bidang minyak goreng kelapa sawit. Dalam kasus ini, KPPU menghadirkan bukti adanya kartel dengan mengacu kepada kedudukan para pelaku

¹³³ Wawancara dengan Kalla Anandarajah, 16 Juli 2011.

usaha dalam pasar, di mana posisi para market leader (PT Salim Ivomas Pratama, Wilmar Group, PT Smart, Tbk dan PT Bina Karya Prima) sama kuatnya.¹³⁴ Secara umum, pada dasarnya KPPU mengacu kepada indikator-indikator kartel dalam upayanya membuktikan terjadinya kartel minyak goreng oleh para pelaku usaha.¹³⁵ Berikut beberapa analisis indikator yang digunakan KPPU:

- a. Tidak terdapat perbedaan produksi yang terlalu signifikan antar para pelaku usaha sehingga sangat memudahkan terjadinya kartel;
- b. Adanya hambatan masuk pasar yang sangat tinggi; dan
- c. Perilaku para pengusaha minyak goreng yang selalu mendasarkan harganya atas harga CPO dunia memungkinkan adanya komunikasi yang sangat transparan dalam menetapkan harga. Bahwa pergerakan harga CPO dan fluktuasi harga minyak goreng yang ada di pasar digunakan oleh para perusahaan baik yang memiliki posisi market leader maupun follower sebagai sinyal harga (*price signaling*).

Lebih lanjut KPPU menyatakan adanya *price parallelism* karena adanya perubahan variasi harga minyak goreng curah dan kemasan antar para pelaku usaha yang sejajar.¹³⁶ Dalam pembelaannya, Terlapor menyatakan bahwa meskipun ada paralelisme harga, tetap tidak adanya bukti bahwa kartel telah terbentuk; bahwa *price parallelism* bukanlah suatu kepastian adanya kartel.¹³⁷ Majelis setuju dengan pendapat ini, dan dengan demikian menganggap perlunya

¹³⁴ KPPU, *Putusan KPPU No. 24/KPPU-I/2009 tentang Kartel Minyak Goreng*, hal. 37

¹³⁵ *Ibid.*, hal. 33-39

¹³⁶ *Ibid.*, hal. 39-41.

¹³⁷ *Ibid.*, hal. 55.

melihat *indirect evidence*.¹³⁸ Dalam hal ini, *indirect evidence* yang dihadirkan KPPU adalah:

- a. Bukti komunikasi, bahwa adanya pertemuan antar para pelaku usaha yang membicarakan perihal harga, kapasitas produksi, dan struktur biaya produksi. *Facilitating practices* yang dilakukan melalui *price signaling* dalam kegiatan promosi dalam waktu yang tidak bersamaan serta pertemuan-pertemuan atau komunikasi antar pesaing melalui asosiasi; dan
- b. Bukti ekonomi, di mana terdapat dua tipe bukti ekonomi yaitu bukti yang terkait dengan struktur dan perilaku. Secara struktur, industri minyak goreng curah dan kemasan memiliki struktur pasar yang terkonsentrasi pada beberapa pelaku usaha. Secara perilaku, adanya *price parallelism*.¹³⁹

Pada akhirnya Majelis memutuskan bahwa telah terjadi kartel antar para pelaku usaha minyak goreng.

2. Kartel Semen

KPPU menuduhkan adanya pelanggaran terhadap pasal 5 dan 11 Undang-Undang Persaingan Usaha tentang penetapan harga dan kartel kepada 8 pelaku usaha di bidang semen. Tuduhan ini didasarkan atas adanya suatu organisasi, Asosiasi Semen Indonesia (ASI) yang ditenggarai KPPU menjadi forum bertukar informasi dan mengkoordinir kegiatan distribusi dan pemasaran anggotanya, yang didukung dengan adanya fluktuasi harga yang dianggap KPPU sebagai suatu bentuk *price parallelism*.¹⁴⁰

¹³⁸ *Ibid.*, hal. 57.

¹³⁹ *Ibid.*, hal. 57-58.

¹⁴⁰ KPPU, *Putusan KPPU tentang No. 01/KPPU-I/2010 tentang Penetapan Harga dan Kartel Dalam Industri Semen.*, hal. 52.

Dalam usaha pembuktiannya, KPPU menghadirkan bukti berupa *price parallelism* harga semen kedelapan terlapor.¹⁴¹ KPPU berpendapat bahwa seharusnya harga jual semen tiap pelaku usaha berbeda-beda. Dalam usaha pembuktiannya, KPPU menggunakan *indirect evidence*, baik dalam bentuk *communication evidence* maupun *economic evidence*. *Communication evidence* yang ditunjukkan KPPU adalah fakta bahwa kedelapan pelaku usaha tersebut merupakan anggota ASI, dan sering mengadakan pertemuan bersama secara teratur.¹⁴² Adapun *economic evidence* yang dihadirkan berupa grafik pola perubahan harga kedelapan pelaku usaha, yang menurut KPPU menunjukkan adanya koordinasi dalam menentukan harga.¹⁴³

Para Terlapor dalam pembelaannya membantah kedua bukti yang dihadirkan oleh KPPU. Menurut mereka, ASI adalah organisasi yang dibentuk karena adanya mandat dari Undang-Undang Perindustrian No. 5 Tahun 1984 yang mengharuskan industri semen memiliki suatu wadah organisasi untuk memberikan laporan secara berkala yang kemudian diserahkan kepada negara. Ketua ASI, Ir. Urip Trimurjono sendiri menjelaskan bahwa dalam pertemuan ASI, tidak dibahas mengenai strategi interen masing-masing perusahaan karena merupakan rahasia perusahaan.¹⁴⁴ Selanjutnya, perihal harga yang mengalami fluktuasi, para pelaku usaha menerangkan bahwa sesungguhnya tidak ada paralelisme harga, karena banyak terdapat potongan-potongan atau titik temu dalam grafik yang dihadirkan KPPU. Lebih lanjut, para pelaku usaha menekankan bahwa kedua bukti tersebut merupakan bukti tidak langsung, yang tidak diakui dalam hukum pembuktian Indonesia, dan dengan demikian tidak dapat diterima. PT Indocement Tunggul Prakarsa, Tbk. bahkan menjelaskan

¹⁴¹ *Ibid.*, hal. 58-84.

¹⁴² *Ibid.*, hal. 53-55.

¹⁴³ *Ibid.*, hal. 58-84.

¹⁴⁴ *Ibid.*, hal. 231.

bahwa bukti-bukti yang dihadirkan KPPU bersifat ambigu dan tidak memberikan kebenaran yang jelas dan pasti sama sekali.¹⁴⁵ Selain itu, terkait dengan unsur pasal yang dituduhkan KPPU, para terlapor juga membuktikan adanya kesalahan KPPU dalam menentukan pangsa pasar, serta tiadanya persaingan tidak sehat yang ditimbulkan.

Pada pertimbangan dan putusannya, Majelis berpendapat indikasi ada tidaknya kartel dan penetapan harga sekurang-kurangnya harus memenuhi kriteria: (1) harga yang paralel dan eksekutif, (2) pengaturan produksi dan pemasaran; dan (3) keuntungan yang eksekutif.¹⁴⁶ Pada akhirnya Majelis menilai (1) ada harga yang paralel, tapi tidak eksekutif; (2) tidak ada pengaturan produksi maupun pemasaran; dan (3) tidak ada keuntungan eksekutif. Dengan demikian tidak dapat dikatakan adanya kartel.¹⁴⁷ Mengenai perjanjian, Majelis beranggapan bahwa walaupun tidak ada bukti perjanjian, alat bukti surat undangan rapat, daftar hadir dan notulensi rapat ASI merupakan alat bukti yang sah untuk membuktikan adanya perjanjian di antara para Terlapor untuk mengatur harga dan pasokan.¹⁴⁸ Pada putusannya, Majelis memutuskan para pelaku usaha tidak terbukti melakukan kartel.¹⁴⁹

3. Kartel Amlodipine

Dalam kasus ini, KPPU menuduh PT. Pfizer Inc dan afiliasinya bersama dengan PT. Dexa Medica telah melanggar pasal 4, 11, 16, dan 25(1) tentang perjanjian penetapan harga, kartel, perjanjian dengan pihak luar negeri, dan penyalahgunaan posisi dominan. Untuk

¹⁴⁵ *Ibid.*, hal. 97.

¹⁴⁶ *Ibid.*, hal. 407.

¹⁴⁷ *Ibid.*, hal. 414.

¹⁴⁸ *Ibid.*, hal. 419

¹⁴⁹ *Ibid.*, hal. 425.

membuktikan tuduhan kartel, KPPU mengacu kepada *indirect evidence* berupa paralelisme harga antara obat Norvask (produk PT. Pfizer Indonesia) dan Tensivask (produk PT. Dexa Medica) tanpa mampu menghadirkan satupun *direct evidence* mengenai adanya pertemuan ataupun perjanjian antar para pelaku usaha. KPPU menyuguhkan data perubahan harga kedua obat yang menurut KPPU sejajar dalam kenaikan dan penurunannya.¹⁵⁰

Pihak PT. Pfizer Indonesia dan PT. Dexa Medica dalam pembelaannya menyatakan bahwa tidak ada bukti sama sekali bahwa kedua pelaku usaha membuat perjanjian penetapan harga kedua obat di pasar, dan sebaliknya, kenaikan harga yang dilakukan oleh kedua perusahaan pada waktu yang hampir bersamaan adalah suatu bentuk respon atas harga bahan baku yang naik.¹⁵¹ Lebih lanjut mereka juga mengajukan bahwa tidak ada parallel pricing antara kedua perusahaan.¹⁵²

Namun dalam putusannya, Majelis berpendapat bahwa bukti yang dihadirkan KPPU sudah cukup kuat dan dengan demikian memutuskan bahwa PT. Pfizer Inc. dan afiliasinya serta PT. Dexa Medica terbukti melanggar segala tuduhan yang dijatuhkan KPPU dan memberikan denda yang harus mereka bayarkan.

Dalam ketiga kasus tersebut, KPPU melakukan banyak sekali referensi kepada OECD Policy Brief, di mana secara spesifik KPPU mencomot dan menjadikan dasar beberapa putusan asing, seperti dari Brazil dalam kasus kartel minyak goreng. Dalam kasus itu KPPU mengacu kepada kasus Steel Cartel dan Sao Paulo Airlines.¹⁵³ Hal ini juga dilakukan dalam kasus kartel lainnya, seperti

¹⁵⁰ KPPU, *Putusan KPPU No. 17/KPPU-I/2010 tentang Industri Farmasi Kelas Terapi Amlodipine*, hal. 28-29, 78-81.

¹⁵¹ *Ibid.*, hal. 96-104.

¹⁵² *Ibid.*, hal. 170.

¹⁵³ KPPU, *Putusan KPPU No. 24/KPPU-I/2009 tentang Kartel Minyak Goreng, op. cit.*, hal. 58-59,

dalam kasus kartel semen dalam Putusan KPPU No. 01/KPPU-I/2010 yang melibatkan delapan perusahaan semen dalam negeri, termasuk PT. Indocement Tungal Prakarsa Tbk. dan PT. Holcim Indonesia, Tbk..

3.3.2. Penggunaan *Indirect Evidence* dan Validitasnya dalam Perkara Persaingan Usaha di Indonesia

Secara garis besar, tidak ada hukum acara di Indonesia yang secara jelas menuliskan diperbolehkannya *indirect evidence* digunakan dalam usaha pembuktian suatu kasus. *Indirect evidence* merupakan suatu sistem baru dalam sistem pembuktian Indonesia, dan KPPU sedang dalam mempelajari dan menerapkannya. Hal ini jelas terlihat dalam perilaku KPPU di mana KPPU selalu mengacu kepada praktek di luar negeri tentang penggunaan *indirect evidence* oleh pihak-pihak yang berwenang. Sesungguhnya, penggunaan *indirect evidence* di negara-negara tersebut masih penuh kontroversi. Sekalipun telah digunakan di beberapa negara dalam berbagai kasus persaingan usaha, penggunaannya masih saja diperdebatkan. Hal ini dikarenakan dua hal;

1. Tidak ada hukum yang menjadi dasar penggunaannya; dan
2. Kekuatan pembuktiannya yang tidak absolut, terlebih apabila tidak ada *direct evidence* sama sekali.

Dalam usaha pembuktiannya, KPPU telah mempergunakan *indirect evidence* sebagai alat bukti dengan mempergunakan yang disebut dengan uji statistik. Dari segi hukum tentu menjadi pertanyaan apakah *indirect evidence* dapat menggantikan *direct evidence* dan apabila memang diperkenankan dalam sistem hukum Indonesia, *indirect evidence* yang bagaimana yang dapat dipergunakan karena logika penegakan hukum berakar pada logika silogisme dimana fakta pada peristiwa konkrit merupakan premis minor yang harus terjamin validitasnya, dengan kata lain tidak boleh diasumsikan, tetapi harus merupakan fakta pada peristiwa konkrit.

3.3.2.1. Permasalahan dalam Penggunaan *Indirect Evidence* oleh KPPU

Ketergantungan KPPU yang begitu besar dalam membuktikan pelanggaran Undang-Undang Persaingan Usaha tanpa berhasil sedikitpun menghadirkan *direct evidence* telah menuai berbagai kontroversi dan protes dari lingkungan hukum Indonesia. Ahli Ekonomi Persaingan Usaha, Prof. Dr. Ine S. Ruky, M.Sc mengungkapkan, putusan KPPU sangat gegabah karena menjadikan data statistik sebagai *indirect evidence* dalam kasus fuel surcharge.¹⁵⁴ Merujuk pada pendapat M. Yahya Harahap, SH, penggunaan *indirect evidence* atau *circumstantial evidence* yang tidak didukung dengan adanya alat bukti lain akan cenderung membuat “putusan itu lebih dekat kepada sifat penerapan hukum secara sewenang-wenang, karena putusan tersebut didominasi oleh penilaian subyektif yang berlebihan”.¹⁵⁵

Indirect evidence untuk membuktikan adanya suatu perjanjian lisan dapat dilakukan dalam perspektif ekonomi, akan tetapi klasifikasi alat bukti tetap harus mengacu pada Undang-Undang (Pasal 42 UU No. 5/1999). Syarat penggunaan *indirect evidence* adalah terdapatnya kesesuaian antara bukti-bukti yang disebut. Kesesuaian antara bukti-bukti tersebut membentuk hanya satu alat bukti yaitu menjadi bukti petunjuk. Bukti-bukti dalam *indirect evidence* harus menunjukkan kesesuaian sehingga membentuk suatu petunjuk terdapatnya suatu perjanjian tidak tertulis. Dalam hal ini seluruh faktor yang ditemukan wajib diaplikasikan melalui metodologi yang teruji baik secara ilmiah dan konsisten sehingga kesimpulannya dapat dipertanggung jawabkan. Lebih jauh, bukti-bukti tidak langsung tersebut hanya dapat digunakan dengan persyaratan yang sangat ketat. Dalam perkara

¹⁵⁴ Doni Ismanto, *Banding Putusan Fuel Surcharge Upaya Meluruskan Masalah*, 1 Juli 2010, <http://doniismanto.wordpress.com/2010/07/01/020710-banding-putusan-fuel-surcharge-upaya-meluruskan-masalah/>.

¹⁵⁵ Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP: Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali*, Jakarta: Sinar Grafika, 1985, hal. 291.

Pfizer, para ahli berpendapat terdapat banyak ketidak sempurnaan pembuktian yang dilakukan KPPU khususnya pembuktian tentang aspek ekonomi.¹⁵⁶

Prof. Hikmahanto Juwana, SH., LL.M, Ph.D menekankan bahwa alat bukti berupa petunjuk bukan atau tidak sama dengan *indirect evidence*. Jika dipaksakan tentu tidak sesuai dengan *due process of law*. Tidak sahnya penggunaan *indirect evidence* dalam memutus perkara Pfizer ini juga merujuk pada putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Dalam Kasus Minyak Goreng.¹⁵⁷ Sementara Ahli hukum persaingan Prof. Dr. Ningrum Natasya, S.H.M.li mengingatkan bahwa Pasal 64 (1) juncto 42 secara eksplisit mempersyaratkan bahwa dalam menilai terjadi atau tidaknya pelanggaran, Majelis Komisi menggunakan alat-alat bukti Keterangan Saksi, Keterangan Ahli, Surat dan/atau dokumen, Petunjuk, Keterangan Terlapor. Bila *indirect evidence* digunakan, maka kedudukannya hanyalah sebagai pendukung atau penguat salah satu alat bukti di atas.¹⁵⁸

Dari sudut pandang analisis ekonomi, hasil analisis statistik yang dijadikan *indirect evidence* hanya merupakan “alat” untuk mendukung pembuktian, dan bukan merupakan ‘alat bukti’ itu sendiri. Secara teknis, setiap pilihan model statistik, di belakangnya juga ada asumsi yang harus dipenuhi. Secara hukum, analisis statistik ini adalah bukti petunjuk dan karenanya harus didukung oleh bukti lain (sedikitnya dua alat bukti). Uji statistik harus dipergunakan dengan menggunakan data yang valid dan akurat. Data yang akurat adalah fakta yang dapat dipertimbangkan dan dicernakan oleh hukum karena akan berujung pada putusan hukum. Hal inilah yang menimbulkan pertanyaan perihal bagaimana

¹⁵⁶ Yahya Harahap, *op. cit.*, hal. 291.

¹⁵⁷ Indopos, 2010, *Membedah Tuduhan Kartel ala KPPU kepada Pfizer-Dexa*, <http://www.indopos.co.id/index.php/component/content/article/61-business-news/12298-membedah-tuduhan-kartel-ala-kppu-kepada-pfizer-dexa.html>.

¹⁵⁸ Arindra A. Zainal, Andi Fahmi Lubis, Pande Radja Silalahi dan Hilda Fachrizah, *op. cit.*, hal. 21.

KPPU dapat memutus ketika data yang diperoleh tidak utuh dan valid.¹⁵⁹ dalam hukum persaingan usaha, analisa ekonomi membutuhkan fakta yang tepat, dan analisis empiris atas fakta tersebut.¹⁶⁰

Analisis hukum dan ekonomi berpendapat bahwa pembuktian adanya “kartel harga” tidak cukup dengan hanya melakukan “uji *homogeneity of variance*” dengan berbagai pendekatan (Bartlett dan Levene) serta melakukan “*cointegration test*”.¹⁶¹ Penggunaan dari bukti ekonomi sebagai pendukung Alat Bukti sesuai dengan Pasal 42 UU No. 5/1999 setidaknya haruslah memenuhi beberapa persyaratan, yaitu:

1. Data yang dipergunakan harus valid dan sah;
2. Menerapkan metodologi yang teruji sesuai dengan kaidah ilmu pengetahuan; dan
3. Diterapkan secara konsisten dalam kasus.¹⁶²

Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait, SH, Mli mengingatkan bahwa menurut Perkom 1/2010, Perkom 1/2006, dan Undang-Undang Persaingan Usaha, *indirect evidence* boleh digunakan, dan hal tersebut juga dilakukan komisi persaingan usaha di berbagai negara, dan Indonesia sedang berada dalam tahap mempelajari dan mengikuti. Beliau tidak mempermasalahkan penggunaan *indirect evidence* oleh KPPU, namun mewanti-wanti bahwa *indirect evidence* bagaimanapun juga bukan merupakan bukti langsung, melainkan hanya suatu variabel yang dianggap untuk mendukung *direct evidence*, sehingga penggunaannya harus ‘sangat ekstra hati-hati’ dan bertanggungjawab. Dengan demikian, jika teruji metodologinya,

¹⁵⁹ Arindra A. Zainal, Andi Fahmi Lubis, Pande Radja Silalahi dan Hilda Fachrizah, *op. cit.*, hal. 27-28.

¹⁶⁰ P. Florian & M. Walker, *The Correct Approach to the Use of Empirical Analysis in Competition Policy*, ECLR, 2005, hal. 320.

¹⁶¹ Arindra A. Zainal, Andi Fahmi Lubis, Pande Radja Silalahi dan Hilda Fachrizah, *op. cit.*, hal. 29.

¹⁶² *Ibid.*, hal. 28.

indirect evidence harus masuk dalam bukti petunjuk, yang tidak memiliki kekuatan pembuktian sekuat bukti langsung sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Persaingan Usaha dan Perkom 1/2010. Bagaimanapun, *indirect evidence* tidak dapat dijadikan satu-satunya dasar untuk memutus, dan permasalahan terjadi karena, sebagaimana dalam kasus kartel minyak goreng, fuel surcharge, dan Pfizer, *indirect evidence* yang dihadirkan KPPU kemudian menjadi dasar untuk memutus perkara.¹⁶³

Hal ini ditegaskan kembali oleh Dr. Ir. Sutrisno Iwantono, M.A dalam acara yang sama. Dalam diskusi beliau dengan William Kovacic, mantan presiden Federal Trade Commission Amerika Serikat, penggunaan *indirect evidence* harus lengkap, tidak boleh apabila hanya ada satu, dan harus tetap ada *direct evidence*. Penggunaan *indirect evidence* mungkin dilakukan, tetapi hanya untuk kasus-kasus ringan yang tidak melibatkan hukuman penalti, tetapi hanya permintaan perubahan perilaku saja.¹⁶⁴ Dr. Ine Ruky, M.Sc memaparkan bahwa seharusnya *indirect evidence* diterima oleh pengadilan hanya apabila metodologi, pendekatan, dan datanya telah benar. Dalam metodologi itu sendiri ada *degree of error* yang bisa ditolerir, jadi sangat penting untuk memilih metode yang tepat, data yang tepat, dan dibuktikan dengan *degree of error* yang rendah.¹⁶⁵

Bahkan, penggunaan OECD Policy Brief oleh KPPU juga dipertanyakan oleh Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M., Ph.D. beliau tidak setuju bahwa sistem *indirect evidence* yang diterapkan negara-negara anggota OECD dan dituangkan dalam OECD Policy Brief diambil begitu saja untuk Indonesia. Dari segi hukum nasional Indonesia, hukum asing atau konvensi internasional yang

¹⁶³ Arindra A. Zainal, Andi Fahmi Lubis, Pande Radja Silalahi dan Hilda Fachrizah, *op. cit.*, hal. 65-66.

¹⁶⁴ *Ibid.*, hal. 69-70.

¹⁶⁵ *Ibid.*, hal. 83.

belum diratifikasi dan dijadikan hukum nasional di negara Indonesia, bukanlah bagian dari hukum Indonesia, sehingga hukum itu tidak berlaku.¹⁶⁶

3.3.2.2. Dasar KPPU dalam Menggunakan *Indirect Evidence*

KPPU sendiri mengakui bahwa *price parallelism* dapat terjadi karena berbagai faktor, seperti persaingan dalam pasar yang kompetitif. Dengan kata lain, *parallel price* atau *uniform price* atau persamaan harga tidak serta-merta membuktikan adanya kesepakatan kartel diantara pelaku usaha pesaing. Indikasi-indikasi ekonomi seperti itulah yang sering disebut sebagai *indirect evidence* atau bukti tidak langsung.¹⁶⁷ Namun KPPU juga memiliki teori bahwa dalam hukum persaingan usaha, terdapat dua jenis alat bukti yang dapat diinvestigasi, yaitu:

1. Bukti langsung, atau *direct evidence*

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.

2. Bukti tidak langsung, atau *indirect evidence*

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 bukti komunikasi antar pesaing dan bukti perjalanan menuju suatu tempat yang sama antar

¹⁶⁶ KPPU, *Putusan KPPU No. 01/KPPU-I/201 tentang Penetapan Harga dan Kartel Dalam Industri Semen*, hal. 159-162.

¹⁶⁷ <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, (“Sulitnya Membuktikan Praktik Kartel”).

pesaing. Selain itu, notulen rapat yang menunjukkan pembicaraan mengenai harga, permintaan atau kapasitas terpasang.

Untuk bukti ekonomi, contohnya antara lain perilaku pelaku usaha di dalam pasar atau industri secara keseluruhan, dan bukti perilaku yang memfasilitasi kartel seperti pertukaran informasi dan adanya signal harga.¹⁶⁸

Adapun sesungguhnya KPPU telah memiliki pedoman penggunaan bukti, yaitu pasal 42 Undang-Undang Persaingan Usaha dan pasal 72(1) Perkom 1/2010. Kedua aturan tersebut menyatakan bahwa hanya ada lima bukti yang diakui dan dapat digunakan dalam kasus yang dihadirkan di hadapan Majelis, yaitu:

1. Keterangan saksi;
2. Keterangan ahli;
3. Surat dan atau dokumen;
4. Petunjuk; dan
5. Keterangan pelaku usaha.¹⁶⁹

Dengan adanya ketentuan perundang-undangan yang 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, maka, apabila *indirect evidence* hendak digunakan, kedudukannya hanyalah sebagai pendukung atau penguat dari salah satu alat bukti yang dimaksud. Di samping itu, dalam menggunakan *indirect evidence* harus terdapat kesesuaian fakta secara utuh yang diperoleh melalui metodologi keilmuan.

KPPU berpendapat bahwa *indirect evidence* dapat digunakan sebagai alat bukti karena Pasal 64 (1) Perkom No. 1/2006 juncto Pasal 42 UU No. 5/1999

¹⁶⁸ <http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>, (“Sulitnya Membuktikan Praktik Kartel”).

¹⁶⁹ Dalam Perkom 1/2010, “keterangan pelaku usaha” diganti menjadi “keterangan terlapor”.

tidak melarangnya. Lebih lanjut, KPPU kerap menjadikan OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement sebagai dasar untuk menggunakan *indirect evidence*. Adapun dalam *policy brief* yang sama, disebutkan pula bahwa penggunaan *indirect evidence* sangat sulit diartikan, cenderung ambigu, dan dapat mengacu ke arah yang bertentangan dengan keadaan yang sebenarnya. Selanjutnya *policy brief* tersebut juga memperingatkan bahwa yang benar adalah *indirect evidence* saja tidaklah cukup, tetapi keseluruhan kejadian yang ada harus dilihat secara kumulatif untuk dapat memperoleh gambaran yang besar.¹⁷⁰ Terkait tindakan paralel, OECD menyatakan bahwa hal itu barulah dapat disimpulkan sebagai suatu tindakan kartel apabila ada bukti lain yang valid, dan tindakan paralel tersebut hanyalah menjadi suatu komplementer atas bukti yang lebih valid tersebut.¹⁷¹ Hal ini didukung oleh pendapat para ahli dalam Seminar dan Kajian Akademis atas Putusan Perkara No. 17/KPPU-I/2010, yang menyatakan bahwa indikator ekonomi hanya merupakan indikasi awal dan bukanlah merupakan alat bukti yang sempurna.

¹⁷⁰ OECD, *Policy Brief: Prosecuting Cartels without Direct evidence of Agreement*, Edisi Juni 2007, hal. 1.

¹⁷¹ OECD, *Policy Brief, op. cit.*, hal. 3.

BAB 4

PENUTUP

4.1. Kesimpulan

Kartel dilihat sebagai suatu perjanjian antar dua atau lebih pelaku usaha yang dapat membahayakan iklim persaingan usaha. Perjanjian tersebut bersifat membatasi, namun saling ‘menyelamatkan’, atau bahkan menguntungkan setiap peserta kartel yang dimaksud. Undang-undang Persaingan Usaha mengatur bahwa pendekatan pembuktian kartel adalah *rules of reason*, sehingga perlu dibuktikan secara jelas (1) adanya perjanjian untuk mempengaruhi harga, produksi, atau pemasaran suatu barang; (2) siapa saja yang membuat perjanjian tersebut; dan (3) apakah perjanjian tersebut mengakibatkan praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Masalah kemudian muncul pada unsur pertama, yaitu membuktikan benar adanya suatu perjanjian antara beberapa pelaku usaha, yang berakibat pada penentuan siapa saja yang masuk dalam perjanjian tersebut. Masalahnya, sifat perjanjian yang tidak membutuhkan bentuk tertulis itu kemudian menyulitkan pembuktian eksistensi dari perikatan itu sendiri. Karena hukum perjanjian Indonesia (KUHPer) tidak mengisyaratkan perlunya bentuk tertulis dari suatu perjanjian, maka menjadi perlu untuk mengambil segala bukti yang dapat memberikan indikasi atau petunjuk adanya perjanjian tersebut. Apabila tidak dapat secara pasti dibuktikan eksistensi dari perjanjian itu sendiri, maka menjadi sulit untuk menentukan siapa saja yang turut serta dan terikat dalam perjanjian yang dimaksud. Karena bisa saja struktur pasar menjadi sulit karena satu dan lain hal, yang bukan merupakan akibat dari pelaku usaha yang dituduh. Hal ini dapat meniadakan jaminan kepastian hukum, karena KPPU dapat menghukum pelaku usaha yang sebenarnya tidak bersalah.

Di Amerika, walaupun mulanya *indirect evidence* dapat digunakan secara luas, hal ini telah dihentikan, dan diganti dengan konsep “price parallelism plus”,

karena adanya kesadaran bahwa *indirect evidence* bersifat sangat ambigu dan dapat membawa kepada kesimpulan bahwa suatu pasar sangatlah kompetitif. Kini, kasus yang didasarkan pada *indirect evidence* saja tidak akan diterima oleh pengadilan Amerika, dan pengadilan hanya memutus kasus-kasus persaingan usaha yang memiliki bukti yang kuat, yang tidak hanya berupa *indirect evidence*. Demikian pula, otoritas persaingan usaha Brazil sudah berhenti memutus perkara yang hanya dilandaskan atas *indirect evidence*, dengan mengadopsi sistem “price parallelism plus”.

Sesungguhnya *indirect evidence* bukannya dapat digunakan seluas-luasnya tanpa perlu menghadirkan *direct evidence* ke pengadilan. Bukti-bukti ekonomi lebih tepat dilihat sebagai suatu bukti tambahan yang bersifat melengkapi, daripada dipandang sebagai bukti yang konklusif. Menarik kesimpulan atas suatu tindakan kolusif yang melanggar hukum tidak boleh didasarkan pada hal yang bersifat ambigu dan tidak pasti, seperti data pasar. Pendekatan yang masuk akal adalah dengan menggunakan bukti langsung sebagai dasar pembuktian suatu kolusi.¹⁷²

Atas dasar itu, tidak seharusnya KPPU mendasarkan putusannya hanya dari *indirect evidence* saja, tetapi harus menggunakan bukti langsung yang dapat secara keseluruhan diterima dan diakui sebagai alat bukti yang sah dalam hukum acara Indonesia. Bahkan KPPU telah menyusun draft pedoman kartel/pelanggaran Pasal 11 UU No. 5/1999 yang menyebutkan bahwa indikator-indikator ekonomi hanyalah petunjuk awal yang mendorong terjadinya kartel. Untuk itu, diperlukan pembuktian lebih lanjut dalam bentuk bukti langsung yang menunjukkan benar-benar telah terjadi kesepakatan kartel.

4.2. Saran

Melihat kontroversi yang ditimbulkan KPPU dan Majelis Komisi karena ketergantungannya yang sangat besar terhadap *indirect evidence*, saran yang dirasa tepat untuk hal ini adalah:

¹⁷² M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, New York: Cambridge University Press, 2004, hal. 189.

1. Menggunakan *indirect evidence* sebagai penunjang *direct evidence*

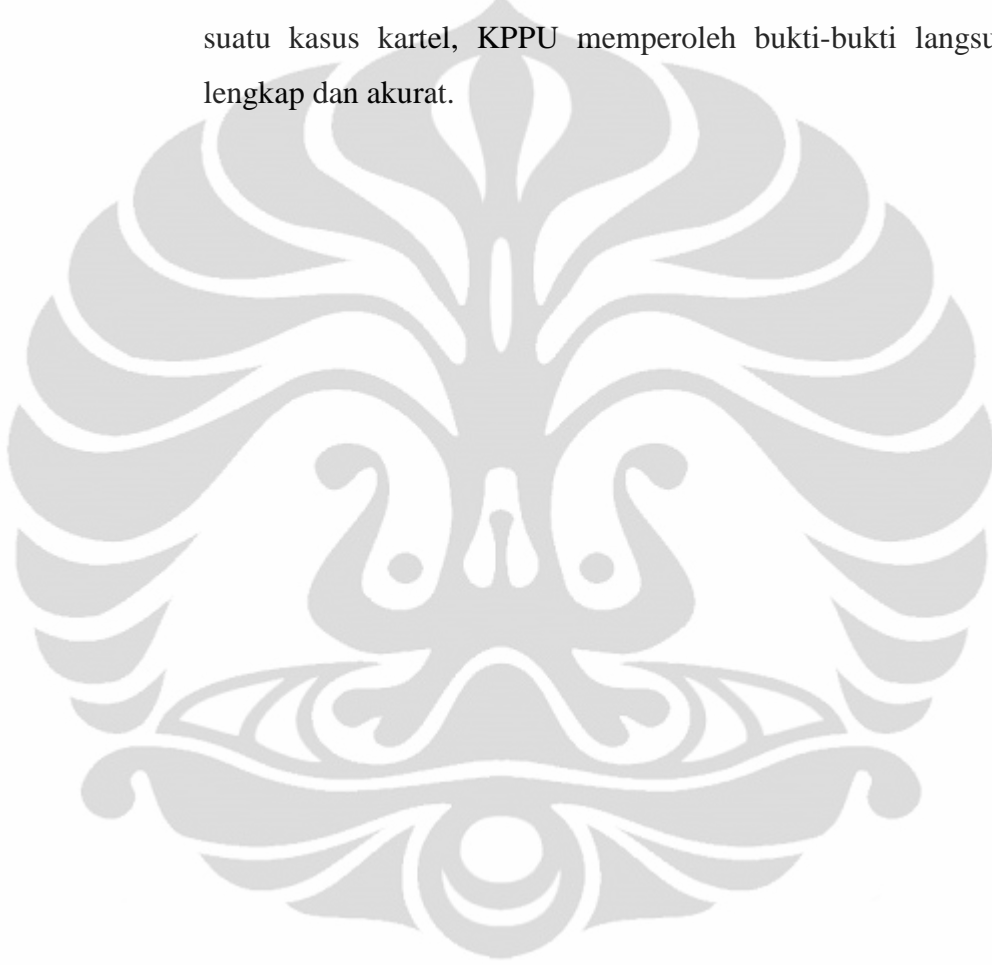
Sebagaimana diterapkan dengan bijaksana di negara-negara lain, *indirect evidence* sendiri tidak cukup dijadikan bahan pembuktian adanya perjanjian. Kesamaan harga antar beberapa pelaku usaha pesaing disadari dapat merupakan indikator pasar yang sehat di mana tingkat kompetisi sangatlah tinggi. Tidak sedikitpun pengadilan di luar negeri hendak membuat asumsi bahwa kemiripan harga tersebut adalah langkah busuk para pelaku usaha dalam pasar. Sebagaimana diutarakan oleh Yahya Harahap juga, tindakan tersebut selain asuntif juga merupakan subjektifisme yang tinggi oleh Majelis Komisi terhadap suatu kasus. Tentunya hal ini dapat dihindarkan jika *indirect evidence* didukung, atau mendukung bukti langsung yang lebih akurat dan tidak bersifat ambigu.

Di Indonesia sendiri, kontroversi terjadi karena KPPU berani hanya menghadirkan *indirect evidence* sebagai bahan bukti, dan Majelis Komisi sama beraninya untuk memutus hanya berdasarkan bukti tersebut. Dengan menghadirkan bukti langsung yang masuk akal, tentunya putusan yang dijatuhkan akan lebih valid dan dapat diterima secara hukum dan logis. Jika hendak belajar dari negara lain, hendaknya KPPU tidak hanya mencatat kasus-kasus yang mendukung saja, tetapi juga mempelajari keseluruhan sistem persaingan usaha di negara yang hendak dijadikan contoh. Itulah inti dari mencontoh, mengetahui luar dalam seluk-beluk suatu sistem, dan bukannya memakan mentah-mentah apa yang ada dalam OECD Policy Brief saja.

2. Menerapkan *leniency program*

Kesepakatan yang tertulis saja belum tentu dapat ditemukan, apalagi kesepakatan yang tidak tertulis. Memang sulit membuktikan adanya suatu perjanjian antara pelaku usaha yang hendak atau telah melakukan kartel. Jika menghadirkan bukti langsung memang sulit,

maka KPPU dapat mengambil *approach* lain. Bukan dengan tidak menghadirkan bukti langsung sama sekali, dan dengan nyamannya hanya menghadirkan *indirect evidence*, melainkan dengan melakukan tindakan yang lebih bermanfaat seperti mencari jalan keluar lain. Dalam hal ini, yang menjadi saran saya adalah menerapkan leniency program. Diharapkan dengan menjadi narasumber dan saksi dalam suatu kasus kartel, KPPU memperoleh bukti-bukti langsung yang lengkap dan akurat.



DAFTAR PUSTAKA

BUKU & PUBLIKASI

- Agosin, Manuel R. dan Ricardo Meier. *Foreign Investment in Developing Countries; Does it Crowd in Domestic Investment?*. Santiago: University of Chile – Department of Economics. 2000.
- Allen, Christopher. *Evidence* (9th edition). England: Routledge. 2011.
- Alfonzo, José Miguel Azpúrua. *A Global Perspective on Vertical Distribution Restraints and Other Unfair Competition Practices: The Carbonated Soft Drink Industry*. US: New York University School of Law. 2005.
- Araujo, Mariana Tavares de dan Ana Paula Martinez. *Brazil's Anti-Cartel Enforcement: Preparing for the Future*. São Paulo: Levy & Salomão Advogados. 2011.
- Areeda, VI Philip E. dan Hervert Hovenkamp. *Antitrust Law 240* (2nd edition). 2003.
- Bohra, Mutzura. *Research Paper on the Increasing Role of Economic Evidence in Prosecution of Cartels*. Bhopa: National Law Institute University. 2011.
- Bull, Cavinder dan Lim Chong Kin dan Richard Whish. *Book Review of Competition Law and Policy in Singapore*. Singapore: Singapore Management University Academy Publishing. 2009.
- Coloma, Germán. *Prácticas Horizontales Concertadas y Defensa de la Competencia*, 2000.
- Departemen Pendidikan Nasional. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Edisi Ketiga. Jakarta: Balai Pustaka. 2005.
- Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. *Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis*. Edisi 1. Brazil: Publicação Oficial. 2009.

[Drew](#) & Napier LLC. *Quarterly Update: Competition Law*. Singapore: Drew & Napier LLC. 2008.

Florian, P. dan M. Walker. *The Correct Approach to the Use of Empirical Analysis in Competition Policy*. ECLR. 2005.

Freeman, Peter. *The Significance of Economic Evidence in Competition Cases*. 2009.

Hansen, Knud *et. al.*. *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Jerman: Gesellschaft fur Technische Ausammenarbeit. 2002.

Harahap, Yahya. *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP: Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali*. Jakarta: Sinar Grafika. ____.

Hristov, Hristo dan Ralina Georgieva. *The EU and US Divergence on Competition Law*. ____.

Ibrahim, Johnny. *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. Malang: Bayumedia Publishing. 2009.

ICLG. *International Comparative Legal Guide to: Competition Litigation 2011*. London: Global Legal Group Ltd.. 2011.

Juwana, Hikmahanto. *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*. Jakarta: Penerbit Lentera Hati. 2001.

Khimich, A., M. Ivaldi dan F. Jenny. *Measuring the Economic Effects of Cartels in Emerging Countries*. Perancis: Toulouse School of Economics. 2011.

Khriekhof, Valerine *et. al.*. *Metode Penelitian Hukum*. Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia. 2000.

Kissane, Jonathan dan Steven J. Benefore. *Antitrust and the Regulation of competition: Glossary, One-line Edition*. 1996.

- Kovacic, William E.. *Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence in the Future Treatment of Dominant Firms?*. Competition Law International. 2008.
- Kovavic, William E. *et. al.*. *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*. United States. 2011.
- Langus, Gregor, Massimo Motta dan Luca Aguzzoni. *The Effect of EU Antitrust investigations and Fines on a Firm's Valuation*. 2010.
- Lubis, Andi Fahmi *et. al.* *Hukum Persaingan Usaha, antara Teks dan Konteks*. Jakarta: ROV Creative Media. 2009.
- Marsden, Philip. *WTO Decides Its First Competition Case, with Disappointing Results*. Competition Law Insight. May 2004. UK: Informa Professional.
- Ministry of Justice Secretariat of Economic Law. *Brazil's Anti-Cartel Program*. Brazil: Palácio da Justiça Raimundo Faoro - Esplanada dos Ministérios. 2011.
- Ministry of Justice Secretariat of Economic Law. *The Crushed Rock Cartel Case*, Brazil: Palácio da Justiça Raimundo Faoro - Esplanada dos Ministérios. 2007.
- Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press. 2004.
- Nadapdap, Binoto. *Hukum Acara Persaingan Usaha*. Jakarta: Jalar Permata Aksara. 2009.
- OECD. *Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil*. 2001.
- OECD. *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*. 2005.
- OECD. *OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement 2006; Contribution from Argentina*. 2006.

OECD. *OECD Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement 2006; Contribution from the United States*. 2006.

OECD. *Policy Roundtables; Prosecuting Cartels without Direct Evidence*. 2006.

OECD. *Policy Brief: Prosecuting Cartels without Direct evidence of Agreement*. Edisi Juni 2007.

OECD. *Roundtable on Information Exchanges between Competitors under Competition Law*. 2010.

OECD & Inter-American Development Bank. *Competition Law and Policy in Latin America; Peer Reviews on Argentina, Brazil, Chile, Mexico and Peru*. OECD Publishing. 2006.

Rodriguez, Ana Mercedes Lopez. *Lex Mercatoria*. Denmark: University of Aarhus. 2002.

Rodriguez, Juan David Guitierrez. *Recent Aspects of Hard Core Cartel Prosecution in Brazil*. US: NYU School of Law. 2005.

Rodriguez, Juan David Guitierrez. *Tacit Collusion in Latin America: A Comparative Study of the Competition Laws and Their Enforcement in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama*. Brazil. 2008.

Rodriguez, Juan David Guitierrez. *Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia, and Panama (1989-2008)*. UK: Hart Publishing. 2009.

Rokan, Mustafa Kamal. *Hukum Persaingan Usaha: Teori dan Prakteknya di Indonesia*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada. 2010.

Roshental, Douglas E. dan Phedon Nicolaide. *Harmonizing Antitrust: The Less Effective Way to Promote International Competition*. Institute for International Economics. ____.

Salim, Peter dan Yenny Salim, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Kontemporer*. Jakarta: Modern English Press. 1999.

- SEAE. *Working Paper on Brazil Competition Laws and Policies*. Brazil. 2001.
- Secretariat of Economic Law, Council for Economic Defense, Ministry of Justice. *Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program*. 3rd. ed. Brazil. 2009.
- Sirait, Ningrum Natasya *et. al.*. *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha*. Jakarta: The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP). 2010.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia. 2007.
- Subekti. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. Jakarta: PT. Intermasa. 2005.
- Sudikno Mertokusumo. *Hukum Acara Perdata Indonesia. Edisi Kelima*. Yogyakarta: Liberty. 1998.
- Suhasril dan Mohammad Taufik Makarao. *Hukum Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia*. Bogor: Penerbit Ghalia Indonesia. 2010.
- Syahrani, H. Riduan. *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*. Bandung: PT. Alumni. 2006.
- Stockdale, Michael dan Adam Jackson. *Nutshells: Evidence*. London: Sweet & Maxwell. 2011.
- United Nation Conference on Trade and Development. *Draft and Commentaries of Model Law on Competition*. Geneva. 2000.
- White, Lawrence J.. *A General Antitrust Framework for Emerging Market Economies*.
- Zainal, A., Andi Fahmi Lubis, Pande Radja Silalahi dan Hilda Fachrizah. *Kajian Akademis atas Putusan Perkara No. 17/KPPU-I/2010*. Jakarta. 2010.

HUKUM

Indonesia. *Undang-Undang Penanaman Modal Nomor 5 Tahun 1999*.

Indonesia. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.*

KPPU. *Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan UU Persaingan Usaha.*

KPPU. *Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU.*

KPPU. *Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara.*

KPPU. *Peraturan KPPU Nomor 5 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran Terhadap Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.*

United Nation. *Model Law on Competition.*

European Economic Community. *The Treaty of Rome.* 1959.

PUTUSAN

Putusan Mahkamah Agung RI No. 3136 K/Pdt/1983.

Putusan KPPU No. 01/KPPU-I/2001 tentang Penetapan Harga dan Kartel Dalam Industri Semen.

Putusan KPPU No. 07/KPPU-I/2007 tentang dugaan Pelanggaran oleh Kelompok Usaha Temasek.

Putusan KPPU No. 09/KPPU-I/2009 tentang Akuisisi Alfa oleh Carrefour.

Putusan KPPU No. 24/KPPU-I/2009 tentang Kartel Minyak Goreng.

Putusan KPPU No. 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga Fuel Surcharge dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik.

Putusan KPPU No. 17/KPPU-I/2010 tentang Industri Farmasi Kelas Terapi Amlodipine.

Holland v. United States. 348 U.S. 121, 75 S. Ct. 127, 99 L. Ed. 150 (1954).

Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.. 475 U.S. 574, 588 (1986).

United States v. Hatchett. 31 F.3d 1411, 1421 (7th Cir.1994).

United States v. Rose. 12 F.3d 1414, 1417 (7th Cir.1994).

United States v. Todosijevic. 161 F.3d 479, 483 (7th Cir.1998).

United States v. Stockheimer. 157 F.3d 1082, 1087 (7th Cir.1998).

United States v. Jamel Robinson. 177 F.3d 643 (7th Cir. 1999).

Bell Atl. Corp. v. Twombly. 550 U.S. 544, 554 (2007).

Omnicare, Inc. v. Unitedhealth Group, Inc. 629 F.3d 697 (2011).

PUBLIKASI ELEKTRONIK

Guntarto, Khresna. *10 Tahun Berdiri KPPU Baru Putuskan 184 Perkara*.
 <<http://www.primaironline.com/berita/ekonomi/10-tahun-berdiri-kppu-baru-putuskan-184-perkara>>.

Ismanto, Doni. *Banding Putusan Fuel Surcharge Upaya Meluruskan Masalah*. 1
 Juli 2010.
 <<http://doniismanto.wordpress.com/2010/07/01/020710-banding-putusan-fuel-surcharge-upaya-meluruskan-masalah/>>.

Khaliq, Abdul dan Ilan Noy. *Foreign Direct Investment and Economic Growth: Empirical Evidence from Sectoral Data in Indonesia.*, hlm. 11, 3 Mei 2011.
 <http://www.economics.hawaii.edu/research/workingpapers/WP_07-26.pdf>.

Suhendra. *KPPU Pastikan Kasasi Kasus Migor, Fuel Surcharge Belum Putus*.
 Detik.com: 28/02/2011.

<<http://www.detikfinance.com/read/2011/02/28/155159/1581282/4/kppu-pastikan-kasasi-kasus-migor-fuel-surcharge-belum-putus>>.

Saepudin, Epung. *Kalah di PN Jaksel, KPPU Yakin Menang di Mahkamah Agung*. 01 Maret 2010.
<<http://nasional.kontan.co.id/v2/read/nasional/31115/Kalah-di-PN-Jaksel-KPPU-Yakin-Menang-di-Mahkamah-Agung>>.

Saputra, Andi. *'Dikeroyok' 20 Pengusaha Minyak Goreng, KPPU Kalah di PN Jakpus*. 23 Februari 2011.
<<http://www.detikfinance.com/read/2011/02/23/171458/1577350/4/dikeroyok-20-pengusaha-minyak-goreng-kppu-kalah-di-pn-jakpus>>.

Indopos, 2010. *Membedah Tuduhan Kartel ala KPPU kepada Pfizer-Dexa*.
<<http://www.indopos.co.id/index.php/component/content/article/61-business-news/12298-membedah-tuduhan-kartel-ala-kppu-kepada-pfizer-dexa.html>>.

_____. *Abuse of Dominance*. <<http://app.ccs.gov.sg/AbuseofDominance.aspx>>.

_____. *Anti-Competitive Agreements*
<http://app.ccs.gov.sg/LodgeComplaints_AntiCompAgreement.aspx>.

_____. *Antitrust Law - The U.s. Supreme Court And Evolving Doctrine*.
<<http://law.jrank.org/pages/4364/Antitrust-Law-U-S-Supreme-Court-Evolving-Doctrine.html>>.

_____. *CCS Legislations*. <<http://app.ccs.gov.sg/Legislation.aspx>>.

_____. *Circumstantial Evidence*. <<http://law.jrank.org/pages/5218/Circumstantial-Evidence.html>>.

_____. *Menunggu Akhir Kasus Temasek di Pengadilan*. *Bisnis Indonesia*. 16 Januari 2008.
<http://www.ui.ac.id/download/kliping/160108/Menunggu_Akhir_Kasus_Temasek_di_Pengadilan.pdf>.

____. *KPPU Resmi Ajukan Kasasi 2 Kasus Besar*. 29 Maret 2011. <<http://www.la-l.com/ekonomi/kppu-resmi-ajukan-kasasi-2-kasus-besar.html>>.

____. *Mergers That Substantially Lessen Competition* <<http://app.ccs.gov.sg/MergersThatSubstantiallyLessenCompetition.aspx>>.

____. *Putusan PN Jakpus Terhadap Kasus Temasek Mengejutkan*. 13 Mei 2008. <<http://www.antaraneews.com/view/?i=1210671695&c=EKB&s=>>.

____. *Statistik Penanganan Perkara 2000-2010*. <<http://www.kppu.go.id/id/perkara/statistik-perkara/>>.

____. *Sulitnya Membuktikan Praktik Kartel*. <<http://www.kppu.go.id/id/sulitnya-membuktikan-praktik-kartel/>>.

<http://www.antitrusttoday.com/category/antitrust-and-price-fixing/page/2/>

<http://www.antitrusttoday.com/2011/01/10/judge-posner-texts-twombly-no-bar-to-texters%E2%80%99-circumstantial-class-action/>

http://apps.americanbar.org/intlaw/fall09/materials/O'Farrell_Alfredo_Carel.pdf

http://books.google.com.sg/books?id=oT07hNxzMwQC&pg=PA229&lpg=PA229&dq=indirect+evidence+antitrust&source=bl&ots=Z3jK3331na&sig=i0NFSdCP6BtNPDfhQfCLK8EN4SY&hl=en&ei=Rd4TTsn6DsLTrQfs4qiIBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCUQ6AEwAA#v=onepage&q=indirect%20evidence%20antitrust&f=false

<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a19465b44cc156dd28152b>

<http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1439420.html>

<http://www.coletasolidaria.gov.br/menu/noticias>

<https://www.competitionpolicyinternational.com/journal/>

<http://www.docstoc.com/docs/51659663/Antimonopoly-Committee-on-the-Definition-of-Relevant-Market-Guide-2009>

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/germany_en.pdf

http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126073_en.htm

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT)

<https://www.flatglasslitigation.com/>

http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2007_ddcc_0004.pdf

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/walq84&div=13&id=&page=>

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc719.pdf>

http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/9Gutierrez303-494.pdf

<http://www.josedelchiaro.com.br/material/publicacoes/b122fc1d8fffc8b663c16ac28377a773.pdf>

<http://www.justice.gov/atr/cases/f1600/1625.htm>

<http://www.labaton.com/en/cases/upload/Flat-Glass-II-Order-Denying-Motion-to-Dismiss.pdf>

<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm#Rule101>

<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>

http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sup_01_18_10_II.html

<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/177/643/475531/>

http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20110719164443_preparing-for-the-future-2011.pdf

<http://www.oecd.org/dataoecd/61/28/36063750.pdf>

<http://www.oecd.org/dataoecd/52/22/43619651.pdf>

<http://www.oecd.org/dataoecd/22/11/34830440.pdf>

<http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>

<http://portal.mj.gov.br/transparencia/data/Pages/MJ34431BE8ITEMIDFAA7E815317F40FBA7BBFB53523D5716PTBRIE.htm>

http://www.rmlex.com/media/The_Argentine_antitrust_act.pdf

[http://en.wikipedia.org/wiki/Evidence_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Evidence_(law))

http://books.google.com.sg/books?id=oT07hNxzMwQC&pg=PA317&lpg=PA317&dq=US+antitrust+law+indirect+evidence&source=bl&ots=Z3kBZ62Uqe&sig=afIibOyploUsaPNj4Fxfj0I8IB_Y&hl=en&ei=qmYaTt-0PK3YiAKG3rXSBQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBkQ6AEwAA#v=onepage&q=US%20antitrust%20law%20indirect%20evidence&f=false

http://books.google.com.sg/books?id=bPCzQl6msLIC&pg=PA451&lpg=PA451&dq=indirect+evidence+competition+law&source=bl&ots=Vo9deiQ-7f&sig=x9k5BFrWY2VueP4zlSKeVKSu4gA&hl=en&ei=qtgSTujgLI_srQeFkPmHBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDAQ6AEwAg#v=onepage&q=indirect%20evidence%20competition%20law&f=false

http://books.google.com.sg/books?id=Xzo8eA_MenEC&pg=PA51&lpg=PA51&dq=indirect+evidence+competition+law&source=bl&ots=t_NqCBrvwF&sig=W_xu4JpsDuqZp117Z0FMFbY1cHo&hl=en&ei=qtgSTujgLI_srQeFkPmHBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDQQ6AEwAw#v=onepage&q=indirect%20evidence%20competition%20law&f=false