



UNIVERSITAS INDONESIA

**STUDI KOMPARATIF *LENIENCY PROGRAM*
UNTUK PEMBUKTIAN KARTEL
DALAM *ANTITRUST LAW* DI AMERIKA SERIKAT
DAN *ANTIMONOPOLY LAW* DI JEPANG**

TESIS

**CHRISTINA ARYANI
1006736476**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM
KEKHUSUSAN HUKUM EKONOMI
SALEMBA, JAKARTA
JUNI 2012**



UNIVERSITAS INDONESIA

**STUDI KOMPARATIF *LENIENCY PROGRAM*
UNTUK PEMBUKTIAN KARTEL
DALAM *ANTITRUST LAW* DI AMERIKA SERIKAT
DAN *ANTIMONOPOLY LAW* DI JEPANG**

TESIS

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

**CHRISTINA ARYANI
1006736476**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM
KEKHUSUSAN HUKUM EKONOMI
SALEMBA, JAKARTA
JUNI 2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : CHRISTINA ARYANI

NPM : 1006736476

Tanda Tangan :



Tanggal : 25 Juni 2012

HALAMAN PENGESAHAN

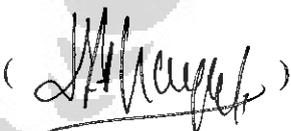
Tesis ini diajukan oleh :
Nama : CHRISTINA ARYANI
NPM : 1006736476
Program Studi : Pasca Sarjana
Judul Tesis : STUDI KOMPARATIF *LENIENCY PROGRAM*
UNTUK PEMBUKTIAN KARTEL DALAM
ANTITRUST LAW DI AMERIKA SERIKAT DAN
ANTIMONOPOLY LAW DI JEPANG

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Dr. A.M.TRI ANGGRAINI, S.H., M.H ()

Penguji : KURNIA TOHA, S.H., LL.M., Ph.D ()

Penguji : Dr. TRI HAYATI, S.H., M.H ()

Ditetapkan di : Jakarta
Tanggal : 25 Juni 2012

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, penulis dapat menyelesaikan tesis ini. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum Program Studi Pasca Sarjana pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Penulis menyadari bahwa, tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi penulis untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, penghargaan dan ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya penulis sampaikan kepada yang terhormat:

1. Dr. A.M. Tri Anggraini, S.H., M.H, selaku dosen pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga, dan pikiran untuk mengarahkan penulis dalam penyusunan skripsi ini;
2. Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H., M.H, selaku Ketua Program Studi Magister Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia;
3. Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D, selaku narasumber dan penguji yang telah memberikan pencerahan dan masukan-masukan berharga kepada penulis;
4. Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M., Ph.D dan Arnold Sihombing, S.H., M.H, selaku narasumber dalam penulisan tesis ini.
5. Dr. Tri Hayati, S.H., M.H selaku penguji dan seluruh Dosen Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, yang telah membimbing penulis selama mengikuti perkuliahan.
6. Pak Watijan, Mas Bahruddin, Mas Hari, Mas Heru dari Sekretariat Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum, dan Pak Ivan dari Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang selalu membantu penulis selama mengikuti perkuliahan dan penulisan tesis ini.
7. Edward Seky Soeryadjaya dan Dr. T.L Sie, selaku pimpinan dan mentor yang telah memberikan dukungan dan kesempatan bagi penulis untuk melanjutkan studi.

8. Micky Alban Hehuwat, Dipl.Ing, dan Maissy Sabardiah, S.H., LL.M, sahabat penulis yang selalu memberikan dukungan, saran, dan kritik.
9. Mutiara Lenny Panggabean tercinta dan Terence Cameron terkasih, orang tua dan buah hati penulis yang senantiasa menunjukkan dukungan, pengorbanan, dan kesabaran selama penulisan tesis ini.
10. Darren Soetantyo yang setia mendampingi dan memberikan motivasi serta semangat kepada penulis selama proses penulisan tesis ini.

Akhir kata, penulis berharap Tuhan Yang Maha Esa berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Penulis menyadari bahwa tesis ini memiliki begitu banyak kekurangan, untuk itu penulis mengharapkan masukan, saran dan kritik membangun dari para pembaca agar tesis ini dapat lebih bermanfaat dan meningkatkan pengetahuan penulis khususnya di bidang hukum persaingan usaha.

Jakarta, 25 Juni 2012

Penulis

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TESIS UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

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

Nama : CHRISTINA ARYANI
NPM : 1006736476
Program Studi : Pasca Sarjana
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

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

STUDI KOMPARATIF *LENIENCY PROGRAM* UNTUK PEMBUKTIAN KARTEL DALAM *ANTITRUST LAW* DI AMERIKA SERIKAT DAN *ANTIMONOPOLY LAW* DI JEPANG.

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalih media/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tesis saya tanpa meminta izin dari 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 : 25 Juni 2012

Yang menyatakan



CHRISTINA ARYANI

ABSTRAK

Nama : Christina Aryani
Program Studi : Pasca Sarjana
Judul : Studi Komparatif *Leniency Program* Untuk Pembuktian Kartel Dalam *Antitrust Law* Di Amerika Serikat Dan *Antimonopoly Law* Di Jepang

Kartel dipersepsikan sebagai bentuk paling berbahaya dari tindakan anti persaingan dan di beberapa yurisdiksi menerima penanganan dari perspektif hukum pidana. Sifat kerahasiaan kartel menjadi hambatan terbesar bagi otoritas persaingan usaha untuk membuktikan keberadaan kartel, hal mana juga dialami oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha di Indonesia. Untuk alasan ini, sejumlah besar yurisdiksi telah mengadopsi *leniency program* untuk mengungkapkan keberadaan kartel. Tesis ini membahas pengaturan dan implementasi *leniency program* dalam *Antitrust Law* di Amerika Serikat dan *Antimonopoly Law* di Jepang serta kemungkinan penerapannya dalam hukum persaingan di Indonesia. Penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif yang menggunakan metode pendekatan perundang-undangan dan pendekatan perbandingan. Hasil penelitian menyarankan untuk menerapkan *leniency program* melalui amandemen Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan sejalan dengan itu meningkatkan sanksi denda administratif yang diterapkan KPPU terhadap pelaku kartel.

Kata kunci : *Leniency program, leniency policy, kartel*

ABSTRACT

Name : Christina Aryani
Study Program : Post Graduate
Title : Comparative Study of Leniency Program to Prove the Existence of Cartel in United States Antitrust Law and Japan Antimonopoly Law

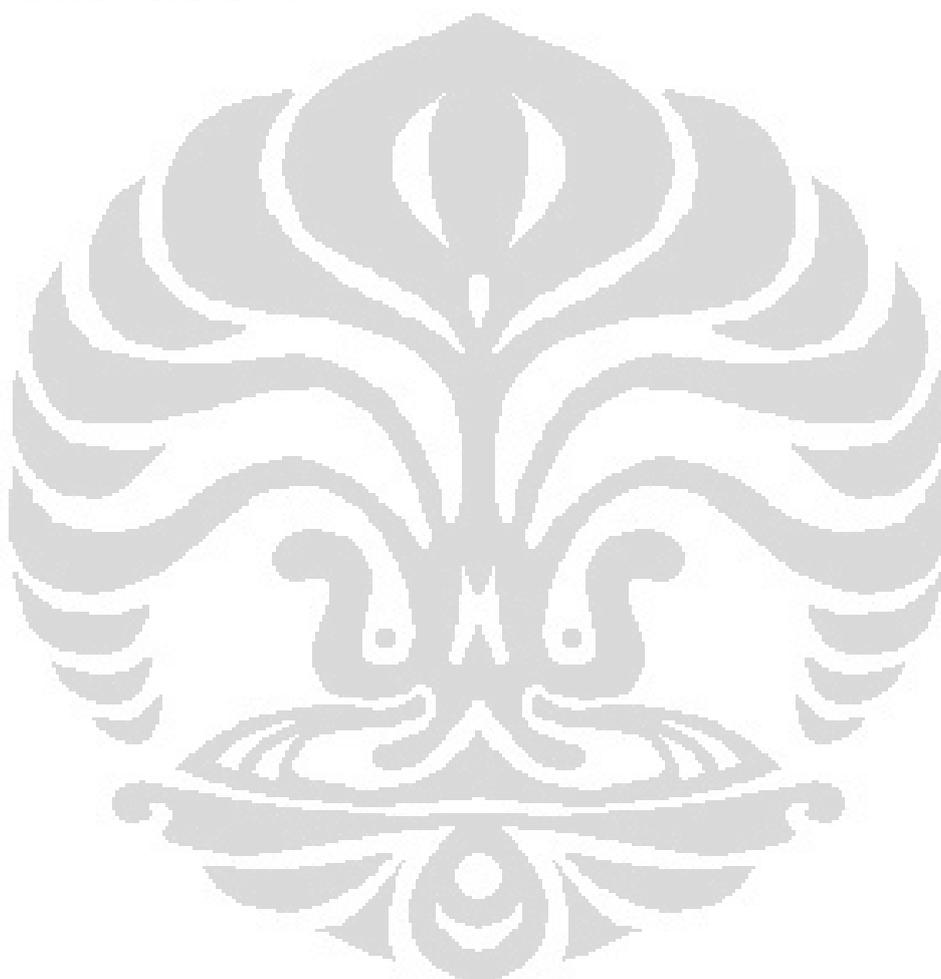
Cartels are perceived as the most dangerous form of anti-competitive conduct and in some jurisdiction subjected to the criminal penalty regime. The confidential nature of cartel has been the biggest obstacle in proving their existence, which is also experienced by the Business Competition Supervisory Commission in Indonesia. Leniency programs uncover conspiracies that would otherwise go undetected and for this reasons numerous jurisdictions have adopted leniency program within their competition law regime. The study discussed the regulation of leniency program and its implementation both in the United States Antitrust Law and in Japan Antimonopoly Law. The study also addressed the possibility of leniency program' application in Indonesia. The study used juridical-normative research method which emphasis on the use of statute and comparative approach. The result suggest to implement leniency program in Indonesia through the amendment of Law No. 5 of 1999 and to increase the administrative fines imposed by the Commission against perpetrators of cartels.

Key words : Leniency program, leniency policy, cartel

DAFTAR ISI

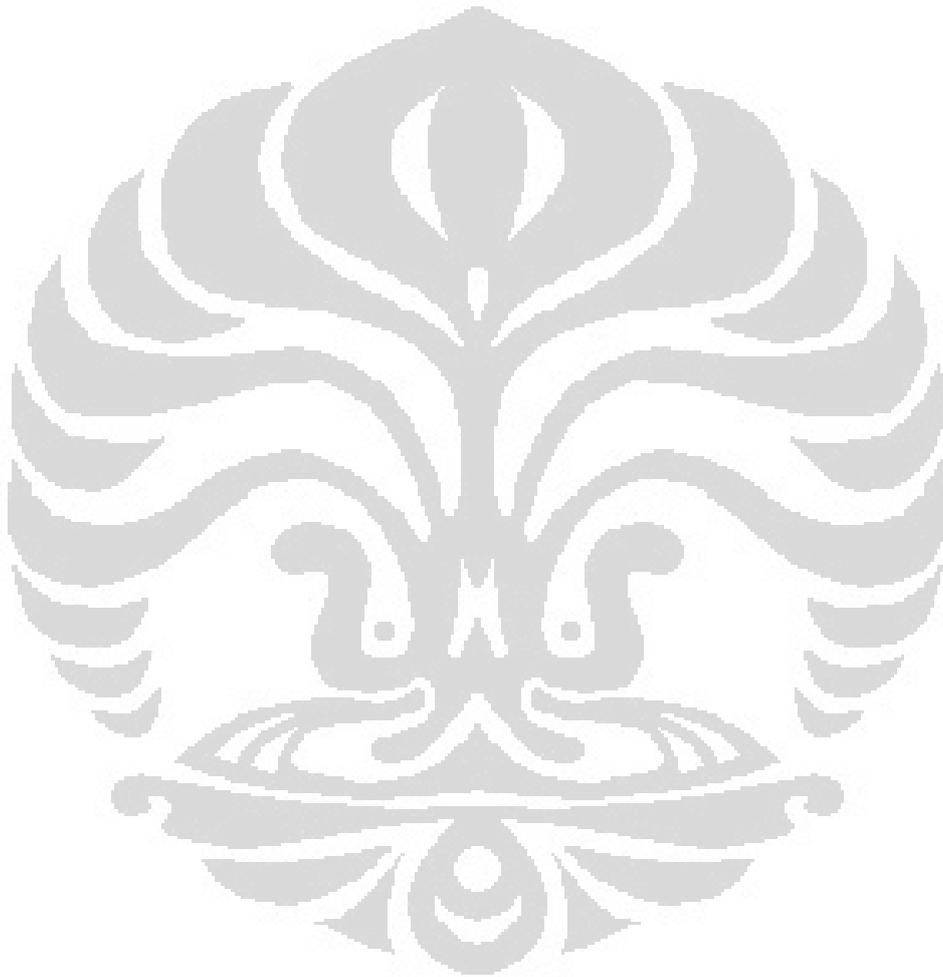
HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR PERNYATAAN ORIGINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS	vi
ABSTRAK	vii
DAFTAR ISI	ix
DAFTAR TABEL	xi
1. PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Permasalahan	11
1.3 Tujuan Penelitian	12
1.4 Manfaat Penelitian	12
1.5 Kerangka Teori	12
1.6 Kerangka Konseptual	15
1.7 Metode Penelitian	17
1.8 Sistematika Laporan Penelitian	21
2. TINJAUAN TENTANG KARTEL DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA.....	22
2.1 Konsep Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha.....	22
2.2 Mekanisme Beroperasinya Kartel	27
2.3 Pengaturan Kartel di Amerika Serikat, Jepang, dan Indonesia.....	30
2.4 Pendekatan Penerapan Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha.....	47
3. PENGATURAN DAN IMPLEMENTASI <i>LENIENCY PROGRAM</i> DI AMERIKA SERIKAT DAN JEPANG.....	51
3.1 Konsep <i>Leniency Program</i> dan <i>Leniency Policy</i> dalam Hukum Persaingan Usaha.....	51
3.2 Pengaturan <i>Leniency Policy</i> di Amerika Serikat dan Jepang.....	55
3.2.1 Perangkat Pengaturan <i>Leniency Policy</i>	55
3.2.2 Kewenangan Institusi Pemberi <i>Leniency</i>	60
3.2.3 Subyek Penerima <i>Leniency</i>	60
3.2.4 Jenis dan Persyaratan Pemberian <i>Leniency</i>	61
3.2.4.1 Jenis dan Persyaratan Pemberian <i>Leniency</i> di Amerika Serikat.....	62
3.2.4.2 Jenis dan Persyaratan Pemberian <i>Leniency</i> di Jepang..	67
3.3 Prosedur dan Implementasi <i>Leniency</i> di Amerika Serikat dan Jepang.....	69
3.3.1 Pengajuan Permohonan <i>Leniency</i>	70
3.3.2 Sistem <i>Marker</i>	72
3.3.3 Ketentuan Kerahasiaan.....	74
3.3.4 Kebijakan <i>Amnesty Plus</i> dan <i>Penalty Plus</i>	75
3.3.5 Pemberian dan Pembatalan <i>Leniency</i>	76
3.3.6 Upaya Hukum atas Penolakan atau Pembatalan <i>Leniency</i>	79

3.3.7 Contoh Implementasi <i>Leniency</i> dalam Kasus Kartel.....	81
4. KEMUNGKINAN PENERAPAN <i>LENIENCY PROGRAM</i> DI INDONESIA.....	92
4.1 Kesulitan Pembuktian Kartel di Indonesia.....	92
4.2 Konsep <i>Prisoner's Dilemma</i> dalam Pelanggaran Kartel.....	108
4.3 Sanksi Pelanggaran Kartel di Indonesia.....	113
4.4 Kemungkinan Penerapan <i>Leniency Program</i> di Indonesia.....	118
5. PENUTUP	132
5.1 Kesimpulan	132
5.2 Saran	136
DAFTAR REFERENSI	137



DAFTAR TABEL

Tabel 1.1. Daftar Putusan KPPU Terkait Larangan Perjanjian Kartel Periode 2002-2010	6
Tabel 4.1 Konsep <i>Prisoners Dilemma</i>	110



BAB 1 PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Memperoleh keuntungan menjadi motif utama pelaku usaha dalam menjalankan usahanya. Keuntungan lebih besar akan diperoleh apabila usaha tersebut bertumbuh besar. Menjadi besar dan maju merupakan idaman setiap pengusaha, dan oleh karenanya hukum tidak pernah melarang suatu usaha menjadi besar dan maju. Demikian halnya ketika suatu usaha sudah besar dan maju, tentunya perusahaan tersebut akan senantiasa berupaya mempertahankan kebesaran dan kemajuannya tersebut. Untuk hal ini pun hukum tidak pernah dapat melarang setiap orang yang berusaha untuk tetap mempertahankan kemampuan, kebesaran dan kemajuan perusahaannya untuk selalu menjadi pemimpin atau *leader* dalam bidang usaha atau industrinya masing-masing.¹

Banyaknya pelaku usaha yang berusaha untuk menjadi pemimpin dalam bidang usahanya menimbulkan terjadinya persaingan. Kenyataan akan terbatasnya jumlah konsumen dan luas pasar memastikan persaingan² antara pelaku usaha akan selalu terjadi di dalam aktivitas bisnis. Adanya persaingan akan menghindarkan terjadinya konsentrasi kekuatan pasar (*market power*) pada satu atau beberapa perusahaan, sehingga konsumen memiliki banyak alternatif dalam memilih produk barang atau jasa yang dihasilkan produsen.³ Konsekuensinya, pelaku usaha akan

¹ Gunawan Widjaja, "Konsep Dan Pengertian Kartel Dalam Kerangka Persaingan Usaha Serta Penerapannya Di Indonesia", *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 30, No.02, 2011, hlm. 25.

² Secara luas persaingan dapat didefinisikan sebagai suatu proses dimana kekuatan pasar beroperasi secara bebas untuk memastikan penggunaan sumber daya yang langka secara efisien untuk memaksimalkan penggunaan sumber daya yang langka secara efisien untuk memaksimalkan kesejahteraan ekonomi total. Lihat: Philip E. Areeda dan Herbert Hofenkampt, "Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application", Vol. 1, No. 4, Ed. 2, 2000, sebagaimana dimuat oleh William J. Kolasky dalam "What Is Competition?", materi dipresentasikan dalam Seminar on Convergence Sponsored by the Netherlands Ministry of Economic Affairs, The Hague, Netherlands, 28 Oktober 2002, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.htm>, diunduh 4 Desember 2011.

³ Normin S. Pakpahan, *Pokok-Pokok Pikiran Tentang Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Proyek ELIPS, 1994), hlm. 2.

berusaha menciptakan, mengemas, serta memasarkan produk yang dimilikinya dengan sebaik mungkin agar diminati dan dibeli oleh konsumen untuk dapat memenangkan persaingan.

Persaingan dapat membawa implikasi positif maupun negatif. Persaingan yang positif merupakan mekanisme untuk dapat mewujudkan efisiensi dan kesejahteraan masyarakat. Melalui persaingan yang terpelihara secara konsisten, akan tercipta kemanfaatan bagi masyarakat konsumen, berupa pilihan produk yang bervariasi dengan harga pasar dan kualitas tinggi.⁴ Sebaliknya, persaingan dapat berimplikasi negatif, jika dijalankan dengan perilaku negatif atau diciderai oleh tindakan anti persaingan pelaku pasar sehingga menjadi tidak kompetitif dan membawa dampak kerugian bagi konsumen.⁵ Untuk mencegah perilaku negatif pelaku usaha yang dapat mendistorsi berjalannya mekanisme proses persaingan usaha yang sehat, penerapan hukum persaingan usaha menjadi suatu keharusan bagi setiap negara dengan sistem perekonomian modern.

Hukum Persaingan Usaha (hukum persaingan) bertujuan untuk memastikan mekanisme proses persaingan berlangsung dengan sehat, *fair*, serta konsisten. Hukum persaingan juga diharapkan mampu mengawasi terjadinya diskriminasi harga, serta pemerataan informasi pasar bagi yang kurang mempunyai akses, baik berupa kesempatan, modal, teknologi, maupun berbagai kesempatan berusaha lainnya.⁶ Lebih lanjut, hukum persaingan diperlukan tidak hanya dalam rangka menjamin kebebasan bertindak seluas mungkin bagi pelaku usaha, tetapi juga untuk menentukan garis pembatas antara pelaksanaan kebebasan pelaku usaha dengan penyalahgunaan kebebasan tersebut (*freedom paradox*).⁷

⁴ Irna Nurhayati, "Kajian Hukum Persaingan Usaha: Kartel Antara Teori Dan Praktik", Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 30, No.02, 2011, hlm. 12.

⁵ Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha: Teori dan Praktiknya di Indonesia*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2010), hlm. 1.

⁶ Andi Fahmi Lubis, *et al.*, *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks & Konteks*, (Jakarta: Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2009), hlm. 214.

⁷ Knud Hansen, *et al.*, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Jakarta: Katalis, 2002), hlm. 62.

Tindakan anti persaingan dapat dikategorikan ke dalam dua modus, yaitu modus persekongkolan dan modus unilateral atau tindakan sepihak pelaku usaha. Persekongkolan terjadi antara dua atau lebih pelaku usaha yang melakukan perjanjian bersifat *restrictive*, misalnya konspirasi penetapan harga (*price fixing*), pembagian pasar (*market allocation*), dan persekongkolan tender (*bid rigging*). Sementara tindakan unilateral seringkali dilatarbelakangi kepemilikan posisi dominan yang pada praktiknya menimbulkan tindakan-tindakan penyalahgunaan posisi dominan berupa diskriminasi harga atau non harga, penolakan bertransaksi, jual rugi (*predatory pricing*), dan lain sebagainya.⁸ Dalam praktiknya, persekongkolan antara para pelaku usaha melalui perjanjian bersifat *restrictive* tersebut lebih dikenal dengan istilah kartel.

Dalam literatur, kartel didefinisikan sebagai perjanjian pengaturan antara pelaku usaha dalam pasar yang sama (pelaku usaha pesaing) dengan tujuan untuk meningkatkan keuntungan mereka.⁹ Kartel seringkali juga timbul sebagai cara yang ditempuh oleh pelaku usaha untuk merespon adanya perang harga (*price wars*) dan ketidakstabilan pasar, mempertahankan harga dan keuntungan tinggi serta eksistensi pelaku usaha di dalam pasar.¹⁰

Istilah kartel secara umum yang digunakan untuk menggambarkan setiap kesepakatan, kolusi atau konspirasi yang dilakukan para pelaku usaha. Pemakaian istilah kartel sendiri dapat dibagi dalam dua jenis, yaitu kartel utama dan kartel lainnya. Kartel utama (*hard core cartel*) meliputi kartel mengenai penetapan harga, persekongkolan tender, pembatasan output atau pembagian wilayah.¹¹ Kartel dianggap sangat berbahaya karena para pelakunya sepakat melakukan konspirasi

⁸ HMBC Rikrik Rizkiyana dan Vovo Iswanto, “Catatan Kecil tentang Praktek Penyalahgunaan Posisi Dominan (Studi Kasus di Indonesia)”, dalam *Litigasi Persaingan Usaha (Competition Litigation)*, Centre for Finance, Investment and Securities Law (Jakarta: PT. Telaga Ilmu Indonesia, 2010), hlm. 64-65.

⁹ Eleanor M. Hadley, *Antitrust in Japan*, (New Jersey: Princeton University Press, 1970), hlm. 357.

¹⁰ Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), hlm.3.

¹¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Hard Core Cartels – Harm and Effective Sanctions”, OECD Policy Brief, Mei 2002, hlm.1, http://www.oecd.org/data_oecd/30/10/2754996.pdf, diunduh 22 Maret 2012.

mengenai hal-hal yang bersifat sangat pokok dalam suatu transaksi bisnis, yang meliputi harga, wilayah dan konsumen. Kartel juga sangat berbahaya karena dapat berperilaku seperti monopoli yang dapat menentukan tingkat harga yang sangat tinggi atau jumlah produksi, sehingga akan menyebabkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Kartel akan menyebabkan kerugian bagi konsumen karena harga akan menjadi mahal dan barang atau jasa di pasar menjadi terbatas.¹² Berdasarkan survei yang dilakukan *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD)¹³ pada tahun 1996-2000 praktik kartel menyebabkan kenaikan harga yang bervariasi dimana dalam beberapa kasus dapat mencapai 50% atau lebih.¹⁴ Selain itu, kartel juga dapat meniadakan atau mengakhiri persaingan dengan jalan menimbulkan *barrier to entry* bagi pelaku usaha baru yang ingin masuk ke dalam pasar.

Dipersepsikannya kartel sebagai bentuk paling berbahaya dari tindakan anti persaingan menyebabkan kartel menerima perhatian terbesar dari otoritas persaingan usaha. Keberadaan kartel yang merugikan perekonomian dan konsumen mendorong negara-negara untuk melarang kartel di dalam Hukum Persaingan Usahanya, bahkan di beberapa yurisdiksi kartel dipersepsikan sebagai bentuk kejahatan serius dan menerima penanganan dari perspektif hukum pidana.¹⁵

Persaingan usaha di Indonesia diatur melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No.5/1999). UU No.5/1999 mengkatagorisasikan tindakan-tindakan anti persaingan ke dalam bentuk-bentuk perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang,

¹² Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Perkom No. 4 Tahun 2010, hlm. 12.

¹³ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) merupakan organisasi internasional dengan 34 negara anggota dengan misi mempromosikan kebijakan yang akan meningkatkan taraf ekonomi dan kesejahteraan sosial masyarakat dunia. OECD menyediakan forum dimana pemerintah negara-negara dapat bekerjasama berbagi pengalaman dan mencari solusi atas permasalahan umum. Lihat: http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html, diunduh 10 Mei 2012.

¹⁴ OECD, "Hard Core Cartels – Harm and Effective Sanctions", *op. cit.*, hlm. 2.

¹⁵ Mihai Berinde, "Cartels – Between Theory, Leniency Policy and Fines", *Annals of Faculty of Economics*, Vol.1, Issue. 1, 2008, hlm. 550.

dan posisi dominan serta penyalahgunaannya. Kartel (*cartel*) sendiri termasuk dalam salah satu bentuk perjanjian yang dilarang.

Praktik pembuktian keberadaan suatu kartel bukanlah merupakan hal yang mudah. Di Indonesia, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)¹⁶ adalah komisi yang khusus dibentuk melalui Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 untuk mengawasi pelaksanaan dari UU No.5/1999. KPPU memiliki tugas ganda yaitu menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha dan menciptakan serta memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif.¹⁷ Dalam praktiknya, KPPU sering menghadapi kendala untuk membuktikan eksistensi suatu kartel. Walaupun KPPU sudah mensinyalir adanya perilaku kartel tetapi sulit bagi KPPU untuk menemukan alat bukti berupa perjanjian kartel dikarenakan pelaku usaha dengan pesaingnya lebih sering mengadakan kesepakatan mereka secara tidak tertulis.

Sulitnya pembuktian eksistensi kartel turut disebabkan adanya keterbatasan menyangkut kewenangan KPPU dalam menjalankan tugasnya, antara lain: (1) KPPU tidak mempunyai wewenang melakukan pengeledahan terhadap pelaku usaha yang diindikasikan melakukan pelanggaran terhadap UU No.5/1999; (2) KPPU seringkali terkendala dengan sifat kerahasiaan perusahaan sehingga tidak bisa mendapatkan data perusahaan yang diperlukan; (3) walaupun KPPU berwenang untuk meminta keterangan dari instansi Pemerintah, namun sampai sekarang belum terjalin kerjasama yang baik antara keduanya dalam penyelidikan dugaan persaingan usaha tidak sehat, yang seringkali menyebabkan KPPU kesulitan melakukan tugasnya akibat kurangnya data pendukung; dan (4) walaupun KPPU berwenang untuk

¹⁶ Indonesia, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No.5 Tahun 1999, LN No. 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Pasal. 30, sebagai berikut:

1. Untuk mengawasi pelaksanaan Undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang selanjutnya disebut Komisi.
2. Komisi adalah suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain.
3. Komisi bertanggungjawab kepada Presiden.

¹⁷ Andi Fahmi Lubis, *et al.*, *op.cit.* hlm. 311-313.

memanggil pelaku usaha atau saksi, tetapi KPPU tidak bisa memaksa kehadiran mereka.¹⁸

Berdasarkan data putusan yang dikeluarkan oleh KPPU selama periode tahun 2003 sampai dengan tahun 2009 terdapat beberapa putusan yang salah satu pelanggarannya menyangkut perjanjian kartel¹⁹, sebagai berikut:

Tabel 1.1.

Daftar Putusan KPPU Terkait Larangan Perjanjian Kartel Periode 2002-2010

No	Putusan Perkara KPPU	Perihal	Putusan Pengadilan Negeri	Putusan Mahkamah Agung
1	No.02/KPPU-I/2003	Kartel Kargo Jakarta - Pontianak	-	-
2	No.03/KPPU-I/2003	Kartel Kargo Surabaya – Makassar	-	-
3	No.08/KPPU-I/2005	Kartel Jasa Verifikasi Teknis Impor Gula	Putusan No.01/KPPU/2006/PN. Jak.Sel, tanggal 3 Maret 2006 Membatalkan Putusan KPPU	Putusan No.03K/KPPU/2006, tanggal 22 Januari 2007 Membatalkan Putusan KPPU
4	No.10/KPPU-L/2005	Kartel Perdagangan Garam ke Sumatera Utara	-	-
5	No.11/KPPU-L/2005	Kartel Distribusi Semen Gresik	Putusan No. 237/Pdt.G/2006/ PN. SBY, tanggal 31	Putusan No. 05K/KPPU/2007, tanggal 4 April 2008

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 313-314.

¹⁹ Sebagaimana dianut oleh KPPU bahwa Pasal 5 dan Pasal 9 sesungguhnya merupakan bentuk dari praktik kartel. Lihat *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Perkom No. 4 Tahun 2011, hlm. 8. Lebih lanjut, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) menyatakan bahwa ruang lingkup kartel utama (*hard core cartel*) adalah meliputi penetapan harga, persekongkolan tender, pembatasan output atau pembagian wilayah. Dengan mengecualikan persekongkolan tender, ruang lingkup kartel dalam penelitian ini dibatasi pada pelanggaran-pelanggaran atas ketentuan Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat meliputi penetapan harga (Pasal 5 ayat (1)), pembatasan output (Pasal 11), dan pembagian wilayah (Pasal 9). Adapun KPPU tidak mengalami kesulitan dalam membuktikan keberadaan persekongkolan tender yang terlihat dari pengungkapan 90 kasus persekongkolan tender dari keseluruhan 208 kasus yang diputus KPPU, selama periode tahun 2002-2011.

			Oktober 2006, Membatalkan Putusan KPPU	Menguatkan Putusan KPPU
6	No.16/KPPU-L/2006	Kartel Tender Pekerjaan SKTM (Kabel Tegangan Menengah) di PT. PLN Distribusi Jakarta Raya dan Tangerang	-	-
7	No.26/KPPU-L/2007	Kartel Tarif SMS	Dalam tahap penggabungan perkara berdasarkan Penetapan MA RI No. 07/Pen/PDT.SUS/2011, tanggal 12 April 2011	
8	No.28/KPPU-L/2007	Jasa Pelayanan Taksi di Kota Batam	-	-
9	No.32/KPPU-L/2008	Kesepakatan Tarif All-in Ekspedisi Muatan Kapal Laut (EMKL) di Pelabuhan Sorong	-	-
10	No.53/KPPU-L/2008	Pembagian Wilayah DPP AKLI Pusat	Putusan No.894/Pdt.G/2009/PN. Jkt.Sel, tanggal 16 Juni 2009 Menguatkan Putusan KPPU	Putusan No.32K/PDT.SUS/2010, tanggal 10 Februari 2010 Menguatkan Putusan KPPU
11	No.14/KPPU-L/2009	Jasa Pemeriksaan Kesehatan Calon Tenaga Kerja Indonesia ke Timur Tengah	-	-
12	No.24/KPPU-I/2009	Kartel Minyak Goreng	Putusan No. 03/KPPU/2010/ PN.Jkt.Pst, tanggal 23 Februari 2011 Membatalkan Putusan KPPU	Putusan No. 582K/PDT.SUS/2011, tanggal 25 November 2011 Membatalkan Putusan KPPU
13	No.25/KPPU-I/2009	Kartel Fuel Surcharge Jasa Penerbangan Domestik	Putusan No. 02/KPPU/2010/ PN.Jkt.Pst, tanggal 28 Februari 2011 Membatalkan Putusan KPPU	Putusan No. 613K/PDT.SUS/2011, tanggal 27 Februari 2012 Membatalkan Putusan KPPU
14	No/17/KPPU-I/2010	Kartel Industri Farmasi Obat Kelas Terapi Amlodipine	Putusan No. 05/KPPU/2010/ PN.Jkt.Pst, tanggal 7 September 2011 Membatalkan Putusan KPPU	Dalam proses kasasi

Sumber : Website KPPU (<http://www.kppu.go.id>)²⁰ dan melalui permintaan data kepada Sekretariat KPPU.

Dalam putusan-putusan tersebut di atas, KPPU menyatakan pelaku usaha terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar, antara lain Pasal 5 ayat (1), Pasal 9, dan/atau Pasal 11 UU No.5/1999.²¹ Namun dalam beberapa kasus *landmark*²², putusan-putusan tersebut justru kemudian dibatalkan oleh Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung dengan pertimbangan KPPU tidak berhasil membuktikan bukti kesepakatan kartel secara tegas baik melalui adanya perjanjian ataupun komunikasi antar pelaku usaha.²³ Kenyataan ini menunjukkan ada permasalahan dalam penegakan hukum kartel di Indonesia, khususnya terkait masalah pembuktian keberadaan kartel.

Persoalan riil penegakan hukum kartel ini timbul sebagai akibat kesulitan yang dihadapi KPPU dalam membuktikan keberadaan perjanjian pendirian kartel terutama bila perjanjian tersebut dilakukan secara lisan.²⁴ Padahal agar hukum persaingan dapat berjalan secara efektif, ketentuannya harus mampu mencakup tidak hanya perjanjian yang memiliki kekuatan hukum (*legally enforceable*) tetapi juga bentuk kesepakatan informal (*informal understanding*).²⁵ UU No.5/1999 telah mengakomodasi esensi ini, perjanjian didefinisikan sebagai segala bentuk

²⁰ Adapun dalam 2 (dua) perkara kartel lainnya, yaitu Kartel Day Old Chick (Putusan KPPU No.02/KPPU-I/2002) dan Kartel Industri Semen (Putusan KPPU No.01/KPPU-L/2010), KPPU memutuskan pelaku usaha tidak terbukti melanggar Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 UU No.5/1999.

²¹ Pada hakikatnya, baik pasal 5 maupun pasal 9 merupakan bentuk dari praktek kartel. Hanya saja secara spesifik Pasal 5 mengatur tentang penetapan harga, sementara Pasal 9 mengatur tentang pembagian wilayah. Bukan tidak mungkin dalam prakteknya proses pembagian wilayah disertai oleh kegiatan penetapan harga. Sementara Pasal 11 mengatur kartel produksi dan pemasaran yang tujuannya akhirnya adalah mempengaruhi harga. Lihat: Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2011, hlm. 8-9.

²² Yang dimaksudkan sebagai kasus *landmark* adalah kasus kartel minyak goreng, kartel *fuel surcharge*, dan kartel industri farmasi obat kelas terapi *amlodipine*.

²³ Andi Saputra, "Lawan Pengusaha, KPPU Kalah 3 Kali Berturut-turut di Meja Hijau", <http://www.detiknews.com/read/2011/09/08/073649/1717874/10/lawan-pengusaha-kppu-kalah-3-kali-berturut-turut-di-meja-hijau>, diunduh 11 Desember 2011.

²⁴ Irna Nurhayati, *loc.cit.*

²⁵ Oliver Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), hlm. 141.

kesepakatan dengan nama apapun baik bersifat tertulis maupun tidak tertulis.²⁶ Namun, kesulitan muncul ketika putusan KPPU justru dibatalkan institusi pengadilan akibat ketiadaan bukti tertulis perjanjian (*direct evidence of an agreement*) sebagaimana yang terjadi dalam perkara kartel minyak goreng. Majelis hakim berpendapat bahwa *indirect evidence* (bukti tidak langsung) berupa komunikasi yang dilakukan para pelaku usaha, tidak dapat dijadikan dasar yang meyakinkan untuk menentukan adanya perjanjian tidak tertulis maupun penetapan harga.²⁷ Padahal dalam kartel, pelaku usaha lebih banyak melakukan kolusi diam-diam (*tacit collusion*) melalui kesepakatan implisit (*implicit agreement*).²⁸ Hal ini wajar mengingat pelaku usaha tidak akan cukup ceroboh mengadakan perjanjian tertulis yang jelas melanggar hukum persaingan yang konsekuensinya dapat digunakan sebagai alat bukti untuk menjerat mereka.

Secara umum terdapat dua metode pendekatan untuk mendeteksi kartel, yakni metode reaktif dan metode proaktif. Metode reaktif didasarkan pada kondisi eksternal sebelum otoritas persaingan menyadari kemungkinan adanya kartel dan memulai fase investigasi. Dalam metode ini, informasi orang dalam (*inside information*) menjadi sangat efektif untuk mendeteksi kartel. Informasi ini dapat bersumber baik dari pelaku kartel maupun individu yang mengetahui keberadaan kartel dan melaporkannya kepada otoritas persaingan. Sementara metode proaktif diinisiasi oleh otoritas persaingan yang bentuk-bentuknya dapat berupa analisis/studi ekonomi atau analisis/studi pasar, penelusuran media, *monitoring* kegiatan industri atau sektor tertentu, serta pertukaran pengalaman maupun *best practices* dengan otoritas persaingan lainnya. Metode proaktif dapat menjadi pelengkap dari metode reaktif, yang bisa dilakukan dengan cara mendorong para pihak, individual maupun

²⁶ Indonesia, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No.5 Tahun 1999, LN No. 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Pasal. 1 angka (6).

²⁷ Elvani Harifaningsih, "Pengadilan Batalkan Vonis KPPU", (24 Februari 2011), <http://www.bataviase.co.id/node/579270>, diunduh 11 Desember 2011.

²⁸ M. Udin Silalahi, "Circumstantial Evidence In The Substantiation Mechanism Against Cartel Infringements In Indonesia", *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 30, No.02, 2011, hlm. 43.

perusahaan untuk bertindak sebagai *whistle blower* atau bahkan untuk menerapkan *leniency*.²⁹

Tidak dapat dipungkiri sifat kerahasiaan kartel menjadi hambatan terbesar KPPU mengungkapkan keberadaan kartel, terlebih lagi KPPU tidak memiliki kewenangan menggeledah untuk menemukan dan menyita barang bukti. Anggota suatu kartel juga sangat berhati-hati dalam menjalankan perilaku kolusifnya mengingat adanya ancaman sanksi hukuman. Keadaan ini menyebabkan pengungkapan dan pembuktian kartel menjadi jauh lebih sulit dibandingkan dengan pengungkapan bentuk kesalahan perusahaan (*corporate misconduct*) lainnya. Untuk alasan ini, sejumlah besar yuridiksi telah mengadopsi apa yang dikenal sebagai *leniency program*. *Leniency program* memungkinkan otoritas persaingan menembus jubah kerahasiaan (*secrecy cloak*) kartel.³⁰

Leniency program telah diterapkan di sekurangnya 50 yurisdiksi di seluruh dunia yang juga mencakup negara-negara berpendapatan sedang dan rendah (*medium and low income countries*), di antaranya Brasil, Meksiko, Federasi Rusia, dan Afrika Selatan. Adapun pengaturan *leniency program* di negara-negara tersebut memiliki kemiripan dan bekerja secara paralel dengan pengaturan di Amerika Serikat dan Uni Eropa, dua yurisdiksi dengan penerimaan aplikasi *leniency* terbesar di dunia. Survei *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) menunjukkan melalui *leniency program* telah berhasil dideteksi sekurangnya 100 praktik kartel internasional, di luar dari kartel-kartel domestik di negara-negara di dunia.³¹

Leniency program yang efektif akan mendorong anggota kartel untuk memberikan pengakuan akan keterlibatannya dalam kartel kepada otoritas persaingan bahkan sebelum dimulainya fase investigasi. Dalam beberapa kasus investigasi di

²⁹ A.M. Tri Anggraini, "Mendeteksi Dan Mengungkap Kartel Dalam Hukum Persaingan Usaha", Jurnal Hukum Bisnis, Vol.30, No.02, 2011, hlm. 59.

³⁰ Antitrust Division Council for Economic Defense, Ministry of Justice, Brazil, "Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program", 2009, hlm. 17-26, http://www.oecd.org/data_oecd/52/22/43619651/pdf, diunduh 11 Desember 2011.

³¹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "The Use Of Leniency Programmes As A Tool For The Enforcement Of Competition Law Against Hardcore Cartels In Developing Countries", 26 Agustus 2010, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d4_eeen.pdf, diunduh 11 Desember 2011.

Amerika Serikat, *leniency program* justru mendorong anggota kartel meninggalkan kartel, mengadu kepada pemerintah, dan menyediakan bukti yang memberatkan anggota kartel lainnya.³² *Leniency program* merupakan terobosan penting dalam hukum persaingan usaha, namun sayangnya belum dikenal dalam rezim hukum persaingan di Indonesia.

Berkaitan dengan uraian di atas, penulis kemudian melakukan penelitiannya tentang *leniency program* sebagai instrumen untuk mengungkapkan keberadaan kartel dalam hukum persaingan usaha. Mengingat konsep *leniency* belum dikenal di Indonesia, penulis melakukan penelitiannya dengan melihat pada pengaturan *leniency program* dalam 2 (dua) yuridiksi hukum persaingan, yaitu hukum *antitrust* di Amerika Serikat dan hukum *antimonopoly* di Jepang dengan judul penelitian: **STUDI KOMPARATIF LENIENCY PROGRAM UNTUK PEMBUKTIAN KARTEL DALAM ANTITRUST LAW DI AMERIKA SERIKAT DAN ANTIMONOPOLY LAW DI JEPANG.**

1.2 Pokok Permasalahan

Berangkat dari latar belakang yang telah diuraikan sebelumnya, untuk memfokuskan penelitian dalam usulan penelitian ini, maka disusunlah perumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana pengaturan dan implementasi *leniency program* dalam rezim hukum *antitrust* di Amerika Serikat dan dalam rezim hukum *antimonopoly* di Jepang?
2. Bagaimana kemungkinan penerapan *leniency program* dalam rezim hukum persaingan usaha di Indonesia?

³² Scott D. Hammond, US Department of Justice, "Cornerstones of an Effective Leniency Program" 2004, hlm. 1, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>, diunduh 11 Desember 2011.

1.3 Tujuan Penelitian

Secara umum penelitian ini bertujuan untuk memperoleh data dan informasi berkaitan dengan konsep pengaturan *leniency program* dalam rezim hukum persaingan usaha di Amerika Serikat dan Jepang, namun secara khusus penelitian ini bertujuan untuk:

1. Menjelaskan dan menguraikan pengaturan dan implementasi *leniency program* dalam rezim hukum *antitrust* di Amerika Serikat dan dalam rezim hukum *antimonopoly* di Jepang baik berdasarkan peraturan perundang-undangan maupun norma yang ada dalam teori maupun praktik.
2. Menjelaskan dan menganalisis kemungkinan penerapan *leniency program* dalam rezim hukum persaingan usaha di Indonesia.

1.4 Manfaat Penelitian

Secara teoritis, penelitian ini diharapkan meningkatkan pengetahuan dan wawasan penulis dalam studi ilmu hukum khususnya Hukum Persaingan Usaha melalui pemahaman baik peraturan perundang-undangan maupun norma dalam teori dan praktik terkait peranan hukum sebagai sarana yang memastikan pengaturan dalam lingkup persaingan usaha.

Penelitian tentang *leniency program* dalam rezim hukum *antitrust* di Amerika Serikat dan rezim hukum anti *monopoly* di Jepang secara praktis juga diharapkan dapat memberikan masukan bagi upaya penegakan hukum pembuktian kartel di Indonesia dan dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi hakim, jaksa, polisi, advokat, pelaku usaha, serta diharapkan juga akan berguna bagi para pembuat kebijakan publik.

1.5 Kerangka Teori

Teori diartikan sebagai suatu sistem yang berisikan proposisi-proposisi yang telah diuji kebenarannya. Dengan berpedoman pada teori, seorang ilmuwan akan

dapat menjelaskan aneka macam gejala sosial yang dihadapinya walaupun hal ini tidak selalu berarti adanya pemecahan terhadap masalah yang dihadapi. Suatu teori juga mungkin memberikan pengarahan pada aktivitas penelitian yang dijalankan, dan memberikan taraf pemahaman tertentu.³³

Teori permainan (*game theory*) menjelaskan studi formal tentang pengambilan keputusan strategis yang mengedepankan prinsip *cost and benefit*. Teori ini bertitik tolak dari keadaan dimana seorang pengambil keputusan harus berhadapan dengan orang lain dengan kepentingan yang bertentangan. Masa depan yang dilandasi keputusan yang diambilnya dipengaruhi oleh keputusan yang diambil oleh orang lain. Ini mengandung arti, bahwa perolehan seseorang adalah sama dengan kehilangan dari orang lain. Pengambilan keputusan dalam suatu pertentangan atau antara dua pihak yang bersaing ini merupakan inti dari *game theory*.³⁴

Teori ini pertama kali diperkenalkan di tahun 1944 oleh ahli matematika John von Neumann dan ekonom Oskar Morgenstern dalam bukunya *Theory of Games and Economic Behavior*. *Game theory* kembali menerima perhatian besar dengan penganugrahan hadiah nobel ekonomi kepada John Nash, John Harsanyi, dan Reinhard Selten pada tahun 1994.³⁵

Prisoners' dilemma adalah paradigma yang paling dikenal dari *game theory*, pertama kali diperkenalkan oleh Merrill Flood dan Melvin Dresher, ilmuwan dari RAND Corporation di tahun 1950, dan disempurnakan oleh Albert W. Tucker pada tahun 1951.³⁶ Dalam konsep ini, polisi berhasil menangkap dua orang pelaku kriminal, yang telah melakukan pembunuhan dan kepemilikan senjata secara ilegal. Polisi dapat membuktikan kepemilikan senjata tersebut dan sesuai undang-undang

³³ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2008), hlm. 6.

³⁴ P. Siagian, *Penelitian Operasional Teori dan Praktek*, Cet. 1, (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1987), hlm. 349.

³⁵ Adam M. Brandenburger dan Barry J. Nalebuff, "The Right Game: Use Game Theory to Shape Strategy", Harvard Business Review, hlm. 57, [http://www2.dse.unibo.it/mantovan/Harvard%20Business%20Review%20-%20Using%20Game%20Theory%20To%20Shape%20Strategy%20\(1995\).pdf](http://www2.dse.unibo.it/mantovan/Harvard%20Business%20Review%20-%20Using%20Game%20Theory%20To%20Shape%20Strategy%20(1995).pdf), diunduh 18 Mei 2012.

³⁶ Avinash Dixit dan Barry Nalebuff, "Prisoners' Dilemma", The Concise Encyclopedia of Economics, <http://www.econlib.org/library/Enc/PrisonersDilemma.html>, diunduh 18 Mei 2012.

dapat memenjarakan masing-masing pelaku selama satu tahun, sebaliknya pembunuhan tidak dapat dibuktikan tanpa adanya pengakuan atau kesaksian dari salah satu pelaku. Dalam konsep *prisoner's dilemma*, polisi akan menggunakan *game theory* untuk mendorong keduanya untuk saling berkhianat.³⁷ *Game theory* memberikan kemampuan bagi para pelaku untuk merumuskan, menstrukturisasi, menganalisa dan memahami skenario strategis dalam keadaan ini.³⁸ Lebih lanjut, *game theory* akan menjelaskan bagaimana para pelaku akan mengambil keputusan terbaik sebagai strategi dominan masing-masing.³⁹ Keputusan terbaik ini merupakan esensi dari *game theory* dan telah diaplikasikan dalam berbagai disiplin ilmu di antaranya politik, ekonomi, sosiologi dan psikologi.⁴⁰

Sebagaimana dipahami, kartel membutuhkan kerjasama dari sekurangnya dua pelaku, sehingga sering diusulkan untuk melawan kartel dengan mengadu atau memperlagakan kedua pelakunya melalui struktur hukuman yang dikondisikan menyerupai konsep *prisoner's dilemma*. Hal ini menjadi ide dasar *leniency program* sebagai permainan strategis (*strategic game*) berdasarkan pada informasi, dimana keringanan hukuman diberikan kepada pelaku kartel yang mengakui kesalahannya, selama pengakuan tersebut memungkinkan otoritas persaingan usaha membuktikan kesalahan dan menjatuhkan hukuman berat bagi konspirator lainnya.⁴¹ Sebagaimana ditunjukkan oleh Christopher R. Leslie, profesor dari Chicago-Kent College of Law di tahun 2004, *leniency program* sanggup menyediakan nilai tambah (*leverage*) yang dibutuhkan untuk suksesnya aplikasi konsep *prisoner's dilemma* dalam hukum persaingan usaha.⁴² Konsep *prisoner's dilemma* dari *game theory* ini akan digunakan

³⁷ James D. Miller, *Game Theory at Work, How to Use Game Theory to Outthink and Outmaneuver Your Competition*, (New York: McGraw-Hill, 2003), hlm. 115.

³⁸ Theodore L. Turocy dan Bernhard von Stengel, "Game Theory", CDAM Research Report, 8 Oktober 2001, hlm.2 -4, <http://www.cdam.lse.ac.uk/Reports/Files/cdam-2001-09.pdf>, diunduh 11 Desember 2011.

³⁹ James D. Miller, *op.cit.*, hlm. 116.

⁴⁰ Theodore L. Turocy and Bernhard von Stengel, *op.cit.*, hlm. 4-5.

⁴¹ Giancarlo Spagnolo, "Optimal Leniency Programs", 13 Mei 2000, hlm. 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=235092, diunduh 18 Mei 2012.

⁴² Christopher R. Leslie, "Trust, Distrust, and Antitrust", *Texas Law Review*, Vol. 82, No. 3, Februari 2004, hlm. 640, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=703202, diunduh 19 Mei 2012.

sebagai pisau analisis penulis dalam menilai kemungkinan penerapan *leniency program* sebagai kebijakan (*policy*) dalam hukum persaingan usaha di Indonesia.

1.6 Kerangka Konseptual

Untuk menghindari perbedaan penafsiran serta memfokuskan pembahasan dalam proposal penelitian ini peneliti terlebih dahulu menjelaskan beberapa kerangka konseptual yang digunakan, sebagai berikut:

Barang adalah “setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.⁴³

Jasa adalah “setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.⁴⁴

Kartel adalah

kerjasama sejumlah perusahaan yang bersaing untuk mengkoordinasi kegiatannya sehingga dapat mengendalikan jumlah produksi dan harga suatu barang dan atau jasa untuk memperoleh keuntungan di atas tingkat keuntungan yang wajar.⁴⁵

Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah “komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.⁴⁶

Konsumen adalah “setiap pemakai dan atau pengguna barang dan atau jasa sesuai kepentingan diri sendiri maupun untuk kepentingan pihak lain”.⁴⁷

*Leniency Policy is “the written collection of principles and condition adopted by an agency that govern the leniency process”.*⁴⁸

⁴³ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal.1 angka 16.

⁴⁴ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 1 angka 17.

⁴⁵ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2010, hlm. 8.

⁴⁶ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal.1 angka 18.

⁴⁷ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal. 1 angka 15.

(*Leniency Policy* adalah prinsip-prinsip dan kondisi tertulis yang diadopsi otoritas persaingan untuk mengatur proses pemberian keringanan hukuman).

Leniency Program is

*a system, publicly announced, of, partial or total exoneration from the penalties that would otherwise be applicable to a cartel member which reports its cartel membership to a competition (law) enforcement agency.*⁴⁹

(*Leniency Program* adalah sebuah sistem pengampunan (amnesti) yang membebaskan anggota kartel yang mengadukan adanya praktik kartel kepada otoritas persaingan usaha, yang dapat berupa pembebasan dari sebagian maupun keseluruhan hukuman dan/atau denda yang seharusnya diterapkan).

Monopoli adalah “penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha”.⁵⁰

Mengatur Pemasaran adalah “mengatur jumlah yang akan dijual dan atau wilayah dimana para anggota akan menjual produksinya”.⁵¹

Mengatur Produksi adalah “menentukan jumlah produksi baik bagi kartel secara keseluruhan maupun bagi setiap anggota”.⁵²

Oligopoli adalah “*a market characterized by a small number of firms who realize they are interdependent in their pricing and output policies*”.⁵³

(Oligopoli adalah sebuah pasar yang ditandainya dengan terdapatnya beberapa pelaku usaha yang saling bergantung dalam harga dan kebijakan produksi).

⁴⁸ International Competition Network (ICN), Drafting and Implementing an Effective Leniency Program: Anti-Cartel Enforcement Manual”, Mei 2009, hlm.2, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>, diunduh 31 Maret 2012.

⁴⁹ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), “The Use Of Leniency Programmes As A Tool For The Enforcement Of Competition Law Against Hardcore Cartels In Developing Countries”, *op.cit.*, hlm. 3.

⁵⁰ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Ps 1 angka 1.

⁵¹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2010, hlm.16.

⁵² Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2010, hlm.16.

⁵³ R.S. Khemani dan D.M. Shapiro, “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, hlm. 63, <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, diunduh 11 Desember 2011.

Pasar adalah “lembaga ekonomi dimana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan atau jasa”.⁵⁴

Pelaku Usaha adalah

setiap orang perseorangan 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.⁵⁵

Pelaku Usaha Pesaing adalah “pelaku usaha lain yang berada di dalam satu pasar bersangkutan”.⁵⁶

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”.⁵⁷

Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah “persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.⁵⁸

1.7 Metode Penelitian

Untuk menjawab permasalahan yang telah dirumuskan dalam penelitian ini, penulis menggunakan penelitian hukum normatif (yuridis normatif), yaitu penelitian yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif.⁵⁹ Penelitian yuridis normatif ini menganalisis peraturan perundang-undangan persaingan usaha yang dikenal sebagai *antitrust law* di Amerika Serikat dan *antimonopoly law* di Jepang beserta dengan peraturan pelaksanaannya. Penelitian

⁵⁴ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal. 1 angka 9.

⁵⁵ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal.1 angka 5.

⁵⁶ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2010, hlm.16.

⁵⁷ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal. 1 angka 7.

⁵⁸ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal.1 angka 6.

⁵⁹ Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Normatif*, Ed. Revisi, (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), hlm. 295.

yuridis normatif ini juga menggunakan dua metode pendekatan yaitu pendekatan perundang-undangan (*statutory approach*) dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*). Pemilihan pendekatan perundang-undangan dilakukan untuk melihat pengaturan *leniency program* dalam dua yurisdiksi hukum persaingan, yaitu hukum *antitrust* di Amerika Serikat dan hukum *antimonopoly* di Jepang. Sementara pendekatan perbandingan didasarkan pada pemahaman bahwa penelitian hukum normatif yang menggunakan pendekatan perundang-undangan akan lebih akurat bila dibantu oleh satu atau lebih pendekatan lain yang cocok, guna memperkaya pertimbangan-pertimbangan hukum yang tepat untuk menghadapi problem hukum yang dihadapi.⁶⁰ Pendekatan perbandingan juga perlu dilakukan mengingat konsep *leniency program* belum dikenal dalam rezim hukum persaingan di Indonesia.

Amerika Serikat dipilih karena negara ini menganut pasar bebas yang paling fanatik serta memiliki seperangkat aturan hukum yang paling modern dan menjadi kiblat hukum persaingan banyak negara di dunia. Amerika Serikat sendiri merupakan negara kedua di dunia yang memiliki undang-undang yang mengatur persaingan (tahun 1890) setelah Kanada (1889).⁶¹ Selain itu, Amerika Serikat menggunakan sistem hukum *common law* yang merupakan salah satu sistem hukum dominan selain sistem hukum *civil law* yang dianut oleh Indonesia. Pertimbangan terakhir yang tidak kalah penting, Amerika Serikat merupakan negara pertama yang mengadopsi konsep *leniency program* dalam yurisdiksinya pada tahun 1978.⁶²

Adapun Jepang sebagai negara industri yang tidak pernah mengenal adanya aturan persaingan, namun dihadapkan pada kenyataan harus memiliki aturan tersebut berdasarkan bimbingan negara lain⁶³ yang selanjutnya menjadi dasar penting dalam

⁶⁰ *Ibid.*, hlm. 305.

⁶¹ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2009), hlm. 48.

⁶² Zhijun Chen dan Patrick Rey, "On The Design Of Leniency Programs", April 2007, <http://idei.fr/doc/by/rey/designofleniency.pdf>, diunduh 11 Desember 2011.

⁶³ Penguasaan Sekutu di bawah Jenderal Douglas Mc Arthur yang menduduki Jepang dalam Perang Dunia ke II, menekan Jepang agar secara sukarela menerapkan Undang-undang Anti Monopoli dan Persaingan Sehat seperti perangkat undang-undang yang dimiliki Amerika Serikat akibat adanya

menata ekonomi yang berorientasi pada mekanisme pasar. Jepang juga merupakan mitra dagang dominan bagi Indonesia, dan secara khusus telah tumbuh menjadi salah satu negara dengan kekuatan ekonomi yang diperhitungkan dunia.⁶⁴ Lebih lanjut, Jepang sebagai penganut sistem hukum *civil law* telah menerapkan *leniency program* sejak bulan Januari 2006 yang berhasil meningkatkan pengenaan sanksi denda bagi praktik penetapan harga, pengaturan kolusi tender, dan praktik-praktik kolusif lainnya.⁶⁵

Dilihat dari tipe penelitiannya, penelitian ini bersifat deskriptif. Penelitian deskriptif dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti mungkin tentang obyek penelitian terutama untuk membantu di dalam memperkuat teori-teori lama atau didalam kerangka menyusun teori-teori baru.⁶⁶

Penelitian ini menggunakan jenis data sekunder melalui studi dokumen (studi kepustakaan). Data sekunder tersebut terdiri dari bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan persaingan usaha, yaitu *antitrust law* di Amerika Serikat dan *antimonopoly law* di Jepang, kebijakan (*policy*) dari *Department of Justice - Antitrust Division* Amerika Serikat dan *Japan Fair Trade Commission*. Studi kepustakaan juga dilakukan terhadap bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan di Indonesia meliputi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No.5/1999), peraturan-peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), putusan-putusan menyangkut perkara kartel KPPU, dan putusan-putusan Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung terkait upaya keberatan dan kasasi terhadap putusan

anggapan bahwa kartel industri (*zanbatsu*) telah dimanfaatkan oleh pemerintah Jepang sebagai pendukung peperangan di Asia Timur dan Asia Tenggara, dan menjadi salah satu penyebab agresivitas militerisme Jepang yang memacu terjadinya Perang Dunia ke II. Hal yang sama juga terjadi dengan Jerman dibawah pendudukan tentara Sekutu pimpinan Jenderal Eisenhower. Lihat “Global Harmonization of National Antitrust/Competition Law” dalam *International Contract Advisor*, Vol. II, No. 2, <http://www.ljextra.com/practice/internet/GLOBAL.html.05/09/97> sebagaimana dikutip dari Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 49.

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 48-49.

⁶⁵ Joseph E. Harrington, “Corporate Leniency Programs And The Role Of The Antitrust Authority In Detecting Collusion”, 31 Januari 2006, <http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf>, diunduh 11 Desember 2011.

⁶⁶ Soerjono Soekanto, *op.cit.*, hlm. 10.

KPPU. Bahan hukum primer digunakan untuk mendapatkan landasan hukum dari permasalahan yang diteliti penulis.

Penulis juga menggunakan sumber hukum sekunder berupa buku-buku teks, jurnal-jurnal ilmiah, makalah, tesis, dan tulisan-tulisan lain berkaitan dengan *leniency program*. Bahan hukum sekunder berguna untuk mendapatkan landasan teoritis dan memberikan penjelasan tentang bahan hukum primer yang digunakan. Sementara bahan hukum tersier sebagai pedoman untuk mengkaji bahan hukum primer dan sekunder diperoleh melalui kamus, yaitu *Black's Law Dictionary* dan *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*.

Pengumpulan bahan hukum dan studi kepustakaan dilakukan dengan memanfaatkan koleksi Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, dan Perpustakaan Pusat Universitas Indonesia, serta dengan memanfaatkan website-website yang memiliki informasi berkaitan dengan bahan penulisan seperti *Westlaw*, *Social Science Research Network* (SSRN), JSTOR, dan OECD.

Untuk mendukung penelitian terhadap studi kepustakaan, dilakukan wawancara terhadap narasumber, yaitu Arnold Sihombing, S.H., M.H yang adalah Kepala Divisi Legal, Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan ahli-ahli hukum persaingan usaha, yaitu Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M., Ph.D dan Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D.

Bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian studi kepustakaan dan aturan perundang-undangan diuraikan dan dihubungkan sedemikian rupa sehingga disajikan dalam penulisan yang lebih sistematis guna menjawab permasalahan yang telah dirumuskan. Selanjutnya bahan hukum yang ada dianalisis dengan menggunakan metode analisis data kualitatif guna melihat kemungkinan penerapan *leniency program* sebagai sarana penegakan hukum pembuktian kartel dalam hukum persaingan usaha di Indonesia.

1.8 Sistematika Laporan Penelitian

Untuk memberikan gambaran kepada pokok permasalahan yang diuraikan dalam penelitiannya, penulis membuat sistematika sebagai berikut:

BAB I sebagai pendahuluan menguraikan latar belakang masalah, pokok permasalahan, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka teori, kerangka konseptual, metode penelitian, dan sistematika penelitian.

BAB II menguraikan konsep kartel dan mekanisme beroperasinya kartel dalam hukum persaingan usaha, pengaturan kartel di Amerika Serikat, Jepang, dan Indonesia, kewenangan otoritas persaingan di masing-masing negara, serta pendekatan penerapan kartel di dalam hukum persaingan usaha.

BAB III membahas konsep *leniency program* dalam hukum persaingan dan melihat lebih dekat pengaturan *leniency policy* di Amerika Serikat dan Jepang, serta sekaligus menguraikan dan melakukan perbandingan menyangkut jenis dan prosedur serta implementasi *leniency program* di kedua negara.

BAB IV membahas dan menganalisis kemungkinan penerapan *leniency program* di Indonesia diawali dengan uraian tentang kesulitan dalam pembuktian kartel di Indonesia, konsep *prisoner's dilemma* dalam pelanggaran kartel, dan memberikan kajian menyangkut sanksi pelanggaran kartel di Indonesia.

Bab V merupakan bab terakhir dimana peneliti berusaha menyimpulkan hal-hal yang menjadi pokok pembahasan dalam usulan penelitian ini dan mencoba memberikan beberapa saran yang kiranya bermanfaat di masa yang akan datang.

BAB 2

Universitas Indonesia

TINJAUAN TENTANG KARTEL DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

2.1 Konsep Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha

Dalam konsep pasar bebas, mekanisme pasar berlangsung atas dasar prinsip keseimbangan yang diciptakan melalui interaksi kekuatan penawaran dan permintaan yang berjalan tanpa komando (kecuali oleh tangan-tangan yang tidak kelihatan atau *invisible hands*) dan berjalan secara serasi dengan hanya ditunjang oleh sistem harga. Namun, dalam praktiknya mekanisme pasar dapat berjalan tanpa mempedulikan aspek keadilan dan kepatutan terutama sebagai akibat dari tindakan-tindakan anti persaingan yang dilakukan oleh pelaku usaha, sehingga tetap diperlukan adanya campur tangan negara dalam bentuk kebijakan publik yang dibuat secara transparan dalam bentuk aturan hukum persaingan.⁶⁷

Berbicara hukum persaingan, perlu untuk pertama-tama memisahkan apa yang dimaksud sebagai “kebijakan” (*policy*) dan “hukum” (*law*) dalam isu persaingan usaha. Perbedaan pengertian antara terminologi “kebijakan persaingan usaha” (*competition policy*) dengan “hukum persaingan usaha” (*competition law*), pada dasarnya terletak pada keluasan lingkup pengertian dan bidang pembahasan dari kedua terminologi tersebut. Pengertian kebijakan persaingan usaha melingkupi pula hukum persaingan usaha. Dengan kata lain, hukum persaingan usaha merupakan salah satu cabang pembahasan dalam kebijakan persaingan usaha.⁶⁸ Disamping meliputi hukum persaingan usaha, kebijakan persaingan usaha juga melingkupi perihal deregulasi, *foreign direct investment*, serta kebijakan lain yang ditujukan untuk mendukung persaingan usaha seperti pengurangan pembatasan impor dan juga aspek kepemilikan intelektual (*intellectual property*).⁶⁹

⁶⁷ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 129-131.

⁶⁸ HMBC Rikrik Rizkiyana dan Vovo Iswanto, *op.cit.*, hlm. 60.

⁶⁹ Syamsul Maarif dan B.C. Rikrik Rizkiyana, “Posisi Hukum Persaingan Usaha Dalam Sistem Hukum Nasional” Maret, 2004, hlm. 3, <http://www.kppu.go.id/docs/Makalah/persaingan-usaha.pdf>, diunduh 18 Maret 2012.

Berdasarkan analisis terhadap elemen-elemen utama yang saling berinteraksi yaitu antara perilaku pasar, struktur pasar dan kinerja pasar, maka kebijakan persaingan merupakan kebijakan yang berkaitan dengan upaya-upaya untuk mencapai efisiensi atas pemakaian sumber daya dan perlindungan kepentingan konsumen. Kebijakan persaingan terutama dilaksanakan melalui pengawasan terhadap struktur pasar dan perilaku pasar yang didasarkan pada analisis terhadap masukan informasi yang diperoleh dari kinerja pasar.⁷⁰ Fokus utama kebijakan persaingan usaha adalah menciptakan suatu kondisi dimana alokasi sumber daya yang sifatnya terbatas dapat berlangsung dengan efisien. Kebijakan persaingan usaha bertujuan untuk meringankan kesulitan keluar-masuk pasar bagi pelaku usaha melalui penghapusan hambatan-hambatan, baik yang ditetapkan oleh pemerintah, hambatan struktural maupun halangan masuknya pemain baru (*entry barriers*) yang diterapkan pelaku usaha pendahulu. Hambatan oleh pemerintah meliputi antara lain hambatan perdagangan, peraturan, kontrol harga, dan prosedur menyangkut alokasi input. Adapun yang menjadi hambatan struktural adalah kebutuhan biaya terbuang yang tinggi (*high sunk cost*), yang menjadi hambatan bagi pendatang baru yang berniat untuk masuk ke pasar. Sementara pelaku usaha pendahulu dapat mencegah masuknya pendatang baru melalui strategi jual rugi (*predatory pricing*), diferensiasi produk, dan penggunaan iklan.⁷¹

Asal usul kebijakan dan hukum persaingan usaha dapat ditelusuri sejak akhir abad kesembilanbelas. Pada tahun 1887, Amerika Serikat membentuk *Interstate Commerce Commission* sebagai badan regulasi federal pertama untuk mengatur rel kereta api.⁷² Amerika Serikat juga menerapkan *the Sherman Act* pada tahun 1890

⁷⁰ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, op.cit., hlm. 96.

⁷¹ Avinash Dixit, "Recent Developments In Oligopoly Theory", *The American Economic Review* Vol. 72, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Fourth Annual Meeting of the American Economic Association, Mei 1982, hlm. 12-17, <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/Dixit82-oligopoly-survey.pdf>, diunduh 18 Maret 2012.

⁷² Leonard W. Weiss dan Allyn D. Strickland, *Regulation: A Case Approach*, Ed.2, (New York: McGraw-Hill, Inc, 1982), hlm. 17.

terutama sebagai reaksi atas formasi *trust*⁷³. Langkah ini diikuti oleh dua negara yang kalah perang, yaitu Jerman dan Jepang melalui pemaksaan *Marshall Plan Program* oleh Amerika Serikat.⁷⁴

Meskipun pada hakekatnya memiliki kesamaan substansial, namun terdapat perbedaan menyangkut penamaan hukum persaingan usaha di beberapa negara, yaitu dikenal sebagai *Antitrust Law* di Amerika Serikat, *Antimonopoly Law* di Jepang, *Act Against Restraints of Competition* di Australia, dan *Competition Law* di Eropa. Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 memilih menggunakan istilah Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, meskipun selanjutnya lebih sering disebut dengan istilah hukum persaingan usaha (UU No.5/1999).⁷⁵

Dua hal yang menjadi unsur penting bagi penentuan kebijakan yang ideal dalam pengaturan persaingan di negara-negara dengan undang-undang persaingan usaha adalah kepentingan publik (*public interest*) dan efisiensi ekonomis (*economic efficiency*).⁷⁶ Kedua unsur penting ini juga merupakan bagian dari tujuan diundangkannya UU No.5/1999.⁷⁷

Persaingan usaha tidak sehat dapat dipahami sebagai kondisi persaingan di antara pelaku usaha yang berjalan secara tidak *fair*. UU No. 5/1999 memberikan tiga indikator terjadinya persaingan usaha tidak sehat, yaitu: (1) persaingan usaha yang

⁷³ Trust didefinisikan sebagai: “a form of business organization, similar to a corporation, in which investors receive transferable certificates of beneficial interest (instead of stock shares). Lihat: *Black’s Law Dictionary*, ed.8, (Minnesota: West Publishing, 2004), hal. 1547.

⁷⁴ HMBC Rikrik Rizkiyana dan Vovo Iswanto, *op.cit.*, hlm. 59.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 217.

⁷⁷ Sebagaimana dimuat dalam Pasal 3 UU No.5/1999, tujuan pembentukan undang-undang ini adalah:

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

dilakukan secara tidak jujur; (2) persaingan usaha yang dilakukan dengan cara melawan hukum; dan (3) persaingan usaha yang dilakukan dengan cara menghambat terjadinya persaingan di antara pelaku usaha.⁷⁸ Lebih lanjut UU No.5/1999 mengkatagorisasikan tindakan-tindakan anti persaingan ke dalam bentuk-bentuk perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, dan posisi dominan serta penyalahgunaannya.

*United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*⁷⁹ telah menerbitkan *Model Law on Competition* sebagai panduan atau standar hukum persaingan, yang antara lain memuat tiga katagori perilaku yang diatur atau dilarang, meliputi: (1) praktek atau perjanjian yang dilarang, (2) penyalahgunaan posisi dominan, dan (3) pengendalian merger. Termasuk dalam katagori perjanjian dilarang, antara lain adalah perjanjian penetapan harga antara pesaing (*price fixing*), pembagian pasar (*market allocation*), dan pembatasan/kuota produksi atau penjualan. Sementara itu, katagori praktek penyalahgunaan posisi dominan meliputi praktik diskriminasi harga atau non harga, penolakan untuk bertransaksi, jual rugi (*predatory pricing*), dan lain sebagainya.⁸⁰

Dari aspek teori kebijakan persaingan usaha, kartel merupakan perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga di atas harga bersaing di pasar.⁸¹ Dalam *Black's Law Dictionary*, kartel diartikan sebagai:⁸² “*A combination of producer of any product joined together to control its production, sale, and price, so as to obtain a monopoly and restrict competition in any particular industry or commodity*”.

⁷⁸ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 1 angka 6.

⁷⁹ UNCTAD adalah bagian dari organisasi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) yang bertanggung jawab dalam pengembangan perdagangan dan pembangunan termasuk di dalamnya pengembangan hukum persaingan.

⁸⁰ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), “Model Law On Competition”, (United Nations: Geneva, 2000), http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7f8_en.pdf, diunduh 3 November 2011.

⁸¹ Alter Mette dan Juliet Young, “Economic Analysis Of Cartels-Theory And Practice”, E.C.L.R, 2005, Vol. 26, No. 10, 546-557, hlm. 1, <http://centers.law.nyu.edu/jmtoc/article.cfm?id=1361029858>, diunduh 20 Maret 2012.

⁸² *Black's Law Dictionary*, Ed.8, (Minnesota: West Publishing, 2004), hal. 227.

Sementara itu, Richard Posner mengartikan kartel sebagai:⁸³

A contract among competing seller to fix the price of product they sell (or, what is the small thing, to limit their out put) is likely any other contract in the sense that the parties would not sign it unless they expected it to make them all better off.

Kartel dapat diartikan secara sempit, namun di sisi lain juga dapat diartikan secara luas. Dalam arti sempit, kartel adalah sekelompok perusahaan yang seharusnya bersaing, tetapi justru berbalik dan bersama-sama menyetujui untuk menetapkan harga guna meraih keuntungan monopolistis.⁸⁴ Sementara dalam pengertian luas, kartel meliputi perjanjian antara para pesaing untuk membagi pasar, mengalokasikan pelanggan dan menetapkan harga. Jenis kartel yang paling umum terjadi di kalangan penjual adalah berupa perjanjian penetapan harga, persekongkolan penawaran tender, perjanjian pembagian wilayah (pasar) atau pelanggan, dan perjanjian pembatasan output. Sedangkan yang paling sering terjadi di kalangan pembeli adalah perjanjian penetapan harga, perjanjian alokasi dan persekongkolan tender.⁸⁵

Pada umumnya terdapat beberapa karakteristik dari kartel. Pertama, terdapat konspirasi antara beberapa pelaku usaha. Kedua, melakukan penetapan harga. Ketiga, agar penetapan harga dapat berjalan efektif, maka dilakukan pula alokasi menyangkut konsumen, produksi, maupun wilayah. Keempat, karena adanya perbedaan kepentingan di antara pelaku usaha (misalnya dikarenakan perbedaan biaya), maka diperlukan adanya kompromi di antara anggota kartel, melalui pemberian kompensasi dari anggota kartel besar kepada mereka yang kecil.⁸⁶

2.2 Mekanisme Beroperasinya Kartel

⁸³ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Ed.4, (Boston: Little Brown and Company, 1992), hlm. 285.

⁸⁴ Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, (Minnesota: West Group Publishing Co, 1993), hlm. 71.

⁸⁵ A.M. Tri Anggraini, *op.cit.*, hlm. 52-53.

⁸⁶ William R. Anderson dan C. Paul Rogers III, "Antitrust Law: Policy And Practice", ed.3, (Lexis Publishing Co, 1999), hlm.349, sebagaimana dimuat dalam Fahmi Lubis, *et.al.*, *op.cit.*, hlm. 107.

Perjanjian kartel merupakan wadah perwujudan perjanjian antara dua atau lebih pelaku usaha pesaing yang sepakat melakukan sesuatu untuk kepentingan bersama. Kepentingan bersama dimaksud adalah mendapatkan keuntungan yang lebih tinggi dibandingkan dengan tidak melakukan kartel. Bentuk kartel sendiri dapat berupa asosiasi, pemasaran bersama (konsorsium) atau bentuk-bentuk lainnya.⁸⁷

Pada umumnya, kartel dipraktikkan oleh asosiasi dagang (*trade associations*) bersama para anggotanya. Keberadaan asosiasi dagang membawa manfaat yang tidak sedikit bagi anggotanya, mulai dari merumuskan standar teknis, memberikan nilai tambah dalam usaha mempengaruhi kebijakan pemerintah, dan banyak lagi. Namun, bahaya akan muncul bila kegiatan asosiasi tersebut justru dimanfaatkan untuk mengatur harga.⁸⁸

Dalam praktiknya, salah satu syarat terjadinya kartel mengharuskan adanya perjanjian atau kolusi antara pelaku usaha, baik kolusi eksplisit yang dilakukan secara langsung antara anggota kartel maupun kolusi diam-diam yang dapat terjadi akibat adanya “*meeting of mind*” di antara pelaku usaha. Dalam kolusi eksplisit, komunikasi kesepakatan anggota kartel dapat dibuktikan melalui adanya dokumen perjanjian, data mengenai audit bersama, kepengurusan kartel, kebijakan-kebijakan tertulis, data penjualan dan data-data lainnya. Sementara dalam kolusi diam-diam, pelaku kartel menjauhkan bentuk komunikasi secara langsung dan melakukan pertemuan-pertemuan mereka secara rahasia. Bentuk kolusi diam-diam ini sangat sulit untuk dideteksi oleh otoritas persaingan.⁸⁹

Komunikasi dapat terlaksana dalam beragam bentuk. Komunikasi tidak selalu harus dilakukan dalam bentuk kata-kata atau bahasa (*linguistic*), namun juga mencakup tindakan yang dilakukan secara sepihak (misalnya melalui pengumuman) dengan tujuan mendorong audiensnya untuk mempercayai sesuatu hal, atau untuk

⁸⁷ Ningrum Natasya Sirait, “Perjanjian Kartel Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat”, dalam *Litigasi Persaingan Usaha (Competition Litigation)*, Centre for Finance, Investment and Securities Law (CFISEL), (Jakarta: PT. Telaga Ilmu Indonesia, 2010), hlm. 157.

⁸⁸ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 230-231.

⁸⁹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2010, hlm. 8-9.

menarik suatu kesimpulan. Hal ini dapat mengakibatkan timbulnya perilaku saling menyesuaikan (*concerted practices*), baik terkait harga, kuota produksi, ataupun wilayah pemasaran yang mengarah pada kolusi tanpa adanya kerjasama eksplisit di antara para pihaknya.⁹⁰ Koordinasi atau saling ketergantungan interdependen ini sering terjadi pada struktur pasar oligopoli. Oligopolis senantiasa memperhitungkan tindakan pesaingnya dalam mengambil keputusan strategis menyangkut harga dan output, layaknya kartel tanpa adanya suatu persetujuan eksplisit. Perilaku terkoordinasi ini dikenal sebagai *tacit collusion* (kolusi diam-diam) atau *conscious parallelism* (paralelisme yang sadar).⁹¹ Namun demikian, melakukan tindakan didasarkan pada keadaan saling ketergantungan ini tidak termasuk definisi persekongkolan tradisional, dikarenakan seorang oligopolis tidak mempunyai pilihan selain memperhatikan perilaku pesaingnya di pasar.⁹²

Praktik kartel dapat berjalan sukses apabila pelaku usaha yang terlibat di dalamnya merupakan mayoritas pelaku usaha yang berkecimpung di dalam pasar tersebut atau dalam struktur pasar oligopoli. Dalam pasar oligopoli, pelaku usaha tidak dapat mengendalikan harga secara sepihak dan harus senantiasa mempertimbangkan reaksi dari pesaing dekatnya.⁹³ Struktur pasar jenis ini akan memudahkan pelaku usaha untuk menjalankan koordinasi, kerja sama, menguasai dan mengontrol sebagian besar pangsa pasar.⁹⁴

Lebih lanjut, terdapat beberapa faktor yang diidentifikasi konduktif terhadap kemungkinan terbentuknya kartel antara lain tingkat konsentrasi penjual yang tinggi (hanya terdapat beberapa kompetitor), halangan keluar masuk yang

⁹⁰ Oliver Black, *op.cit.*, hlm. 142-158.

⁹¹ Organisation For Economic Co-Operation And Development (OECD), "Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law", <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, hal 21, diunduh 21 Maret 2012.

⁹² Philip Areeda, *Hukum Antitrust Amerika*, dalam *Ceramah-Ceramah Tentang Hukum Amerika Serikat*, penyusun Harold J. Berman, diterjemahkan oleh Gregory Churchill, (Jakarta: PT. Tatanusa, 1996), hlm. 170.

⁹³ Leonard . Weiss dan Allyn D. Strickland, *op.cit.*, hlm. 16.

⁹⁴ L. Budi Kagramanto, "Pengaturan Dan Permasalahan Yang Muncul Dalam Pengaturan Dan Pelaksanaan Perjanjian Yang Dilarang", disampaikan dalam Forum Diskusi Pakar HKHPM-MH UGM, Yogyakarta, 25 November 2010, hlm. 21, sebagaimana dimuat oleh Irna Nurhayati, *op.cit.*, hlm.7.

tinggi, homogenitas produk, biaya produksi yang hampir sama, kapasitas produksi yang berlebih, ketergantungan konsumen atas produk, sejarah adanya kolusi dan kemudahan pertukaran informasi.⁹⁵ Kelangsungan hidup kartel sendiri dapat dijamin melalui ancaman akan tindakan pembalasan (*retaliation threats*) terhadap anggota kartel yang berlaku curang dan skema kompensasi. Tindakan pembalasan dilakukan oleh anggota kartel terhadap anggota kartel yang berlaku curang melalui pemotongan harga sementara untuk menghancurkan bisnis atau mengisolasi anggota yang berbuat curang tersebut. Sementara melalui skema kompensasi seorang pelaku kartel yang diketahui telah menjual lebih banyak daripada jumlah yang dialokasikan untuknya, diharuskan untuk memberikan kompensasi terhadap anggota kartel lainnya.⁹⁶

Inti dari perjanjian kartel adalah adanya komitmen dari anggotanya. Kesuksesan kartel akan tergantung pada jenis industri, caranya beroperasi dan kerjasama di antara para anggotanya. Semakin besar jumlah pesaing yang ikut dalam perjanjian itu maka pengawasan atau pengontrolannya akan semakin sulit. Natur dari perjanjian kartel juga rentan terhadap kesetiaan para anggotanya, dimana akan timbul kecenderungan bagi anggota kartel yang merasa diperlakukan tidak sama untuk mengkhianati perjanjian kartel tersebut.⁹⁷

2.3 Pengaturan Kartel di Amerika Serikat, Jepang, dan Indonesia

Regulasi persaingan usaha di beberapa negara mempunyai baik perbedaan maupun kesamaan sebagai akibat dari kondisi sosiologis dan politik yang terjadi pada saat pembentukan regulasi tersebut. Sebagai produk hukum, regulasi persaingan usaha tidak terlepas dari konfigurasi, pengaruh politik, serta kebijakan pemerintah yang berkuasa.⁹⁸

⁹⁵ Cento Veljanovski, "The Economic Of Cartels", 21 Maret 2007, hml. 4-5, <http://www.casecon.com/data/pdfs/EconomicsCartelsFinYearbook.pdf>, diunduh 21 Maret 2012.

⁹⁶ Amit Sanduja, "Report On Leniency Programme: A Key Tool To Detect Cartels", Desember 2007, hlm. 19, http://cci.gov.in/images/media/ResearchReports/leniencyproject_amitsanduja_11_03_2008_20080715104637.pdf, diunduh 31 Maret 2012.

⁹⁷ Ningrum Natasya Sirait, *loc.cit.*

⁹⁸ Mahfud MD, *Politik Hukum*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), hlm. 8.

Lahirnya undang-undang yang mengatur persaingan usaha di Amerika Serikat dilatarbelakangi oleh pertumbuhan industri yang mengacu pada kemajuan ekonomi negara tersebut memasuki abad kesembilan belas. Saat itu, penyalahgunaan kekuatan ekonomi swasta yang membahayakan kepentingan konsumen mulai muncul. Kekuatan ekonomi tersebut diperoleh melalui pembentukan kartel-kartel industri dan pengelompokan usaha-usaha besar di bawah kontrol satu atau lebih pengusaha swasta.⁹⁹ Kepemilikan saham suatu perusahaan oleh perusahaan lainnya (*intercorporate stock holdings*) merupakan hal yang dilarang pada saat itu, sehingga untuk menyimpanginya pengusaha swasta besar kemudian memilih untuk menggunakan sarana *trust*. Kemunculan *trust* di industri penyulingan minyak, gula, dan industri lainnya pada akhir tahun 1880 menimbulkan keresahan dan mendorong timbulnya gerakan populis menuntut diberlakukannya undang-undang *antitrust*, yang oleh *Congress* diberlakukan pada tahun 1890, yaitu *Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies* atau yang lebih dikenal sebagai *Sherman Act*.¹⁰⁰

Sherman Act merupakan dasar dari *antitrust law* di Amerika Serikat yang kemudian diikuti oleh banyak negara bagian sebagai model dari undang-undangnya. Sesuai dengan tuntutan serta kemajuan jaman, *Sherman Act* telah mengalami berbagai perubahan dan tambahan sejak diundangkannya, secara berturut-turut melalui *Expediting Act* (1903), *Wilson Tariff Act* (1913), *Clayton Act* (1914), *Federal Trade Commission Act* (1914), *Securities and Exchange Act* (1934), *Robinson-Patman Price Discrimination Act* (1936), *Celler-Kefauver Anti Merger Act* (1950), *Antitrust Civil Procees Act* (1962), *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* (1976), *The International Antitrust Enforcement Assistance Act* (1994), *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (2004), dan *Foreign Trade Antitrust*

⁹⁹ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 133.

¹⁰⁰ Leonard W. Weiss dan Allyn D. Strickland, *op.cit.*, hlm. 18.

Improvement Act (2005).¹⁰¹ Banyaknya aturan hukum *antitrust* tersebut merupakan refleksi upaya pemerintah Amerika Serikat untuk meningkatkan efektivitas berbagai aturan hukum, sesuai dengan kebutuhan jaman dan kemajuan ekonomi guna menciptakan persaingan sehat.¹⁰²

Ketentuan tentang kartel dimuat dalam *Section 1, Sherman Act*, yang bunyinya:¹⁰³

*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*¹⁰⁴

Sherman Act merupakan ketentuan *antitrust* pemerintah federal yang utama, yang dapat membawa konsekuensi sanksi berat terhadap pelanggarannya. Meskipun kebanyakan penegakan hukumnya bersifat perdata (*civil offense*)¹⁰⁵, *Sherman Act* juga merupakan hukum pidana (*criminal offense*), dimana pelanggaran terhadapnya akan berimplikasi pada penuntutan oleh *United States Department of Justice*.¹⁰⁶ Sebagai bentuk kejahatan (*felony*), pelanggaran atas *Section 1, Sherman Act* yang

¹⁰¹ Ketentuan perundang-undangan tentang antitrust dan perdagangan dapat ditemukan dalam The Code of Laws of the United States of America (Unites States Code), Title 15-Commerce and Trade, <http://uscode.house.gov/>, diunduh 23 Maret 2012.

¹⁰² Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia, op.cit.*, hlm. 135.

¹⁰³ Lihat: <http://uscode.house.gov/uscode/cgi/fastweb.exe?get doc+us cview+ t13t 16+ 527+ 47 + +%28%29%20%20A>, diunduh 21 Maret 2012.

¹⁰⁴ Sanksi pidana dalam ketentuan ini adalah berdasarkan perubahan terakhir pasca diundangkannya Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004 (Public Law 108-237, Section. 213(b)), yang berlaku efektif sejak 22 Juni 2004. Undang-undang ini meningkatkan jumlah sanksi pidana *Sherman Act*, dimana pidana penjara dari yang semula selama 3 tahun diubah menjadi selama 10 tahun, dan pidana denda maksimum, yang semula \$350,000 untuk individu ditingkatkan menjadi \$1,000,000 dan yang semula \$10,000,000 untuk korporasi ditingkatkan menjadi \$100,000,000.

¹⁰⁵ Yaitu dalam bentuk permohonan injUNCTION dan gugatan treble damages yang dikaitkan dengan ketentuan dalam Clayton Act.

¹⁰⁶ Federal Trade Commission, *An FTC Guide to the Antitrust Laws*, hlm. 1, <http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf>, hlm. 1, diunduh 23 Maret 2012.

dilakukan oleh korporasi diancam dengan sanksi pidana denda (*criminal fine*), sementara untuk individual selain sanksi pidana denda juga dapat dijatuhkan pidana penjara (*imprisonment*).¹⁰⁷ Berdasarkan hukum federal¹⁰⁸, jumlah maksimal pidana denda dapat ditingkatkan menjadi dua kali lipat dari keuntungan yang diperoleh pelaku kartel (*twice the gain derived by*) atau dua kali lipat kerugian yang diderita oleh korban kartel (*twice the loss caused by*), apabila jumlah salah satunya lebih besar dari US\$ 100 juta.¹⁰⁹

Terdapat dua aktor utama dalam penegakan hukum persaingan di Amerika Serikat yaitu *Department of Justice - Antitrust Division* (DOJ-AD) dan *Federal Trade Commission* (FTC).¹¹⁰ Keduanya bersama-sama bertanggungjawab dalam menegakkan hukum persaingan federal di Amerika Serikat dan dapat mengajukan gugatan perdata (*civil proceedings*), namun demikian khusus penuntutan pidana hanya dapat dilakukan oleh DOJ-AD. Mayoritas tuntutan pidana yang diajukan DOJ-AD didasarkan pada perjanjian horizontal berupa penetapan harga, kolusi tender, maupun alokasi pelanggan dan wilayah pemasaran.¹¹¹ DOJ-AD memiliki kewenangan yang luas dan dapat melakukan penyadapan terhadap alat komunikasi dalam melakukan penyelidikan dugaan pelanggaran kartel.¹¹²

¹⁰⁷ Daniel J. Bennett, "Killing One Bird With Two Stones: The Effect of Empagran and The Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 on Detecting and Detering International Cartels", *Georgetown Law Journal*, 93 Geo.L.L.1421, April 2005, hlm. 1436-1437.

¹⁰⁸ Hukum dimaksud adalah Alternative Fine Statute (18 U.S.C. § 3571(d)) yang berlaku efektif sejak 1 November 1987. Alternative Fine Statute mengatur mekanisme meningkatkan nilai pidana denda bagi semua kejahatan federal di luar ketentuan undang-undang yang mengaturnya. Dalam praktiknya ketentuan ini digunakan oleh Department of Justice- Antitrust Division ketika menegosiasikan plea agreement dengan pelaku kejahatan. Apabila pelaku kejahatan berkeberatan, maka berdasarkan preseden Apprendi Case Law, Department of Justice harus membuktikan besarnya nilai keuntungan/kerugian tersebut kepada juri dalam sidang pengadilan yang selanjutnya akan memutus berdasarkan doktrin beyond reasonable doubt. Lihat: "Comments Of The ABA Section Of Antitrust Law, In Response To The Antitrust Modernization Commission's Request For Public Comment On Criminal Remedies-The Alternative Fine Statute-18 USC § 3571(d)", Juni 2006, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_criminal-remedies.authcheckdam.pdf, diunduh 23 Maret 2012.

¹⁰⁹ Federal Trade Commission, *An FTC Guide to the Antitrust Laws*, loc.cit.

¹¹⁰ Leonard W. Weiss dan Allyn D. Strickland, *op.cit.*, hlm. 4.

¹¹¹ Candice Jones, et al., "Antitrust Violation", *American Criminal Law Review*, Westlaw 38 Am. Crim. L. Rev. 431, Summer 2001, hlm. 466.

¹¹² Kewenangan ini didapatkan *Antitrust Division* sejak Maret 2006, yaitu ketika pelanggaran terhadap ketentuan *Sherman Act* dimasukkan ke dalam daftar tindak pidana asal (*predicate crimes*)

Federal Trade Commission Act (FTC Act) melarang bentuk-bentuk tindakan anti persaingan dan kegiatan serta praktik-praktik penipuan. Berdasarkan yurisprudensi *Supreme Court*, semua pelanggaran terhadap *Sherman Act* adalah merupakan pelanggaran atas FTC Act, dan karenanya walaupun FTC tidak secara teknis bertanggungjawab menegakkan *Sherman Act*, ia juga dapat memproses kasus-kasus pelanggaran FTC Act yang sekaligus merupakan pelanggaran atas *Sherman Act*. Ketentuan dalam *Clayton Act* melarang dilakukannya tindakan-tindakan anti persaingan berkaitan dengan merger, akuisisi dan jabatan rangkap, sementara *Robinson-Patman Act* mengamandemen *Clayton Act* dan melarang dilakukannya praktik-praktik diskriminasi harga. Lebih lanjut, *Hart-Scott-Rodino Act* mewajibkan perusahaan yang akan melakukan merger atau akuisisi bernilai signifikan untuk terlebih dahulu melaporkan rencananya kepada pemerintah.¹¹³ Hal lain yang tidak kalah penting, melalui *Clayton Act*, penggugat privat dapat mengajukan gugatan ganti rugi bernilai tiga kali lipat (*treble damages*) terhadap korporasi atau individual yang melakukan pelanggaran terhadap *Sherman Act* atau *Clayton Act*.¹¹⁴

Dalam beberapa hal terlihat seolah-olah kewenangan antara DOJ-AD dan FTC bersifat tumpang tindih, namun dalam praktiknya kedua institusi saling melengkapi dan senantiasa berkoordinasi melalui implementasi prosedur FTC *clearance* sebelum memulai suatu investigasi.¹¹⁵ Investigasi yang dilakukan oleh FTC umumnya bersifat tertutup dan dapat dipicu dari antara lain: pengajuan notifikasi pre-merger, korespondensi dari konsumen atau pelaku usaha lain, pertanyaan yang

yang memperbolehkan penggunaan penyadapan baik terhadap komunikasi lisan maupun melalui kawat (*wire*) sebagaimana diatur dalam Authorization for Interception of Wire, Oral or Electronic Communications, 18 U.S.C. § 2516(1) (r).

¹¹³ Federal Trade Commission, *An FTC Guide to the Antitrust Laws*, *loc.cit.*

¹¹⁴ Lihat: Clayton Act, 15 U.S.C § 1, Suits by Persons Injured:

“.....any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee”.

¹¹⁵ United States Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, Fourth Edition, diperbarui Desember 2008, hlm. III-11, <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/index.html>, diunduh 1 Mei 2012.

diajukan *Congress*, maupun artikel menyangkut konsumen atau hal-hal ekonomi lainnya. Berdasarkan keyakinan akan adanya pelanggaran, FTC akan mencoba memperoleh kepatuhan sukarela subyek investigasi melalui penandatanganan surat persetujuan (*consent order*). Pelaku usaha yang menandatangani *consent order* tidak perlu mengakui pelanggaran yang dituduhkan kepadanya, namun menyetujui untuk menghentikan praktik kegiatannya atau melakukan tindakan yang dibutuhkan untuk memperbaiki kondisi anti persaingan yang telah terjadi.¹¹⁶

Apabila kesepakatan *consent order* tidak tercapai, FTC akan memulai proses administratif formal layaknya sidang pengadilan di hadapan hakim administrasi yang bilamana berhasil membuktikan terjadinya pelanggaran, akan menjatuhkan putusan berupa *cease and desist order*. Banding terhadap *cease and desist order* dapat diajukan kepada FTC yang akan mengeluarkan *final decisions*. Terhadap *final decisions*, dapat diajukan banding kepada *Court of Appeals* dalam waktu 60 (enam puluh) hari dan selanjutnya, dapat diteruskan dengan upaya hukum lanjutan berupa banding kepada *Supreme Court*. Dalam kasus tertentu, FTC dapat mengajukan gugatan ganti kerugian konsumen melalui *Federal District Court*. FTC juga dapat mengajukan gugatan perdata maupun *injunction* bilamana pelaku usaha tidak mau mematuhi putusan FTC. Terkait aspek pelanggaran pidana hukum persaingan, FTC akan mengajukan bukti-bukti pelanggaran tersebut kepada DOJ-AD sebagai satu-satunya institusi dengan kewenangan penuntutan pidana.¹¹⁷

Investigasi yang dilakukan oleh DOJ-AD dapat bersumber dari keluhan pelaku bisnis; analisa dan evaluasi pre-merger; pemantauan surat kabar, jurnal dan berita perdagangan; informasi pemohon *leniency*; informasi FTC maupun lembaga pemerintah lainnya; dan monitoring kasus litigasi *antitrust* swasta.¹¹⁸ Investigasi dimulai dengan tahap *preliminary investigation* berupa permintaan wawancara dan penyerahan dokumen kepada pelaku kartel dengan sebelumnya melalui prosedur

¹¹⁶ Federal Trade Commission, *An FTC Guide to the Antitrust Laws*, *op.cit.*, hlm. 3.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ United States Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, *op.cit.*, hlm. III-6.

clerance dengan FTC guna menghindari terjadinya duplikasi investigasi.¹¹⁹ Dalam menjalankan investigasinya, DOJ-AD dapat memperoleh asistensi baik dari *Federal Bureau of Investigation* (FBI) maupun lembaga federal atau non federal lainnya.¹²⁰

Dalam praktiknya, DOJ-AD memiliki kebijakan untuk melakukan investigasi dan penuntutan secara pidana atas kasus-kasus perjanjian horizontal yang dilarang secara *per se*, seperti penetapan harga, kolusi tender, alokasi konsumen dan pembagian pasar. Sementara investigasi dan proses gugatan perdata akan ditempuh untuk kasus-kasus pelanggaran lainnya, termasuk perkara-perkara yang membutuhkan analisa pendekatan *rule of reason*.¹²¹ Tahap *preliminary investigation* dapat diakhiri apabila DOJ-AD menilai bahwa yang terjadi bukan merupakan pelanggaran terhadap *antitrust law* atau justru dapat diteruskan ke tahapan berikutnya yang dapat berupa: *civil investigative demands* dan *second request* untuk perkara perdata, atau *grand jury process* untuk perkara pidana.¹²²

Dalam perkara perdata, *civil investigative demands* dan *second request* merupakan mekanisme permintaan informasi, dokumen, dan atau kesaksian yang diancam dengan sanksi pidana jika tidak dilaksanakan. Berdasarkan bukti-bukti yang dinilai cukup, DOJ-AD akan mengajukan gugatan perdata kepada *District Court* yang yurisdiksinya membawahi domisili tempat usaha pelaku pelanggaran.¹²³ Terbuka kesempatan untuk menyelesaikan perkara perdata tanpa melalui pengadilan, yaitu melalui negosiasi dengan DOJ-AD dengan produk akhir berupa *consent decrees* sebagaimana diatur dalam *Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974* (15 U.S.C § 16 atau yang lebih dikenal sebagai *Tunney Act*).¹²⁴

¹¹⁹ Dalam perkembangannya, masing-masing institusi telah mengembangkan keahliannya dalam industri tertentu, dimana FTC lebih berkonsentrasi pada segmen-segmen yang nilai pembelanjaan konsumennya terhitung besar antara lain dalam jasa kesehatan, obat-obatan, jasa profesional, makanan, energi, dan industri berteknologi tinggi seperti komputer dan jasa internet. Lihat: *An FTC Guide to the Antitrust Laws*, hlm. 3.

¹²⁰ United States Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, *op.cit.*, hlm. III-16.

¹²¹ *Ibid.*, hlm. III-20.

¹²² *Ibid.*, hlm. III-11 dan III-49.

¹²³ *Ibid.*, hlm. III-86.

¹²⁴ *Ibid.*, hlm. IV-56.

Sebaliknya dalam perkara pidana, DOJ-AD akan mengajukan dakwaan (*indictment*) terhadap pelaku kartel pada *District Court* yang yurisdiksinya membawahi tempat terjadinya tindak pidana kartel atau tempat pelaku kartel melakukan kegiatan usahanya dengan pemeriksaan dilakukan di hadapan *grand jury* (*grand jury investigation*).¹²⁵ *Grand jury* dapat memerintahkan terdakwa untuk menyerahkan dokumen-dokumen dan material yang dibutuhkan (*sub poena duces tecum*) maupun untuk hadir memberikan kesaksian (*sub poena ad testificandum*).¹²⁶

Dalam proses peradilan pidana terdakwa memiliki beberapa opsi yaitu: mengakui kesalahannya, tidak mengakui kesalahannya; atau mengajukan pembelaan *nolo contendere*.¹²⁷ Apabila terdakwa memilih untuk menyatakan tidak bersalah, namun dalam proses pengadilan terbukti melanggar ketentuan *Sherman Act*, pernyataan tersebut akan menjadi bukti yang sempurna (*prima facie evidence*) dalam gugatan ganti rugi *treble damages* yang bilamana dikabulkan membawa konsekuensi terdakwa harus membayar tiga kali lipat dari akibat kerugian yang ditimbulkannya. Hal ini menyebabkan pembelaan *nolo contendere* sering dipilih walaupun pengadilan tidak harus menerima dan dapat menolaknya.¹²⁸

Sebaliknya, dengan mengakui kesalahannya terdakwa memiliki kesempatan untuk mengajukan *plea agreement* kepada DOJ-AD dengan imbalan berupa keringanan hukuman yang dijatuhkan.¹²⁹ Dalam praktiknya, opsi ini banyak dipilih oleh pelaku kartel dalam proses peradilan pidana di Amerika Serikat. Baik *plea agreement* maupun sanksi hukuman yang disepakati harus kemudian diajukan kepada

¹²⁵ *Ibid.*, hlm. III-88.

¹²⁶ *Ibid.*, hlm. III-90.

¹²⁷ *Nolo contendere* diartikan sebagai “saya tidak ingin berperkara”. Pembelaan ini digunakan ketika terdakwa memilih untuk menerima hukuman yang dijatuhkan pengadilan tanpa mengakui kesalahannya. Berbeda dengan pengakuan bersalah, pembelaan model ini tidak dapat digunakan sebagai *prima facie evidence* dalam gugatan *triple damages*. Dalam praktiknya, pengadilan tidak harus menerima dan dapat menolak pembelaan *nolo contendere*. Lihat: A.D. Neale dan D.C Goyder, *The Antitrust Laws of the U.S.A: A Study of Competition Enforced by Law*, ed.3, (London: Cambridge University Press, 1959), hlm. 379.

¹²⁸ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 143-144.

¹²⁹ United States Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, *op.cit.*, hlm. III-128.

pengadilan untuk mendapatkan persetujuan, dimana dalam memberikan persetujuan tersebut pengadilan akan sekaligus memutuskan besarnya sanksi dengan mengacu pada ketentuan dalam *United States Sentencing Guidelines*.¹³⁰

Dalam perkara gugatan perdata juga dikenal model pembelaan layaknya *nolo contendere* sebagai *consent decree* yang dapat diperoleh melalui negosiasi dengan DOJ-AD. Sebagaimana halnya dengan *nolo contendere*, *consent decree* juga tidak dapat digunakan sebagai bukti sempurna dalam perkara gugatan ganti rugi *treble damages*.¹³¹ Banding terhadap putusan *District Court* diajukan melalui *Court of Appeals*, dimana terhadap putusan *Court of Appeals* masih terbuka kesempatan untuk mengajukan upaya hukum banding melalui *Supreme Court*.¹³²

Dalam beberapa kondisi tertentu, pengajuan gugatan perdata dan tuntutan pidana secara simultan ada kalanya tidak dapat dihindari. Hal ini disebabkan oleh adanya pembatasan jangka waktu pengajuan gugatan perdata *treble damages* yaitu harus diajukan dalam 4 (empat) tahun, sebagaimana ditentukan *Clayton Act* dan kebanyakan undang-undang *antitrust* negara-negara bagian lainnya. Sementara itu, jangka waktu pengajuan tuntutan pidana pelanggaran *antitrust* adalah maksimal 5 (lima) tahun sebagaimana ditentukan dalam *Crimes and Criminal Procedure* (18 U.S.C § 3282(a)).¹³³

¹³⁰ *United States Sentencing Guidelines* memuat ketentuan menyangkut besarnya denda, lamanya hukuman penjara, serta perintah restitusi yang harus dibaca bersama-sama dengan ketentuan undang-undang utama yang mengatur tindak pidananya. Pedoman penghukuman terkait dengan pelanggaran Section.1 Sherman Act, dimuat dalam U.S. Sentencing Guidelines § 2R1.1, dimana jumlah denda ditetapkan sebagai berikut:

1. untuk individu berkisar antara satu sampai dengan lima persen dari nilai volume perdagangan (volume of commerce) dengan jumlah minimal USD 20,000; dan
2. untuk korporasi sebesar 20 persen dari volume perdagangan yang terkena dampak (volume of affected commerce).

Meskipun pada Januari 2005, Supreme Court telah memutuskan untuk mengubah sifat mandatory U.S. Sentencing Guidelines menjadi optional, namun dalam praktiknya pengadilan dan Department of Justice tetap memilih untuk menggunakannya sebagai acuan.

¹³¹ A.D. Neale dan D.C Goyder, *The Antitrust Laws of the U.S.A: A Study of Competition Enforced by Law*, ed. 3 (London: Cambridge University Press, 1959), hlm. 380.

¹³² Leonard W. Weiss dan Allyn D. Strickland, *op.cit.*, hlm. 5-6.

¹³³ United States Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual, op.cit.*, hlm. VII-28.

Hukum persaingan usaha di Jepang mulai diundangkan pada tahun 1947 dan dikenal sebagai *Shitekidokusennokinshi oyobi kouseitorihikinokakuho ni kansuru houritu* atau *Dokusen kinshi ho*, yang dalam bahasa Inggris disebut sebagai *Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade* (Law No. 54 of 1947 atau *Antimonopoly Law*). Lahirnya undang-undang ini tidak dapat dipisahkan dari kekalahan Jepang dari Sekutu dalam Perang Dunia ke II, dimana pada awalnya undang-undang tersebut mengikuti model yang diterapkan di Amerika Serikat dengan beberapa pengecualian yaitu menyangkut penetapan harga jual kembali, distributor tunggal untuk produk impor, kartel depresi dan kartel rasionalisasi¹³⁴ serta halangan masuk bagi kompetitor.¹³⁵

Melengkapi *Antimonopoly Law*, juga diberlakukan dua undang-undang lainnya yaitu *Act Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations* dan *Act Against Delays in Payment of Subcontract Proceeds to Subcontractors*.¹³⁶ *Antimonopoly Law* sendiri telah mengalami beberapa amandemen yaitu pada tahun 1953, 1977, 1992, 2000, 2005, dan terakhir pada tahun 2009.¹³⁷

Antimonopoly Law mendeskripsikan praktik kartel sebagai *unreasonable restraint of trade* (halangan perdagangan yang tidak wajar) yang diatur khusus dalam *Article. 3* yang bunyinya: “*No entrepreneur shall effect private monopolization or unreasonable restraint of trade*”.¹³⁸

¹³⁴ Kartel rasionalisasi ditambahkan melalui revisi *Antimonopoly Law* pada tahun 1953.

¹³⁵ Andrew R. Dick, “Japanese Antitrust Law And The Competitive Mix”, Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago, Working Paper No. 74, Februari 1992, hlm. 1-3, <http://research.chicagobooth.edu/economy/research/articles/74.pdf>, diunduh 23 Maret 2012. Melalui amandemen *Antimonopoly Law* pada tahun 2000, pengecualian-pengecualian ini telah dihapuskan. Saat ini hanya dikenal adanya pengecualian menyangkut usaha kecil, hak kekayaan intelektual, dan ketentuan tentang resale price maintenance. Lihat: *Antimonopoly Law*, Article. 21, 22, dan 23.

¹³⁶ Jiro Tamura, *et al.*, “Japan Cartels”, White & Case LLP, 2003, hlm.1, http://www.whitecase.com/files/Publication/19aa418a-df00-4956-b42b-0a5329a27367/Presentation/PublicationAttachment/04fb4494-c715-4d1a-9be1132cb1512a86/article_Japan_Cartels.pdf, diunduh 23 Maret 2012.

¹³⁷ Mitsuo Matsushita, “Reforming The Enforcement Of The Japanese Antimonopoly Law”, 4 Desember 2010, hlm. 521-525, http://www.luc.edu/law/activities/publications/lljdocs/vol41_no3/pdfs/matsushita_antimono.pdf, diunduh 23 Maret 2012.

¹³⁸ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 3, http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/amended_ama09/02.html, diunduh 23 Maret 2012.

Adapun yang dimaksudkan sebagai *unreasonable restraint of trade* adalah:¹³⁹

...such business activities, by which any entrepreneur, by contract, agreement or any other means irrespective of its name, in concert with other entrepreneurs, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain or increase prices, or to limit production, technology, product, facilities or counterparties, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade.

Melalui perumusan di atas, kartel dapat diartikan sebagai perjanjian atau pemahaman di antara pelaku usaha yang bersama-sama menahan persaingan dan menyebabkan timbulnya halangan atau hambatan perdagangan di bidang tertentu. Ketentuan ini terlihat memiliki kemiripan dengan perumusan dalam *Section. 1 Sherman Act*.

Walaupun *Antimonopoly Law* tidak secara eksplisit membatasi lingkup halangan perdagangan tidak wajar hanya terjadi di antara kompetitor, namun dalam putusannya tanggal 9 Maret 1953, *Tokyo High Court* menyatakan bahwa halangan perdagangan yang tidak wajar terbentuk melalui pembatasan (*restriction*) di antara kompetitor.¹⁴⁰ Lebih lanjut, *Antimonopoly Law* juga melarang baik tindakan menghambat persaingan atau membatasi kegiatan anggota yang dilakukan oleh asosiasi perdagangan (*trade association*) sebagai berikut:¹⁴¹

No trade association shall engage in any act which falls under any of the following items:

- (1) substantially restraining competition in any particular field of trade;*
- (2) entering into an international agreement or an international contract as provided in Article. 6;*
- (3) limiting the present or future of entrepreneurs in any particular field of business.*

¹³⁹ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 2 paragraph 6.

¹⁴⁰ Eriko Watanabe dan Koki Yanagisawa, *The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2010, A practical insight to cross-border Cartels & Leniency of Japan*, (London: Global Legal Group, 2011), hlm. 142, <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3345.pdf>, diunduh 14 April 2012.

¹⁴¹ Japan, *Antimonopoly Law*, Article 8, paragraph 1.

Terlihat bahwa dalam perumusan ketentuan tentang kartel *Antimonopoly Law* memberikan kesempatan justifikasi keberadaan kartel tersebut selama tidak merugikan kepentingan umum, namun demikian praktiknya pembenaran atas dasar ini tidak pernah digunakan.¹⁴² Hukum persaingan Jepang juga memberikan beberapa pengecualian antara lain kepada usaha kecil atau koperasi, kegiatan bersama kompetitor, dan kartel ekspor perdagangan luar negeri sebagaimana diatur dalam undang-undang khusus, misalnya *Small and Medium Sized Enterprise Act*, *Cooperatives Act*, *Road Traffic Act*, *Maritime Traffic Act*, *Insurances Act*, *Air Aviation Act* dan *Export Import Act*.¹⁴³

Penegakan hukum persaingan di Jepang menjadi tanggung jawab dari *Japan Fair Trade Commission* (JFTC) yang kewenangannya secara tegas diatur dalam *Antimonopoly Law*. Selain sebagai lembaga administrasi yang independen, JFTC sekaligus merupakan lembaga *quasi-legislative* dan *quasi-judicial* dengan tanggungjawab dan kewenangan yang dapat disepadankan dengan DOJ-AD dan FTC di Amerika Serikat.¹⁴⁴ Secara administratif, JFTC melekat pada kantor Perdana Menteri, dimana ketua dan komisarisnya ditunjuk oleh Perdana Menteri melalui persetujuan parlemen (*Diet*) dan berkewajiban untuk menyampaikan laporan tahunan terkait penegakan *Antimonopoly Law* kepada *Diet* melalui Perdana Menteri.¹⁴⁵

Berbeda dengan Amerika Serikat, JFTC merupakan satu-satunya instansi penegak hukum persaingan yang menjalankan kewenangan investigasi, penuntut umum, dan hakim dalam proses administratif *Antimonopoly Law*, dimana terhadap putusannya terbuka kemungkinan untuk dilakukan *judicial review*.¹⁴⁶ Dalam menjalankan investigasinya, JFTC berhak untuk melakukan pemeriksaan di tempat (*on-site inspection*) dengan memasuki kantor atau tempat-tempat pelaku usaha lainnya guna memeriksa kegiatan usaha, pembukuan, dokumen-dokumen, dan bahan-

¹⁴² Jiro Tamura, *et al.*, *op.cit.*, hlm.3.

¹⁴³ Erika Watanabe dan Koki Yanagisawa, *op.cit.*, hlm. 143.

¹⁴⁴ Jiro Tamura, *et al.*, *loc.cit.*

¹⁴⁵ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 27, paragraph 2; Article. 29, paragraph 2; Article. 44, paragraph 1.

¹⁴⁶ Eriko Watanabe dan Koki Yanagisawa, *loc.cit.*

bahan lainnya.¹⁴⁷ Namun khusus menyangkut *on-site inspection*, penggeledahan, dan penyitaan dalam kasus pelanggaran pidana, JFTC terlebih dahulu harus mendapatkan izin dari pengadilan distrik.¹⁴⁸

Ketika JFTC menemukan indikasi terjadinya pelanggaran, JFTC akan melakukan investigasi yang ditindaklanjuti dengan proses administratif (*administrative proceedings*) atau klaim tuntutan dalam hal telah JFTC menilai telah terjadi pelanggaran pidana (*criminal offence*).¹⁴⁹ Indikasi pelanggaran dapat muncul dari keluhan atau pengaduan pihak ketiga, informasi karyawan perusahaan yang dicurigai, dan/atau aplikasi *leniency program*.¹⁵⁰

Dalam hal JFTC memilih untuk menempuh fase investigasi administratif, JFTC akan mengeluarkan *cease and desist order* secara tertulis yang dan/atau perintah pembayaran denda administratif (*administrative surcharge* atau *kochokin*) sebagai sanksi atas pelanggaran *Antimonopoly Law*.¹⁵¹ Adapun jangka waktu pengajuan *cease and desist* maupun *payment order* adalah maksimal 5 (lima) tahun sejak berakhirnya *period of implementation*, yaitu periode sejak dimulai sampai

¹⁴⁷ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 47, paragraph 1, items iv.

¹⁴⁸ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 102, paragraph 1.

¹⁴⁹ Eriko Watanabe dan Koki Yanagisawa, *op.cit.*, hlm. 108.

¹⁵⁰ *Ibid.*, hlm.142.

¹⁵¹ Berdasarkan Article 7-2, paragraph 1 dan 5, *Antimonopoly Law*, besarnya denda administratif dikalkulasikan sebagai persentase dari total penjualan produk atau jasa selama periode berlangsungnya kartel. Besarnya persentase denda adalah sebagai berikut:

1. 10% (sepuluh persen) untuk manufacturer;
2. 3% (tiga persen) untuk retailer; dan
3. 2% (dua persen) untuk wholesaler.

Dalam hal pelaku usaha merupakan usaha kecil atau menengah, besarnya denda adalah:

1. 4% (empat persen) untuk manufacturer;
2. 1,2% (satu koma dua persen) untuk retailer; dan
3. 1% (satu persen) untuk wholesaler.

Khusus untuk cartel ring leaders dan pelaku usaha yang dalam 10 tahun terakhir pernah menerima payment order (repeat offender) besarnya nilai denda ditingkatkan hingga 50% dari tarif normal (Article 7-2, paragraph 7 dan 8). Denda ini harus dibayar dalam jangka waktu 3 bulan (Article. 50, paragraph 3). Apabila jangka waktu tersebut terlewat, JFTC akan mengeluarkan permintaan pembayaran tertulis (written demand) yang menetapkan jangka waktu pembayaran yang harus dipenuhi (Article.70-9, paragraph 1). Keterlambatan dalam melakukan pembayaran akan dikenakan denda tambahan sebesar 14,5% per tahun atau maksimal 7,25% dalam hal telah pernah dilakukan hearing request (Article.70-9, paragraph 3). Kelalaian melakukan pembayaran, baik denda pokok maupun denda tambahan akan mendorong JFTC untuk mengumpulkan denda dengan menggunakan mekanisme layaknya ketentuan pemungutan pajak atau memperlakukan denda sebagai pajak negara (Article.70-9, paragraph 5 dan 6).

dengan diakhirinya tindakan *unreasonable restraint of trade* tersebut.¹⁵² Terbuka kemungkinan bagi pelaku usaha untuk mengajukan keberatan secara tertulis dalam waktu 60 (enam puluh) hari. Keberatan ini akan diperiksa oleh *hearing examiner* sebagai organ JFTC yang memimpin jalannya *hearing proceedings* dalam proses sidang administrasi. Hasilnya dapat berupa *dismissal decision* yaitu putusan yang memberhentikan permintaan *hearing*, pembatalan, atau perubahan baik *cease and desist order* maupun perintah pembayaran denda administratif.¹⁵³

Banding atas putusan *hearing examiner* diajukan kepada *Tokyo High Court*¹⁵⁴ maksimal dalam 30 (tiga puluh) hari sejak putusan JFTC menjadi efektif. Patut dicatat bahwa *Tokyo High Court* terikat pada temuan-temuan JFTC selama hal tersebut didukung oleh bukti-bukti substansial. Bukti baru hanya akan dapat diajukan peminggiran apabila JFTC telah sebelumnya menolak bukti-bukti tersebut tanpa alasan yang dapat dibenarkan, atau dalam hal bukti-bukti tersebut gagal dipresentasikan dalam sidang yang bukan disebabkan oleh kelalaian peminggiran. Pengadilan dapat membatalkan putusan JFTC yang diambil tanpa didasarkan pada bukti-bukti substansial, atau bilamana putusan tersebut dinilai bertentangan dengan konstitusi atau peraturan perundangan lainnya.¹⁵⁵

Dalam hal JFTC menilai telah terjadi pelanggaran pidana (*criminal offence*), JFTC memiliki kewenangan eksklusif untuk mengajukan klaim tuntutan pidana kepada Jaksa Penuntut Umum yang selanjutnya akan memproses tuntutan pidana tersebut sesuai dengan ketentuan *Japan Code of Criminal Procedure* (Act No. 131 of 1948) di *District Court*.¹⁵⁶ Tanpa klaim JFTC, dakwaan atas tindak pidana tidak akan dapat dilakukan.¹⁵⁷ Praktikanya, JFTC telah mengadopsi preseden untuk hanya memasukkan klaim tuntutan pidana atas pelanggaran yang berdampak signifikan

¹⁵² Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 27.

¹⁵³ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 49 - Article. 52.

¹⁵⁴ Article.85 *Antimonopoly Law*, memberikan kompetensi absolut bagi *Tokyo High Court* untuk:

1. memeriksa permohonan banding yang diajukan terhadap putusan *administratives proceedings* JFTC; dan
2. memeriksa gugatan ganti rugi yang diajukan penggugat privat.

¹⁵⁵ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 77-Article. 82.

¹⁵⁶ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 74, paragraph 1 dan Article 84-4.

¹⁵⁷ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 96, paragraph 1.

terhadap masyarakat atau dalam hal terjadi tindakan pelanggaran berulang (*repeat offender*).¹⁵⁸

Sanksi pidana *Antimonopoly Law* bagi korporasi dapat berupa pidana denda maksimal ¥500 juta, sementara bagi individu selain pidana denda maksimal ¥5 juta juga dapat dikenakan baik secara kumulatif maupun alternatif, pidana penjara (*imprisonment with work*) maksimal 5 (lima) tahun. Pengertian individu di sini adalah meliputi karyawan, agen, perwakilan, atau pekerja lainnya dari korporasi bersangkutan.¹⁵⁹ Sesuai dengan ketentuan dalam *Japan Code of Criminal Procedure*, banding terhadap putusan *District Court* diajukan kepada *High Court* dan selanjutnya kepada *Supreme Court*.¹⁶⁰ Adapun daluwarsa pengajuan penuntutan atas dasar pelanggaran *unreasonable restraint of trade* adalah dalam jangka waktu 3 (tiga) tahun sejak dihentikannya tindakan pelanggaran tersebut.¹⁶¹

Antimonopoly Law juga memberikan kesempatan bagi pihak yang merasa dirugikan untuk mengajukan gugatan ganti rugi (*civil damage suits*) ke *Tokyo High Court* dalam jangka waktu 3 (tiga) tahun sejak putusan JFTC bersifat *final* dan *binding*.¹⁶² *Japan Civil Code* (Act No. 89 of 1896) juga mengatur kemungkinan menggugat berdasarkan perbuatan melawan hukum (*tort*).¹⁶³ Berdasarkan ketentuan ini pihak yang dirugikan tetap dapat mengajukan gugatan ganti rugi terlepas ada tidaknya perintah atau putusan JFTC. Gugatan ganti rugi ini harus diajukan dalam waktu 3 (tiga) tahun sejak penggugat menyadari kerugian yang dideritanya dan pihak yang menyebabkan kerugian tersebut, atau dalam hal penggugat tidak menyadari kerugian tersebut, gugatan dapat diajukan dalam 20 (dua puluh) tahun sejak

¹⁵⁸ Harry First dan Tadashi Shiraishi, "Concentrated Power: The Paradox Of Antitrust In Japan", Working Paper New York University Law and Economics, 1 Januari 2005, hlm. 7, <http://www.lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?>, diunduh 23 Maret 2012.

¹⁵⁹ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 89, Article 92, dan Article. 95. Ketentuan ini merupakan versi amandemen tahun 2009 yang berlaku efektif sejak 1 Januari 2010, dimana lamanya pidana penjara maksimum pelanggaran kartel ditingkatkan dari sebelumnya 3 (tiga) tahun menjadi 5 (lima) tahun.

¹⁶⁰ Eriko Watanabe dan Koki Yanagisawa, *op.cit.*, hlm. 112.

¹⁶¹ Japan, *Code of Criminal Procedure*, Article 250, items vi dan Article. 253, paragraph 2.

¹⁶² Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 25, Article. 26, paragraph 2, dan Article. 85, items ii.

¹⁶³ Japan, *Civil Code*, Article. 709.

dilakukannya tindakan pelanggaran.¹⁶⁴ Gugatan yang didahului adanya perintah atau putusan JFTC menjadi kompetensi absolut dari *Tokyo High Court*, sementara gugatan perdata lainnya diajukan melalui *District Court* yang relevan.¹⁶⁵

Lebih lanjut, terbuka kemungkinan bagi penggugat privat untuk mengajukan permohonan *injunction* kepada *District Court*, dimana sebelum gugatan diperiksa pengadilan dapat memerintahkan penggugat untuk menyerahkan sejumlah deposit guna mencegah terjadinya penyalahgunaan hak (*abuse of right*)¹⁶⁶. Dalam hal *injunction* dimohonkan oleh JFTC, maka permohonan tersebut harus diajukan kepada *Tokyo High Court*.¹⁶⁷ Berbeda dengan sistem di Amerika Serikat, hukum Jepang tidak mengenal adanya mekanisme gugatan ganti rugi *treble damages*, prosedur *plea agreements*, maupun gugatan *class action*¹⁶⁸ dalam penegakan hukum persaingan.

Hukum persaingan usaha diperkenalkan di Indonesia sebagai konsekuensi tidak langsung terjadinya krisis keuangan regional pada tahun 1997. UU No.5/1999 diberlakukan dengan argumentasi kebutuhan hukum persaingan usaha yang komprehensif guna memfasilitasi liberalisasi perdagangan dan investasi serta untuk mengekang tindakan dan perilaku anti persaingan. Di tahun yang sama, pemerintah juga memperkenalkan regulasi spesifik untuk mengatur monopoli dan persaingan tidak sehat di bidang telekomunikasi, listrik, minyak dan gas bumi, selain juga memberlakukan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.¹⁶⁹ Sempat terjadi perdebatan intens menyangkut perlu tidaknya Indonesia memiliki undang-undang yang secara khusus mengatur persaingan usaha, namun dengan ditandatanganinya *Letter of Intent* antara *International Monetary Fund* (IMF) dengan pemerintah Republik Indonesia pada tanggal 15 Januari 1998, Indonesia tidak

¹⁶⁴ Japan, *Civil Code*. Article. 724.

¹⁶⁵ Harry First dan Tadashi Shiraishi, *op.cit.*, hlm. 8.

¹⁶⁶ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 24, Article. 83-2, Article. 83-3, dan Article. 84-2.

¹⁶⁷ Eriko Watanabe dan Koki Yanagisawa, *op.cit.*, hlm. 109.

¹⁶⁸ Lihat: Ikuo Sugawara, "The Current Situation of Class Action in Japan", 2007, http://global.class.actions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Japan_National_Report.pdf, diunduh 20 Mei 2012.

¹⁶⁹ G. Sivalingam, *Competition Policy In The Asean Countries*, (Singapore: Thomson Learning, 2005), hlm. 29.

memiliki pilihan lain dikarenakan undang-undang persaingan usaha merupakan salah satu syarat yang diwajibkan IMF.¹⁷⁰

Secara garis besar, pengaturan dalam UU No.5/1999 meliputi beberapa hal berikut: perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, penyalahgunaan posisi dominan, Komisi Pengawas Persaingan Usaha, tata cara penanganan hukum, sanksi-sanksi, dan perkecualiannya.¹⁷¹ Secara eksplisit pengaturan tentang kartel dimuat dalam Pasal 11 UU No.5/1999 yang bunyinya:¹⁷²

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.

Namun mengingat karakteristiknya sebagai perjanjian horizontal, kartel sangat mungkin melakukan pengaturan hal-hal lain di luar penetapan harga, maka beberapa ketentuan lain dalam UU No.5/1999 juga dapat ditarik sebagai esensi pengaturan larangan kartel di Indonesia, sebagaimana dimuat dalam Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 9, yang bunyinya:

Ketentuan Pasal 5 ayat (1) menyatakan bahwa “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas mutu suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama”.¹⁷³

Pasal 9 yang memuat ketentuan sebagai berikut:

Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan atau jasa sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Andi Fahmi Lubis, *et al.*, *op.cit.*, hlm. 12.

¹⁷¹ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 22.

¹⁷² Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal. 11.

¹⁷³ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal. 5.

¹⁷⁴ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal. 9.

Pada hakikatnya, baik Pasal 5 ayat (1) maupun Pasal 9 merupakan bentuk praktik kartel¹⁷⁵, hanya saja secara spesifik Pasal 5, ayat (1) mengatur tentang penetapan harga, sementara Pasal 9 mengatur tentang pembagian wilayah. Bukan tidak mungkin bahwa dalam praktiknya proses pembagian wilayah juga disertai dengan kegiatan penetapan harga. Adapun Pasal 11 mengatur tentang kartel produksi dan pemasaran dengan tujuan akhir untuk mempengaruhi harga.¹⁷⁶

Penegakan hukum persaingan di Indonesia menjadi tugas dan kewenangan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai lembaga independen yang terlepas dari pengaruh serta kekuasaan pemerintah. Dilihat dari rumusan kewenangannya dalam UU No.5/1999, KPPU memiliki cakupan kewenangan yang luas, meliputi unsur *quasi legislative power* dan *quasi judicial power*.¹⁷⁷ Namun demikian, tidak berarti bahwa tidak ada lembaga lain yang berwenang menangani perkara monopoli dan persaingan usaha. Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung juga diberi wewenang untuk menyelesaikan perkara persaingan usaha. Pengadilan Negeri berwenang untuk menangani keberatan atas putusan KPPU dan menangani perkara pidana pelanggaran hukum persaingan, sementara Mahkamah Agung memiliki kewenangan untuk menyelesaikan perkara hukum persaingan apabila terjadi kasasi terhadap keputusan Pengadilan Negeri.¹⁷⁸

KPPU akan melakukan pemeriksaan berdasarkan pada adanya laporan baik dari masyarakat maupun pelaku usaha lain yang dirugikan oleh tindakan pelaku usaha tertentu. Selain itu KPPU juga dapat menjalankan pemeriksaan berdasarkan pada inisiatifnya sendiri.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Pendapat ini juga dianut oleh KPPU yang menyatakan bahwa Pasal 5 dan Pasal 9 sesungguhnya merupakan bentuk dari praktik kartel. Lihat: Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2011, hlm. 8.

¹⁷⁶ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2011, hlm. 8-9.

¹⁷⁷ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 267.

¹⁷⁸ Andi Fahmi Lubis, *et al.*, *op.cit.*, hlm. 311.

¹⁷⁹ Lihat: Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Tata Cara Penanganan Perkara*, Perkom No. 1 Tahun 2010, Pasal 2 ayat 1.

UU No.5/1999 mengenal 3 (tiga) jenis sanksi yang dapat diterapkan pada pelaku kartel yang dapat berupa sanksi tindakan administratif, sanksi pidana pokok dan sanksi pidana tambahan. Sanksi tindakan administratif dijatuhkan oleh KPPU dan dapat berupa denda dengan jumlah minimal Rp 1 milyar dan maksimal Rp 25 milyar. Sementara sanksi pidana pokok dapat berupa pidana denda minimal Rp 5 milyar dan maksimal Rp 100 milyar atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 6 (enam) bulan.¹⁸⁰ Adapun penerapan sanksi pidana tersebut tetap menjadi kewenangan pejabat penegak hukum, yaitu kepolisian sebagai penyidik, jaksa sebagai penuntut, dan hakim untuk mengadilinya, sehingga KPPU sebagai lembaga penegak hukum persaingan di Indonesia, sejatinya memiliki kewenangan sebatas tindakan administrasi.

2.4 Pendekatan Penerapan Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha

Hukum persaingan usaha menentang adanya pembatasan atas persaingan, namun juga tidak akan bisa dijalankan bilamana hukum persaingan melarang semua jenis pembatasan tersebut. Diperlukan prinsip-prinsip khusus untuk menentukan katagori pembatasan untuk menentukan tindakan atau praktik yang harus dilarang. Standar atau prinsip untuk penilaian ini dikenal sebagai doktrin atau pendekatan *per se illegal*¹⁸¹ dan pendekatan *rule of reason*.¹⁸²

Pendekatan *per se illegal* menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa memerlukan pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan tersebut. Sebaliknya, pendekatan *rule of reason* digunakan baik oleh lembaga otoritas persaingan usaha maupun pengadilan

¹⁸⁰ Indonesia, UU No.5 Tahun 1999, Pasal 48 ayat 1 dan 2. Adapun sanksi pidana bagi pelaku usaha yang menolak untuk diperiksa, menolak memberikan alat bukti atau informasi yang diperlukan, atau menghambat pemeriksaan dan penyelidikan adalah pidana denda minimal Rp 1 milyar dan maksimal Rp 5 milyar atau pidana kurungan maksimal 3 (tiga) bulan.

¹⁸¹ Dalam kepustakaan hukum, kata “*per se*” berasal dari bahasa Latin yang dalam bahasa Inggris antara lain disebut sebagai “*by it self; in it self; taken alone; by means of it self; through it self; inherently; in isolation; unconnected with other matters; simply as such; atau in its own nature without reference to its relation*”. Lihat: Johnny Ibrahim, Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia, *op.cit.*, hlm. 222.

¹⁸² Oliver Black, *op.cit.*, hlm. 62.

untuk membuat evaluasi tentang akibat dari suatu perjanjian atau kegiatan guna menentukan apakah perjanjian atau kegiatan usaha bersifat menghambat atau mendukung persaingan.¹⁸³

Dalam pendekatan *per se* suatu tindakan harus secara otomatis dianggap bertentangan atau melanggar hukum karena aspek negatifnya dapat langsung terlihat atau diduga. Pendekatan pelarangan ini menekankan pada unsur formal dari perbuatannya sehingga tidak diperlukan adanya klausula kausalitas di dalam pengaturannya. Sebaliknya, dalam pendekatan *rule of reason* bentuk tindakan persaingan usaha baru akan dianggap salah jika telah terbukti mengakibatkan kerugian bagi pelaku usaha lain atau perekonomian nasional secara umum. Dalam pendekatan *rule of reason*, suatu tindakan yang telah mengurangi tingkat persaingan namun di sisi lain menghasilkan tingkat efisiensi yang menguntungkan konsumen atau perekonomian nasional mungkin saja dapat dibenarkan. Pendekatan *rule of reason* ini menitikberatkan unsur material dari perbuatannya.¹⁸⁴

Lebih lanjut, dalam *rule of reason* sasaran pengendaliannya adalah tindakan restriktif tidak rasional yang penentuan salah tidaknya akan digantungkan kepada akibat tindakan usaha tersebut terhadap pelaku usaha lain, konsumen dan atau perekonomian nasional. Oleh sebab itu, untuk tindakan-tindakan tersebut dalam substansi pengaturannya membutuhkan klausula kausalitas seperti klausula “...mengakibatkan kerugian perekonomian dan/atau pelaku usaha lain” di dalam pengaturannya.¹⁸⁵

Pendekatan *per se* sejatinya hanya mensyaratkan pembuktian keberadaan suatu perjanjian ilegal. Adapun bentuk-bentuk perjanjian yang sering diatur menggunakan pendekatan ini antara lain meliputi perjanjian penetapan harga secara

¹⁸³ R.S. Khemani dan D.M. Shapiro, *op.cit.*, hlm 77-78, sebagaimana dimuat oleh A.M. Tri Anggraini, dalam “Penerapan Pendekatan Rule of Reason dan Per Se Illegal Dalam Hukum Persaingan”, Prosiding Rangkaian Lokakarya Terbatas Masalah-Masalah Kepailitan dan Wawasan Hukum Bisnis Lainnya Tahun 2004, Undang-Undang No.5/1999 dan KPPU, 17-18 Mei 2004, (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005), hlm. 104.

¹⁸⁴ HMBC Rikrik Rizkiyana dan Vovo Iswanto, *op.cit.*, hlm. 63-64.

¹⁸⁵ Syamsul Maarif dan HMBC Rikrik Rizkiyana, *op.cit.*, hlm. 4.

horizontal, pembagian wilayah atau pasar, pemboikotan, serta beberapa bentuk *tying-up agreement*.¹⁸⁶

Di Indonesia, perangkat larangan kartel dalam UU No.5/1999 melarang dilakukannya perjanjian antara pelaku usaha pesaing untuk menetapkan harga suatu barang dan atau jasa, membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar barang dan jasa, serta mempengaruhi harga dengan cara mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan jasa. Penetapan harga dilarang secara *per se*¹⁸⁷, sementara larangan pembagian wilayah pemasaran¹⁸⁸ dan pengaturan produksi dan wilayah pemasaran¹⁸⁹ hanya berlaku bilamana perjanjian kartel tersebut mengakibatkan terjadinya monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat atau dalam konteks ini menggunakan pendekatan *rule of reason*. Terlihat bahwa Indonesia menggunakan kedua jenis baik pendekatan berkaitan dengan larangan kartel.

Adapun beberapa negara barat kartel melarang kartel secara *per se illegal*, Amerika Serikat termasuk negara yang mendukung pendekatan ini, dan secara langsung melarang perjanjian bersifat restriktif antar pesaing tanpa mempertimbangkan konsekuensi ekonominya lebih lanjut. Pendekatan *per se* dalam praktiknya dapat menyederhanakan dan mempercepat berjalannya proses penuntutan pelanggaran hukum persaingan.¹⁹⁰

Ciri utama hukum persaingan Amerika Serikat menekankan pada adanya pendekatan *per se* dalam penerapan Article.1 *Sherman Act*, sementara untuk menilai perilaku anti kompetitifnya menggunakan prinsip pokok pendekatan *rule of reason*.¹⁹¹ Sementara Jepang memilih untuk menerapkan pendekatan *rule of reason* untuk pelanggaran kartelnya, dimana secara eksplisit dinyatakan bahwa kartel adalah melanggar hukum bilamana bertentangan dengan kepentingan umum (*public*

¹⁸⁶ Travis J. Hill dan Stephanie B. Lezell, "Antitrust Violation", *American Criminal Law Review*, Westlaw 47 Am. Crim. L. Rev. 245, Spring 2010, hlm. 248.

¹⁸⁷ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 5.

¹⁸⁸ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal.9.

¹⁸⁹ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal.11.

¹⁹⁰ A.D. Neale dan D.C. Goyder, *op.cit.*, hlm. 447- 449.

¹⁹¹ Syamsul Maarif dan HMBC Rikrik Rizkiyana, *loc.cit.*

interest).¹⁹² Adapun definisi *public interest* sendiri masih menimbulkan kontroversi dan perdebatan antara beberapa kalangan di Jepang.¹⁹³ *Supreme Court* memutuskan bahwa kartel tidak dapat dianggap bertentangan dengan kepentingan umum jika tindakan tersebut tidak mengganggu tujuan utama *Antimonopoly Law*, yaitu mempromosikan pembangunan ekonomi nasional secara keseluruhan dan demokratis, serta menjamin kepentingan umum konsumen. Namun dalam praktiknya, JFTC berpendapat ketentuan “bertentangan dengan kepentingan umum” akan terpenuhi ketika pelaku kartel telah menyebabkan adanya halangan substansial terhadap persaingan.¹⁹⁴ Nampak bahwa JFTC menerapkan larangan atas kartel dengan memilih untuk menggunakan pendekatan *per se illegal*.¹⁹⁵

Untuk negara berkembang seperti Indonesia yang kondisi sumber daya manusia pelaksana hukumnya (termasuk otoritas pengawas usahanya) masih memiliki kekurangan, direkomendasikan untuk lebih banyak menggunakan pendekatan *per se* dibandingkan *rule of reason*. Hal ini disebabkan pendekatan *per se* jauh lebih sederhana dalam proses pembuktiannya. Namun demikian, untuk tindakan-tindakan terkait dengan masalah struktur perusahaan seperti merger, konsolidasi, akuisisi serta integrasi vertikal yang memang memiliki tujuan efisiensi penggunaan pendekatan *rule of reason* tetap diperlukan.¹⁹⁶

BAB 3

PENGATURAN DAN IMPLEMENTASI *LENIENCY PROGRAM* DI AMERIKA SERIKAT DAN JEPANG

¹⁹² Lihat: Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 2-6.

¹⁹³ Mitsui Matsushita, “The Antimonopoly Law of Japan”, hlm.171-172, http://www.pjie.com/publications/chapters_preview/56/5iie1664.pdf, diunduh 23 Maret 2012.

¹⁹⁴ Eriko Watanabe dan Koki Yanagisawa, *op.cit.*, hlm. 111.

¹⁹⁵ *Ibid.*, hlm. 142.

¹⁹⁶ Roger Alan Boner dan Reinald Krueger, “The Basics of Antitrust Policy”, The World Bank, (Washington DC: 1991), hlm. iv, sebagaimana dimuat dalam Maarif dan Rizkiyana, *op.cit.*, hlm.3.

3.1 Konsep *Leniency Program* dan *Leniency Policy* dalam Hukum Persaingan Usaha

Dalam praktiknya, kerap timbul kontroversi menyangkut jenis dan bentuk perilaku seperti apa yang harus dinyatakan ilegal dalam hukum persaingan, namun demikian terdapat konsensus relatif luas menyangkut satu hal, bahwa kartel penetapan harga (*price-fixing cartels*) harus dilarang.¹⁹⁷ Keberadaan kartel menciptakan inefisiensi alokasi yang dilakukan melalui pengurangan produksi untuk menaikkan harga. Kartel juga mendorong inefisiensi produksi akibat perlindungan yang diberikannya kepada produsen yang tidak efisien yang akan meningkatkan biaya produksi rata-rata suatu industri.¹⁹⁸ Pada akhirnya, kartel akan merugikan kesejahteraan konsumen sebagai konsekuensi biaya lebih mahal yang harus dikeluarkan konsumen untuk mendapatkan suatu produk barang atau jasa.

Keinginan dan tekad untuk memerangi kartel terus menguat di seluruh dunia sebagaimana ditunjukkan dalam hasil survei¹⁹⁹ yang dilakukan oleh *International Competition Network*²⁰⁰ pada tahun 2010. Namun dalam pelaksanaannya perang melawan kartel bukan merupakan perkara mudah. Pelaku kartel (*cartelist*) cenderung menjalankan perilakunya secara diam-diam dan oleh sebab itu diperlukan upaya-upaya khusus dari otoritas persaingan usaha untuk mengungkap keberadaan kartel. Selain itu, otoritas persaingan usaha memerlukan kewenangan yang luas dan keahlian

¹⁹⁷ Christopher R. Leslie, "Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability", *The Journal of Corporation Law*, Vol. 31, 2006, hlm. 453, <http://www.highbeam.com/doc/1P3-107833151.html>, diunduh 31 Maret 2012.

¹⁹⁸ Christopher R. Leslie, "Trust, Distrust, and Antitrust", *op.cit.*, hlm. 517-518.

¹⁹⁹ Dari hasil survei yang diikuti oleh 46 negara peserta diperoleh data sebagai berikut: 42 negara telah meningkatkan sanksi atas pelanggaran hukum persaingannya; 38 negara telah menerapkan atau memperbaiki rezim *leniency*-nya; 32 negara telah memprioritaskan penegakan hukum persaingan; 28 negara telah memberikan pelatihan serta meningkatkan level personalia otoritas persaingannya; dan 34 negara melaporkan bahwa penegakan hukum persaingan yang disertai peliputan media merupakan cara paling efisien untuk mempengaruhi persepsi pentingnya penegakan hukum kartel.

²⁰⁰ *International Competition Network (ICN)* merupakan lembaga jaringan khusus dengan 104 anggota yang terdiri dari otoritas persaingan usaha negara-negara di dunia. ICN bertujuan menangani isu-isu praktis menyangkut penegakan hukum dan kebijakan hukum persaingan. ICN telah mengeluarkan rekomendasi menyangkut best practice, teknik investigasi, serta kerangka analitis yang secara signifikan memiliki kontribusi dalam usaha-usaha kerjasama antara otoritas persaingan usaha negara-negara di dunia. Lihat: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc608.pdf>, diunduh 31 Maret 2012.

tertentu untuk dapat mengumpulkan bukti-bukti yang cukup guna menjerat pelaku kartel yang tidak kooperatif.²⁰¹ Kesulitan yang dihadapi otoritas persaingan usaha untuk membuktikan keberadaan kartel melahirkan pemahaman hampir serupa bagi negara-negara yang telah menerapkan hukum persaingan bahwa diperlukannya kiat-kiat khusus untuk dapat mendeteksi dan menghukum pelaku kartel.

Salah satu perkembangan luar biasa hukum persaingan dalam satu dekade terakhir nampak dari melonjaknya penegakan hukum persaingan melalui penuntutan kartel, baik dalam lingkup nasional maupun internasional. Hal ini tidak terlepas dari peranan *leniency program* yang secara signifikan telah menunjang keberhasilan penegakan hukum kartel dengan menyediakan otoritas persaingan usaha, alat yang sangat efektif (*key tool*) untuk mendeteksi keberadaan kartel.²⁰²

Leniency merupakan istilah umum untuk menggambarkan suatu sistem pembebasan, baik sebagian maupun keseluruhan hukuman, yang seharusnya diterapkan pada anggota kartel. *Leniency* diberikan kepada anggota kartel yang mengadukan atau memberikan kesaksian akan praktik kegiatan kartel kepada otoritas persaingan usaha. Sepintas konsep ini memiliki kemiripan dengan konsep *whistle blower* dalam hukum pidana.

Terminologi *leniency*, *immunity* dan *amnesty* digunakan di banyak yurisdiksi dengan pengertian yang bervariasi. Sebagai contoh, Amerika Serikat mengenal program yang dikenal sebagai *corporate amnesty* maupun *corporate leniency* yang digunakan secara bergantian untuk mendeskripsikan pembebasan dari penuntutan pidana (*criminal conviction*) maupun pembebasan atau pengurangan sanksi pidana denda (*criminal fines*) yang diterapkan terhadap perilaku anti persaingan. Sebaliknya

²⁰¹International Competition Network (ICN), Working Group on Cartels, “Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties”, materi disampaikan dalam ICN 4th Annual Conference, Bonn, Jerman, 6-8 Juni 2005, hlm. 1, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>, diunduh 31 Maret 2012.

²⁰² Amit Sanduja, *op.cit.*, hlm. 21.

di Uni Eropa, terminologi *leniency* dapat mengacu pada pembebasan denda sampai dengan 100%.²⁰³

Untuk dapat memahami konsep *leniency* dengan lebih baik, pertama-tama perlu dibedakan antara *leniency program* dan *leniency policy*, walaupun dalam kesehariannya kedua terminologi tersebut sering dipakai secara bergantian.

Leniency program adalah “a system, publicly announced, of, partial or total exoneration from the penalties that would otherwise be applicable to a cartel member which reports its cartel membership to a competition (law) enforcement agency”.²⁰⁴ Atau dapat diterjemahkan sebagai sebuah sistem pengampunan (amnesti) yang membebaskan anggota kartel yang mengadukan adanya praktik kartel kepada otoritas persaingan usaha, yang dapat berupa pembebasan dari sebagian maupun keseluruhan hukuman dan atau denda yang seharusnya diterapkan.

Sementara dimaksud dengan *leniency policy* adalah “the written collection of principles and condition adopted by an agency that govern the leniency process”.²⁰⁵ Atau dapat diartikan sebagai prinsip-prinsip dan kondisi tertulis yang diadopsi otoritas persaingan untuk mengatur proses pemberian keringanan hukuman. Jelas bahwa *leniency policy* merupakan bagian dari *leniency program*, dimana selain memuat pengaturan tentang kebijakan (*policy*), *leniency program* juga mengatur tentang proses daripada pemberian *leniency* itu sendiri.²⁰⁶

Leniency program telah digunakan secara luas sebagai instrumen untuk mendeteksi kartel.²⁰⁷ Terdapat sekurangnya tiga tujuan utama yang hendak dicapai otoritas persaingan usaha melalui penerapan *leniency program*, sebagai berikut:²⁰⁸

²⁰³ International Competition Network (ICN), “Drafting and Implementing an Effective Leniency Program: Anti-Cartel Enforcement Manual”, Mei 2009, hlm. 2, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>, diunduh 31 Maret 2012.

²⁰⁴ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), “The Use Of Leniency Programmes As A Tool For The Enforcement Of Competition Law Against Hardcore Cartels In Developing Countries”, *op.cit.*, hlm. 3.

²⁰⁵ ICN, “Drafting and Implementing an Effective Leniency Program: Anti-Cartel Enforcement Manual”, *loc.cit.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Steffen Brenner, “An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program”, 15 Maret 2005, hlm. 2, http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd_rom/Session%20VII/VII.G/brenner.pdf, diunduh 31 Maret 2012.

1. untuk mendorong pelaku kartel melaporkan pelanggarannya kepada otoritas persaingan;
 2. dalam jangka panjang pengaturan *leniency* diharapkan dapat memberikan efek deteren yang menghalangi terbentuknya kartel;
 3. untuk mendapatkan lebih banyak informasi (bukti-bukti) mengenai keberadaan kartel dan karenanya dapat mengurangi biaya penegakan hukum dan penuntutan.
- Lebih lanjut, dengan terdeteksinya kartel dan meningkatnya tingkat kepatuhan hukum persaingan, *leniency program* juga diharapkan akan mampu memberikan keuntungan bagi masyarakat melalui meningkatnya persaingan yang akan menghasilkan harga barang dan jasa yang lebih kompetitif.

Dikaitkan dengan tujuan *leniency program* sebagai penghalang terbentuknya kartel, terdapat satu aspek fundamental yang harus diperhatikan, yaitu menjadikan kepentingan anggota kartel bersangkutan bertentangan dengan kepentingan kartel itu sendiri, hal ini berarti *leniency program* harus memaksimalkan pemberian insentif bagi pelaku kartel pelapor.²⁰⁹ *Leniency program* membentuk fitur relatif baru dalam penegakan hukum persaingan dan diharapkan mampu menghapus kepercayaan yang terbentuk di antara pelaku kartel. Sebagaimana dipahami, kepercayaan merupakan elemen utama dari setiap konspirasi. Pendekatan serupa telah berhasil digunakan dalam upaya penuntutan mafia, yang dikenal sebagai *witness protection program* (program perlindungan saksi). Adapun semua jenis *leniency program* harus memuat elemen-elemen penting berikut ini:

1. pelaku kartel pelapor harus menyediakan bukti-bukti yang cukup tentang pelanggaran yang dilakukan pelaku kartel lainnya kepada otoritas persaingan usaha;

²⁰⁸ Sjoerd Arlman, "Crime But no Punishment: An Empirical Study of the EU's 1996 Leniency Notice and Cartel Fines in Article 81 Proceedings" (Master Thesis Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2005), hlm. 14-15. <http://www.arlman.demon.nl/sjoerd/leniency.pdf>, diunduh 1 April 2012.

²⁰⁹ Giancarlo Spagnolo, "Leniency And Whistleblowers In Antitrust", Discussion Paper Series No. 5794, Centre for Economic Policy Research, Agustus 2006, <http://ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/5794.html>, diunduh 1 April 2012.

2. pelaku kartel pelapor bertindak sebagai saksi dan menerima keringanan hukuman sebagaimana telah diperjanjikan sebelumnya, yang dapat berupa pengurangan denda, pengurangan masa tahanan penjara, dan bahkan hadiah (*reward*).
3. pelaku kartel pelapor mendapatkan perlindungan terhadap hukuman atau tindakan pembalasan yang mungkin dijatuhkan oleh pelaku kartel lainnya.²¹⁰

Leniency program telah diadopsi oleh berbagai yurisdiksi di dunia dan memiliki karakteristik yang berbeda satu dengan yang lain, yang tidak dapat dipisahkan dari hukum persaingan sebagai kebijakan masing-masing negara.²¹¹ Desain *leniency program* yang berhasil, sejatinya memiliki beberapa keunggulan yaitu menekankan pada prediktabilitas, transparansi, dan proses penerapan yang berjalan konsisten.²¹²

3.2 Pengaturan *Leniency Policy* di Amerika Serikat dan Jepang

Pembahasan pengaturan kebijakan *leniency* di Amerika Serikat dan Jepang akan dilakukan dalam beberapa sub bab yang meliputi perangkat pengaturannya, institusi yang berwenang untuk memberikannya, subyek yang berhak untuk menerimanya, dan jenis serta persyaratan pemberian *leniency*.

3.2.1 Perangkat Pengaturan *Leniency Policy*

Pengaturan *leniency policy* di Amerika Serikat dimuat dalam *Corporate Leniency Policy* dan *Leniency Policy for Individuals* yang walaupun bukan merupakan suatu legislasi khusus²¹³ namun sepenuhnya diakui oleh pengadilan dan badan legislatif melalui *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*

²¹⁰ Evgenia Motchenkova dan Daniel Leliefeld, "Adverse Effects of Corporate Leniency Programs In View Of Industry Asymetry", *Journal of Applied Economic Science*, Vol. V, Issue (2)/12, Summer 2010, hlm. 114-115, http://www.jaes.reprograph.ro/articles/summer_2010/MotchenkovaE_LeliefeldD.pdf, diunduh 1 April 2012.

²¹¹ Amit Sanduja, *op.cit.*, hlm. 4.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Informasi tentang *leniency policy* di Amerika Serikat dapat ditemukan dalam situs United States Department of Justice, Lihat: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, diunduh 1 April 2012.

2004.²¹⁴ Sebagaimana diuraikan dalam pembahasan sebelumnya, penegakan hukum publik persaingan menjadi tanggungjawab dan kewenangan dari *Department of Justice – Antitrust Division* (DOJ-AD) yang bertindak sebagai penyidik dan penuntut umum dalam perkara kartel.²¹⁵ DOJ-AD berada di garis terdepan dalam penegakan hukum kartel dan kebijakan *leniency* merupakan salah satu inovasinya dalam rezim hukum persaingan.²¹⁶

Corporate Leniency Policy juga sering disebut dengan istilah lain yaitu *Corporate Amnesty* atau *Corporate Immunity Policy*.²¹⁷ Kebijakan ini pertama kali diperkenalkan pada tahun 1978, namun tidak membawa hasil signifikan sampai dengan dilakukannya beberapa perubahan penting di tahun 1993.²¹⁸ Beberapa perubahan tersebut meliputi: pertama, amnesti yang sebelumnya bersifat diskresioner, berubah menjadi otomatis dalam hal DOJ-AD belum memulai investigasinya. Kedua, walaupun investigasi telah dimulai, amnesti dapat tetap diberikan berdasarkan pada kondisi tertentu. Ketiga, walaupun hanya pelaku kartel pelapor pertama yang otomatis berhak menerima amnesti, tetap terbuka kemungkinan bagi pelapor-pelapor berikutnya untuk menerima pengurangan sanksi pidana denda melalui kesepakatan *plea agreement*, yang besarnya pengurangan didasarkan pada pada tahap urutan pengakuan.²¹⁹ Adapun diatur pengecualian dimana amnesti tidak akan diberikan kepada pihak yang memaksa (*coercer*) pelaku usaha lain masuk ke dalam kartel atau kepada pihak yang merupakan pemimpin kartel (*cartel ringleaders*).²²⁰

²¹⁴ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004, Public Law No. 108-273, Section 213(a), memberikan pengecualian atas gugatan ganti rugi treble damages bagi pemohon leniency yang telah menandatangani antitrust leniency agreement dengan DOJ-AD, dimana besarnya ganti rugi yang dapat dijatuhkan oleh pengadilan tidak akan melebihi kerugian yang senyatanya diderita oleh penggugat (actual damages).

²¹⁵ Sjoerd Arlman, *op.cit.*, hlm.33.

²¹⁶ Andreas Stephan, “An Empirical Assesment of the European Leniency Notice”, Oxford Journal of Competition Law & Economics, Vol.5, Issue.3, September 2009, hlm. 538, <http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/3/537>, diunduh 1 April 2012.

²¹⁷ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, 10 Agustus 1993, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>, diunduh 1 April 2012.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Christopher R. Leslie, “Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability”, *op.cit.*, hlm. 465.

²²⁰ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, *op.cit.*, hlm. 3.

Pasca perubahannya, *Corporate Leniency Policy* diyakini sebagai generator paling efektif untuk mengungkapkan kartel dan merupakan program paling sukses dalam mendeteksi kejahatan komersial skala besar. Sebagaimana dinyatakan oleh DOJ-AD, sebelum perubahannya pemerintah hanya menerima satu aplikasi *leniency* per tahun, sementara saat ini, terdapat sekurangnya tiga aplikasi setiap bulannya. Kebijakan *leniency* baru ini juga telah berhasil mendorong pengungkapan kartel internasional dalam sektor jasa transportasi laut, *graphite electrodes*, bromin, dan vitamin yang menghasilkan denda total lebih dari satu milyar dollar. Melalui kebijakan ini, beberapa korporasi pelaku kartel telah membayar denda bernilai fantastis, sebagaimana yang terjadi pada Hoffman-La Roche yang setuju untuk membayar US\$ 500 juta atas partisipasinya dalam kartel vitamin.²²¹

Corporate Leniency Policy juga mengatur kebijakan pelengkap berupa keringanan hukuman bagi direktur, staf, dan karyawan korporasi yang mengakui keterlibatannya dalam kartel sebagai bagian dari pengakuan korporasi. Melalui pengakuan yang jujur, penuh dan konsisten bekerjasama secara berkelanjutan membantu DOJ-AD dalam investigasinya, mereka dapat menerima *leniency* berupa pembebasan dari penuntutan pidana.²²² Adapun kebijakan *Leniency Policy for Individuals* mulai diterapkan DOJ-AD pada tahun 1994 dan diberikan kepada individu yang mengajukan permohonan *leniency* atas inisiatifnya sendiri dan bukan sebagai bagian dari pengakuan atau pengajuan *leniency* oleh korporasi.²²³

Kesuksesan implementasi *leniency policy* di Amerika Serikat tidak dapat dipisahkan dari beberapa karakteristik khusus. Pertama, DOJ-AD sering melakukan penuntutan pidana terhadap individu yang memiliki peranan dalam pelanggaran kartel, hal ini menimbulkan ketakutan tersendiri bagi pelaku kartel individu mengingat adanya kemungkinan kehilangan aset finansial dan atau kebebasan

²²¹ Christopher R. Leslie, "Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability", *op.cit.*, hlm. 453.

²²² United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph. C, hlm. 4.

²²³ United States Department of Justice, *Leniency Policy For Individuals*, hlm. 1, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.pdf>, diunduh 1 April 2012.

pribadinya bilamana kartel terungkap. Kedua, *leniency policy* di Amerika Serikat menyediakan kemungkinan anonimitas bagi pelaku kartel pelapor, sehingga melindungi pelapor bersangkutan dari gugatan ganti rugi yang dapat diajukan penggugat privat. Dan terakhir, Amerika Serikat memiliki sistem *plea bargaining*, yang memberikan kemungkinan bagi pelaku kartel yang mengakui kesalahannya, untuk melakukan kesepakatan *plea agreement* guna mendapatkan pengurangan sanksi pidana denda. Direksi dari korporasi pelaku kartel juga dapat menegosiasikan masa hukuman penjara yang akan diterimanya, tanpa pernah melalui proses persidangan di pengadilan (terkecuali untuk menyetujui pemberian *plea bargain* tersebut). *Plea bargaining* bukan merupakan bagian dari *leniency policy*, namun terbukti memperkuat *corporate leniency policy* dengan menyediakan mekanisme cepat dan pasti bagi pelaku kartel untuk menyelesaikan kewajiban publiknya.²²⁴ Dalam praktiknya, 90% kasus-kasus pelanggaran kartel di Amerika Serikat diselesaikan melalui mekanisme ini.²²⁵

Juga dikenal adanya fitur tambahan yang mendukung suksesnya *leniency policy* di Amerika Serikat yang berupa mekanisme perlindungan terhadap gugatan ganti rugi *treble damages* bagi pelaku kartel pelapor. Sebagaimana diketahui, *Clayton Act* memungkinkan penggugat swasta mengajukan gugatan ganti rugi bernilai tiga kali lipat (*treble damages*) atas kerugian yang dideritanya akibat pelanggaran *Sherman Act* atau *Clayton Act*.²²⁶ Namun demikian, *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004*, memberikan pengecualian atas gugatan ini kepada pelaku kartel yang telah menandatangani *antitrust leniency agreement* dengan DOJ-AD, dimana ganti rugi yang harus ditanggungnya tidak akan melebihi kerugian penggugat sebenarnya (*actual damages*).²²⁷

²²⁴ Andreas Stephan, *op.cit.*, hlm 540.

²²⁵ Niall E. Lynch, "United States Antitrust Law, Policies & Procedures", 19 September 2011, hlm. 21, http://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub4368_1.pdf, diunduh 1 April 2012

²²⁶ Travis J. Hill dan Stephanie B. Lezell, *op.cit.*, hlm. 246.

²²⁷ Lihat: Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004, Public Law No. 108-273, Section 213(a), Limitation on Recovery:

"In General. - Subject to subsection (d), in any civil action alleging a violation of section 1 or 3 of the Sherman Act [15 U.S.C. 1, 3], or alleging a violation of any similar State law, based on conduct

Kebijakan *leniency* mulai diperkenalkan di Jepang berdasarkan amandemen *Antimonopoly Law* di tahun 2005 yang secara efektif mulai berlaku tanggal 4 Januari 2006. *Leniency policy* di Jepang diatur secara khusus dalam *Antimonopoly Law*, Article. 7-2 paragraph 10 – paragraph 17.

Kebijakan ini kembali mengalami perubahan di tahun 2009 yang memungkinkan perusahaan-perusahaan yang tergabung dalam satu kelompok perusahaan untuk mengajukan aplikasi *leniency* secara bersama (*join application*) sebagai satu entitas.²²⁸ Amandemen juga meningkatkan jumlah perusahaan yang dapat mengajukan permohonan *leniency*, yang sebelumnya maksimal tiga perusahaan meningkat menjadi lima perusahaan.²²⁹

Antimonopoly Law mengatur substansi dan besar keringanan denda yang diberikan, adapun prosedur pelaporan dan penyampaian permohonan *leniency* diatur dalam *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharges* (JFTC Rule No. 7 of 2005 atau *Leniency Guidelines*).²³⁰ *Leniency Guidelines* juga membedakan cara mengajukan permohonan yaitu yang dilakukan sebelum atau sesudah dimulainya investigasi oleh JFTC.

JFTC juga mengeluarkan kebijakan tambahan berupa *Policy on Criminal Accusation and Compulsory Investigation of Criminal Cases Regarding Antimonopoly Violations* (*Criminal Accusation Policy*) tanggal 7 Oktober 2005, yang

covered by a currently effective antitrust leniency agreement, the amount of damages recovered by or on behalf of a claimant from an antitrust leniency applicant who satisfies the requirements of subsection (b), together with the amounts so recovered from cooperating individuals who satisfy such requirements, shall not exceed that portion of the actual damages sustained by such claimant which is attributable to the commerce done by the applicant in the goods or services affected by the violation". Lebih lanjut melalui *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 Extension Act*, Public Law. 111-30, Sec.2, yang berlaku sejak 19 Juni 2009, undang-undang mengakui keberadaan antitrust leniency agreement sebagai bentuk perjanjian antara United States Department of Justice dengan korporasi atau individual menyangkut dikabulkannya permohonan leniency sebagaimana diatur dalam Antitrust Corporate Leniency Policy.

²²⁸ Shegeyoshi Ezaki dan Vassili Moussis, 'Leniency for Japan', *Global Competition Review*, hlm. 34, http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/01.2006_Global_Comp_Rev_Leniency_Japan_Moussis.pdf, diunduh 13 April 2012.

²²⁹ Andy Matthews dan Paul Schoff, "The Asia Pacific Antitrust Review 2011", <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/33/sections/117/chapters/1208/cartels-overview/>, diunduh 14 April 2012.

²³⁰ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 10 items i.

mengatur pemberian *leniency* dikaitkan dengan perkara penuntutan pidana.²³¹ *Criminal Acusation Policy* memberikan kemungkinan bagi pemohon *leniency* untuk terbebas dari sanksi pidana kartel dengan jalan tidak dilakukannya klaim tuduhan pidana kartel yang merupakan kewenangan eksklusif JFTC kepada Penuntut Umum.

3.2.2 Kewenangan Institusi Pemberi *Leniency*

Pemberian *Corporate Leniency Policy* dan *Leniency Policy for Individuals* menjadi kewenangan dari DOJ-AD sebagai penyidik dan penuntut umum dalam perkara pelanggaran pidana kartel. Sementara di Jepang kewenangan tersebut dimiliki oleh *Japan Fair Trade Commission* (JFTC) yang bertanggungjawab menjalankan fungsi investigasi, penuntut umum, dan hakim dalam proses administratif perkara kartel.²³² Secara tidak langsung JFTC juga dapat memberikan *leniency* atas sanksi pidana kartel yaitu dengan memilih untuk tidak mengajukan klaim tuduhan pidana kepada Penuntut Umum.

3.2.3 Subyek Penerima *Leniency*

Sebagaimana dibedakan dalam pengaturan kebijakan *leniency* di Amerika Serikat, subyek penerima *leniency* dapat meliputi korporasi maupun individu. Korporasi berhak menerima *leniency* dengan catatan merupakan pelaku kartel pertama yang mengajukan permohonan *leniency*. Selain korporasinya, *Corporate Leniency Policy* juga memberi kemungkinan bagi direksi, staf, dan karyawan korporasi untuk menerima *leniency*, dengan catatan yang bersangkutan mengakui keterlibatan mereka dalam kartel, sebagai satu kesatuan dengan pengakuan korporasi (*corporate confession*).²³³

Adapun berdasarkan pada *Leniency Policy for Individuals*, penerima *leniency* meliputi semua individu yang melaporkan praktik kartel atas dasar inisiatifnya sendiri

²³¹ Lihat: http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/policy_on_criminal_accusation.pdf, diunduh 21 April 2012.

²³² Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 47, paragraph 1.

²³³ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph C.

dan bukan sebagai bagian dari pengakuan korporasi, pengaduan mana harus dilakukan sebelum dimulainya fase investigasi DOJ-AD.²³⁴

Di Jepang, *entrepreneur* atau pelaku usaha merupakan pihak yang berhak untuk menerima *leniency*. Adapun yang dimaksud sebagai *entrepreneur* adalah: “*a person who operates a commercial, industrial, financial or any other business*”.²³⁵ Pembebasan atau imunitas terhadap denda hanya diberikan kepada pelaku usaha pertama yang memenuhi ketentuan yang dipersyaratkan *Antimonopoly Law*.²³⁶ Sementara untuk pemohon *leniency* kedua sampai dengan kelima dapat menerima pengurangan denda yang besarnya antara 30% sampai dengan 50%.

3.2.4 Jenis dan Persyaratan Pemberian *Leniency*

Terdapat perbedaan khusus sehubungan dengan jenis *leniency* yang dikenal di Amerika Serikat dan Jepang yang mana tidak terlepas dari perspektif penanganan kartel di masing-masing negara. Sebagaimana dibahas sebelumnya, penanganan kartel di Amerika Serikat mengacu pada perspektif hukum pidana, sementara Jepang menitikberatkan perspektif hukum administratif, walau tetap terbuka kemungkinan untuk melakukan penuntutan kartel secara pidana.

Kebijakan di Amerika Serikat mengartikan *leniency* sebagai: “*not charging such a firm or such an individual criminally for the activity being reported*”.²³⁷ Berdasarkan pemahaman tersebut, hanya dikenal satu jenis *leniency* di Amerika Serikat yaitu yang berupa pembebasan (amnesti) dari sanksi pidana.

Sebagaimana diatur dalam Section.1 *Sherman Act*, praktik kartel merupakan kejahatan yang diancam dengan pidana denda maksimal USD 100 juta jika dilakukan oleh korporasi, dan pidana denda maksimal USD 1 juta dan atau pidana penjara maksimal 10 (sepuluh) tahun bagi individu yang melakukan atau terlibat dalam

²³⁴ United States Department of Justice, *Leniency Policy for Individuals*, *op.cit.*, paragraph B.

²³⁵ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 2, paragraph 1.

²³⁶ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 10, items i.

²³⁷ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy dan Individual Leniency Policy*, *op.cit.*, bagian pembukaan.

kartel. Dengan menjadi pemohon pertama yang mengajukan *leniency*, pelaku kartel dapat memperoleh pembebasan dari ancaman sanksi pidana *Sherman Act*.

Adapun *Antimonopoly Law* di Jepang memberikan dua kemungkinan penegakan hukum kartel yaitu melalui perspektif hukum administratif dan dalam kasus-kasus khusus dapat dilakukan melalui persektif hukum pidana. Dalam hal menempuh perspektif administratif, JFTC akan mengeluarkan *cease and desist order* dan perintah pembayaran denda administratif. Adapun sesuai ketentuan yang diatur dalam *Antimonopoly Law* jenis *leniency* yang dikenal di Jepang adalah berupa pembebasan dan pengurangan dari sanksi denda administratif.²³⁸ Namun demikian, jenis *leniency* di Jepang sejatinya juga mencakup pembebasan (amnesti) dari sanksi pidana, yaitu dalam hal JFTC memilih untuk tidak mengajukan klaim tuduhan pidana kepada Penuntut Umum yang membawa konsekuensi tidak dapat dimulainya proses penuntutan pidana dan dijatuhkannya sanksi pidana. Kebijakan untuk tidak melakukan klaim tuduhan kriminal tersebut diatur dalam *JFTC Criminal Accusation Policy*.²³⁹

Untuk dapat menerima *leniency*, baik DOJ-AD maupun JFTC telah mengatur persyaratan yang harus dipenuhi pemohon yang mana disesuaikan dengan jenis *leniency* dan subyek penerima *leniency* tersebut.

3.2.4.1 Jenis dan Persyaratan Pemberian *Leniency* di Amerika Serikat

Sebagaimana diuraikan sebelumnya, jenis *leniency* di Amerika Serikat hanya berupa pembebasan (amnesti) dari sanksi pidana. Namun dalam kebijakannya, DOJ-AD memilih untuk lebih lanjut mengklasifikasikan jenis *leniency* tersebut sesuai dengan subyek penerimanya, yaitu melalui *Corporate Leniency Policy* yang memberikan kekebalan penuntutan kriminal terhadap korporasi dan *Individual Leniency Policy* yang memberikan kekebalan penuntutan kriminal bagi individu.

²³⁸ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 10 items i.

²³⁹ Japan Fair Trade Commission, *The Fair Trade Commission's Policy on Criminal Accusation and Compulsory Investigation of Criminal Cases Regarding Antimonopoly Violations (Criminal Accusation Policy)*, paragraph 1 items 2, http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guide_lines/ama/pdf/policy_on_criminal_accusation.pdf, diunduh 21 April 2012.

Melalui kebijakan ini, korporasi dapat menghindari sanksi pidana denda, sementara individu dapat terhindar baik dari sanksi pidana penjara maupun sanksi pidana denda.²⁴⁰ Jenis dan persyaratan pemberian *leniency* tersebut penulis uraikan lebih lanjut di bawah ini:

1. *Corporate Leniency Policy*

Berdasarkan kebijakan *Corporate Leniency Policy* pelaku kartel korporasi yang merupakan pemohon *leniency* pertama dapat memperoleh pembebasan dari sanksi pidana denda. Sehubungan dengan persyaratan yang harus dipenuhi oleh korporasi pemohon, jenis *leniency* ini dapat dibedakan sebagai berikut:

a. *Leniency Before an Investigation has Begun (Type A Leniency)*

Leniency jenis ini secara otomatis diberikan kepada korporasi yang melaporkan kegiatan kartel pertama kali, sebelum dimulainya fase investigasi, dengan catatan korporasi tersebut memenuhi semua persyaratan sebagai berikut.²⁴¹

- 1) DOJ-AD belum pernah menerima informasi pelanggaran tersebut pada saat diajukannya permohonan *leniency*;
- 2) Saat mengetahui adanya praktik kartel, korporasi telah mengambil tindakan cepat dan efektif (*prompt and effective action*²⁴²) untuk menghentikan partisipasinya dalam kartel;
- 3) Korporasi melaporkan kesalahan tersebut dengan jujur dan lengkap, dan bersedia untuk bekerja sama secara penuh, berkelanjutan, dan lengkap dengan DOJ-AD dalam investigasinya;

²⁴⁰ Scott D. Hammond, United States Department of Justice, Antitrust Division, "Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters", 19 November 2008, hlm. 1, <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>, diunduh 24 April 2012.

²⁴¹ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph A

²⁴² Yang dimaksud dengan *prompt and effective action* adalah bahwa korporasi tersebut telah berusaha memperoleh marker dari DOJ-AD dan telah menghentikan keterlibatannya dalam kartel. Lihat: Scott D. Hammond, "Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters", *op.cit.*, hlm. 3-4.

- 4) Pengakuan kesalahan sepenuhnya sebagai aksi korporasi, terlepas dari adanya pengakuan terpisah dari eksekutif maupun staf korporasi;
- 5) Selama memungkinkan, korporasi akan memberikan restitusi²⁴³ kepada pihak-pihak yang dirugikan;
- 6) Korporasi tidak memaksa pihak lain berpartisipasi dalam kartel dan bukan merupakan pemimpin atau pencipta kartel (*cartel ringleader*²⁴⁴).

Dengan dipenuhinya semua persyaratan di atas, maka sebagai bagian dari pengakuan korporasi (*corporate confession*), seluruh direksi, staf, dan karyawan korporasi yang mengakui peranan mereka dalam kartel akan secara otomatis turut menerima *leniency*, dengan syarat yang bersangkutan setuju untuk terus membantu dan bekerjasama dengan DOJ-AD selama berjalannya proses investigasi.²⁴⁵ Lebih lanjut, melalui kewenangan diskresi DOJ-AD juga terbuka kemungkinan bagi mantan direksi, staf, dan karyawan korporasi bersangkutan untuk dapat turut menerima *leniency*.²⁴⁶

b. *Alternative Requirement for Leniency (Type B Leniency)*

Ketika suatu korporasi tidak berhasil memenuhi semua persyaratan yang ditentukan dalam *Type A Leniency*, terlepas dari sudah atau belum dimulainya

²⁴³ Ketentuan tentang pemberian restitusi diatur dalam 18 U.S.C § 3663 – Order of Restitution. Di luar hukuman lain yang ditetapkan undang-undang, Pengadilan juga dapat memerintahkan terdakwa untuk membayar restitusi kepada korban pelanggaran antitrust. Pemberian restitusi dalam perkara kriminal juga dimungkinkan berdasarkan pada adanya kesepakatan para pihak dalam plea agreement. Adapun nilai restitusi tidak boleh lebih besar dari jumlah sanksi denda yang dijatuhkan. Pengadilan juga berwenang untuk menolak permohonan restitusi bila dirasakan akan menimbulkan komplikasi dan perpanjangan proses penjatuhan hukuman yang dinilai akan melampaui kebutuhan pemberian restitusi itu sendiri.

²⁴⁴ Leniency policy menentukan bahwa yang dimaksud sebagai pemimpin kartel (*cartel ringleader*) atau pencipta kartel (*cartel originator*) adalah “the leader” atau “the originator” dan bukan “a leader” atau “an originator”. DOJ-AD menjelaskan bahwa aplikasi pemohon leniency akan ditolak bila yang bersangkutan jelas merupakan satu-satunya pemimpin atau pencipta kartel. Namun apabila terdapat dua pemimpin dalam konspirasi kartel dengan lima anggota, maka semua anggota kartel tersebut, termasuk dua pemimpinnya, tetap berpotensi menerima leniency. Hal yang sama berlaku ketika konspirasi kartel terdiri dari dua anggota yang bersama-sama memegang peranan menentukan (*decisive role*) dalam operasi kartel, maka keduanya tetap berpotensi menerima leniency. Lihat: D. Hammond, “Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters”, *op.cit.*, hlm. 15-16.

²⁴⁵ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph.C.

²⁴⁶ Samantha J. Mobley dan Ross Denton, *op.cit.*, hlm. 634.

investigasi DOJ-AD, masih terbuka kemungkinan untuk memperoleh *leniency*, selama korporasi memenuhi persyaratan berikut:²⁴⁷

- 1) Korporasi merupakan pemohon pertama yang melaporkan praktik kartel;
- 2) DOJ-AD belum memiliki bukti-bukti yang memungkinkan berhasilnya penuntutan (*sustainable conviction*);
- 3) Saat mengetahui adanya praktik kartel, korporasi telah mengambil tindakan cepat dan efektif menghentikan partisipasinya dalam kartel;
- 4) Korporasi melaporkan kesalahan tersebut dengan jujur dan lengkap, dan bersedia untuk bekerja sama secara penuh, berkelanjutan, dan lengkap dengan DOJ-AD dalam investigasinya;
- 5) Pengakuan kesalahan sepenuhnya sebagai aksi korporasi, terlepas dari adanya pengakuan terpisah dari eksekutif maupun staf korporasi;
- 6) Selama memungkinkan, korporasi akan memberikan restitusi kepada pihak-pihak yang dirugikan;
- 7) DOJ-AD menetapkan bahwa pemberian *leniency* tersebut bersifat adil bagi pelaku kartel lainnya, dengan mempertimbangkan natur daripada kartel, peranan korporasi di dalamnya, dan waktu dilakukannya pelaporan.

Adapun direksi, staf, dan karyawan dari korporasi yang mengajukan permohonan *leniency* berdasarkan pada pemenuhan persyaratan Type B, tidak lagi menerima *leniency* secara otomatis, melainkan diperlakukan layaknya yang bersangkutan mengajukan permohonan secara individual.²⁴⁸

2. *Leniency Policy for Individuals*

Individu yang melaporkan praktik kartel berdasarkan inisiatifnya sendiri, sebelum dimulainya fase investigasi, dapat dipertimbangkan untuk menerima *leniency* dengan catatan pelaporan tersebut bukan merupakan bagian dari pengakuan korporasi. Dalam hal korporasi juga mengajukan permohonan *leniency*, individu

²⁴⁷ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph. B.

²⁴⁸ United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph C.

bersangkutan hanya akan dipertimbangkan untuk menerima *leniency* berdasarkan atau sebagai bagian dari *Corporate Leniency Policy*.²⁴⁹

Adapun persyaratan yang harus dipenuhi individu untuk mengajukan permohonan *Individual Leniency* adalah:²⁵⁰

- a. Pada saat diajukannya permohonan *leniency* DOJ-AD belum pernah menerima informasi terkait pelanggaran tersebut;
- b. Individu bersangkutan melaporkan kesalahan tersebut dengan jujur dan lengkap, dan bersedia untuk bekerjasama dengan DOJ-AD secara penuh, berkelanjutan, dan lengkap selama berjalannya investigasi;
- c. Individu bersangkutan tidak memaksa pihak lain untuk berpartisipasi dalam praktik kartel dan bukan merupakan pemimpin atau pencipta kartel (*cartel ringleader*).

Bilamana individu tersebut tidak berhasil memenuhi ketentuan di atas, maka kemungkinan dikabulkannya permohonan *leniency* akan sepenuhnya bergantung pada DOJ-AD sesuai dengan kewenangan penuntutan yang dimilikinya.²⁵¹ Nilai dan ukuran kesuksesan dari *Individual Leniency Policy* tidak ditentukan oleh banyaknya jumlah aplikasi yang diterima, melainkan dari jumlah aplikasi korporasi yang dihasilkannya. *Individual policy* bekerja sebagai penjaga (*watchdog*) untuk memastikan korporasi akan terdorong untuk melaporkan praktik kartelnya sendiri.²⁵²

Perlu diingat bahwa Amerika Serikat memiliki sistem *plea bargaining* yang memberikan kemungkinan bagi pelaku kartel yang tidak berhasil memperoleh pembebasan hukuman untuk menegosiasikan pengurangan sanksi pidana denda (untuk korporasi dan individu) dan sanksi pidana penjara (khusus bagi individu) melalui kesepakatan *plea agreement* dengan DOJ-AD. *Plea bargaining* bukan merupakan bagian dari *leniency policy*, namun digunakan untuk menyelesaikan 90%

²⁴⁹ Scott D. Hammond, "Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters", *op.cit.*, hlm. 2.

²⁵⁰ United States Department of Justice, *Individual Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph. A.

²⁵¹ United States Department of Justice, *Individual Leniency Policy*, *op.cit.*, paragraph. B.

²⁵² Scott D. Hammond, "Cornerstones of An Effective Leniency Program", *op.cit.*, hlm. 10.

kasus-kasus pelanggaran kartel di Amerika Serikat.²⁵³ Sehingga dalam praktiknya, selain amnesti yang hanya diberikan kepada pemohon pertama *leniency*, juga terbuka kemungkinan bagi pelaku kartel lain untuk mendapatkan pengurangan atas sanksi pidana melalui mekanisme *plea agreement*.

3.2.4.2 Jenis dan Persyaratan Pemberian *Leniency* di Jepang

Berdasarkan pada pengaturan dalam *Antimonopoly Law* dan *Criminal Accusation Policy*, Jepang mengenal beberapa jenis pemberian *leniency* yang dapat berupa pembebasan atas sanksi denda administratif, pengurangan sanksi denda administratif, dan pembebasan dari kemungkinan penuntutan pidana, sebagaimana diuraikan di bawah ini.²⁵⁴

1. Pembebasan Denda Administratif (*Immunity from Surcharge*)

JFTC akan membebaskan pelaku usaha dari kewajiban pembayaran denda administratif secara penuh apabila pelaku usaha tersebut merupakan pelaku usaha pertama yang melaporkan adanya praktik kartel kepada JFTC sebelum dimulainya fase investigasi.²⁵⁵

2. Pengurangan Denda Administratif (*Reduction from Surcharge*)

Ketentuan menyangkut pengurangan pembayaran denda administratif diatur secara lengkap dalam *Antimonopoly Law*. Ketentuan ini membedakan prosentase pengurangan denda yang dapat diberikan berdasarkan pada tahap diajukannya permohonan *leniency* tersebut, yaitu sebelum atau sesudah dimulainya fase investigasi, sebagai berikut:

²⁵³ Niall E. Lynch, "United States Antitrust Law, Policies & Procedures", 19 September 2011, hlm. 21, http://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub4368_1.pdf, diunduh 1 April 2012

²⁵⁴ Lihat: Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 10, items i dan Article. 7-2, paragraph 11, dan Japan Fair Trade Commission, *Criminal Accusation Policy*, section. 2.

²⁵⁵ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 10, items i.

- a. Pemohon *leniency* kedua sebelum dimulainya fase investigasi diberikan pengurangan denda sebesar 50% (lima puluh persen);²⁵⁶
- b. Pemohon *leniency* ketiga sampai dengan kelima sebelum dimulainya fase investigasi diberikan pengurangan denda sebesar 30% (tiga puluh persen);²⁵⁷
- c. Pengurangan denda sebesar 30% (tiga puluh persen) diberikan kepada pemohon *leniency* yang mengajukan permohonannya pada saat atau setelah dimulainya fase investigasi, dengan catatan jumlah keseluruhan pemohon setelah dimulainya fase investigasi tidak lebih dari tiga pemohon, dan jumlah keseluruhan pemohon baik sebelum maupun sesudah fase investigasi tidak melebihi lima pemohon.²⁵⁸

3. Pembebasan dari Penuntutan Pidana

JFTC memiliki kewenangan eksklusif untuk mengajukan klaim tuduhan pidana (*criminal accusation claim*) kepada Penuntut Umum, yang selanjutnya akan memproses penuntutan pidana terhadap pelaku kartel.²⁵⁹ Sesuai dengan kebijakan *Criminal Accusation Policy*, JFTC tidak akan mengajukan klaim tuduhan pidana terhadap pemohon *leniency* pertama yang mengajukan permohonannya sebelum dimulainya investigasi (*investigation start date*²⁶⁰). Dalam hal pemohon *leniency* adalah korporasi, pengecualian klaim pidana ini juga akan berlaku bagi pejabat, karyawan dan staf korporasi bersangkutan.²⁶¹

Lebih lanjut, JFTC hanya akan memulai investigasi wajib perkara kriminal dan mengejar sanksi pidana secara aktif dalam keadaan berikut ini:²⁶²

- a. Merupakan kasus pelanggaran serius yang memiliki pengaruh luas terhadap kehidupan masyarakat dan telah membatasi persaingan dalam lingkup

²⁵⁶ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 11, items i.

²⁵⁷ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 11, items ii, dan iii.

²⁵⁸ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 12.

²⁵⁹ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 74, paragraph 1 dan Article. 96, paragraph 1.

²⁶⁰ Yang dimaksud dengan investigation start date adalah investigation start date adalah: “the date when the JFTC initiates its on the spot inspection, official inspection and search, etc, regarding the case relating to the violative act”. Lihat: Japan Fair Trade Commission, *Criminal Accusation Policy*, section. 1.

²⁶¹ Japan Fair Trade Commission, *Criminal Accusation Policy*, *op.cit.*, section. 1.

²⁶² Japan Fair Trade Commission, *Criminal Accusation Policy*, 1, section 1, items 1.

perdagangan tertentu secara substansial, misalnya melalui seperti kartel penetapan harga, kartel kuota pasokan, alokasi pasar, pengaturan tender, dan boikot.

- b. Melibatkan pelaku usaha kambuhan (*repeat offenders*) atau pelaku usaha yang tidak mematuhi langkah eliminasi atau penghentian praktik pelanggaran, ataupun dalam kasus-kasus tertentu dimana tindakan administratif JFTC dirasakan tidak akan sanggup memenuhi tujuan yang digariskan *Antimonopoly Law*.

Sebagaimana ditentukan dalam *Antimonopoly Law*, untuk dapat mengajukan permohonan *leniency*, pelaku usaha (*entrepreneur*) harus terlebih dahulu memenuhi persyaratan berikut:²⁶³

- a. Menghentikan semua kegiatan praktik kartel sebelum mengajukan permohonan *leniency*;
- b. Menyerahkan laporan, bahan atau dokumen-dokumen sesuai dengan ketentuan *Leniency Guidelines*;
- c. Laporan, bahan atau dokumen yang disampaikan tidak memuat informasi bersifat palsu;
- d. Menyerahkan bahan atau dokumen tambahan sesuai permintaan JFTC;
- e. Pelaku usaha tidak memaksa pelaku usaha lain terlibat dalam praktik kartel dan atau tidak menghalangi pelaku usaha lain menghentikan praktik kartel;
- f. Tidak mengungkapkan pelaporan permohonan *leniency* kepada pihak ketiga tanpa alasan yang dapat dibenarkan.²⁶⁴

3.3 Prosedur dan Implementasi *Leniency* di Amerika Serikat dan Jepang

Pembahasan dalam sub bab ini akan menjelaskan baik mengenai prosedur yang harus ditempuh dalam mengajukan permohonan *leniency*, pemberian dan penolakan *leniency*, pembatalan *leniency*, upaya hukum atas penolakan atau

²⁶³ Lihat: Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 17, items i, ii, dan iii, dan Japan Fair Trade Commission, *Criminal Accusation Policy*, section. 1, items 2a dan 2b.

²⁶⁴ Japan Fair Trade Commission, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharges*, section 4.

pembatalan *leniency*, dan contoh implementasi *leniency policy* dalam kasus pelanggaran kartel baik di Amerika Serikat maupun di Jepang.

3.3.1 Pengajuan Permohonan *Leniency*

Amerika Serikat tidak memiliki pengaturan formal tentang prosedur penyampaian permohonan *leniency*, namun berdasarkan informasi yang dikeluarkan oleh DOJ-AD, semua permohonan *leniency* ditujukan kepada *Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement (Criminal DAAG)*. Untuk mengajukan permohonan, penasihat hukum dari pemohon *leniency* dapat memilih untuk menempuh salah satu cara berikut:²⁶⁵

1. menghubungi *Criminal DAAG* melalui telepon;
2. menghubungi salah satu dari *Antitrust Division Field Offices* yang tersebar di tujuh negara bagian; atau
3. menghubungi *Antitrust Division – National Criminal Enforcement Section* di Washington D.C.

Sementara ketentuan di Jepang mewajibkan permohonan untuk mendapatkan pembebasan atau pengurangan denda administratif sebelum dimulainya fase investigasi untuk disampaikan dengan menggunakan formulir *Written Report Regarding Immunity from or Reduction of Surcharges*, sebagaimana ditetapkan oleh JFTC dalam *Leniency Guidelines*, sebagai berikut:²⁶⁶

1. Form. 1 untuk menyampaikan ringkasan laporan (*report summary*);
2. Form. 2 memuat informasi lebih lengkap, antara lain:
 - a. nama dan jabatan eksekutif atau karyawan dari korporasi pelapor;

²⁶⁵ Scott D. Hammond, “Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters”, *op.cit.*, hlm. 2. Ketentuan ini merubah ketentuan sebelumnya dalam United States Department of Justice, Corporate Leniency Policy dan Individual Leniency Policy yang memberikan kewenangan kepada Director of Operations sebagai peninjau aplikasi leniency korporasi dan Deputy Assistant Attorney General for Litigations sebagai peninjau aplikasi leniency individual.

²⁶⁶ Japan Fair Trade Commission, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharge*, section. 1 dan section. 2.

- b. nama eksekutif atau karyawan pelaku usaha lain yang terlibat dalam praktik kartel.

Apabila permohonan disampaikan sesudah dimulainya investigasi oleh JFTC, maka pemohon diharuskan untuk menggunakan Form. 3, yang harus diajukan paling lambat dalam 20 hari sejak tanggal dimulainya *on-site inspection* baik untuk investigasi administratif maupun investigasi perkara pidana.²⁶⁷

Penyerahan Form. 1 dapat dilakukan melalui faksimili sebelum menyerahkan versi aslinya secara langsung kepada JFTC *Senior Officer of Leniency Program*.²⁶⁸ Sementara penyerahan Form 2 atau Form 3 dapat dilakukan melalui salah satu cara berikut:²⁶⁹

1. Penyerahan secara langsung kepada *Senior Officer for Leniency Program*;
2. Pengiriman melalui pos tercatat (*registered mail*);
3. Melalui faksimili; atau
4. Melalui email sesuai dengan ketentuan *Enforcement Rules on the Law Concerning Use of Information and Telecommunication Technologies in Administrative Procedures Related to Legislation under the Jurisdictions of the Fair Trade Commission (JFTC Rule No.1 of 2003)*.²⁷⁰
5. Dalam kondisi tertentu, JFTC dapat menetapkan pemohon untuk menghadap *Senior Officer for Leniency Program* dan menyampaikan laporan atau pernyataannya secara lisan.

²⁶⁷ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 47 dan Article. 102.

²⁶⁸ Japan Fair Trade Commission, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharge*, section. 1.

²⁶⁹ Japan Fair Trade Commission, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharge*, section. 3, items 2.

²⁷⁰ Japan Fair Trade Commission, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharge*, section. 6.

Bersamaan dengan disampaikannya laporan, pemohon juga berkewajiban untuk menyerahkan bukti-bukti berupa dokumen atau bahan pelengkap, yang antara lain meliputi:²⁷¹

1. Nota pertemuan (*memorandums of meeting*) terkait kegiatan kartel;
2. Laporan bisnis harian yang menunjukkan hal berkaitan dengan kegiatan kartel;
3. Korespondensi dengan pelaku usaha kartel lainnya;
4. Bukti-bukti tertulis menyangkut kegiatan kartel yang memuat tanda tangan dan stempel dari eksekutif atau karyawan yang terlibat di dalamnya.

Ketentuan Article. 7-2, paragraph 13 *Antimonopoly Law*, memungkinkan diajukannya aplikasi *leniency* secara bersama-sama oleh dua atau lebih pelaku usaha yang memiliki hubungan afiliasi atau tergabung dalam grup usaha yang sama, dimana JFTC akan memperlakukan aplikasi tersebut layaknya diserahkan oleh satu pemohon. Permohonan *leniency* harus disampaikan dalam bahasa Jepang, sementara untuk bahan atau dokumen pendukung dalam bahasa lain, harus disampaikan beserta dengan terjemahannya dalam bahasa Jepang.²⁷²

3.3.2 Sistem Marker

DOJ-AD hanya akan mengabulkan satu permohonan *corporate leniency* untuk setiap konspirasi kartel, sehingga seringkali pelaku kartel berlomba-lomba untuk mengajukan aplikasi permohonan *leniency*. Perlombaan tidak hanya terjadi di antara sesama pelaku kartel, namun juga dengan karyawan dari korporasi sendiri yang sangat mungkin tengah mempersiapkan untuk mengajukan permohonan *individual leniency*. Menyikapi hal ini, DOJ-AD telah mengimplementasikan apa yang dikenal sebagai *marker system*²⁷³ sebagai sarana untuk menjaga tempat pemohon dalam

²⁷¹ Japan Fair Trade Commission, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharge*, Form. 2, section.5 dan Form.3, section.7

²⁷² Japan Fair Trade Commission, *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharge*, section. 9.

²⁷³ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 Extension Act (Public Law 111-30, Section. 212), mendefinisikan marker sebagai: “an assurance given by the Antitrust Division to a candidate for corporate leniency that no other company will be considered for leniency,

pengajuan permohonan *leniency*, sementara pemohon berusaha mengumpulkan lebih banyak informasi dan bukti-bukti untuk mendukung permohonannya.²⁷⁴

Marker diberikan untuk periode terbatas, biasanya selama 30 hari yang mana dapat diperpanjang oleh DOJ-AD. Kesempatan ini dapat dipergunakan oleh penasihat hukum pemohon untuk melakukan investigasi internal dan mengumpulkan informasi tambahan yang dibutuhkan untuk menyempurnakan permohonan *leniency*. Periode ini juga dimanfaatkan oleh DOJ-AD mewawancarai eksekutif kunci korporasi tersebut sebelum mengeluarkan *conditional leniency letter* yang berfungsi sebagai pemberian *leniency* secara bersyarat kepada pemohon. Selama periode *marker*, tidak ada pelaku kartel lain yang dapat menggeser posisi pemohon dalam pengajuan permohonan *leniency*.²⁷⁵

Jepang tidak memiliki ketentuan *marker* layaknya Amerika Serikat. Pemohon yang ingin mengamankan posisinya sebagai pemohon *leniency* pertama harus mengajukan permohonan kepada JFTC dengan terlebih dahulu menggunakan Form. 1. Dengan pengajuan ini, posisi pemohon *leniency* untuk sementara dinyatakan aman sampai dengan diserahkannya Form. 2 berikut bukti-bukti pendukung dalam tenggat waktu yang ditetapkan JFTC. Penentuan tenggat waktu ini menjadi kewenangan dari JFTC, tetapi dalam praktiknya biasa diberikan selama 2 (dua) minggu.²⁷⁶

Jika pemohon gagal menyerahkan Form.2 maupun bukti-bukti pendukung sesuai dengan tenggat waktu yang ditetapkan, atau dalam hal pemohon melanggar ketentuan Article.7-2 paragraph 17 *Antimonopoly Law*²⁷⁷, pemohon akan menghadapi

for some finite period of time, while the candidate is given an opportunity to perfect its leniency application”.

²⁷⁴ Scott D. Hammond, “Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters”, *op.cit.*, hlm. 1.

²⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 3-4.

²⁷⁶ Samantha J. Mobley dan Ross Denton, *op.cit.*, hlm. 322.

²⁷⁷ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 17, memuat ketentuan tentang keadaan yang dapat menyebabkan dicabutnya pemberian *leniency*, meliputi:

1. adanya laporan atau bahan-bahan bersifat palsu;
2. pemohon gagal menyampaikan laporan atau bahan-bahan yang diminta;
3. pemohon telah memaksa pelaku usaha lain untuk terlibat dalam kartel atau telah menghalangi pelaku kartel lain untuk menghentikan kegiatan ilegalnya.

Universitas Indonesia

konsekuensi kehilangan posisinya sebagai pemohon pertama yang berhak untuk menerima pembebasan atas sanksi denda administratif.

3.3.3 Ketentuan Kerahasiaan

Di Amerika Serikat, DOJ-AD memiliki kebijakan untuk tidak mengungkapkan baik identitas pemohon *leniency* maupun informasi yang diberikannya. Kebijakan kerahasiaan (*confidentiality policy*) ini juga diterapkan dalam hubungan DOJ-AD dengan otoritas persaingan usaha yurisdiksi lain. Kebijakan ini sejalan dengan kepentingan untuk memaksimalkan insentif bagi pemohon *leniency*, dimana akan kontra produktif apabila informasi yang diberikan pemohon justru digunakan untuk memulai investigasi dan memberatkan yang bersangkutan di yurisdiksi-yurisdiksi lainnya.²⁷⁸ Namun demikian, pengecualian tetap dimungkinkan dalam beberapa kondisi khusus, yaitu diungkapkan sendiri oleh pemohon, terdapat perjanjian pengungkapan dengan pemohon, atau justru diperintahkan oleh pengadilan (*court order*).²⁷⁹

Baik *Antimonopoly Law* maupun *Leniency Guidelines* di Jepang tidak mengatur adanya kewajiban JFTC untuk merahasiakan informasi yang diterimanya dari pemohon *leniency*. Namun JFTC juga memiliki kebijakan yang dimuat dalam *Policy on Handling the Names and Details of Business Operators Subject to Immunity or Reductions under the Leniency Program*, untuk dapat mengungkapkan informasi tersebut apabila diminta oleh pemohon *leniency*. Pengungkapan informasi dilakukan melalui situs JFTC dan memberikan keterangan menyangkut nama, alamat, nama representatif, dan detail pembebasan atau pengurangan denda.²⁸⁰ Melalui

²⁷⁸ Scott D. Hammond, "Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters", *op.cit.*, hlm. 27.

²⁷⁹ Scott D. Hammond, United States Department of Justice, Antitrust Division, "Dispelling The Myths Surrounding Information Sharing", hlm. 8, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206610.htm>, diunduh 21 April 2012.

²⁸⁰ Namun demikian, dalam situsnya JFTC hanya menyebutkan bahwa pelaku usaha tertentu terbukti melakukan kartel namun tidak dikenakan denda administrasi sehingga dapat diasumsikan bahwa pelaku usaha tersebut merupakan pemohon *leniency* yang menerima imunitas denda. Berkaitan dengan pemohon *leniency* yang mendapatkan pengurangan denda, situs JFTC hanya memuat informasi pelaku-pelaku usaha yang dikenakan denda dan nominal dendanya, atau tidak memberikan keterangan

pengumuman publik ini, pemohon akan dapat memperoleh keringanan masa penangguhan (*suspension period*)²⁸¹ sehingga dapat kembali mengikuti kontrak-kontrak yang diselenggarakan Pemerintah.²⁸² Adapun informasi yang diperoleh JFTC berdasarkan atas investigasinya, merupakan bukti-bukti yang akan disajikan dalam *hearing proceedings* sehingga bersifat terbuka bagi pihak tergugat lainnya.²⁸³

3.3.4 Kebijakan *Amnesty Plus* dan *Penalty Plus*

Kebanyakan dari investigasi kegiatan kartel diawali oleh adanya bukti-bukti pengembangan penyelidikan kasus yang berbeda. Hal ini mendorong DOJ-AD untuk mengambil langkah proaktif dengan mendorong subyek atau target investigasi untuk mempertimbangkan kemungkinan mereka untuk menerima *leniency* di pasar yang berbeda, yaitu melalui kebijakan yang dikenal sebagai *Amnesty Plus*.²⁸⁴

Amnesty Plus memberikan kesempatan bagi pemohon yang tidak memenuhi syarat untuk menerima *leniency* dalam suatu perkara yang sedang diinvestigasi, namun bersedia untuk bekerja sama dalam mengungkapkan keberadaan kartel lainnya (kartel kedua). Sebagai imbalannya, selain menerima *leniency* sehubungan dengan pelanggaran kartel kedua, pemohon juga dapat menerima pengurangan denda bernilai substansial (nilai *plus*) dalam pelanggaran kartel pertama.²⁸⁵

Kebijakan *Amnesty Plus* dijalankan secara bersamaan dengan kebijakan pemberatan yang dikenal sebagai *Penalty Plus*. Terhadap pelaku kartel yang memilih untuk tidak menggunakan kesempatan *Amnesty Plus*, dan dikemudian hari terungkap

siapa yang menjadi penerima *leniency* berupa pengurangan denda dan berapa besar prosentase pengurangan denda tersebut.

²⁸¹ Masa penangguhan ini dikenakan kepada pelaku usaha yang terbukti melakukan pelanggaran terhadap Antimonopoly Law. Namun masa penangguhan tersebut dapat dikurangi separuhnya dalam hal pelaku usaha menerima *leniency* program dan mengumumkan penerimaan tersebut ke publik, sebagaimana diatur dalam the Agreement on the Implementation of the Central Public Works Contract System Operational Liaison Council Mode.

²⁸² Japan Fair Trade Commission, *Policy on Handling the Names and Details of Business Operators Subject to Immunity or Reductions under the Leniency Program*, 8 September 2006, hlm. 1, http://www.jftc.go.jp/en/press_releases/uploads/2006-Sep-8_02.pdf, diunduh 21 April 2012.

²⁸³ Japan, *Antimonopoly Law*. Article. 70-15, paragraph 1.

²⁸⁴ Scott D. Hammond, "Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters", *op.cit.*, hlm.8.

²⁸⁵ Scott D. Hammond, "*Cornerstones of An Effective Leniency Program*", *op.cit.*, hlm. 15.

turut berperan dalam kartel kedua, DOJ-AD akan meminta pengadilan untuk mempertimbangkan kelalaian pelaporan tersebut sebagai faktor pemberat dalam penuntutan. DOJ-AD akan meminta pengadilan untuk menerapkan syarat dan ketentuan pengawasan yang dikenal sebagai *corporate probation* sesuai pengaturan dalam *United States Sentencing Guidelines* (U.S.S.G. § 8D1.1), serta menuntut dijatuhkannya sanksi pidana denda dan pidana penjara pada atau melebihi batas atas yang ditetapkan dalam *guidelines* tersebut.

Bagi korporasi, kelalaian ini dapat membawa konsekuensi perbedaan besaran denda sejumlah 80% (delapan puluh persen) atau lebih, dibandingkan dengan tidak membayar denda sama sekali seandainya yang bersangkutan memilih menggunakan kebijakan *Amnesty Plus*. Sementara bagi individu atau eksekutif korporasi, kelalaian dapat berimplikasi pada meningkatnya sanksi pidana penjara yang dijatuhkan sebagai perbandingan dengan terbebas dari pidana penjara sebagai manfaat yang ditawarkan *Amnesty Plus*.²⁸⁶ Kebijakan *amnesty plus* dan *penalty plus* tidak dikenal dalam hukum persaingan di Jepang.

3.3.5 Pemberian dan Pembatalan *Leniency*

Pemberian *leniency* di Amerika Serikat pada awalnya adalah bersifat bersyarat (*conditional*). Bilamana permohonan *leniency* yang diajukan pemohon disetujui oleh DOJ-AD, pemohon akan menerima *Model Conditional Corporate Leniency Letter* atau *Model Conditional Individual Leniency Letter*, sebagai dokumen yang berisikan perjanjian pemberian *leniency* antara DOJ-AD dengan pemohon. Perjanjian ini bersifat sementara dan keberlangsungannya sangat tergantung pada kemampuan pemohon untuk membuktikan bahwa dirinya memenuhi persyaratan untuk dapat

²⁸⁶ Scott D. Hammond, United States Department of Justice, Antitrust Division “When Calculating The Cost and Benefits of Applying for Corporate Amensty, How Do You Put a Price Tag on An Individual’s Freedom?”, hlm. 6, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/7647.pdf>, diunduh 21 April 2012.

menerima *leniency*, dan kesediaan yang bersangkutan untuk senantiasa bekerjasama dalam investigasi DOJ-AD.²⁸⁷

Adapun kesediaan untuk senantiasa sanggup bekerjasama diwujudkan melalui pemenuhan ketentuan berikut ini:

1. Bagi Korporasi²⁸⁸

- a. Menjelaskan keseluruhan fakta yang diketahuinya berkaitan dengan kartel;
- b. Menyediakan dokumen, informasi, serta bahan-bahan lain yang berada di bawah kepemilikan atau pengendaliannya;
- c. Memastikan berjalannya kerjasama yang baik antara direksi, staf, dan karyawannya, baik yang masih atau sudah tidak menjabat, dan mendorong yang bersangkutan untuk menyediakan segala informasi relevan yang diketahuinya;
- d. Memfasilitasi direksi, staf, dan karyawannya baik yang masih atau sudah tidak menjabat, untuk hadir memberikan keterangan pada waktu dan tempat yang ditentukan oleh DOJ-AD;
- e. Memastikan bahwa direksi, staf, dan karyawannya baik yang masih atau sudah tidak menjabat memberikan informasi yang relevan, jelas, jujur, serta merespon semua pertanyaan dalam wawancara, *grand jury appearances*, dan sidang pengadilan;
- f. Memastikan bahwa direksi, staf, dan karyawannya baik yang masih atau sudah tidak menjabat, untuk memberikan informasi yang relevan dan tidak berusaha melindungi atau melibatkan pihak tertentu secara tidak benar;
- g. Membayar restitusi kepada pihak yang menderita kerugian akibat kartel, bilamana ditetapkan oleh pengadilan.

²⁸⁷ United States Department of Justice, *Model Corporate Conditional Leniency Letter*, hlm.1, dan *Model Individual Conditional Leniency Letter*, hlm.1, <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.pdf> dan <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239526.pdf>, diunduh 21 April 2012.

²⁸⁸ United States Department of Justice, *Model Corporate Conditional Leniency Letter*, *op.cit.*, hlm. 2-3.

2. Bagi Individu

Ketentuan ini berlaku bagi individu baik dalam penerapan *Corporate Leniency Policy* maupun *Leniency Policy for Individuals* sebagai berikut:²⁸⁹

- a. Menunjukkan semua dokumen dan catatan, termasuk dokumen dan catatan pribadi, dan bahan-bahan lain dalam kepemilikan atau pengendaliannya;
- b. Hadir dalam wawancara yang ditentukan oleh DOJ-AD;
- c. Menjawab semua pertanyaan sehubungan dengan kegiatan kartel dengan jujur tanpa melibatkan pihak lain secara tidak benar atau justru secara sengaja menyimpan informasi;
- d. Menyediakan bahan dan informasi lain berkaitan dengan kartel yang tidak diminta tetapi mungkin dimilikinya secara sukarela;
- e. Memberikan kesaksian dengan jujur, baik dalam sidang pengadilan, *grand jury appearances*, maupun proses lainnya.

Dengan dipenuhinya semua ketentuan kesediaan bekerja sama di atas, DOJ-AD akan mengeluarkan *final leniency letter* yang mengkonfirmasi bahwa kondisi dan persyaratan yang ditentukan telah dipenuhi oleh pemohon, dan karenanya, pemohon berhak untuk menerima pemberian *leniency* tidak bersyarat (*unconditional leniency*).²⁹⁰

Sebaliknya, kegagalan dalam memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam *conditional letter leniency* akan membawa konsekuensi batalnya *leniency agreement*, baik bagi korporasi maupun direksi, staf, dan karyawannya. Dengan batalnya *leniency agreement*, terbuka kemungkinan bagi DOJ-AD untuk melakukan penuntutan pidana dan untuk menggunakan segala dokumen, informasi, dan bukti-bukti lain yang telah diserahkan pemohon untuk memberatkan yang bersangkutan.²⁹¹ Dalam praktiknya, sebelum membatalkan atau mencabut *conditional leniency*, DOJ-AD akan terlebih

²⁸⁹ United States Department of Justice, *Model Individual Conditional Leniency Letter*, *op.cit.*, hlm.2.

²⁹⁰ Scott D. Hammond, , “Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters”, *op.cit.*, hlm. 23.

²⁹¹ United States Department of Justice, *Model Corporate Conditional Leniency Letter*, *op.cit.*, hlm. 6.

dahulu mengirimkan pemberitahuan tertulis kepada individu atau penasihat hukum korporasi bersangkutan sehubungan dengan adanya rekomendasi pembatalan, dan menyediakan kesempatan bagi individu dan penasihat hukum tersebut untuk mengadakan pertemuan dengan DOJ-AD.²⁹²

Sementara pengaturan di Jepang, mewajibkan JFTC untuk memberikan konfirmasi penerimaan berupa notifikasi tertulis pasca diterimanya permohonan *leniency*. Notifikasi ini akan memberitahukan kelayakan pemohon untuk menerima *leniency*, baik yang diajukan sebelum atau sesudah dimulainya fase investigasi.²⁹³

Pemberian *leniency* di Jepang dilakukan melalui putusan (*decision*) JFTC. Pemohon yang dikabulkan permohonan *leniency*-nya akan menerima pemberitahuan menyangkut imunitas denda (*surcharge immunity notice*) ketika JFTC mengeluarkan perintah pembayaran denda kepada pelaku kartel lainnya. Sementara, bagi pemohon *leniency* lain yang menerima pengurangan denda dengan prosentase sebesar 30% sampai dengan 50%, akan mengetahui adanya keringanan tersebut ketika menerima *surcharge payment order* dari JFTC.²⁹⁴

Antimonopoly Law juga memuat pengaturan tentang keadaan-keadaan yang dapat menyebabkan pembatalan pemberian *leniency* yang meliputi:²⁹⁵

1. Laporan atau bahan-bahan yang sampaikan oleh pemohon *leniency* mengandung informasi palsu atau tidak benar;
2. Pemohon *leniency* gagal menyampaikan laporan dan bahan-bahan yang diminta atau menyampaikan laporan dan bahan-bahan yang bersifat palsu;
3. Pemohon *leniency* telah memaksa pelaku usaha lain untuk terlibat dalam kartel atau justru menghalangi pelaku usaha lain menghentikan pelanggaran tersebut.

3.3.6 Upaya Hukum atas Penolakan atau Pembatalan Pemberian *Leniency*

²⁹² United States Department of Justice, *Model Corporate Conditional Leniency Letter*, *op.cit.*, hlm.5.

²⁹³ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 15.

²⁹⁴ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 18.

²⁹⁵ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 17, items i, ii, iii.

Pengaturan di Amerika Serikat tidak menyediakan upaya hukum yang dapat ditempuh sehubungan dengan penolakan pemberian permohonan *leniency* hal mana merupakan kewenangan DOJ-AD untuk memberikannya. Menyangkut pembatalan pemberian *leniency*, sebagaimana dimuat dalam *Model Corporate Conditional Leniency Letter* dan *Model Individual Conditional Leniency Letter*, yang merupakan perjanjian pemberian *leniency*, *judicial review* atas keputusan pembatalan *conditional leniency* oleh DOJ-AD tidak dimungkinkan sampai dengan dilakukannya dakwaan terhadap pelaku kartel.²⁹⁶ Dengan diajukannya dakwaan, *District Court* akan memutus pelanggaran kartel sesuai dengan ketentuan dalam Section.1 *Sherman Act* dan dapat menggunakan baik *Alternative Fine Statute* maupun *Sentencing Guidelines* untuk memberatkan sanksi pidana yang dijatuhkan terhadap pelaku kartel.

Banding terhadap putusan *District Court* diajukan melalui *Court of Appeals*, dimana atas putusan *Court of Appeals* terbuka kemungkinan untuk mengajukan banding melalui *Supreme Court*.²⁹⁷

Leniency di Jepang diberikan melalui putusan (*decision*) JFTC. *Antimonopoly Law* memberikan kemungkinan untuk mengajukan upaya hukum keberatan dan banding terhadap putusan JFTC. Keberatan diajukan kepada JFTC dan diperiksa oleh *hearing examiner*, organ JFTC dalam suatu *hearing proceedings*.²⁹⁸ Terhadap putusan *hearing examiner*, terbuka upaya untuk mengajukan banding kepada *Tokyo High Court*.²⁹⁹ Pengadilan dapat membatalkan putusan JFTC yang diambil tanpa didasarkan pada bukti-bukti substansial, atau bilamana putusan tersebut dinilai bertentangan dengan konstitusi dan peraturan perundangan lainnya.³⁰⁰ Terhadap putusan *Tokyo High Court* masih terbuka kemungkinan untuk mengajukan banding

²⁹⁶ United States Department of Justice, *Model Corporate Conditional Leniency Letter*, *op.cit.*, hlm.6, dan United States Department of Justice, *Model Individual Conditional Leniency Letter*, *op.cit.*,hlm.3.

²⁹⁷ Leonard W. Weiss dan Allyn D. Strickland, *op.cit.*, hlm. 5-6.

²⁹⁸ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 18.

²⁹⁹ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 85.

³⁰⁰ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 77 - Article. 82.

ke *Supreme Court* berdasarkan alasan-alasan sebagaimana dimuat dalam *Japan Civil Code Procedure*.³⁰¹

3.3.7 Contoh Implementasi *Leniency* dalam Kasus Kartel

DOJ-AD di Amerika Serikat memiliki kebijakan untuk merahasiakan identitas pemohon *leniency* layaknya perlakuan yang diberikan kepada informan rahasia.³⁰² Namun demikian, halangan anonimitas itu disimpangi dalam empat kasus *milestone*, dimana pelaku kartelnya justru mengeluarkan *press release* yang mengumumkan diterimanya korporasi bersangkutan dalam *Conditional Corporate Leniency Program*, sebagai berikut:

1. Kartel Vitamin, Mei 1999

Kasus ini diawali dari adanya kesepakatan penetapan harga dan volume penjualan semua jenis vitamin utama baik di Amerika Serikat maupun di negara-negara lainnya yang dilakukan oleh BASF Aktiengesellschaft, F. Hoffman-La Roche Ltd, dan Rhone-Poulenc, SA yang dilakukan selama periode tahun 1990 sampai dengan 1999. Jenis vitamin tersebut antara lain meliputi vitamin A, B2, B5, C,E, Beta Carotene, dan vitamin peningkat daya tahan tubuh yang digunakan untuk memperkaya sereal dan jenis makanan lainnya. Investigasi yang dilakukan DOJ-AJ mendorong pelaku kartel mengakui kesalahannya dan mengajukan *plea agreement*.³⁰³

Dalam kasus ini, Hoffman-La Roche dijatuhi sanksi denda sebesar US\$ 500 juta, dan tiga eksekutifnya dijatuhi pidana penjara dan denda masing-masing sebagai berikut:

³⁰¹ Japan, *Civil Code Procedure*, Article 311 – 312.

³⁰² Scott D. Hammond, United States Department of Justice, Antitrust Division, “Detecting and Deterring Cartel Activity Through An Effective Leniency Program”, materi disampaikan dalam International Workshop on Cartels, Brighton, England, 21-22 November 2000, hlm. 4, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9928.pdf>, diunduh 21 April 2012.

³⁰³ Scott D. Hammond, United States Department of Justice, Antitrust Division, “When Calculating The Cost and Benefits of Applying for Corporate Amnesty How Do You Put a Price Tag on an Individual’s Freedom?”, *op.cit.*, hlm. 13.

- a. Dr Kuno Sommer, *Director of Worldwide Marketing*, pidana penjara selama 4 (empat) bulan dan denda sebesar US\$ 100,000;
- b. Dr. Roland Bronnimann, *Head of Vitamin and Fine Chemicals Division*, pidana penjara selama 5 (lima) bulan dan denda sebesar US\$ 150,000; dan
- c. Andreas Hauri, *Director of Marketing*, pidana penjara selama 4 (empat) bulan dan denda sebesar US\$ 350,000.

Adapun BASF dijatuhi pidana denda sebesar US\$ 225 juta, sementara ketiga eksekutifnya dijatuhi pidana penjara dan denda sebagai berikut:

- a. Dieter Sutter, *President BASF Fine Chemical Division*, dijatuhi pidana penjara selama 3 (tiga) bulan dan denda sebesar US\$ 75,000;
- b. Hugo Strotmann, *Vice President BASF Fine Chemical Division*, dijatuhi pidana penjara selama 3 (tiga) bulan dan denda sebesar US\$ 75,000;
- c. Reinhard Steinmetz, mantan *President BASF Fine Chemical Division* dijatuhi pidana penjara selama 3,5 (tiga setengah) bulan dan denda sebesar US\$ 125,000.

Sementara *Rhone-Poulenc* selaku pemohon *leniency* dalam kasus ini beserta dengan seluruh direksi, staf, dan karyawannya, mendapatkan imunitas dan dibebaskan dari segala bentuk jenis hukuman.³⁰⁴

2. Kartel *Graphite Electrode*, Mei 1999

Dalam kasus ini, selama 5 (lima) tahun berturut-turut pelaku kartelnya sepakat untuk menaikkan harga *graphide electrode* sebesar lebih dari 60% (enam puluh persen). Investigasi yang dilakukan DOJ-AD mendorong pelaku kartel mengakui kesalahannya dan mengajukan *plea agreement*. Adapun pelaku kartel dan eksekutifnya dijatuhi hukuman masing-masing sebagai berikut:³⁰⁵

- a. Showa Denki Carbon Inc (Jepang) dijatuhi pidana denda sebesar US\$ 32,5 juta;

³⁰⁴ Scott D. Hammond, , “Detecting and Deterring Cartel Activity Through An Effective Leniency Program”, *loc.cit*.

³⁰⁵ James M. Griffin, “Criminal Practice and Procedure Committee, Status Report on Criminal Fines, International Cartel Enforcement, and Corporate Leniency Program”, American Bar Association Section of Antitrust Law, 49th Annual Spring Meeting, , 28 Maret 2001, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/8063.pdf>, diunduh 4 Mei 2012.

- b. UCAR International Inc (Amerika Serikat) sebesar US\$ 110 juta, sementara dua eksekutifnya dijatuhi pidana penjara, masing-masing selama 9 (sembilan) dan 17 (tujuh belas) bulan, dan dikenakan denda masing-masing sebesar US\$ 1 juta dan US\$ 1,25 juta.
- c. SGL Carbon AG (Jerman) sebesar US\$ 135 juta, sementara eksekutifnya dijatuhi pidana denda sebesar US\$ 10 juta;
- d. Mitshubishi Corporation (Jepang) sebesar US\$ 134 juta.

Adapun The Carbide/Graphite Group Inc sebagai pemohon *leniency* dalam kasus ini beserta seluruh direksi, staf dan karyawannya dibebaskan dari segala jenis hukuman.³⁰⁶

3. Kartel Balai Lelang Seni, Oktober 2000

Kasus ini berawal dari adanya konspirasi Sotheby's Holding Inc, balai lelang terbesar Amerika dan Diana D. Brooks, *Chief Executive Officer*-nya untuk menetapkan besarnya *fee* yang dikenakan kepada penjual barang seni, antik, dan barang koleksi lainnya selama tahun 1993 sampai dengan 1999. Dalam investigasi yang dilakukan DOJ-AD, Sotheby's dan Diana Brooks mengakui kesalahannya dan sepakat mengajukan *plea agreement*. Dalam kasus ini Sotheby's dijatuhi pidana denda sebesar US\$ 45 juta dan Diana Brooks sebesar US\$7,5 juta dengan tambahan pidana penjara selama 1 (satu) tahun.³⁰⁷ Adapun Christie's International sebagai pemohon *leniency* dalam kasus ini dibebaskan dari segala bentuk hukuman.³⁰⁸

Dalam praktiknya, 90% (sembilan puluh persen) kasus kartel di Amerika Serikat diselesaikan melalui mekanisme *plea agreement*, yaitu dengan adanya pengakuan bersalah pelaku kartel dan dilanjutkan dengan negosiasi bersama DOJ-AD

³⁰⁶ Scott D. Hammond, "When Calculating The Cost and Benefits of Applying for Corporate Amnesty How Do You Put a Price Tag on an Individual's Freedom?", *op.cit.*, hlm. 12.

³⁰⁷ James M. Griffin, "The Modern Leniency Program After Ten Years: A Summary Overview Of The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", hlm. 9, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>, diunduh 25 April 2012.

³⁰⁸ Belinda A. Barnett, "Antitrust in The Twenty -First Century: Status Report On International Cartel Enforcement", 30 November 2000, hlm. 7, <http://www.justice.gov/atr/public/speche/708.pdf>, diunduh 4 Mei 2012.

menyangkut metode penyelesaian baik berupa besarnya denda maupun masa pidana penjara.³⁰⁹ Perlu dicatat bahwa *plea bargaining* bukan merupakan bagian dari *leniency policy*, namun digunakan oleh DOJ-AD untuk memperkuat penerapan *corporate leniency policy*, dengan cara menyediakan mekanisme cepat dan pasti bagi pelaku kartel untuk menyelesaikan kewajibannya.³¹⁰

Plea agreement beserta dengan hukuman yang telah disepakati tersebut harus mendapatkan persetujuan Pengadilan yang sekaligus akan memutuskan jumlah hukuman yang tepat berdasarkan pada ketentuan dalam *United States Sentencing Guidelines*. Denda yang diterima akan disetorkan kepada *Crime Victims Fund* yang diadministrasikan oleh *Office of Victims of Crime*, serta digunakan untuk memberikan kompensasi dan pelayanan kepada korban kejahatan, pelatihan dan bantuan advokasi korban, serta jasa profesional peradilan pidana.³¹¹

Dalam ketiga kasus kartel di atas, DOJ-AD menjatuhkan hukuman denda baik bagi korporasi maupun individu yang jumlahnya lebih besar dari ketentuan maksimum Section.1 *Sherman Act*. Hal ini dimungkinkan berdasarkan pada ketentuan *Alternative Fine Statute*, yang dapat meningkatkan jumlah denda maksimum bagi korporasi dan individual sebanyak dua kali lipat keuntungan yang diperoleh atau dua kali lipat kerugian yang diderita (*twice the gross gain or twice the gross loss*), bilamana salah satu dari jumlah tersebut lebih besar nilainya dibandingkan dengan hukuman maksimum yang ditentukan undang-undang (*statutory maximum fine*).

Di Jepang, berdasarkan permintaan dari pelaku usaha, JFTC dapat mempublikasikan *release* dalam situs resminya (<http://www.jftc.go.jp>) yang memuat informasi tentang kasus, nama dan alamat pelaku, serta besarnya denda yang dijatuhkan. Kasus pelanggaran *Antimonopoly Law* terhitung marak di Jepang. Publikasi JFTC tanggal 31 Maret 2010 menyatakan terdapat 480 aplikasi *leniency*

³⁰⁹ Nial E. Lynch, *op.cit.*, hlm. 21.

³¹⁰ Andreas Stephan, *op.cit.*, hlm 540.

³¹¹ United States Department of Justice, "Hoffman-La Roche and BASF Agree to Pay Record Criminal Fines for Participating in International Vitamin Kartel", News Release, 21 Mei 1999, <http://www.quackwatch.com/02ConsumerProtection/rochefine.html>, diunduh 25 April 2012.

yang diajukan sejak tahun 2006 untuk beragam kasus anti persaingan. Khususnya untuk kartel, dalam periode yang sama JFTC berhasil mengungkapkan keberadaan 28 (dua puluh delapan) praktik kartel dan menerbitkan *cease and desist order* serta *surcharge payment order*, tiga di antaranya diilustrasikan di bawah ini:³¹²

1. Kartel Air Freight Forwarder, Mei 2009

Dalam kasus ini pelaku kartel sepakat untuk menerapkan biaya-biaya tambahan berupa *fuel surcharge*, *AMS charges*, *security charges*, dan *explosive inspection charges* kepada konsumen pengirim barang yang menggunakan jasa mereka. JFTC menilai penetapan harga tersebut bertentangan dengan kepentingan umum dan telah membatasi persaingan dalam pasar *international air freight forwarding* secara substansial.³¹³

JFTC menerbitkan *cease and desist order* terhadap 12 (dua belas) pelaku kartel dan menjatuhkan denda keseluruhan sebesar ¥9 milyar kepada, masing-masing kepada: Nippon Express Co, Ltd; Yusen Air & Sea Service Co, Ltd; Kintetsu World Express Inc; Nishi-Nippon Rail Road Co, Ltd; Hankyu Hanshin Express Holdings Corporation; Nissin Corporation; Vantec World Transport Co, Ltd; K Line Logistic Ltd; Yamato Global Logistic Japan Co, Ltd; MOL Logistics (Japan) Co, Ltd; Hanshin Air Cargo, Ltd; dan Unite Cargo Consolidator, Inc.³¹⁴

JFTC juga menyatakan bahwa dua pelaku usaha lainnya, yaitu DHL Global Forwarding Japan K.K dan Airborne Express, Inc terbukti melakukan kartel namun tidak dijatuhi baik *cease and desist order*, maupun *surcharge payment order*. Airborne Express sendiri telah membubarkan diri pada tahun 2003, sehingga dalam

³¹² Japan Fair Trade Commission, “Summary of Enforcement Status of the Antimonopoly Act in FY 2010”, <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/uploads/110621Enforcement%20Status.pdf>, diunduh 25 April 2012.

³¹³ Japan Fair Trade Commission, “Cease and Desist Order and urcharge Payment Order Against Air Freight Forwarder”, hlm. 2, 18 Maret 2009, http://www.jftc.go.jp/en/press_releases/archives/individual-000056.html, diunduh 25 April 2012.

³¹⁴ *Ibid.*

kasus ini dapat diasumsikan bahwa DHL Global Forwarding adalah pemohon *leniency-nya*.³¹⁵

2. Kartel Tabung Televisi Sinar Katoda, Oktober 2009

Kasus ini bermula ketika para pelaku kartel pembuat dan penjual tabung televisi sinar katoda (*cathode ray tube*) sepakat untuk mengadakan pertemuan setiap bulan guna menetapkan target harga jual minimum yang akan ditetapkan pada anak perusahaannya di luar negeri (*overseas manufacturing subsidiaries*). JFTC kemudian menerbitkan *cease and desist order* terhadap dua pelaku kartel dan menjatuhkan denda keseluruhan sebesar ¥3,3 milyar terhadap lima pelaku kartel.³¹⁶

Lima perusahaan dimaksud meliputi: Orion Electric Co, Ltd; Sanyo Electric Co, Ltd; Sharp Corporation; Victor Company of Japan, Limited; dan Funai Electric Co, Ltd. Adapun empat pelaku usaha lainnya, yaitu MT Picture Display Co., Ltd; Samsung SDI, Co., Ltd; Chunghwa Picture Tube, Co., Ltd; dan Chunghwa Picture Tube (Malaysia), Sdn, Bhd, dinyatakan telah melakukan pelanggaran namun tidak dikenakan baik *cease and desist order*, maupun *surcharge payment order*.³¹⁷

3. Kartel Produk Kabel Fiber Optik, Mei 2010

Dalam kasus ini, guna mencegah penurunan harga penjualan produk kabel serat optik, para pelaku kartel sepakat untuk bersama-sama menetapkan nilai persiapan, urutan penawaran, dan perkiraan harga jual. Dalam pelanggaran ini, JFTC mengeluarkan 14 (empat belas) *cease and desist order* dan menjatuhkan denda administrasi senilai ¥16 milyar terhadap 5 (lima) pelaku kartel, yang meliputi: Sumitomo Electric Industries Ltd; Furukawa Electric Co, Ltd; Fujikura Ltd; SWCC Showa Cable Systems Co, Ltd; dan Sumitomo 3M Limited. Adapun terhadap 4 (empat) pelaku usaha lainnya (Advanced Cable Systems Corporation, Corning

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ Japan Fair Trade Commission, "Cease and Desist Order and Surcharge Payment Orders Against Manufacturers of Cathode Ray Tubes for television", 7 Oktober 2009, hlm. 2, <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/uploads/2009-Oct-7.pdf>, diunduh 25 April 2012.

³¹⁷ *Ibid.*

International, K.K, SWCC Showa Holdings, Co., Ltd, dan Hitachi Cable, Ltd), walaupun dinyatakan bersalah, JFTC tidak menjatuhkan baik *cease and desist order* maupun *surcharge payment order*.³¹⁸

Disayangkan bahwa dalam publikasi tersebut JFTC tidak menyebutkan secara tegas pelaku usaha mana yang merupakan pemohon *leniency*-nya serta besarnya pengurangan denda yang dijatuhkan. Pengumuman dalam bentuk publikasi ini sendiri dimungkinkan berdasarkan kebijakan JFTC yang dimuat dalam *Policy on Handling Names and Details of Business Operators Subject to Immunity or Reductions under the Leniency Program*.

Berdasarkan keterangan dalam publikasi JFTC yang menyatakan terdapat beberapa pelaku usaha yang dinyatakan bersalah melakukan pelanggaran namun tidak dijatuhi baik *cease and desist order* maupun *payment surcharge order*, kita dapat mengasumsikan siapa kiranya yang menjadi pemohon *leniency* dalam kasus tersebut. *Cease and desist order* dikeluarkan untuk menghentikan suatu tindakan pelanggaran anti persaingan yang sedang berjalan, sehingga dengan tidak dikeluarkannya perintah tersebut, kemungkinan besar pelaku usaha sudah tidak lagi menjalankan kegiatan pelanggaran, yang merupakan salah satu persyaratan yang harus dipenuhi untuk dapat mengajukan permohonan *leniency* kepada JFTC.

Namun demikian, sesuai ketentuan dalam *Antimonopoly Law*, pembebasan (imunitas) atas denda hanya diberikan kepada pemohon *leniency* pertama. Sementara terhadap pemohon kedua sampai dengan kelima dapat diberikan pengurangan denda dengan prosentase pengurangan antara 30% sampai dengan 50%. Dalam ilustrasi kasus-kasus di atas, dapat diasumsikan bahwa JFTC telah memberikan pembebasan denda terhadap lebih dari satu pemohon *leniency*, yaitu kepada lima pelaku usaha dalam Kartel Tabung Televisi Sinar Katoda, dan empat pelaku usaha dalam Kartel Kabel Fiber Optik. Apakah pelaku usaha-pelaku usaha ini merupakan afiliasi sehingga berdasarkan ketentuan Article. 7-2, paragraph 13 *Antimonopoly Law*, dapat

³¹⁸ Japan Fair Trade Commission, "Cease and Desist Order and Surcharge Payment Orders Against Manufacturers of Optical Fiber Cable Products", 21 Mei 2010, hlm. 1-2, <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/archives/individual-000021.html>, diunduh 25 April 2012.

diperlakukan sebagai satu entitas usaha? Disayangkan bahwa dalam situsnya JFTC tidak memuat informasi lebih lanjut terkait dengan hal ini.

Kontras dengan maraknya peneraan denda administratif terhadap pelaku kartel, penuntutan secara pidana justru sangat jarang dilakukan. Ini sejalan dengan kebijakan JFTC yang hanya akan mengajukan klaim tuduhan kriminal kepada Penuntut Umum dalam perkara pelanggaran serius yang memiliki pengaruh luas terhadap kehidupan masyarakat, serta dalam hal pelanggaran dilakukan oleh pelaku usaha kambuhan (*repeat offenders*).³¹⁹ Berikut adalah contoh ilustrasi kasus pelanggaran kartel yang memiliki aspek perkara pidana. Kasus ini adalah kasus klaim tuduhan pidana kartel pertama yang diajukan JFTC sejak tahun 1992 dan merupakan kasus pidana kartel pertama sejak diadopsinya *leniency program* pada tahun 2005.³²⁰

1. Kasus Kartel Baja Galvanis, September 2009

Nisshin Steel Co., Ltd; Yodogawa Steel Works, Ltd; Nippon Steel & Sumikin Coated Sheet Corporation; dan JFE Galvanizing & Coating Co., Ltd secara bersama-sama menguasai 90% (sembilan puluh persen) pasar lembaran baja di Jepang. Pada periode April sampai dengan Juni 2006, keempatnya sepakat untuk menetapkan kenaikan harga jual lembaran baja galvanis sebesar ¥10 per kilogramnya.

JFTC memulai investigasi di bulan Januari 2008 berdasarkan adanya permohonan *leniency* yang diajukan oleh JFE. Pada bulan November 2008, JFTC mengajukan klaim *criminal accusation* terhadap Nisshin, Yodogawa, dan Nippon kepada Penuntut Umum, yang dilanjutkan dengan klaim terhadap 6 (enam) mantan *sales executive* ketiga korporasi tersebut. Selain itu, JFTC juga menjatuhkan *cease and desist order* dan denda administratif sebesar ¥15,5 milyar kepada ketiga korporasi.

³¹⁹ Japan Fair Trade Commission, *Criminal Accusation Policy, op.cit.*, section. 1, items 1.

³²⁰ Yoji Maeda, "Japan Antimonopoly Act: Precedent-Setting Criminal and Administrative Fines in Japanese Galvanised Steel Sheet Cartel Investigation", 25 September 2009, <http://www.omm.com/newsroom/publication.aspx?pub=865>, diunduh 4 Mei 2012.

Terkait aspek pidana kartel, Tokyo District Court kemudian menjatuhkan hukuman pidana denda kepada Nisshin dan Yodogawa masing-masing sebesar ¥180 juta, dan kepada Nippon sebesar ¥160 juta. Pengadilan juga menghukum penjara 6 (enam) mantan *sales executives* tiga korporasi tersebut dengan masa tahanan bervariasi antara 10 (sepuluh) bulan sampai dengan 3 (tiga) tahun. Adapun sebagai pemohon *leniency* dalam kasus ini, JFE beserta seluruh direksi, karyawan, dan stafnya terbebas baik dari sanksi denda administratif maupun sanksi penuntutan pidana.³²¹

Di Jepang, besarnya jumlah denda administrasi yang dapat dikenakan oleh JFTC melampaui besarnya denda pidana yang dapat dijatuhkan oleh pengadilan.³²² Adapun proses penegakan hukum administrasi maupun pidana kartel dapat berjalan secara bersama-sama sebagaimana ditunjukkan melalui kasus kartel baja galvanis di atas.

Pembahasan dalam bab ini menunjukkan bahwa Amerika Serikat dan Jepang telah memiliki pengaturan *leniency policy* yang cukup komprehensif dalam rezim hukum persaingan usahanya. Pemberian *leniency* di Amerika Serikat menjadi kewenangan dari *Department of Justice-Antitrust Division* yang pengaturannya dimuat dalam *Corporate Leniency Policy* dan *Leniency Policy for Individuals*. Sementara di Jepang, kebijakan *leniency* diatur dalam *Antimonopoly Law* dengan kewenangan pemberiannya berada pada *Japan Fair Trade Commission*.

Penegakan hukum kartel di Amerika Serikat menekankan pada perspektif pidana, hal ini berimplikasi pada jenis *leniency* yang ditawarkan, berupa pembebasan dari penuntutan pidana. Pembebasan akan membawa konsekuensi tidak dikenakannya sanksi pidana denda bagi korporasi, atau sanksi pidana denda dan penjara bagi individual. *Leniency* di Amerika Serikat sejatinya hanya diberikan kepada pemohon

³²¹ *Ibid.*

³²² Hal ini merupakan konsekuensi wajar, dimana besarnya denda administratif dikalkulasikan sebagai prosentase dari total penjualan produk atau jasa selama periode berlangsungnya kartel (*Antimonopoly Law*, Article. 7-2, paragraph 1 dan 5), sementara besarnya denda pidana ditetapkan maksimal ¥500 juta bagi korporasi dan ¥5 juta bagi individu (*Antimonopoly Law*, Article. 89, 92, dan 95).

pertama, sebelum atau sesudah dimulainya investigasi, namun melalui mekanisme *plea bargaining* terbuka kemungkinan bagi pelaku kartel lain untuk menegosiasikan jumlah sanksi pidana yang akan dijatuhkan terhadapnya. *Plea bargaining* bukan merupakan bagian dari *leniency*, namun dapat membawa konsekuensi berupa pengurangan pidana denda dan penjara bagi pemohonnya.

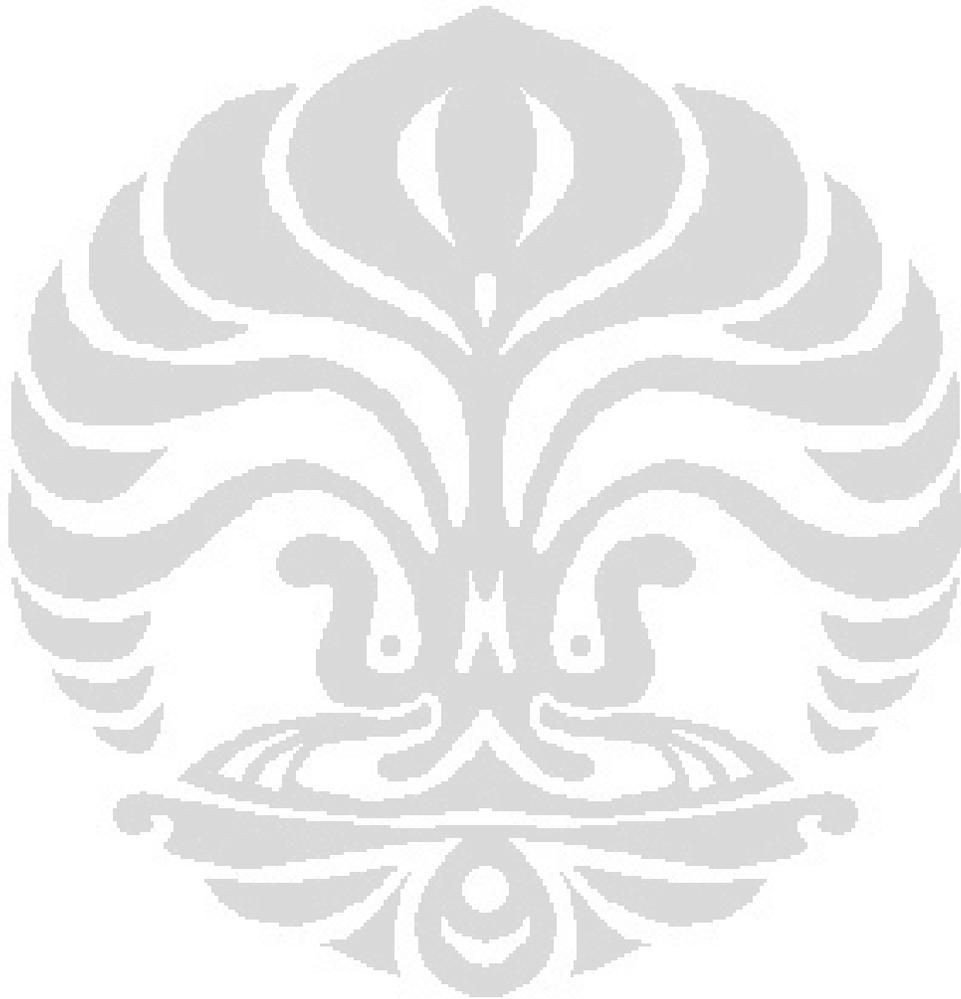
Sementara itu, penegakan hukum kartel di Jepang lebih menekankan pada perspektif administratif dengan jenis *leniency* berupa pembebasan denda administratif bagi pemohon *leniency* pertama, dan pengurangan sebesar 30% sampai 50% untuk pemohon kedua sampai dengan kelima.

JFTC memiliki kewenangan eksklusif untuk mengajukan klaim tuduhan pidana ke Penuntut Umum yang bilamana digunakan akan berimplikasi pada dimulainya proses peradilan pidana terhadap pelaku kartel. Melalui kebijakan *Criminal Accusation Policy*, JFTC memberikan pembebasan penuntutan pidana ini bagi pemohon *leniency* pertama yang mengajukan permohonannya sebelum dimulainya investigasi. Pembebasan ini juga berlaku bagi direksi, staff, dan karyawan dari pemohon tersebut. Akibat adanya kebijakan ini, jenis *leniency* yang ditawarkan Jepang dalam praktiknya juga mencakup pembebasan atas sanksi pidana denda bagi korporasi dan pembebasan atas sanksi pidana denda dan pidana penjara bagi individu.

Corporate Leniency Policy telah diperkenalkan di Amerika Serikat sejak tahun 1978 namun tidak membawa hasil yang signifikan sampai dengan dilakukannya perubahan penting di tahun 1993. Saat ini kebijakan *leniency* diyakini sebagai generator paling efektif untuk mengungkapkan praktik kartel dan berhasil mendorong tidak kurang dari tiga aplikasi setiap bulannya.³²³ Namun akibat dari adanya kebijakan DOJ-AD yang merahasiakan identitas pemohon *leniency*, implementasi *leniency* dalam praktik hanya akan dapat diketahui berdasarkan adanya rilis yang dikeluarkan oleh korporasi penerima *leniency*. Sementara itu, melalui publikasinya tanggal 31 Maret 2010, JFTC menyatakan bahwa sejak diimplementasikannya kebijakan *leniency* pada tahun 2006, telah terdapat total 480

³²³ Christopher R. Leslie, "Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability", *op.cit.*, hlm. 453.

aplikasi *leniency* untuk beragam kasus anti persaingan, dimana khusus menyangkut kartel, melalui aplikasi tersebut JFTC berhasil mengungkapkan keberadaan 28 kartel dan menerbitkan baik *cease and desist order* maupun perintah pembayaran denda administratif terhadap para pelakunya.



BAB 4 KEMUNGKINAN PENERAPAN *LENIENCY PROGRAM* DI INDONESIA

4.1 Kesulitan Pembuktian Kartel di Indonesia

Data publikasi putusan KPPU periode tahun 2003 sampai dengan 2010, menunjukkan bahwa KPPU berhasil mengungkapkan enam belas perkara kartel dan menjatuhkan sanksi hukuman bagi pelaku usaha dalam empat belas perkara.³²⁴ Dari enam belas perkara tersebut, sepuluh perkara dipicu oleh adanya laporan pihak ketiga, sementara investigasi enam perkara lainnya berasal dari inisiatif KPPU.³²⁵

Dibandingkan dengan jumlah keseluruhan putusan KPPU dalam periode tersebut, prosentase perkara kartel yang sebesar 8,38%³²⁶ memang terasa belum signifikan jumlahnya. Namun menjadi suatu kekhawatiran tersendiri bahwa kenyataannya putusan KPPU dalam perkara-perkara kartel besar (kartel minyak goreng, kartel *fuel surcharge*, dan kartel industri farmasi obat kelas terapi amlodipine) dimana sumber investigasinya berasal dari inisiatif KPPU, justru kemudian dibatalkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dalam pertimbangannya majelis hakim menyebutkan alasan pembatalan yang antara lain diakibatkan oleh ketidakberhasilan KPPU membuktikan keberadaan kartel dan menyangkut penggunaan alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*) oleh KPPU yang dinilai hakim sebagai bukan alat bukti hukum persaingan di Indonesia.³²⁷

Ketentuan mengenai alat bukti hukum persaingan dapat ditemukan dalam Pasal 42, UU No.5/1999, sebagai berikut:

- a. Keterangan saksi;
- b. Keterangan ahli;

³²⁴ Lihat: Tabel Daftar Putusan KPPU Terkait Larangan Perjanjian Kartel, hlm. 6-7.

³²⁵ Sumber perkara di KPPU dapat berasal dari inisiatif KPPU atau adanya laporan pihak ketiga. Lihat: Komisi Pengawas Persaingan Usaha, erkom No. 1 Tahun 2010, Pasal. 2 ayat (1).

³²⁶ Persentase ini didapatkan dengan membandingkan jumlah putusan perkara kartel dengan keseluruhan putusan perkara KPPU selama periode tahun 2002-2010 atau $16/191 \times 100\% = 8,37\%$.

³²⁷ Lihat: Putusan No. 03/KPPU/2010/PN. Jkt.Pst yang membatalkan Putusan KPPU No.24/KPPU-I/2009 tentang Kartel Minyak Goreng; Putusan No.02/KPPU/2010/PN.Jkt.Pst yang membatalkan Putusan KPPU No. 25/KPPU-I/2009 tentang Kartel *Fuel Surcharge*; dan Putusan No.05/KPPU/2010/PN.Jkt.Pst yang membatalkan Putusan KPPU No. 17/KPPU-I/2010 tentang Kartel Industri Farmasi Obat Kelas Terapi Amlodipine.

- c. Surat dan/atau dokumen;
- d. Petunjuk; dan
- e. Keterangan pelaku usaha.

Lebih lanjut, Pasal 72 Perkom No.1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara (Perkom No.1/2010) kembali menyebutkan jenis alat bukti yang dapat digunakan oleh KPPU dalam menentukan suatu pelanggaran yang berupa:³²⁸

- a. Keterangan Saksi;
- b. Pendapat ahli;
- c. Surat dan/atau dokumen³²⁹;
- d. Petunjuk; dan
- e. Keterangan terlapor.

Perkom No.1/2010 juga memberikan kewenangan kepada Majelis Komisi untuk menentukan sah atau tidak sahnya suatu alat bukti, serta memberikan definisi petunjuk sebagai : “pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini kebenarannya”.³³⁰

Lebih lanjut, menyangkut alat bukti dalam penanganan kartel, Perkom No.4 Tahun 2010 tentang Kartel (Perkom No.4/2010) memperincinya secara khusus yang meliputi:³³¹

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 (bisa tahunan atau per semester);

³²⁸ Peraturan komisi ini mencabut dan menggantikan Perkom No. 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU, serta mulai berlaku sejak tanggal 5 April 2010.

³²⁹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 1 Tahun 2010, Pasal. 76 ayat (1), menjelaskan alat bukti yang termasuk dalam jenis alat bukti surat atau dokumen adalah:

- a. akta otentik;
- b. akta di bawah tangan;
- c. surat keputusan atau surat ketetapan yang diterbitkan oleh Pejabat yang berwenang;
- d. data yang memuat mengenai kegiatan usaha terlapor, antara lain data produksi, data penjualan, data pembelian, dan laporan keuangan;
- e. surat-surat lain atau dokumen yang tidak termasuk dalam huruf a, b, dan c, yang ada kaitannya dengan perkara.

³³⁰ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 1 Tahun 2010, Pasal. 72 ayat (3).

³³¹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 1 Tahun 2010, hlm. 23-24.

3. Data perkembangan harga, jumlah produksi dan jumlah penjualan di beberapa wilayah pemasaran selama beberapa periode terakhir (bulanan atau tahunan);
4. Data kapasitas produksi;
5. Data laba operasional atau laba usaha dan keuntungan perusahaan yang saling berkoordinasi;
6. Hasil analisis pengolahan data yang menunjukkan keuntungan yang berlebih/*excessive profit*;
7. Hasil analisis data *conscious paralelism* terhadap koordinasi harga, kuota produksi dan pembagian wilayah pemasaran;
8. Data laporan keuangan perusahaan untuk masing-masing anggotayang diduga terlibat selama beberapa periode terakhir;
9. Data pemegang saham setiap perusahaan yang diduga terlibat beserta perubahannya;
10. Kesaksian dari berbagai pihak atas telah terjadinya komunikasi, koordinasi dan/atau pertukaran informasi antar para peserta kartel.
11. Kesaksian dari pelanggan atau pihak terkait lainnya atas terjadinya perubahan harga yang saling menyalurkan di antara para penjual yang diduga terlibat kartel;
12. Kesaksian dari karyawan atau mantan karyawan perusahaan yang diduga terlibat mengenai terjadinya kebijakan perusahaan yang diselenggarakan dengan kesepakatan dalam kartel;
13. Dokumen, rekaman dan/atau kesaksian yang memperkuat adanya faktor pendorong kartel sesuai indikator yang telah dijelaskan pada bagian 4.2.1 Perkom No. 4/2010 (indikator awal identifikasi kartel yaitu faktor struktural berupa: tingkat konsentrasi dan jumlah perusahaan; ukuran perusahaan; homogenitas produk; kontak multi-pasar; persediaan atau kapasitas produksi; keterkaitan kepemilikan; kemudahan masuk pasar; karakter permintaan: keteraturan, elastisitas dan perubahan; kekuatan tawar pembeli (*buyer power*).

Perkom No.4/2010 menyebutkan bahwa KPPU harus berupaya untuk memperoleh satu atau lebih alat bukti untuk membuktikan terjadinya kartel, dimana guna memperoleh alat bukti dimaksud KPPU dapat menggunakan kewenangannya sebagaimana dimuat dalam UU No.5/1999 berupa:³³²

1. meminta dokumen (*hard copy* maupun *soft copy*);
2. menghadirkan saksi dan melakukan investigasi ke lapangan;

³³² Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2010, hlm. 23.

3. melakukan kerjasama dengan pihak berwajib (kepolisian) untuk mengatasi hambatan memperoleh data, atau
4. melalui kerjasama dengan para personel perusahaan yang terlibat dalam kartel dengan kompensasi tertentu.³³³

Perumusan ketentuan Pasal 5 ayat (1), Pasal 9, dan Pasal 11 sebagai perangkat pengaturan kartel dalam UU No.5/1999, menuntut terpenuhinya atau dibuktikannya elemen unsur-unsur dalam pasal tersebut untuk dapat menyatakan telah terjadi suatu pelanggaran, sebagai berikut:

Pasal 5 ayat (1)³³⁴

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

Elemen unsur-unsur Pasal 5 ayat (1), sebagai berikut:

1. Pelaku usaha;
2. Perjanjian;
3. Pelaku usaha pesaingnya;
4. Menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa;
5. Konsumen atau pelanggan;
6. Pasar bersangkutan.

Pasal 9³³⁵

³³³ Berdasarkan wawancara dengan Arnold Sihombing, S.H., M.H, Kepala Divisi Legal KPPU, tanggal 16 Mei 2012, diperoleh keterangan bahwa kompensasi ini merupakan strategi dari KPPU dalam upaya mendapatkan alat bukti, namun KPPU mengalami kesulitan dalam implementasinya dikarenakan KPPU tidak dapat menjanjikan hal-hal diluar kewenangannya sebagaimana diberikan oleh undang-undang.

³³⁴ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 5 ayat (1).

³³⁵ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 9.

Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan atau jasa sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Elemen unsur-unsur Pasal 9, sebagai berikut:

1. Pelaku usaha;
2. Perjanjian;
3. Pelaku usaha pesaingnya;
4. Bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan atau jasa;
5. Mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Pasal 11³³⁶

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.

Elemen unsur-unsur Pasal 11, sebagai berikut:

1. Pelaku usaha;
2. Perjanjian;
3. Pelaku usaha pesaingnya;
4. Mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa;
5. Mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

³³⁶Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 11.

Pembuktian elemen unsur-unsur tersebut di atas harus dilakukan secara kumulatif. Kegagalan untuk membuktikan salah satu unsur akan berimplikasi pada tidak dapat dijatuhkannya putusan oleh KPPU.

Sesuai dengan natur kartel sebagai perjanjian horizontal antara sesama pelaku usaha bersaing, unsur krusial yang harus terlebih dahulu dibuktikan oleh KPPU adalah adanya perjanjian (bersifat tertulis maupun tidak tertulis), baik yang mengatur kesepakatan harga, wilayah pemasaran atau alokasi pasar, ataupun kuota produksi atau pemasaran. Hal tersebut bukan perkara yang mudah dan menyikapi kenyataan ini, hukum persaingan di beberapa yurisdiksi kemudian memperbolehkan penggunaan bukti tidak langsung (*indirect atau circumstantial evidence*) selain tentunya juga menggunakan bukti bersifat langsung (*direct evidence*).³³⁷

Ketentuan tentang *indirect evidence* dirumuskan KPPU dalam Perkom No. 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga) UU No.5/1999 (Perkom No.4/2011), yang menyatakan bahwa selain dibutuhkan bukti adanya kesepakatan penetapan harga, juga diperlukan pembuktian bahwa para pelaku usaha mematuhi kesepakatan tersebut. Bukti-bukti tersebut dapat berupa bukti langsung (*direct evidence*) dan bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*).³³⁸

Bukti langsung (*hard evidence*) merupakan bukti yang dapat diamati (*observable elements*) dan menunjukkan adanya perjanjian penetapan harga barang dan atau jasa oleh pelaku usaha yang bersaing, yang memuat adanya kesepakatan dan substansi kesepakatan tersebut. Bukti langsung dapat berupa: bukti fax, rekaman percakapan telepon, surat elektronik, komunikasi video, dan bukti nyata lainnya. Sementara bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*) didefinisikan sebagai bentuk bukti yang tidak secara langsung menyatakan kesepakatan penetapan harga, namun dapat digunakan sebagai pembuktian terjadinya suatu keadaan atau kondisi, yang mana dapat dijadikan dugaan pemberlakuan suatu perjanjian tidak tertulis. Bukti

³³⁷ The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank and The Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), "A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy", hlm. 26, http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_34753_1916760_1_1_1_1,00.htm, diunduh 5 Mei 2012.

³³⁸ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2011, hlm. 16-17.

tidak langsung dapat berupa bukti komunikasi (yang tidak secara langsung menyatakan kesepakatan), dan bukti ekonomi. Bukti ekonomi digunakan untuk mengesampingkan kemungkinan terjadinya perilaku penetapan harga yang bersifat independen (*parallel business conduct*).³³⁹

KPPU memahami bahwa *parallel business conduct* tidak serta merta mengacu pada adanya kolusi, sehingga dibutuhkan analisis tambahan (*plus factor*) untuk membedakan *parallel business conduct* dengan *illegal agreement*. Analisis tambahan ini meliputi: analisis rasionalitas, analisis struktur, analisis kinerja, dan analisis fasilitas kolusi. Apabila analisis tambahan tersebut mendukung bukti tidak langsung dari proses penetapan harga, KPPU menyatakan bukti-bukti tidak langsung tersebut dapat menjadi barang bukti petunjuk sebagaimana dimaksud dalam Pasal 42, UU No.5/1999.³⁴⁰

Dianutnya pedoman KPPU yang mengklasifikasikan penggunaan bukti-bukti tidak langsung (*indirect* atau *circumstantial evidence*) yang didukung oleh analisis tambahan (*plus factor*) inilah yang menjadi salah satu sebab utama dibatalkannya tiga putusan perkara kartel KPPU oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dimana dalam pertimbangan di salah satu putusannya, Majelis Hakim menyatakan hal-hal berikut:³⁴¹

“...berpendapat bahwa Hukum Persaingan Usaha adalah termasuk bidang hukum publik, bukan bidang hukum privat, sehingga prosedur penegakannya bersifat memaksa (imperatif), dalam arti tidak dapat disimpangi dengan penafsiran dari sudut pandang tertentu melainkan harus mengikuti kaidah-kaidah hukum positif yang telah dengan jelas dan tegas disebutkan dalam undang-undang yang bersangkutan;

.....Termohon (KPPU) harus menggunakan alat bukti yang sah menurut undang-undang, dan di sisi lain dilakukan dengan cara-cara yang telah tegas disebutkan dalam undang-undang;

³³⁹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2011, hlm. 17.

³⁴⁰ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 4 Tahun 2011, hlm. 22.

³⁴¹ Lihat: Putusan No.03/KPPU-I/2010.PN.Jkt.Pst tentang Kartel Minyak Goreng, hlm. 1245-1248.

.....pembuktian mengenai adanya perjanjian...tidak dapat dilakukan atas dasar *indirect evidence*, melainkan harus dibuktikan dengan fakta-fakta yang diperoleh dalam proses pemeriksaan;

.....berkesimpulan bukti komunikasi yang dijadikan dasar putusan Termohon (KPPU) tidak dapat meyakinkan, bahwa dalam komunikasi tersebut telah terjadi perjanjian tidak tertulis yang berisi kesepakatan tidak langsung”

Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M., Ph.D berpendapat bukti tidak langsung (*indirect evidence*) berbeda dengan alat-alat bukti yang dimuat dalam Pasal 42 UU No.5/1999 dan sejatinya tidak dikenal dalam hukum pembuktian persaingan usaha di Indonesia. Pelanggaran terhadap Pasal 5 ayat (1), Pasal 9, dan Pasal 11 UU No.5/1999 memiliki sanksi pidana, maka semestinya pembuktian pelanggaran tersebut mengikuti prinsip Hukum Acara Pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 184 sampai dengan Pasal 189, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Pasal 183 KUHAP menentukan bahwa untuk menentukan kesalahan seseorang harus didasarkan pada sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah, dimana melaluinya diperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar telah terjadi. Pasal 184 ayat (1) KUHAP menentukan alat bukti yang sah sebagai: (1) keterangan saksi; (2) keterangan ahli; (3) surat; (4) petunjuk; dan (5) keterangan terdakwa. Narasumber menekankan kesamaan alat bukti KUHAP dengan alat bukti dalam UU No.5/1999 dengan perbedaan keterangan terdakwa dalam KUHAP digantikan dengan keterangan pelaku usaha dalam UU No.5/1999.³⁴²

Prof. Erman menyatakan bahwa *indirect evidence* tidak sama dengan alat bukti petunjuk, karena petunjuk³⁴³ harus diperoleh dari keterangan saksi, surat

³⁴² Wawancara dengan Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M, Ph.D, dilakukan pada 14 Mei 2012.

³⁴³ Pasal 188 ayat (1), KUHAP mendefinisikan petunjuk sebagai: “perbuatan, kejadian, atau keadaan yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain maupun dengan tindak pidana itu sendiri menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya”. Adapun petunjuk hanya dapat diperoleh dari:keterangan saksi, surat, atau keterangan terdakwa (Lihat: Pasal 188 ayat (2)), dimana penilaian atas kekuatan pembuktiannya dilakukan oleh hakim dengan arif dan bijaksana setelah ia mengadakan pemeriksaan dengan penuh kecermatan dan kesaksamaan berdasarkan hati nuraninya (Lihat: Pasal 188 ayat (3)). Lebih lanjut, ahli hukum persaingan usaha Jerman, Knud Hansen menyatakan bahwa petunjuk dapat dijadikan sebagai alat bukti asalkan mempunyai kesesuaian dengan petunjuk lainnya, atau sesuai dengan perbuatan atau perjanjian yang

maupun keterangan pelaku usaha/terlapor, sedangkan *indirect evidence* bisa diperoleh berdasarkan pada dugaan, penafsiran atau interpretasi dan logika, yang ketiganya dilarang dalam pembuktian tindak pidana di Indonesia³⁴⁴ sehingga juga dilarang dalam perkara persaingan usaha yang menganut prinsip-prinsip hukum pidana.

Lebih lanjut, Prof. Erman menekankan penggunaan *indirect evidence* berasal dari beberapa kasus di luar negeri, akan tetapi prinsip pembuktian yang diterapkan dalam putusan-putusan kasus luar negeri tersebut baru bisa dipergunakan di Indonesia, bila prinsip-prinsip bersangkutan sudah dianut oleh undang-undang nasional Indonesia.

Dalam *Policy Roundtable* yang dikeluarkan oleh *The Organisation for Economic Co-Operation and Development* (OECD) alat bukti perkara kartel diklasifikasikan dalam dua tipe meliputi: *direct evidence* dan *circumstantial evidence*. Umumnya, *direct evidence* dapat berbentuk.³⁴⁵

1. dokumen (termasuk email) yang memuat perjanjian atau kesepakatan baik bagian atau keseluruhannya, dan mengidentifikasi pihak-pihak yang terlibat di dalamnya;
2. pernyataan lisan atau tertulis dari peserta pelaku kartel yang mendeskripsikan operasi kartel dan keterlibatan yang bersangkutan di dalamnya.

Adapun *circumstantial evidence* dapat diklasifikasikan lebih lanjut sebagai *communication evidence* dan *economic evidence*. Terlepas dari substansinya, *communication evidence* membuktikan adanya pertemuan atau komunikasi di antara pelaku kartel yang dapat berbentuk.³⁴⁶

diduga melanggar undang-undang antimonopoli. Suatu petunjuk yang didapat dalam bentuk tertulis memiliki kekuatan pembuktian yang dikategorikan sama dengan surat atau dokumen. Namun demikian, penggunaan alat bukti petunjuk dalam perkara monopoli dan persaingan usaha tidak dapat disamaratakan, melainkan ditentukan kasus per kasus. Lihat: Hansen, *et al.*, *op.cit.*, hlm. 395.

³⁴⁴ Sistem pembuktian tindak pidana pada KUHP menganut sistem *negatif wettelijk*, dimana salah tidaknya seorang terdakwa ditentukan oleh keyakinan hakim yang didasarkan pada cara dan dengan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang.

³⁴⁵ The Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), "Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without Direct Evidence", 2006, hlm. 20, <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>, diunduh 13 Mei 2012.

³⁴⁶ *Ibid.*

1. catatan percakapan telepon di antara kompetitor (bukan substansi percakapannya) atau catatan perjalanan dengan tujuan yang sama atau partisipasi dalam suatu pertemuan (misalkan dalam suatu konferensi perdagangan);
2. bukti lain yang menunjukkan komunikasi di antara kompetitor, misalnya nota pertemuan (*minutes or notes of meeting*) yang menunjukkan adanya pembicaraan tentang harga, permintaan (*demand*), atau kapasitas; dokumen internal yang membuktikan pengetahuan atau pemahaman atas strategi harga pesaing, misalnya kesadaran akan adanya kenaikan harga oleh pesaing dimasa mendatang.

Sementara *economic evidence* terutama mengidentifikasi:³⁴⁷

1. perilaku (*conduct evidence*) oleh pelaku usaha yang telah mencapai suatu kesepakatan
2. perilaku (*conduct evidence*) industri bersangkutan secara keseluruhan;
3. elemen struktur pasar yang menunjukkan kemungkinan penetapan harga;
4. praktek-praktek tertentu (*facilitating practices*) yang dapat digunakan untuk menopang perjanjian kartel.

Conduct evidence pelaku usaha dan industri merupakan jenis *economic evidence* yang paling penting serta meliputi:³⁴⁸

1. *parallel pricing*, berupa perubahan harga di antara kompetitor yang identik/hampir identik, terus menerus/ hampir terus menerus. Tindakan ini juga dapat meliputi bentuk tindakan paralel lainnya seperti pengurangan kapasitas produksi, adopsi termin penjualan yang baku, dan pola penawaran yang mencurigakan dalam tender.
2. keuntungan tinggi yang tidak normal;
3. *market share* yang stabil;
4. adanya sejarah pelanggaran hukum persaingan sebelumnya.

Lebih lanjut, walaupun *economic evidence* berupa elemen struktur pasar tidak serta merta membuktikan adanya suatu perjanjian kartel, namun dapat digunakan

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 21.

sebagai petunjuk awal untuk mendeteksi kemungkinan adanya praktek kartel dalam industri bersangkutan yang terdiri dari:³⁴⁹

1. konsentrasi pasar yang tinggi;
2. konsentrasi pasar yang rendah di sisi yang bersebrangan;
3. halangan masuk pasar yang tinggi (*high entry barriers*);
4. tingkat integrasi vertikal yang tinggi;
5. produk yang standar atau homogen

Praktik-praktik tertentu (*facilitating practices*) tidak serta merta merupakan pelanggaran namun dapat digunakan sebagai pelengkap yang memudahkan koordinasi operasi kartel yang meliputi:³⁵⁰

1. pertukaran informasi;
2. *price signalling*;
3. absorsi biaya pengiriman oleh penjual (*freight equalisation*);
4. proteksi harga dan kebijakan *most favoured nation*; dan
5. standar produk bersifat restriktif yang tidak perlu.

OECD juga menyatakan penggunaan *circumstantial evidence* dalam hukum pembuktian kartel diatur secara berbeda oleh yurisdiksi negara-negara di dunia dan berkembang sesuai dengan norma yang dianut oleh hukum nasional masing-masing negara.³⁵¹

Sebagaimana diungkapkan oleh Arnold Sihombing, S.H., M.H., Kepala Divisi Legal KPPU, dalam praktiknya, KPPU sering mengalami kesulitan untuk mengumpulkan alat bukti, baik yang disebabkan oleh pelaku usaha/terlapor yang tidak mau hadir memberikan keterangan atau justru menyembunyikan dokumen yang dibutuhkan. KPPU juga menghadapi kendala riil sehubungan dengan jangka waktu untuk melakukan pemeriksaan yang terbatas pada 150 (seratus lima puluh) hari.³⁵²

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 22.

³⁵¹ *Ibid.*, hlm. 34.

³⁵² Jangka waktu pemeriksaan oleh KPPU dibatasi selama 150 hari, terdiri dari pemeriksaan pendahuluan (30 hari), pemeriksaan lanjutan (60 hari dengan tambahan perpanjangan 30 hari), serta pembacaan putusan (30 hari setelah berakhirnya pemeriksaan lanjutan). Lihat: Komisi Pengawas

UU No. 5/1999 memang telah memberikan kewenangan bagi KPPU untuk meminta bantuan penyidik POLRI guna menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau pelaku usaha yang tidak bersedia memenuhi panggilan KPPU³⁵³, namun KPPU tetap tidak memiliki kewenangan untuk melakukan upaya paksa berupa tindakan penggeledahan guna menemukan barang bukti (*direct evidence*) yang dibutuhkan untuk mengungkap praktik kartel.³⁵⁴

Lebih lanjut, UU No. 5/1999 juga mengatur kemungkinan bagi KPPU untuk menyerahkan perkara kepada penyidik POLRI untuk dilakukan penyidikan, dalam hal:

1. pelaku usaha menolak untuk diperiksa, menolak memberikan informasi dalam penyelidikan/pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan/pemeriksaan³⁵⁵;
2. pelaku usaha tidak menjalankan putusan KPPU.³⁵⁶

Sebagai pelaksanaan ketentuan ini, KPPU telah memuat bentuk-bentuk kerjasama KPPU dengan Penyidik dalam Perkom No.1/2010.³⁵⁷ Untuk mempermudah teknis pelaksanaan kerjasama tersebut, KPPU dan Badan Reserse Kriminal (Bareskrim) POLRI telah menandatangani Nota Kesepahaman (MoU) pada tanggal 8 Oktober 2010, yang ditindaklanjuti dengan penandatanganan Pelaksanaan Nota Kesepahaman pada tanggal 6 Mei 2011. Substansi materi dalam Nota Kesepahaman meliputi: bidang pembinaan; bidang operasional; prosedur tukar menukar informasi terkait dugaan tindak pidana persaingan usaha tidak sehat;

Persaingan Usaha, Perkom No. 1 Tahun 2010, Pasal 49 ayat (2), Pasal 57 ayat (3), dan Pasal 63 ayat (3).

³⁵³ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Ps 36, huruf (g).

³⁵⁴ Wawancara dengan Arnold Sihombing., S.H., M.H, Kepala Divisi Legal KPPU dilakukan pada 16 Mei 2012.

³⁵⁵ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 41, ayat (2) dan (3).

³⁵⁶ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 44 ayat (4).

³⁵⁷ Berdasarkan Pasal 35, Perkom No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara, bentuk-bentuk kerjasama KPPU dengan penyidik POLRI meliputi:

1. meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan terlapor;
2. melakukan penggeledahan dan/atau penyitaan surat dan/atau dokumen;
3. menyerahkan kepada penyidik pelaku usaha/setiap orang yang tidak bersedia memberikan informasi atau menghambat proses penyelidikan kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan, dengan ancaman pidana denda serendah-rendahnya Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar) rupiah dan setinggi-tingginya Rp 5.000.000.000,00 (lima miliar) rupiah, atau pidana kurungan pengganti selama-lamanya 3 (tiga) bulan.

evaluasi dan koordinasi di tingkat pusat dan daerah; serta kerahasiaan data, dokumen dan atau catatan yang dikategorikan sebagai rahasia. Namun demikian, sebagaimana diungkapkan oleh narasumber, ketentuan kerjasama bidang operasional dalam praktiknya tidak dapat diimplementasikan, sebagai akibat sikap POLRI yang berpegang pada *Standard Operating Procedure* (SOP) POLRI yang bersikukuh untuk hanya memulai proses penyidikan setelah melalui tahap penyelidikan pidana. POLRI beranggapan bahwa penyelidikan yang dilakukan KPPU sebelumnya bukan merupakan penyelidikan pidana sebagaimana diatur dalam KUHAP³⁵⁸ sehingga praktiknya bentuk kerjasama maksimal KPPU dan POLRI terbatas pada permintaan bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, dan pihak-pihak lain yang diperlukan.³⁵⁹ Kenyataan ini mengakibatkan mandulnya ketentuan pidana dalam Pasal 48 dan Pasal 49 UU No. 5/1999. Perbedaan persepsi mendasar di antara KPPU dan POLRI menyangkut proses penanganan perkara hukum persaingan usaha menyebabkan kasus pelanggaran anti persaingan di Indonesia sampai dengan saat ini, tidak dapat masuk ke dalam ranah hukum pidana.

Menanggapi hal-hal di atas, Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D, berpendapat bahwa pelanggaran hukum persaingan usaha bukan merupakan tindak pidana sehingga tidak tepat apabila prinsip pembuktiannya mengacu pada Hukum Acara Pidana. Narasumber juga berpendapat bahwa *indirect evidence* tidak dapat digunakan dalam pembuktian kartel karena tidak diatur dalam jenis alat bukti UU No.5/1999. Penggunaan *indirect evidence* tetap dimungkinkan untuk diterapkan di Indonesia, selama diatur dalam klasifikasi alat bukti yang ditetapkan UU No.5/1999. Namun demikian, sebagaimana diterapkan pada beberapa yurisdiksi, penggunaan *indirect evidence* harus mengacu pada ketentuan tertentu, yaitu tidak dapat berdiri sendiri atau

³⁵⁸ Pasal 1 angka 5, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) mendefinisikan Penyelidikan sebagai: “*serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini*”. Lebih lanjut dalam Pasal 1 angka 4: Penyelidik adalah: “*pejabat polisi negara Republik Indonesia yang diberi wewenang oleh undang-undang ini untuk melakukan penyelidikan*”.

³⁵⁹ Wawancara dengan Arnold Sihombing., S.H., M.H, Kepala Divisi Legal KPPU dilakukan pada 16 Mei 2012.

merupakan bukti tambahan dari *direct evidence*, dimana jumlahnya sedemikian banyaknya sehingga menimbulkan suatu keyakinan bahwa pelaku kartel benar telah melakukan pelanggaran.³⁶⁰

Dr. Kurnia Toha juga menekankan kebutuhan mendesak akan hukum acara khusus persaingan usaha guna menghilangkan kebingungan dan perbedaan pendapat yang ada selama ini. UU No. 5/1999 tidak memberikan kewenangan bagi KPPU untuk membuat peraturan yang mengatur hak dan kewajiban³⁶¹, sehingga hukum acara persaingan usaha ini tidak dapat diatur dalam level peraturan komisi dan harus dikembalikan pada pengaturan dalam kerangka undang-undang, berupa ketentuan khusus hukum acara yang dimuat dalam amandemen UU No. 5/1999. Hukum acara persaingan usaha akan menghilangkan perbedaan persepsi antara KPPU dan POLRI menyangkut siapa yang sejatinya berhak melakukan penyelidikan dalam pelanggaran pidana hukum persaingan usaha, memberikan kejelasan bagi semua pihak yang terlibat, serta memastikan berjalannya penegakan hukum persaingan yang lebih baik.³⁶²

Di Jepang, sekalipun tidak diketemukan adanya *direct evidence* untuk membuktikan keberadaan perjanjian dalam kasus kartel, penggunaan *indirect evidence* tetap dimungkinkan untuk membentuk asumsi yang masuk akal akan adanya *liaison of intention* (keterhubungan niat) antara pelaku kartel. Dalam perkara-perkara di pengadilan, hakim telah memperbolehkan digunakannya *indirect evidence* untuk membuktikan keberadaan *tacit agreement* (kolusi diam-diam) melalui: (1) bentuk-bentuk pertukaran informasi atau pendapat diantara pelaku kartel; (2)

³⁶⁰ Wawancara dengan Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D dilakukan tanggal 16 Mei 2012.

³⁶¹ UU No. 5/1999 hanya memberikan tugas kepada KPPU untuk menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan undang-undang dan bukan mengeluarkan peraturan. Lihat *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No. 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Pasal.35 huruf (f).

³⁶² Dalam konteks ini, penulis berpendapat model yang digunakan dalam *Antimonopoly Law* Jepang menarik untuk dipertimbangkan digunakan di Indonesia. JFTC memiliki kewenangan eksklusif untuk mengajukan tuduhan klaim pelanggaran pidana kartel kepada Penuntut Umum, sehingga proses penuntutan pidana pelanggaran kartel tidak akan dapat dimulai tanpa didahului klaim tersebut. Model ini dapat diadopsi dalam amandemen UU No. 5/1999, dimana kewenangan dimaksud diberikan kepada KPPU.

materi/substansi negosiasi di antara pelaku kartel; dan (3) adanya tindakan bersama (*concerted act*) sebagai hasil kesepakatan di antara para pelaku.³⁶³

Sementara Amerika Serikat menekankan penggunaan *direct evidence* maupun *circumstantial evidence* yang cenderung membuktikan adanya komitmen sadar pelaku kartel untuk menjalankan skema bersama mencapai tujuan tertentu. Namun dalam kebiasaannya, DOJ-AD hanya melakukan penuntutan ketika terdapat *direct evidence* berbentuk perjanjian. Dalam kasus-kasus dimana pelaku kartel tidak mengakui kesalahannya, *direct evidence* biasa diperoleh dari pelaku kartel lain melalui permohonan *leniency*; saksi-saksi; atau pelaku kartel yang telah mendapatkan imunitas (*immunised co-conspirator*); dan juga dapat berupa rekaman video atau audio, maupun dokumen-dokumen yang menyediakan *direct evidence* menyangkut perjanjian kartel.³⁶⁴

Antimonopoly Law Jepang memberikan kewenangan kepada JFTC untuk melakukan pengeledahan (*on-site inspection*) dengan memasuki kantor atau tempat-tempat lain dari pelaku usaha guna memeriksa kegiatan usaha, pembukuan, dokumen-dokumen, dan bahan-bahan lainnya, dengan pengecualian bahwa dalam kasus pelanggaran pidana, harus terlebih dahulu mendapatkan izin dari *district court*.³⁶⁵ Hal yang sama, *Antitrust Law* di Amerika Serikat juga memberikan kewenangan bagi *Antitrust Division* untuk memperoleh asistensi dari agen federal (*Federal Bureau Investigation/FBI*)³⁶⁶ dalam melakukan investigasinya.³⁶⁷ DOJ-AD juga dapat mengajukan permohonan kepada hakim *district court* untuk mendapatkan *search warrant* (surat izin pengeledahan), yang pelaksanaannya dilakukan bersama dengan FBI.³⁶⁸ DOJ-AD juga memiliki kewenangan tambahan yang dapat menyadap

³⁶³ OECD, "Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without Direct Evidence", *op.cit.*, hlm. 134.

³⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 174.

³⁶⁵ Japan, *Antimonopoly Law*, Article. 47, paragraph (1), items iv, dan Article. 102, paragraph 1.

³⁶⁶ Asistensi FBI diberikan dalam tindakan-tindakan antara lain: untuk melakukan interview dengan pejabat industri bersangkutan, mendeteksi keberadaan pelaku kartel yang tidak diketahui, mengumpulkan data statistik, dan menjalankan fungsi investigasi lainnya.

³⁶⁷ Unites States Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, hlm. III-11, III-15, III-49, dan III-90.

³⁶⁸ *Ibid.* hlm. III-96.

komunikasi dalam penyelidikan pelanggaran kartel.³⁶⁹ Melalui kewenangan penggeledahan dan penyadapan tersebut, terbuka kemungkinan yang lebih besar bagi otoritas persaingan usaha di Jepang dan Amerika Serikat untuk menemukan *direct evidence* pelanggaran kartel.

Penelitian penulis menunjukkan bahwa inisiatif KPPU untuk menggunakan *indirect evidence* sebagai alat bukti perkara kartel akan terus mengalami benturan ketika pelaku kartel mengajukan upaya keberatan ke Pengadilan Negeri. Sesuai dengan norma yang dianut dalam hukum nasional, jenis alat bukti yang dapat digunakan dalam pembuktian kasus hukum persaingan usaha harus mengacu pada UU No.5/1999. Kenyataannya di Indonesia, KPPU memiliki halangan nyata untuk menemukan *direct evidence* akibat tidak adanya kewenangan KPPU untuk melakukan penggeledahan, penyitaan, atau penyadapan guna menemukan bukti *direct evidence*.

Penulis berpendapat kesulitan riil ini dapat diatasi apabila Indonesia memiliki *leniency policy*. Melalui *leniency policy* KPPU akan dapat memperoleh *direct evidence* yang sangat dibutuhkan demi suksesnya pengungkapan dan pembuktian praktik kartel. *Direct evidence* yang jenisnya sesuai dengan ketentuan dalam UU No. 5/1999 tersebut akan disediakan oleh pemohon *leniency* yang notabene merupakan salah satu pelaku kartel. Sebagaimana ditunjukkan dalam data statistik putusan KPPU (lihat Tabel 1.1. Daftar Putusan KPPU Terkait Larangan Perjanjian Kartel), dalam pengungkapan keseluruhan kasus kartel yang sumbernya berasal dari adanya laporan dari pihak ketiga, *success rate* KPPU mencapai 87.5%.³⁷⁰ Terhadap putusan - putusan tersebut terlapornya memilih untuk tidak menempuh mekanisme upaya keberatan,

³⁶⁹ Kewenangan ini didapatkan DOJ-AD sejak Maret 2006, yaitu ketika pelanggaran atas Sherman Act dimasukkan dalam daftar tindak pidana asal (predicate crimes) yang memperbolehkan penggunaan penyadapan terhadap komunikasi lisan maupun melalui kawat (wire) sebagaimana diatur dalam Authorization for Interception of Wire, Oral or Electronic Communications, 18 U.S.C. § 2516(1)(r).

³⁷⁰ Lihat: Daftar Putusan KPPU Terkait Perjanjian Kartel, hlm. 6-7 tesis ini, dimana dalam 7 dari 8 putusan perkara kartel KPPU yang menyatakan pelakunya bersalah, bersumber dari adanya laporan pihak ketiga. Putusan mana meliputi: Putusan Kartel Perdagangan Garam ke Sumatera Utara, Putusan Kartel Distribusi Semen Gresik, Putusan Kartel Tender Pekerjaan SKTM, Putusan Jasa Pelayanan Taksi di Kota Batam, Putusan Kesepakatan Tarif All-in EMKL di Kota Sorong, Putusan Pembagian Wilayah DPP AKLI Pusat, Putusan Jasa Pemeriksaan Kesehatan Calon TKI ke Timur Tengah.

atau dalam hal menempuh upaya keberatan (banding atau kasasi), hasilnya justru menguatkan putusan KPPU.

Penggunaan *leniency program* atau *leniency policy* sebagai alat kunci untuk mengidentifikasi keberadaan kartel telah terbukti efektif di Amerika Serikat dan Jepang. Penulis berpendapat melalui penerapan *leniency* dalam hukum persaingan di Indonesia, kesulitan pembuktian yang dihadapi KPPU selama ini akan dapat diatasi.

4.2 Konsep *Prisoner's Dilemma* dalam Pelanggaran Kartel

Pada dasarnya kartel tidaklah stabil. Permasalahan menyangkut ketidakstabilan kartel berhubungan erat dengan level ketidakpercayaan (*distrust*) di antara para pelakunya. Dalam kartel potensi ketidakpercayaan tersebut senantiasa terwujud dengan adanya kemungkinan bagi pelaku kartel untuk melakukan tindakan-tindakan penyimpangan (*defection*) yang dapat berupa:³⁷¹

1. berlaku curang dengan menggunakan harga jual lebih murah dari yang ditetapkan kartel atau memproduksi lebih banyak dari yang dialokasikan oleh kartel.
2. memberitahukan keberadaan kartel kepada otoritas persaingan.

Dalam praktiknya, kartel membutuhkan kerjasama dari sekurangnya dua pelaku usaha, sehingga ahli hukum persaingan mengusulkan untuk melawan kartel dengan memperlagakan pelakunya melalui struktur hukuman yang dikondisikan menyerupai dengan konsep *prisoner's dilemma* dalam *game theory*. *Prisoner's dilemma* merupakan ide dasar di balik *leniency program*, yang akan memberikan keringanan hukuman kepada pelaku kartel yang mengakui kesalahannya, selama pengakuan tersebut memungkinkan otoritas persaingan usaha membuktikan kesalahan dan menjatuhkan hukuman berat terhadap konspirator lainnya.³⁷² Untuk memahami ini, terlebih dahulu kita harus melihat dan meninjau konsep dasar dari *prisoner's dilemma*.

³⁷¹ Christopher R. Leslie, "Trust, Distrust and Antitrust", *op.cit.*, hlm. 518.

³⁷² Giancarlo Spagnolo, "Optimal Leniency Programs", 13 Mei 2000, hlm. 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=235092, diunduh 18 Mei 2012.

Konsep ini dimulai dengan adanya dua orang tahanan (*prisoners*) yang dicurigai telah melakukan kejahatan pembunuhan dan kepemilikan senjata api secara ilegal. Polisi dapat membuktikan kepemilikan senjata api dengan mudah, dan karenanya dapat menghukum masing-masing tahanan selama satu tahun. Apabila polisi berhasil membuktikan terjadinya pembunuhan, kedua tahanan dapat dijatuhi hukuman mati. Sayangnya, polisi tidak dapat membuktikan pembunuhan tersebut tanpa adanya pengakuan dari salah satu tahanan. Polisi akan menggunakan *game theory* untuk menyebabkan keduanya saling berkhianat.³⁷³

Polisi akan menempatkan kedua tahanan (A dan B) dalam ruangan terpisah dan menyatakan kepada A bahwa apabila B bersaksi atas A:³⁷⁴

1. A akan dihukum mati apabila tidak bersaksi.
2. A akan dihukum seumur hidup bila bersaksi atas kejahatan B.

Polisi hanya membutuhkan satu pengakuan untuk menghukum kedua tahanan atas kejahatan pembunuhan. Apabila A percaya bahwa B akan memberikan pengakuan, maka akan lebih baik bagi A untuk mengakui kejahatannya. Lebih lanjut polisi memberitahukan A kemungkinan lain apabila B memilih untuk tidak bersaksi atas A.³⁷⁵

1. A akan dihukum selama satu tahun jika memilih untuk tidak bersaksi. Satu tahun adalah ancaman sanksi kepemilikan senjata api ilegal.
2. A akan dibebaskan bila memilih untuk bersaksi atas kejahatan B.

Dalam kemungkinan di atas, akan tetap lebih baik bagi A apabila ia mengakui kejahatannya. Berdasarkan skenario di atas, akan selalu lebih baik bagi A untuk memberikan kesaksian. Dalam *game theory*, bersaksi menjadi strategi dominan dari A. Polisi juga melakukan hal yang sama dengan B, juga yang akan berpikir bahwa bersaksi adalah strategi dominan baginya. Sebagai hasil dari penerapan *game theory*, polisi berhasil mendorong kedua tahanan untuk saling bersaksi dan karenanya dapat

³⁷³ James D. Miller, *loc.cit.*

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ *Ibid.*

menjatuhkan hukuman penjara seumur hidup bagi keduanya.³⁷⁶ Konsep ini diilustrasikan dalam tabel berikut.

Tabel 4.1.
Konsep *Prisoners Dilemma*

	Tahanan B		
	Bersaksi	Tidak Bersaksi	
Tahanan A	Bersaksi	A seumur hidup ; B seumur hidup	A bebas ; B hukuman mati
	Tidak Bersaksi	A hukuman mati; B bebas	A 1 tahun; B 1 tahun

Game theory mendalilkan bahwa pemain yang rasional akan selalu memilih keputusan strategis yang paling menguntungkan baginya, yang dalam hal ini menjadi strategi dominannya.

Konsep *prisoner's dilemma* tersebut dicoba untuk diterapkan dalam hukum persaingan usaha, dimana pelanggaran kartel di Amerika Serikat diancam dengan hukuman berupa pidana denda dan/atau pidana penjara (khusus bagi individunya). Namun terdapat kelemahan untuk mengimplementasikan konsep *prisoner's dilemma* dalam penegakan hukum *antitrust*. Dalam ilustrasi kasus di atas, apabila A dan B memilih untuk tidak bersaksi, maka polisi hanya dapat menghukum keduanya berdasarkan pada kesalahan kepemilikan senjata api dengan ancaman penjara selama satu tahun. Adanya kemungkinan untuk dibebaskan dari hukuman satu tahun penjara menjadikan bersaksi sebagai strategi dominan bagi A maupun B. Adanya kepemilikan senjata api (*minor crime*) dalam konsep ini menjadi keuntungan strategis (*leverage*) bagi polisi untuk menekan A dan B, yaitu dengan menjanjikan untuk tidak

³⁷⁶ *Ibid.*

menuntut keduanya atas kepemilikan senjata api bilamana yang bersangkutan memilih untuk bersaksi atas tahanan lainnya.³⁷⁷

Namun perlu diingat bahwa kenyataannya dalam kebanyakan kasus-kasus *antitrust*, otoritas persaingan tidak memiliki bukti akan adanya kesalahan *minor crime* yang dapat digunakan sebagai *leverage* untuk menekan pelaku kartel. Jika pelaku kartel tidak dituntut atas dasar kartel, mereka tidak dapat dituntut untuk jenis pelanggaran lainnya. Singkat kata, otoritas persaingan tidak dapat menggunakan alasan pembebasan hukuman penjara atas *minor crime* sebagai *leverage* untuk mendapatkan kesaksian pelaku kartel. Padahal agar kondisi *prisoner's dilemma* dalam *game theory* dapat diaplikasikan, memberikan kesaksian harus menjadi strategi dominan pelaku kartel. Setiap pelaku kartel harus meyakini bahwa memberikan pengakuan dan kesaksian merupakan pilihan terbaik baginya, terlepas dari apa yang akan dilakukan oleh konspirator lainnya.³⁷⁸

Menindaklanjuti hal ini Christopher R. Leslie menyatakan bahwa otoritas persaingan perlu menstimulasi aspek ketidakpercayaan yang sudah ada di antara pelaku kartel untuk memastikan memberikan kesaksian atau pengakuan menjadi strategi dominan pelaku kartel. Salah satu cara untuk melakukan ini adalah dengan memberikan insentif bagi pelaku kartel untuk bersaksi. Insentif diberikan melalui *leniency policy* yang menyediakan keuntungan strategis (*leverage*) yang dibutuhkan sebagai pengganti *minor crime* dalam konsep *prisoner's dilemma*. *Leniency policy* dirancang untuk menyediakan struktur keringanan hukuman baik berupa amnesti maupun pengurangan penalti yang substansial nilainya bagi pelaku kartel yang memilih untuk bersaksi. Sementara pelaku kartel yang memberikan pengakuan terakhir atau justru menolak untuk memberikan kesaksian, akan menerima konsekuensi hukuman yang berat atau lebih berat. Adanya struktur insentif yang diberikan oleh *leniency policy* akan mendorong pelaku kartel berlomba memberikan pengakuan guna mendapatkan insentif terbaik, dengan catatan aspek

³⁷⁷ Christopher R. Leslie, "Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability", *op.cit.*, hlm. 466.

³⁷⁸ Christopher R. Leslie, "Trust, Distrust, and Antitrust", *op.cit.*, hlm. 639.

ketidakpercayaan di antara mereka telah terkondisikan sedemikian rupa, sehingga pelaku kartel tidak akan memilih untuk tinggal diam sementara konspirator lain tengah mengadakan kesepakatan dengan otoritas persaingan.³⁷⁹

Ketidakpercayaan merupakan elemen kunci untuk dapat mengaplikasikan konsep *prisoner's dilemma* dalam pelanggaran hukum persaingan. Di saat otoritas persaingan menawarkan *leniency* kepada pelaku kartel, yang bersangkutan kemungkinan akan menerimanya untuk menikmati keringanan sanksi hukuman. Namun akan berbeda halnya apabila ketika menawarkan *leniency*, otoritas juga menginformasikan bahwa di saat bersamaan, konspirator lain juga tengah menerima penawaran yang sama. Keadaan ini akan meningkatkan probabilitas pengakuan bagi pelaku kartel akibat kekhawatiran konspiratornya akan mendahuluinya menerima penawaran tersebut dan menyebabkannya berada dalam posisi yang sulit.³⁸⁰

Leslie lebih jauh menyatakan bahwa selain mengandalkan aspek ketidakpercayaan di antara pelaku kartel untuk memulai perlombaan pengakuan (*confession race*), *leniency policy* juga menciptakan dan memaksimalkan aspek ketidakpercayaan tersebut. *Leniency policy* akan meningkatkan akumulasi aspek ketidakpercayaan dan meningkatkan probabilitas pengakuan pelaku kartel, pengakuan mana dipicu oleh adanya kekhawatiran yang bersangkutan bahwa konspirator lain akan mendahuluinya menerima tawaran *leniency* tersebut.³⁸¹

Dalam konteks hukum persaingan usaha di Indonesia, penulis berpendapat *leniency policy* yang didesain dengan baik akan mampu memberikan *leverage* yang dibutuhkan KPPU untuk meningkatkan aspek ketidakpercayaan di antara pelaku kartel. Mengetahui bahwa KPPU memiliki kemungkinan untuk memperoleh bukti-bukti keberadaan kartel melalui *penerima leniency* yang berkhianat akan meningkatkan kecemasan di antara sesama konspirator dan mendorong mereka untuk memberikan kesaksian yang memberatkan satu sama lain. Kecemasan dan ketidakpercayaan ini pada akhirnya dapat menghasilkan pengakuan dari satu atau

³⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 640.

³⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 641.

³⁸¹ *Ibid.*, hlm. 478.

lebih anggota kartel yang dapat digunakan untuk menghukum pelaku kartel dan menghasilkan putusan yang memiliki kedudukan hukum yang kuat.

Namun demikian teori ini memiliki beberapa kelemahan, pertama, apabila pelaku kartel memiliki kepercayaan sangat kuat satu dengan yang lain, maka teori ini akan sulit untuk diaplikasikan. Dan kedua, bila sanksi yang diterapkan terhadap pelaku kartel dipersepsikan sebagai tidak cukup berat, maka *leniency policy* akan kehilangan daya tariknya dan tidak akan mampu mendorong timbulnya kesaksian atau pengakuan dari pelaku kartel. Terkait dengan ukuran beratnya sanksi yang harus diterapkan sejalan dengan implementasi *leniency policy* penulis uraikan lebih lanjut dalam sub bab berikut.

4.3 Sanksi Pelanggaran Kartel di Indonesia

UU No.5/1999 mengenal adanya tiga jenis sanksi yang dapat diterapkan pada pelaku kartel yaitu berupa sanksi tindakan administratif; sanksi pidana pokok; dan sanksi pidana tambahan. Sanksi tindakan administratif yang dapat dijatuhkan KPPU terhadap pelanggaran kartel (Pasal 5 ayat (1), Pasal 9 dan Pasal 11) dapat berupa:³⁸²

- a. penetapan pembatalan perjanjian; dan atau
- b. perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktek monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat; dan atau
- c. penetapan pembayaran ganti rugi³⁸³; dan atau
- d. pengenaan denda serendah-rendahnya Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah).

Sementara sanksi pidana pokok yang dapat dijatuhkan dalam perkara kartel adalah:³⁸⁴

³⁸² Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 47 ayat (2).

³⁸³ Ganti rugi diberikan kepada pelaku usaha atau kepada pihak lain yang dirugikan. Lihat: Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Penjelasan Pasal. 47 ayat (2f).

³⁸⁴ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal 48, ayat (1) dan (2).

1. Pelanggaran atas Pasal 5 ayat (1) UU No.5/1999 dikenakan pidana denda serendah-rendahnya Rp 5 miliar dan setinggi-tingginya Rp 25 miliar atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 5 (lima) bulan.
2. Pelanggaran atas Pasal 9 atau Pasal 11 UU No.5/1999 dikenakan pidana denda serendah-rendahnya Rp 25 miliar dan setinggi-tingginya Rp 100 miliar atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 6 (enam) bulan.

Adapun saksi pidana tambahan yang diatur dalam UU No.5/1999 dapat berupa:³⁸⁵

- a. pencabutan izin usaha; atau
- b. larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap UU No.5/1999 untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun dan selama-lamanya 5 (lima) tahun; atau
- c. penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

Kewenangan menjatuhkan sanksi pidana menjadi kewenangan dari pejabat penegak hukum, yaitu kepolisian sebagai penyidik, jaksa sebagai penuntut, dan hakim untuk mengadili sebagaimana ditentukan dalam prinsip Hukum Acara Pidana di Indonesia, sehingga KPPU sebagai lembaga penegak hukum persaingan di Indonesia, hanya memiliki kewenangan menjatuhkan sanksi sebatas tindakan administratif.³⁸⁶

Sebagaimana diuraikan sebelumnya, melalui mekanisme *leniency policy*, KPPU akan dapat memperoleh *direct evidence* sebagai alat bukti yang dibutuhkan untuk mengungkapkan praktik kartel. Sebagai kompensasi dari informasi dan bukti-bukti yang diberikan *pemohon leniency*, KPPU akan memberikan pengampunan atau

³⁸⁵ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal. 49.

³⁸⁶ UU No.5/1999 mengenal 2 (dua) pintu masuk dimulainya proses acara pidana dalam hukum persaingan yaitu melalui pelimpahan kasus dari KPPU kepada Penyidik POLRI dalam hal:

1. pelaku usaha/pihak lain menolak untuk diperiksa; menolak memberikan informasi dalam penyelidikan dan/atau pemeriksaan; atau menghambat proses penyelidikan dan/atau pemeriksaan (vide Pasal. 41 ayat (3)); dan/atau
2. pelaku usaha tidak melaksanakan putusan KPPU dan juga tidak mengajukan upaya keberatan terhadap putusan KPPU tersebut (vide Pasal.44 ayat (4)).

keringanan sanksi administratif yang dijatuhkan terhadap pelaku kartel pemohon *leniency*. Terdapat beberapa faktor yang penting untuk diperhatikan demi memastikan suksesnya implementasi *leniency policy* yaitu menyangkut keseriusan sanksi yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku kartel dan signifikansi keringanan hukuman yang ditawarkan *leniency* terhadap pelaku kartel.³⁸⁷

Pencegahan (*deterrence*) merupakan tujuan utama yang hendak dicapai pengenaan sanksi dalam kasus kartel. Keputusan untuk membentuk atau berpartisipasi dalam kartel pada dasarnya merupakan keputusan finansial. Upaya pencegahan yang efektif idealnya harus dapat mengeliminasi keuntungan yang diperoleh dari praktik kartel. Banyak ahli berpendapat, pencegahan yang efektif menuntut diberlakukannya jumlah denda yang lebih besar dari keuntungan yang diperoleh melalui kartel.³⁸⁸ Sanksi yang berat akan meningkatkan efektivitas *leniency program* melalui peningkatan insentif yang dapat diterima pelaku kartel yang mau bekerjasama, yang pada akhirnya akan meningkatkan kemungkinan aplikasi permohonan *leniency*.³⁸⁹

Sebagaimana ditetapkan dalam UU No.5/1999, sanksi pelanggaran kartel dapat berupa tindakan administrasi oleh KPPU maupun sanksi pidana pokok dan pidana tambahan yang dijatuhkan melalui proses peradilan pidana. Dalam praktiknya, akibat hambatan kerjasama operasional di antara KPPU dan penyidik POLRI sampai dengan hasil penelitian ini diturunkan penyelidikan kasus kartel oleh KPPU tidak pernah diteruskan pada proses pidana, sehingga sanksi yang efektif dapat diterapkan hanya berupa sanksi tindakan administrasi, yang kemudian penulis fokuskan dalam pembahasan *leniency policy* dalam penelitian ini. Salah satu bentuk tindakan administrasi adalah pengenaan denda dengan jumlah serendah-rendahnya Rp 1 miliar dan setinggi-tingginya Rp 25 miliar.

³⁸⁷ The Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) Reports, "Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes", 2002, hlm. 25, <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf>, diunduh 18 Mei 2012.

³⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 72-85.

³⁸⁹ *Ibid.*, hlm. 73.

Beberapa penulis berpendapat penerapan *leniency policy* di yurisdiksi yang tidak menerapkan sanksi pidana bagi korporasi maupun individu tidak akan berjalan seefektif pada yurisdiksi yang memiliki sanksi pidana. Hal ini disebabkan individu akan lebih memilih untuk mengajukan permohonan *leniency* ketika merasa terancam oleh pidana penjara yang dirasakan lebih berat dibandingkan dengan sanksi denda administrasi.³⁹⁰ Penulis tidak menampik kecenderungan ini, namun mengutip pernyataan Scott D. Hammond, *Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement DOJ-AD*, bahwa implementasi *leniency policy* yang efektif di luar rezim pidana hukum persaingan usaha tetap dimungkinkan, dengan catatan sanksi denda yang diberikan harus bersifat berat (*severely punitive*).³⁹¹

Bagaimana menilai apakah sanksi denda tersebut cukup berat atau tidak? Hampir dapat dipastikan praktik kartel tidak akan tergoyahkan apabila korporasi mempersepsikan sanksi denda tidak sebanding dengan manfaat yang bisa didapat dari kartel. Krusial untuk memastikan bahwa sanksi denda yang diterapkan memberikan efek penghukuman yang cukup sehingga tidak dinilai layaknya sebagai pajak atau biaya untuk melakukan bisnis (*cost of doing business*).³⁹²

Terdapat konsensus bahwa sanksi yang efektif harus sanggup menimbulkan efek jera. Untuk menimbulkan efek jera yang efektif, sanksi tersebut harus paling tidak mampu mengambil keuntungan keuangan yang berhasil diperoleh pelaku kartel. Di dalam area hukum persaingan, pendekatan ekonomi mengasumsikan bahwa pelaku kartel akan senantiasa melakukan analisa *cost and benefit* untuk memperhitungkan apakah keuntungan yang akan diperolehnya sepadan dengan risiko yang harus ditempuh bilamana tertangkap dan dijatuhi hukuman. Berdasarkan pandangan ini, sanksi yang efektif adalah sanksi yang mampu memperhitungkan keuntungan yang mungkin didapatkan oleh kartel dan kemungkinan terdeteksinya

³⁹⁰ Patricia Carmona Botana, "Prevention and Deterrence of Collusive Behavior: The Role of Leniency Programs", *Columbia Journal of European Law*, 13 Colum. J. Eur. L. 47, Winter 2006/2007, hlm. 49, diunduh 12 Desember 2011.

³⁹¹ Scott D. Hammond, "Cornerstones of an Effective Leniency Program", *op.cit.*, hlm. 7.

³⁹² *Ibid.*, hlm. 7-8.

kartel.³⁹³ Banyak ahli berpendapat nilai sanksi tersebut harus lebih besar dari keuntungan yang berhasil diperoleh melalui kartel, dengan menggunakan acuan nilai sanksi sebesar dua atau tiga kali kelipatan keuntungan kartel.³⁹⁴ Sayangnya, teori penetapan sanksi yang ideal ini sulit diaplikasikan dalam praktik, dikarenakan tidak mudah untuk menilai dan membuktikan keuntungan yang diperoleh dari kartel dan hampir tidak mungkin untuk menentukan probabilitas terdeteksinya kartel.³⁹⁵

Ketika sanksi denda yang dijatuhkan tidak merefleksikan keuntungan yang mungkin diperoleh korporasi yang melakukan pelanggaran, sanksi ini tidak akan dapat menjalankan fungsinya sebagai penjera dan justru memberikan justifikasi bagi pelaku usaha untuk melanjutkan pelanggarannya demi menikmati keuntungan finansial. Sanksi denda yang tidak sepadan dapat dilihat sebagai risiko bisnis yang mana dapat diterima pelaku usaha yang sengaja memilih melakukan pelanggaran. Dalam hal ini, sanksi denda tersebut telah gagal untuk mencapai tujuan yang paling dasar dari sebuah rezim penjatuhan sanksi yang efektif.³⁹⁶

Apakah sanksi denda administrasi bagi pelaku kartel di Indonesia sudah cukup efektif nilainya? Penulis berpendapat bahwa dibandingkan dengan potensi keuntungan yang dapat diperoleh pelaku kartel dengan menjalankan praktik kartelnya, sanksi denda administrasi dengan jumlah serendah-rendahnya Rp 1 milyar dan setinggi-tingginya Rp 25 milyar tersebut belum akan mampu memberikan efek penjera dan pencegahan yang ingin dicapai, mengingat keuntungan yang berhasil diraup beberapa pelaku usaha yang diputus telah melakukan kartel oleh KPPU dapat mencapai jumlah trilyunan rupiah.³⁹⁷

³⁹³ ICN, "Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institution Effective Penalties: Building Blocks For Effective Anti-Cartel Regime", *op.cit.*, hlm. 51-52.

³⁹⁴ OECD, "Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sabctions and Leniency Programs", *op.cit.*, hlm. 90-91.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ Richard B. Macrory, "Regulatory Justice: Making Sanction Effective", November 2006, hlm. 20, <http://www.berr.gov.uk/files/file44593.pdf>, diunduh 2 Juni 2012.

³⁹⁷ Putusan KPPU No. 26/KPPU-L/2007 tentang kartel sms memperkirakan kerugian konsumen selama periode 2004 - April 2008 sekurangnya Rp 2.827.700.000.000 (hlm. 207). Sementara Putusan KPPU No.24/KPPU-I/2009 tentang kartel minyak goreng (hlm.59) memperkirakan adanya kerugian konsumen sebesar Rp 1.270.263.638.175 untuk minyak goreng kemasan, dan Rp 374.298.034.526 untuk minyak goreng curah. Lebih lanjut, dalam kartel fuel surcharge, dampak kerugian konsumen

Nilai sanksi yang antara Rp 1 milyar sampai dengan Rp 25 milyar tersebut jelas tidak sebanding dengan keuntungan yang diperoleh kartel. Dengan mengesampingkan pertimbangan moralitas, pelaku usaha yang rasional akan melihat keberadaan sanksi ini sebagai *cost of doing business* dan akan dapat menjustifikasikan praktik kartel demi keuntungan finansial.

Lebih jauh, dikaitkan dengan penerapan *leniency policy* dalam konsep *prisoner's dilemma*, meningkatkan jumlah sanksi denda yang diterapkan terhadap pelanggaran kartel akan mampu menjalankan fungsi-fungsi krusial yang ingin dikondisikan dalam teori ini, yaitu meningkatkan aspek ketidakpercayaan di antara sesama pelaku kartel dan meningkatkan insentif bagi pelaku kartel untuk memberikan pengakuan atau kesaksiannya.³⁹⁸ Sejalan dengan meningkatnya insentif, kemungkinan pelaku kartel untuk memberikan pengakuan juga akan meningkat secara drastis. Pelaku kartel yang rasional akan menyadari bahwa akan lebih menguntungkan (*cost beneficial*) baginya untuk memberikan pengakuan dibandingkan dengan menerima hukuman dan membiarkan pelaku kartel lain menikmati insentif berupa pembebasan atau pengurangan sanksi administrasi tersebut.³⁹⁹

4.4 Kemungkinan Penerapan *Leniency Program* di Indonesia

Leniency program telah diterapkan di sekurangnya 50 (lima puluh) yurisdiksi di seluruh dunia, di antaranya oleh negara-negara berpendapatan sedang dan rendah seperti Brasil, Meksiko, Federasi Rusia dan Afrika Selatan.⁴⁰⁰ Dihadapkan dengan kesulitan-kesulitan riil yang dihadapi KPPU untuk mengungkapkan praktik kartel di

selama periode 2006 -2009 diperkirakan berkisar antara Rp 5.081.739.669.158 sampai dengan Rp 13.843.165.835.099 (Putusan KPPU No.25/KPPU-I/2009, hlm. 312).

³⁹⁸ Pelaku kartel akan berusaha untuk tidak menjadi pengaku atau pemberi kesaksian terakhir yang akan menanggung konsekuensi membayar sanksi denda paling berat dibandingkan pelaku kartel lain yang berhasil mendapatkan *leniency* dengan memberikan pengakuan terlebih dahulu.

³⁹⁹ Christopher R. Leslie, "Trust, Distrust, and Antitrust", *op.cit.*, hlm. 652-653.

⁴⁰⁰ UNCTAD, "The Use Of Leniency Programmes As A Tool For The Enforcement Of Competition Law Against Hardcore Cartels In Developing Countries", *op.cit.*, hlm. 3.

Indonesia, penulis berpendapat bahwa penerapan *leniency program* dalam hukum persaingan usaha di Indonesia telah menjadi suatu kebutuhan.

Dalam draft Pedoman tentang Kartel (Draft Perkom No.4 Tahun 2010), KPPU pernah memuat ketentuan tentang *leniency*. Draft Perkom tersebut selanjutnya dimuat dalam website KPPU untuk mendapatkan masukan dari *stakeholders* akan kemungkinan penerapannya. Namun dengan berlakunya Perkom No.4 Tahun 2010 pada tanggal 9 April 2010 ketentuan tersebut justru dihilangkan.

Berdasarkan keterangan narasumber Arnold Sihombing, Kepala Divisi Legal KPPU, pencabutan ketentuan tersebut disebabkan oleh belum adanya persetujuan dari Rapat Komisi menyangkut pemberlakuan *leniency*. Salah satu pertimbangan yang mendasarinya adalah tidak adanya dasar pijakan (payung hukum) dalam UU No.5/1999 yang memberikan kewenangan bagi KPPU untuk mengatur tentang *leniency*.⁴⁰¹ Lebih lanjut, masih terdapat perbedaan pendapat menyangkut waktu terbaik untuk memberikan *leniency*. *Best practice* menunjukkan *leniency* sebaiknya ditawarkan sebelum dimulainya fase investigasi, namun hal ini masih menjadi perdebatan di antara internal KPPU. Sampai saat ini, program kajian penerapan *leniency* masih dijalankan oleh KPPU, namun KPPU juga menyadari bahwa penerapan *leniency* tidak bisa berdiri sendiri. Keterbatasan menyangkut waktu untuk memeriksa perkara⁴⁰² dan tidak adanya kewenangan berupa upaya paksa untuk menggeledah dan menyita alat bukti, merupakan faktor-faktor yang perlu dipertimbangkan lebih lanjut demi suksesnya penerapan *leniency* di Indonesia.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU No.12/2011) mengatur asas pembentukan peraturan perundang-undangan, yang salah satunya mengacu pada kesesuaian antara jenis,

⁴⁰¹ Wawancara dengan Arnold Sihombing, S.H., M.H., dilakukan pada tanggal 16 Mei 2012.

⁴⁰² Lihat: Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkom No. 1 Tahun 2010, Pasal. 49 ayat (2), Pasal. 57 ayat (3), dan Pasal. 63 ayat (3) membatasi jangka waktu pemeriksaan oleh KPPU selama 150 hari, yang terdiri dari pemeriksaan pendahuluan (30 hari), pemeriksaan lanjutan (60 hari dan dapat diperpanjang selama 30 hari), serta pembacaan putusan (30 hari setelah berakhirnya pemeriksaan lanjutan).

hierarki, dan materi muatan yang diatur.⁴⁰³ UU No.12/2011 lebih lanjut menetapkan bahwa dalam hal materi muatan peraturan perundang-undangan memuat ketentuan pidana, ketentuan tersebut hanya dapat dimuat dalam peraturan berbentuk Undang-Undang, Peraturan Daerah Provinsi, atau Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.⁴⁰⁴

UU No.5/1999 mengatur sanksi bagi pelaku usaha yang melakukan pelanggaran baik dengan mengadakan suatu perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, maupun penyalahgunaan posisi dominan. Bagi pelanggaran-pelanggaran tersebut, UU No.5/1999 mengatur ancaman sanksi berupa tindakan administrasi yang dijatuhkan oleh KPPU, dan sanksi pidana pokok serta pidana tambahan sebagaimana diatur Pasal 47 sampai dengan Pasal 49. Mengingat esensi dasar dari *leniency* adalah memberikan pengampunan ataupun pengurangan hukuman, terdapat kontradiksi di antara pengaturan penjatuhan sanksi yang diwajibkan UU No.5/1999 dan kebijakan *leniency* yang menghapuskan sanksi tersebut, sehingga konsekuensinya pengaturan *leniency* tidak dapat dilakukan dalam level peraturan perundang-undangan yang lebih rendah.

Satu-satunya jalan untuk dapat menerapkan kebijakan *leniency* dalam hukum persaingan usaha di Indonesia, adalah dengan mengadopsinya ke dalam hukum persaingan usaha, dalam hal ini melalui amandemen terhadap UU No.5/1999.

Hal serupa terlihat dalam pengaturan *leniency policy* di Jepang, yang dilakukan melalui amandemen *Antimonopoly Law* pada tahun 2005. Sementara di Amerika Serikat, walaupun pengaturan *leniency policy* tidak dimuat dalam suatu legislasi yang secara khusus mengatur tentangnya⁴⁰⁵, *leniency policy* dan kewenangan pemberiannya oleh DOJ-AD sepenuhnya diakui, baik oleh undang-undang (*Antitrust*

⁴⁰³ Indonesia, *Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang*, UU No. 12 Tahun 2011, LN RI No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234, Pasal. 5 ayat (1) huruf (c).

⁴⁰⁴ Indonesia, UU No. 12 Tahun 2011, Pasal. 15 ayat (1).

⁴⁰⁵ Informasi sehubungan dengan *leniency policy* dapat ditemukan dalam website United Stated Department of Justice, Antitrust Division, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>.

Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004)⁴⁰⁶ maupun badan peradilan di Amerika Serikat.⁴⁰⁷

Mengingat KPPU tidak memiliki kewenangan untuk mengeluarkan peraturan yang dapat mengatur hak dan kewajiban⁴⁰⁸, maka ketentuan tentang *leniency* harus dimuat dalam amandemen UU No.5/1999. Ketentuan dalam bab atau bagian khusus tersebut akan memuat dan mengatur hal-hal berkaitan dengan *leniency*, yang meliputi:

1. definisi kebijakan *leniency*;
2. institusi yang berwenang memberikannya;
3. subyek yang berhak menerimanya;
4. jenis *leniency* yang ditawarkan;
5. persyaratan pemberian *leniency*;
6. prosedur pengajuan permohonan *leniency*; dan
7. pembatalan pemberian *leniency*.

Selain untuk mengungkapkan kartel, *leniency policy* juga dapat mengurangi waktu dan biaya yang diperlukan otoritas persaingan untuk melakukan investigasi, mengingat informasi yang dibutuhkan telah secara sukarela diberikan oleh pemohon *leniency*.⁴⁰⁹

Dalam laporannya, OECD menyatakan bahwa *leniency program* yang efektif harus memiliki beberapa karakteristik yang berupa adanya kejelasan (*clarity*), kepastian (*certainty*) dan prioritas (*priority*). Pelaku kartel akan cenderung memilih menggunakan aplikasi *leniency* apabila terdapat kejelasan akan kondisi dan manfaat

⁴⁰⁶ Sebagaimana dimuat dalam Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (Public Law. 108-237, Sec.213(a), 22 Juni 2004) dan Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 Extension Act (Public Law. 111-30, Sec.2, 19 Juni 2009) yang mengakui antitrust leniency agreement sebagai bentuk perjanjian antara United States Department of Justice Antitrust Division dengan korporasi atau individual sehubungan dengan pemberian Antitrust Corporate Leniency Policy.

⁴⁰⁷ Samantha J. Mobley dan Ross Denton, *op.cit.*, hlm. 633.

⁴⁰⁸ Berdasarkan Pasal. 35 huruf (f), UU No.5 Tahun 1999, KPPU memiliki kewenangan untuk menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan UU No.5/1999.

⁴⁰⁹ Sjoerd Arlman, *op.cit.*, hlm. 4.

yang dapat diterimanya sejak awal dengan jelas. Untuk memaksimalkan dan mendorong aplikasi *leniency*, juga penting bagi *stakeholders* untuk memahami bahwa pemohon pertama akan menerima kesepakatan terbaik (*best deal*).⁴¹⁰

Terdapat konsensus di antara otoritas persaingan usaha di dunia menyangkut prasyarat esensial yang dibutuhkan demi suksesnya implementasi *leniency policy* yaitu:⁴¹¹

1. Risiko deteksi yang tinggi

Otoritas persaingan harus mengadopsi program penegakan hukum persaingan yang kuat, menjalankan investigasi atas kartel dengan penuh semangat, serta memastikan diambilnya tindakan tegas terhadap pelanggaran kartel. Melalui penegakan hukum yang kuat akan terbentuk persepsi di antara pelaku kartel akan risiko terdeteksi dan aksi penegakan yang riil yang berpotensi mendorong pelaku kartel untuk mengakui kesalahannya sebelum terdeteksi dan dijatuhi hukuman.

2. Nilai sanksi yang signifikan

Sanksi yang diterapkan terhadap pelanggaran kartel harus bernilai signifikan. Jika sanksinya tidak memadai, pelaku kartel tidak akan terdorong untuk menggunakan program *leniency* akibat tidak sebandingnya manfaat yang akan diterimanya dibandingkan dengan keuntungan menjalankan kartel.⁴¹²

3. Kepastian dan transparansi menyangkut *leniency*.

Otoritas persaingan perlu membangun rasa percaya baik bagi pemohon *leniency* maupun penasihat hukumnya melalui penerapan aplikasi program *leniency* yang konsisten. Pemohon *leniency* harus dapat memprediksikan dengan tingkat kepastian yang tinggi bagaimana permohonannya akan diproses dan konsekuensi yang akan

⁴¹⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”, Policy Brief, 2001, hlm. 2, <http://www.oecd.org/dataoecd/28/31/1890449.pdf>, diunduh 20 Mei 2012.

⁴¹¹ International Competition Network (ICN), “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Mei 2009, hlm.3, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>, diunduh 18 Mei 2012.

⁴¹² Menyangkut signifikansi nilai sanksi denda administrasi yang ditetapkan UU No.5/1999 tentang pelanggaran kartel, narasumber Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D memiliki pandangan tersendiri. Narasumber menilai terdapat aspek dan kepentingan lain bagi pemohon *leniency* di luar aspek monetary (cost and benefit of seeking leniency), antara lain adanya kesadaran akan perilakunya yang salah dan keinginan untuk keluar dari kartel.

diterimanya seandainya tidak mengajukan permohonan. Untuk ini, otoritas persaingan perlu memastikan bahwa pengaturan dan prosedur dari *leniency policy*-nya bersifat jelas, komprehensif, *updated*, dan dipublikasikan dengan baik.

Melalui penelitian atas pengaturan dan penerapan *leniency policy* di Amerika Serikat dan di Jepang, berikut ini penulis coba merumuskan beberapa elemen yang penting untuk diatur dalam pengaturan *leniency policy* di Indonesia.

1. Definisi Kebijakan *Leniency*

Definisi dari kebijakan *leniency* harus dicantumkan dalam Bab I mengenai Ketentuan Umum UU No. 5/1999 yang bunyinya: Kebijakan *leniency* adalah kebijakan yang memberikan pengampunan kepada pelaku usaha yang mengadakan praktik kartel kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha, yang dapat berupa pembebasan atau pengurangan sanksi yang dikenakan terhadap pelanggaran kartel dengan syarat pelaku usaha memenuhi ketentuan yang ditetapkan dalam Undang-undang ini.

2. Institusi Pemberi *Leniency*

UU No.5/1999 hanya memberikan kewenangan menjatuhkan tindakan administratif kepada KPPU, sehingga konsekuensinya KPPU hanya berwenang untuk memberikan pembebasan atau pengurangan denda administrasi kepada pemohon *leniency*. Namun patut diingat bahwa penyidikan tindak pidana kartel dalam UU No.5/1999 diawali oleh adanya pelimpahan perkara oleh KPPU untuk diteruskan dengan penyidikan oleh penyidik POLRI, sehingga sebagaimana yang terjadi dalam praktik di Jepang, KPPU secara tidak langsung dapat memberikan *leniency* berupa pengampunan sanksi pidana dengan memilih untuk tidak menyerahkan perkara kartel kepada instansi penyidik POLRI.

3. Subyek Penerima *Leniency*

Leniency di Amerika Serikat tersedia bagi korporasi (beserta direksi, staf, dan karyawannya) maupun individu yang melaporkan praktik kartel tidak sebagai kesatuan dari pengakuan korporasi. Sementara di Jepang, subyek *leniency* adalah *entrepreneur* (pelaku usaha), dan dalam kasus pidana kartel juga dapat meliputi direksi, staff, dan karyawan lain dari pelaku usaha tersebut.

Sesuai ketentuan dalam UU No.5/1999 subyek hukum persaingan usaha adalah pelaku usaha, yang dapat berupa orang perorangan atau badan usaha baik berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum, sehingga konsekuensinya, pelaku usaha merupakan subyek penerima *leniency* di Indonesia.

4. Jenis Pemberian *Leniency*

Amerika Serikat menganut *strict leniency policy* dan memberikan imunitas atau kekebalan penuh atas penuntutan kriminal yang membawa konsekuensi dibebaskannya pelaku kartel dari pidana denda maupun pidana penjara (khusus bagi individunya) hanya kepada pemohon *leniency* pertama. Adapun permohonan dapat diajukan sebelum atau sesudah dimulainya investigasi, dalam hal pemohon adalah korporasi, dan sebelum dimulainya investigasi dalam hal pemohon adalah individu. Namun dalam kenyataannya keringanan akan pidana denda dan penjara ini masih dimungkinkan bagi pelaku kartel lainnya, tanpa pembatasan jumlah penerimanya, berdasarkan pada mekanisme *plea bargain* yang dikenal dalam sistem pidana di Amerika Serikat. Kesepakatan *plea agreement* dilakukan antara DOJ-AD dan pelaku kartel.

Di Jepang, pembebasan atas denda administratif hanya akan diberikan kepada pemohon *leniency* pertama, sebelum dimulainya fase investigasi. Adapun terhadap pemohon *leniency* kedua sampai dengan kelima sebelum dimulainya fase investigasi, Jepang memberikan pengurangan denda dengan prosentase antara 30% - 50%. Lebih lanjut, Jepang masih membuka peluang pemberian pengurangan denda sebesar 30% pada saat atau setelah dimulainya fase investigasi kepada maksimal tiga pemohon

leniency, dengan catatan hanya terdapat kurang dari lima pemohon sebelum dimulainya fase investigasi.

Ketat tidaknya pemberian *leniency* telah menjadi perdebatan di kalangan akademisi. Dalam penelitiannya, Ellis dan Wilson⁴¹³ berpendapat *strict leniency policy* memberikan keuntungan pasar (*market advantage*) bagi pemohonnya, mengingat denda penuh tetap akan dikenakan pada konspirator lainnya, sehingga model ini berpotensi meningkatkan efek pencegahan terbentuknya kartel. Adapun Motta dan Polo⁴¹⁴ berpendapat *leniency policy* yang murah hati (*generous*) lebih efisien karena akan sanggup mengungkapkan informasi yang berbeda yang dimiliki beberapa pelaku kartel. Selain meningkatkan kemungkinan suksesnya penuntutan, *generous leniency policy* juga dapat mengurangi waktu dan biaya yang dibutuhkan otoritas persaingan dalam melakukan investigasi.

Kebijakan *leniency* Amerika Serikat terlihat seolah-olah menganut penerapan *strict leniency policy* yang hanya memberikan imunitas terhadap satu pemohon saja, sementara Jepang terlihat menerapkan *generous leniency policy*. Namun melalui mekanisme *plea agreement* dalam sistem penuntutan pidana Amerika Serikat sejatinya pengurangan pidana denda tetap dimungkinkan bagi pelaku kartel dengan jumlah pemohon yang tidak dibatasi, sehingga secara tidak langsung dalam praktiknya Amerika Serikat juga menganut *generous leniency policy*.

Penulis berpendapat, Indonesia harus menerapkan model pemberian *leniency* yang ketat dan terukur dimana pembebasan penuh atas hukuman hanya dapat diberikan kepada pemohon *leniency* pertama yang memenuhi persyaratan sebelum dimulainya fase investigasi KPPU. Hal yang menjadi pertimbangan adalah adanya kesadaran pelaku kartel tersebut untuk mengakui kesalahan dan merubah perilakunya, walaupun KPPU belum mengetahui atau memiliki informasi terkait dengan pelanggaran.

⁴¹³ Christopher J. Ellis, "What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger: An Analysis of Corporate Leniency Policy", Mei 2001, hlm.22-23, <http://pages.uoregon.edu/cjellis/Research/LeniencyPolicy.pdf>, diunduh 20 Mei 2012.

⁴¹⁴ Massimo Motta dan Michele Polo, "Leniency Program and Cartel Prosecution", 10 Mei 1999, hlm.22-23 <http://ideas.repec.org/p/igi/igierp/150.html>, diunduh 20 Mei 2012.

Adapun *leniency* berupa pengurangan sanksi hanya akan diberikan kepada pemohon kedua dan ketiga, baik yang mengajukan permohonannya sebelum maupun sesudah dimulainya fase investigasi KPPU. Mengadopsi ketentuan di Jepang, penulis mengajukan agar besarnya pengurangan denda ditetapkan sebesar 50% bagi pemohon *leniency* kedua, dan 30% bagi pemohon *leniency* ketiga. Penulis berpendapat, sangat mungkin bukti-bukti yang berhasil dikumpulkan melalui pemohon pertama belumlah cukup untuk dapat mengungkapkan dan menjerat seluruh pelaku kartel, sehingga kemungkinannya KPPU masih akan membutuhkan informasi dan bukti-bukti tambahan. Bukti tambahan ini dapat diperoleh melalui pemohon *leniency* kedua dan ketiga, namun demikian, sesuai dengan pembahasan sebelumnya, pemberian *leniency* harus diperketat untuk mendorong inisiatif pelaku kartel untuk maju memberikan pengakuannya. Pemberian *leniency* yang terlalu *generous* akan menimbulkan keadaan ‘saling menunggu’ di antara pelaku kartel dan tidak akan sanggup meningkatkan aspek ketidakpercayaan yang sangat dibutuhkan untuk menciptakan kondisi *prisoner’s dilemma* dalam penegakan hukum kartel di Indonesia.

5. Persyaratan Pemberian *Leniency*

Dalam pemberian *leniency* di Amerika Serikat, pemohon harus memenuhi beberapa persyaratan antara lain: DOJ-AD belum pernah menerima informasi mengenai pelanggaran tersebut, pemohon bukan merupakan *coercer* atau *cartel ringleader*, pemohon telah menghentikan partisipasinya dalam kartel, dan bersedia bekerjasama secara penuh, lengkap dan berkelanjutan dalam investigasi DOJ-AD. Adapun pasca dimulainya tahap investigasi, pemberian *leniency* hanya dimungkinkan bilamana DOJ-AD belum memiliki bukti yang cukup demi suksesnya penuntutan kartel.

Sementara Jepang mensyaratkan beberapa persyaratan meliputi: pemohon bukan merupakan *ringleader*, pemohon telah menghentikan praktik kartel, laporan, bahan, dan dokumen yang disampaikan tidak memuat informasi palsu, serta JFTC belum memulai fase investigasinya dalam hal *leniency* berupa pembebasan penuh.

Penulis berpendapat beberapa persyaratan di atas dapat diadopsi sebagai persyaratan yang harus dipenuhi oleh pemohon *leniency* di Indonesia, yang mana harus dimuat dalam amandemen UU No. 5/1999, sebagai berikut:

1. KPPU belum memulai fase investigasinya dalam hal permohonan diajukan untuk mendapatkan pembebasan penuh (amnesti) dari hukuman;
2. pemohon bukan merupakan inisiator atau pemimpin kartel (*cartel ringleader*) dan telah menghentikan partisipasinya⁴¹⁵ dalam kartel sebelum mengajukan permohonan *leniency*;
3. pemohon menyediakan bukti-bukti yang bersifat menentukan untuk suksesnya pengungkapan kartel;
4. pemohon bersedia untuk senantiasa bekerjasama dengan KPPU selama berjalannya investigasi.

6. Prosedur Pengajuan Permohonan *Leniency*

Permohonan *leniency* di Amerika Serikat ditujukan kepada *Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement*, dan dapat dilakukan secara lisan (melalui telepon) atau secara tertulis. Sementara Jepang mewajibkan permohonan *leniency* sebelum dimulainya investigasi untuk disampaikan melalui faksimili sebelum menyerahkan versi aslinya kepada *JFTC Senior Officer of Leniency Program*. Adapun permohonan *leniency* yang diajukan setelah dimulainya fase investigasi dapat dilakukan baik melalui penyerahan langsung, pos tercatat, faksimili, email, atau secara lisan dalam kondisi tertentu. Bersamaan dengan laporan turut diserahkan bukti-bukti yang antara lain berupa: nota pertemuan, korespondensi dengan pelaku kartel lainnya, dan laporan akan kegiatan kartel.

Demi efektifnya implementasi *leniency policy*, penulis berpendapat perlu dibentuk unit khusus dalam Biro Investigasi⁴¹⁶ KPPU yang bertanggungjawab

⁴¹⁵ Penghentian partisipasi ini dapat diartikan atau dipersamakan dengan adanya kesadaran pelaku partel untuk mengajukan permohonan *leniency* kepada KPPU.

⁴¹⁶ Biro Investigasi merupakan bagian dari Sekretariat KPPU yang bertugas untuk melakukan penelitian dan klarifikasi laporan, monitoring dan pengawasan pelaku usaha, penyidikan berkaitan

menerima dan menilai permohonan *leniency* dan memberikan konsultasi atau menjawab segala pertanyaan menyangkut *leniency* yang mungkin muncul dari pelaku usaha. Permohonan *leniency* sepatutnya dilakukan secara tertulis (dalam bentuk formulir yang ditetapkan oleh KPPU) yang akan diberikan bukti penerimaannya. KPPU perlu membangun rasa kepercayaan baik bagi pemohon *leniency* maupun konsultan hukumnya melalui penerapan *leniency policy* yang jelas, pasti, dan konsisten.

Dengan dipenuhi persyaratan yang ditentukan, permohonan *leniency* harus secara otomatis dikabulkan melalui penandatanganan perjanjian penerimaan menyerupai *conditional agreement* yang digunakan di Amerika Serikat. Pemohon *leniency* harus dapat memprediksikan dengan tingkat kepastian yang tinggi bagaimana permohonannya akan diproses. Untuk itu KPPU perlu memastikan bahwa prosedur permohonan dan pemberian *leniency policy* diatur dengan jelas, komprehensif, *updated* dan dipublikasikan dengan baik. Untuk dapat melakukan ini, amandemen UU No. 5/1999 harus memberikan kewenangan bagi KPPU untuk mengatur lebih lanjut pedoman pelaksanaan dan mekanisme menyangkut prosedur permohonan dan pemberian *leniency* dalam bentuk Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

7. Beberapa Ketentuan Lain

a. Sistem *Marker*

Untuk mengantisipasi pelaku kartel yang berlomba-lomba menyampaikan permohonan *leniency*-nya, DOJ-AD menerapkan sistem *marker* sebagai sarana untuk menjaga tempat (posisi) pemohon *leniency* pertama sementara yang bersangkutan mengumpulkan lebih banyak informasi dan bukti-bukti untuk mendukung permohonannya. Sarana antrian ini diberikan dalam periode waktu terbatas yang biasanya kurang dari 30 hari.

dengan dugaan pelanggaran, serta penyusunan bahan perkara inisiatif. Lihat: <http://www.kppu.go.id/id/tentang-kppu/struktur-organisasi/>, diunduh 24 Juni 2012.

Ketentuan *marker* tidak diatur di Jepang, namun dinyatakan oleh JFTC bahwa dengan mengajukan permohonan tertulis kepada JFTC posisi pemohon *leniency* untuk sementara dinyatakan aman sampai yang bersangkutan menyerahkan bukti-bukti pendukung yang dalam praktiknya biasa ditetapkan selama dua minggu. JFTC juga berkewajiban untuk menyerahkan notifikasi tertulis sehubungan dengan kelayakan pemohon untuk menerima *leniency*. Namun demikian, dalam praktiknya pemohon *leniency* di Jepang baru akan mengetahui status dari aplikasinya dengan diterbitkannya *Surcharge Immunity Notice* yang memuat ketentuan pembebasan (imunitas) denda atau melalui *Payment Order* yang memuat pengurangan jumlah denda, sehingga dalam hal ini sistem *marker* yang digunakan Amerika Serikat penulis nilai lebih dapat memberikan kepastian hukum bagi pemohon *leniency* sehingga sepatutnya diadopsi dalam prosedur pemberian *leniency* di Indonesia.

Mengingat *leniency* di Indonesia akan diberikan secara terbatas, yaitu berupa pembebasan hukuman terhadap pemohon pertama, sebelum atau sesudah fase investigasi, dan pengurangan hukuman hanya kepada dua pemohon *leniency* berikutnya, sistem *marker* penulis rasakan perlu untuk diadopsi di Indonesia. Penentuan jangka waktu bagi pemohon untuk menyerahkan bukti-bukti yang dibutuhkan dapat menjadi kewenangan dari KPPU untuk memutuskannya, sesuai dengan kondisi dan karakteristik kasus kartel yang dihadapi.

b. Ketentuan Kerahasiaan

Di Amerika Serikat, DOJ-AD memiliki kebijakan kerahasiaan (*confidentiality policy*) untuk tidak mengungkapkan identitas pemohon *leniency* maupun informasi yang diberikan olehnya. Pengecualian hanya dimungkinkan apabila terdapat perjanjian pengungkapan dengan pemohon atau bilamana diperintahkan oleh pengadilan. Jepang tidak secara eksplisit mengatur ketentuan kerahasiaan dalam *Antimonopoly Law* maupun *Leniency Guidelines*, namun dalam praktiknya JFTC memiliki kebijakan untuk tidak mengungkapkan informasi yang diperolehnya dari

pemohon *leniency* kepada pihak ketiga kecuali didasarkan oleh adanya permintaan dari pemohon *leniency* sendiri.

Kerahasiaan menjadi faktor penting yang harus diadopsi KPPU demi suksesnya pengungkapan dan penegakan hukum kartel. Sesuai dengan proses penanganan perkara di KPPU, maka kerahasiaan tersebut harus tetap terjaga sampai dengan tahapan gelar laporan⁴¹⁷, dimana pasca tahapan tersebut akan sulit untuk dapat tetap merahasiakan identitas pemohon *leniency* terhadap pelaku kartel (terlapor) lainnya.

8. Pembatalan *Leniency*

Konsep pemberian *leniency* di Amerika Serikat bersifat bersyarat (*conditional*) dan bergantung pada kemampuan pemohon *leniency* untuk memenuhi kewajibannya sebelum dapat dikeluarkannya *final leniency letter* yang mengkonfirmasi pemberian *leniency* secara *unconditional*. Kewajiban dimaksud adalah menyangkut pemenuhan persyaratan pemberian *leniency* baik untuk bekerjasama dengan DOJ-AD dalam investigasinya maupun untuk menyerahkan bukti-bukti yang dibutuhkan. Kegagalan memenuhi persyaratan membawa konsekuensi dibatalkannya pemberian *leniency* dan lebih jauh lagi, kemungkinan digunakannya bukti-bukti yang telah diserahkan pemohon untuk memberatkannya dalam proses penuntutan.

Sementara di Jepang, pasca diterimanya permohonan, JFTC berkewajiban untuk memberikan notifikasi tertulis menyangkut kelayakan pemohon untuk menerima *leniency*. Sama halnya dengan Amerika Serikat, kegagalan pemohon untuk memenuhi persyaratan yang ditetapkan JFTC akan berimplikasi pada pembatalan pemberian *leniency*.

⁴¹⁷ Lihat Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Tata Cara Penanganan Perkara, Perkom No. 1 Tahun 2010, Pasal. 1 angka 20, yang dimaksud dengan gelar laporan adalah: “*penjelasan mengenai rancangan laporan dugaan pelanggaran yang disampaikan oleh unit kerja yang menangani pemberkasan dan penanganan perkara dalam rapat komisi*”.

Sebagaimana dibahas sebelumnya, *leniency* diberikan secara otomatis dengan dipenuhinya ketentuan persyaratan yang akan ditetapkan dalam undang-undang. Namun demikian, KPPU tetap harus memiliki kewenangan untuk membatalkan pemberian *leniency* tersebut dalam hal pemohon tidak menepati janjinya, baik untuk menyediakan bukti-bukti yang bersifat menentukan maupun untuk bekerjasama selama berjalannya investigasi KPPU.

Berdasarkan pada uraian-uraian tersebut di atas, dan dengan mengingat bahwa kebijakan *leniency* memberikan kemungkinan berupa pembebasan atau pengurangan sanksi bagi pelanggar kartel maka pengaturannya harus dimuat dalam undang-undang, yaitu dengan melakukan amandemen terhadap UU No.5/1999. Pengaturan dalam undang-undang merupakan alternatif terkuat walaupun tetap mengandung kelemahan. Prosedur mengandemen undang-undang cenderung panjang dan berliku, serta membutuhkan biaya yang tidak sedikit. Proses pembuatan undang-undang di DPR juga sarat dengan kepentingan. Banyaknya partai politik dengan kepentingan politik beragam, ditambah dengan pelaku usaha yang seringkali memiliki kepentingan terhadap substansi pasal merupakan kondisi riil yang harus dilewati dalam mengamandemen suatu undang-undang.⁴¹⁸

Lebih lanjut, untuk memastikan pelaku kartel akan memilih untuk mengajukan permohonan *leniency* sebagai strategi dominannya, sanksi denda administratif bagi pelanggaran kartel juga harus diperberat. Hal ini penting untuk memastikan dua hal berikut. Pertama, sanksi tersebut dapat memberikan efek penghukuman yang cukup sehingga tidak hanya dinilai sebagai biaya untuk melakukan bisnis (*cost of doing business*) bagi pelaku kartel. Kedua, untuk meningkatkan aspek ketidakpercayaan di antara sesama konspirator serta meningkatkan insentif bagi pelaku kartel untuk mengkhianati kartel dan memberikan pengakuannya.

⁴¹⁸ Fajri Nursyamsi, *et al.*, *Catatan Kinerja DPR 2011 Legislasi: Aspirasi atau Transaksi*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, 2012), Cet. Pertama, hlm. 31.

BAB 5 PENUTUP

5.1 Kesimpulan

Pengungkapan dan pembuktian eksistensi kartel bukan merupakan tugas mudah bagi otoritas persaingan usaha negara-negara di dunia. Sifat kerahasiaan kartel menjadi halangan terbesar untuk mengungkapkan praktik pelanggaran ini. Hal yang sama juga dihadapi oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) yang seringkali menemui hambatan dalam membuktikan eksistensi kartel di Indonesia. Menyikapi kesulitan tersebut, Amerika Serikat dan Jepang telah terlebih dahulu memilih untuk menerapkan *leniency program* dan *leniency policy* dalam rezim hukum persaingan usahanya.

Beberapa kesimpulan yang dapat diambil berdasarkan pembahasan penelitian penulis adalah:

1. Pengaturan dan implementasi kebijakan *leniency* di Amerika Serikat dan di Jepang.
 - a. Kebijakan *leniency* di Amerika Serikat diatur dalam *Corporate Leniency Policy* dan *Leniency Policy for Individuals* yang pemberiannya menjadi kewenangan *United States Department of Justice, Antitrust Division (DOJ-AD)*. Walaupun tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan khusus, pemberian *leniency* di Amerika Serikat sepenuhnya diakui oleh undang-undang (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004*) maupun oleh institusi pengadilan. Sedangkan Jepang mengatur kebijakan *leniency*-nya dalam amandemen *Antimonopoly Law* yang mulai berlaku tahun 2006. Pemberian *leniency* di Jepang menjadi kewenangan dari *Japan Fair Trade Commission (JFTC)* dimana prosedur permohonannya diatur dalam *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharges (Leniency Guidelines)*.
 - b. Amerika Serikat hanya mengenal satu jenis *leniency* berupa amnesti atau pembebasan sanksi pidana. *Corporate Leniency Policy* memberikan amnesti

Universitas Indonesia

sebelum maupun sesudah dimulainya fase investigasi, sementara *Leniency Policy for Individuals* hanya memberikan pembebasan sebelum dimulainya investigasi. Dalam kedua pengaturan ini hanya pemohon *leniency* pertama yang berhak mendapatkan amnesti. Subjek penerima *leniency* sendiri meliputi korporasi yang akan mendapatkan pembebasan dari pidana denda dan individu (direksi, staff, dan karyawan lain dari korporasi tersebut), yang akan mendapatkan pembebasan dari pidana denda dan pidana penjara. Sementara itu, kebijakan *leniency* di Jepang memberikan pembebasan (imunitas) sanksi denda administratif bagi pelaku usaha (*entrepreneur*) yang merupakan pemohon *leniency* pertama, dan selanjutnya pengurangan denda administratif bagi pemohon kedua sampai dengan kelima, sebagai berikut:

- 1). Pengurangan sebesar 50% bagi pemohon kedua sebelum dimulainya investigasi;
 - 2). Pengurangan sebesar 30% bagi pemohon ketiga sampai dengan kelima sebelum dimulainya fase investigasi; dan
 - 3). Pengurangan sebesar 30% bagi pemohon yang mengajukan permohonan pada saat atau setelah dimulainya investigasi, dengan catatan jumlah keseluruhan pemohonnya tidak lebih dari tiga, dan/atau jumlah keseluruhan pemohon sebelum dan sesudah investigasi tidak melebihi lima pemohon.
- c. Penegakan hukum kartel di Amerika Serikat mengacu pada perspektif penanganan hukum pidana, sementara Jepang menekankan pada proses administratif. JFTC memegang kewenangan eksklusif untuk mengajukan klaim tuduhan pidana atas pelaku kartel kepada Penuntut Umum, walau dalam praktiknya sangat jarang digunakan. Melalui kebijakan *Criminal Accusation Policy*, JFTC berjanji untuk tidak mengajukan klaim terhadap pemohon *leniency* pertama beserta direksi, staff dan karyawannya. Konsekuensi dari kebijakan ini, jenis *leniency* di Jepang juga dapat meliputi pembebasan sanksi pidana (denda dan penjara) yang mana hanya berlaku bagi pemohon *leniency*

pertama. Lebih lanjut, Amerika juga mengenal sistem *plea bargaining* dalam proses peradilan pidananya. Melalui mekanisme ini pelaku kartel yang tidak berhasil mendapatkan amnesti dapat memperoleh keringanan sanksi pidana denda dan penjara dengan jalan mengakui kesalahannya dan bersedia bekerjasama membantu DOJ-AD dalam investigasinya. *Plea bargaining* bukan merupakan bagian dari *leniency policy* tapi dalam praktiknya berjalan beriringan, dimana 90% kasus pelanggaran kartel di Amerika diselesaikan melalui mekanisme ini.

- d. DOJ-AD memiliki kebijakan untuk merahasiakan identitas pemohon *leniency*, sehingga tidak terdapat data sehubungan dengan implementasi *leniency* dalam praktik. Kebijakan ini dapat disimpangi dalam beberapa kasus besar, dimana pengumuman justru dilakukan oleh penerima *leniency* sendiri. JFTC di Jepang juga memilih untuk tidak mengungkapkan informasi menyangkut penerima *leniency*, namun pengungkapan tetap dimungkinkan berdasarkan adanya permintaan penerima *leniency* sebagaimana diatur dalam *Policy on Handling the Names and Details of Business Operators Subject to immunity or Reduction under the Leniency Program*. Berdasarkan kebijakan ini, JFTC kemudian mengumumkan dalam situsny data mengenai kasus kartel, besarnya denda yang dijatuhkan, dan pihak-pihaknya, baik yang dikenakan maupun tidak dikenakan sanksi.

2. Kemungkinan penerapan *leniency program* di Indonesia

Penegakan hukum kartel di Indonesia belum berjalan secara maksimal. Melalui penelitian tesis ini dan dengan membandingkan pengaturan *leniency* di Amerika Serikat dan Jepang, penulis berpendapat bahwa sudah saatnya Indonesia memiliki kebijakan *leniency* dalam rezim hukum persaingan usahanya. Dengan kebijakan ini, kesulitan pengungkapan dan pembuktian kartel yang dihadapi KPPU selama ini akan dapat diatasi. Pemohon *leniency* yang merupakan pelaku kartel akan menyediakan bukti-bukti yang dibutuhkan oleh KPPU demi suksesnya penegakan

hukum kartel. Hal ini dapat meminimalisasi waktu dan biaya dalam melakukan investigasi dan memastikan bahwa putusan yang dikeluarkan KPPU tidak berujung pada pembatalan oleh institusi peradilan ketika diajukan upaya hukum.

Adapun kebijakan *leniency* di Indonesia akan mengatur hal-hal sebagai berikut:

- a. Pemberian *leniency* kepada pelaku usaha oleh KPPU yang dapat berupa:
 - 1). pembebasan atas sanksi denda administratif bagi pemohon pertama sebelum dimulainya fase investigasi KPPU;
 - 2). Pengurangan sanksi denda administratif sebesar 50% bagi pemohon *leniency* kedua dan 30% bagi pemohon ketiga, baik sebelum atau sesudah dimulainya fase investigasi.
- b. *Leniency* diberikan kepada pelaku usaha dengan ketentuan:
 - 1). KPPU belum memulai fase investigasinya dalam hal permohonan diajukan guna mendapatkan pembebasan penuh atas sanksi administrasi;
 - 2). Pemohon bukan merupakan inisiator atau pemimpin kartel dan telah menghentikan partisipasinya dalam kartel sebelum mengajukan permohonan *leniency*;
 - 3). Pemohon menyediakan bukti-bukti yang bersifat menentukan untuk suksesnya pengungkapan kartel;
 - 4). Pemohon bersedia untuk senantiasa bekerjasama dengan jujur dan berkelanjutan dengan KPPU selama berjalannya investigasi.
- c. Demi adanya kepastian hukum pemberian *leniency* harus dilakukan secara otomatis dengan dipenuhinya ketentuan yang dipersyaratkan oleh pemohon, namun tetap terbuka kemungkinan bagi KPPU untuk mencabut pemberian *leniency* tersebut dalam hal penerima *leniency* tidak memenuhi kewajibannya untuk:
 - 1). memberikan bukti-bukti yang dibutuhkan untuk mengungkapkan praktik kartel;

- 2). memberikan kerjasama secara jujur, penuh dan berkelanjutan selama berjalannya investigasi kartel.

5.2 Saran

Berdasarkan pada kesimpulan di atas, maka saran yang dapat diberikan adalah untuk menerapkan kebijakan *leniency* dalam rezim hukum persaingan usaha di Indonesia. Mengingat karakteristik kebijakan *leniency* tersebut akan mengatur tentang pembebasan dan pengurangan sanksi, maka harus diatur dalam ketentuan undang-undang dengan cara melakukan amandemen terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Namun saran ini memiliki kelemahan. Sebagaimana diketahui melakukan amandemen undang-undang membutuhkan proses yang panjang dan berliku, biaya yang tidak sedikit, dan dalam prosesnya sarat dengan berbagai kepentingan politik.

Lebih lanjut, kebijakan *leniency* di Indonesia hanya akan berjalan sesuai dengan tujuan penerapannya apabila sanksi yang dikenakan terhadap pelanggaran kartel dipersepsikan sebagai berat (*severe*) oleh pelanggarnya. Pelaku usaha senantiasa melakukan analisa *cost and benefit* dalam pemikiran rasionalnya sehingga penerapan *leniency* yang tidak disertai ancaman sanksi yang berat tidak akan sanggup memaksa pelaku kartel untuk memberikan pengakuan atau kesaksian yang memberatkan pelaku kartel lainnya. Lebih lanjut, pelaku usaha sangat mungkin melihat sanksi tersebut semata sebagai *cost of doing business* yang jelas bertentangan dengan tujuan dari hukum persaingan sendiri. Oleh sebab itu, sejalan dengan pengaturan *leniency* melalui amandemen undang-undang, penulis menyarankan agar sanksi denda administratif yang diterapkan oleh KPPU juga turut ditingkatkan nilainya.

DAFTAR REFERENSI

I. BUKU

- Areeda, Philip. “*Hukum Antitrust Amerika*” Dalam *Ceramah-Ceramah Tentang Hukum Amerika Serikat*. Diterjemahkan oleh Gregory Churchill. Jakarta: PT. Tatanusa, 1996.
- Black, Oliver. *Conceptual Foundations of Antitrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Fahmi Lubis, Andi *et al.* *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks & Konteks*. Jakarta: Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2009.
- Garner, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. Ed. 8. Minnesota: West Publishing, 2004.
- Hadley Eleanor M. *Antitrust in Japan*. New Jersey: Princeton University Press, 1970.
- Hansen, Knud *et al.* *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Jakarta: Katalis, 2002.
- Hovenkamp, Herbert. *Antitrust*, Minnesota: West Group Publishing Co, 1993.
- Ibrahim, Johnny. *Teori & Metodologi Penelitian Normatif*. Ed. Revisi. Malang: Bayumedia Publishing, 2006.
- _____. *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. Malang: Bayumedia Publishing, 2009.
- Pakpahan, Normin S. *Pokok-Pokok Pikiran Tentang Hukum Persaingan Usaha*. Jakarta: Proyek ELIPS, 1994.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Ed. 4. Boston: Little Brown and Company, 1992.
- Rizkiyana, HMBC Rikrik dan Vovo Iswanto. “Catatan Kecil tentang Penyalahgunaan Posisi Dominan (Studi Kasus di Indonesia)” Dalam *Litigasi Persaingan Usaha (Competition Litigation)*, Jakarta: PT. Telaga Ilmu Indonesia, 2010.
- Rokan, Mustafa Kamal. *Hukum Persaingan Usaha: Teori dan Prakteknya di Indonesia*. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2010.
- Siagian, P. *Penelitian Operasional Teori dan Praktek*. Cet. 1. Jakarta: Penerbit

Universitas Indonesia

Universitas Indonesia, 1987 .

Sirait, Ningrum Natasya. “Perjanjian Kartel Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat” Dalam *Litigasi Persaingan Usaha (Competition Litigation)*. Jakarta: PT. Telaga Ilmu Indonesia, 2010.

Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2008.

Sivalingam, G. *Competition Policy In The Asean Countries*. Singapore: Thomson Learning, 2005.

MD, Mahfud. *Politik Hukum*. Jakarta: Rajawali Pers, 2009.

Miller, James D. *Game Theory at Work, How to Use Game Theory to Outthink and Outmaneuver Your Competition*. New York: McGraw-Hill, 2003.

Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Neale, A.D. dan D.C Goyder. *The Antitrust Laws of the U.S.A: A Study of Competition Enforced by Law*. Ed.3. London: Cambridge University Press, 1959.

Nursyamsi, Fajri *et al.* *Catatan Kinerja DPR 2011 Legislasi: Aspirasi atau Transaksi*. Cet. Pertama. Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, 2012

Weiss , Leonard W. dan Allyn D. Strickland. *Regulation: A Case Approach*, Ed.2. New York: McGraw-Hill Inc, 1982.

II. SERIAL

Artikel Jurnal

Anggraini, A.M. Tri “Mendeteksi Dan Mengungkap Kartel Dalam Hukum Persaingan Usaha”, *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol.30, No.02, 2011. Hlm. 50-63.

____ “Penerapan Pendekatan Rule of Reason dan Per Se Illegal Dalam Hukum Persaingan.” Dalam Prosiding Rangkaian Lokakarya Terbatas Masalah-Masalah Kepailitan dan Wawasan Hukum Bisnis Lainnya Tahun 2004, Undang-Undang No.5/1999 dan KPPU, 17-18 Mei 2004. Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005. Hlm. 104-115.

Botana, Patricia Carmona. “Prevention and Deterrence of Collusive Behavior: The

Universitas Indonesia

Role of Leniency Programs.” *Columbia Journal of European Law*, 13 Colum. J. Eur. L. 47, Winter 2006/2007.

Bennett, Daniel J. “Killing One Bird With Two Stones: The Effect of Empagran and The Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 on Detecting and Deterring International Cartels”, *Georgetown Law Journal*, 93 Geo.L.L.1421, April 2005.

Berinde, Mihai “Cartels – Between Theory, Leniency Policy and Fines”, *Annals of Faculty of Economics*, Vol.1, Issue. 1, 2008.

Hill, Travis J. dan Stephanie B. Lezell. “Antitrust Violation.” *American Criminal Law Review*, Westlaw 47 Am. Crim. L. Rev. 245, Spring 2010.

Jones, Candice et al. “Antitrust Violation.” *American Criminal Law Review*, Westlaw 38 Am. Crim. L. Rev. 431, Summer 2001.

Nurhayati, Irna “Kajian Hukum Persaingan Usaha: Kartel Antara Teori Dan Praktik”, *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 30, No.02, 2011. Hlm. 5-15.

Silalahi, M. Udin. “Circumstantial Evidence In The Substantiation Mechanism Against Cartel Infringements In Indonesia”, *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 30, No.02, 2011. Hlm. 41-49.

Widjaja, Gunawan. “Konsep Dan Pengertian Kartel Dalam Kerangka Persaingan Usaha Serta Penerapannya Di Indonesia.” *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 30, No.02, 2011. Hlm. 25-40.

III. WAWANCARA

Rajagukguk, Erman. Wawancara Langsung. 14 Mei 2012.

Sihombing, Arnold. Wawancara Langsung. 16 Mei 2012.

Toha, Kurnia. Wawancara Langsung. 16 Mei 2012.

IV. PUBLIKASI ELEKTRONIK

Arlman, Sjoerd. “Crime But no Punishment: An Empirical Study of the EU’s 1996 Leniency Notice and Cartel Fines in Article 81 Proceedings” (Master Thesis Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2005. <http://www.arlman.demon.nl/sjoerd/leniency.pdf>. Diunduh 1 April 2012.

Barnett, Belinda A. “Antitrust in The Twenty -First Century: Status Report On

Universitas Indonesia

- International Cartel Enforcement.” 30 November 2000. <http://www.justice.gov/atr/public/speche/708.pdf>. Diunduh 4 Mei 2012.
- Brandenburger, Adam M dan Barry J. Nalebuff. “The Right Game: Use Game Theory to Shape Strategy.” Harvard Business Review. [http://www2.dse.unibo.it/Mantovan/Harvard%20Business%20Review%20%Using%20Game%20Theory%20To%20Shape%20Strategy%20\(1995\).pdf](http://www2.dse.unibo.it/Mantovan/Harvard%20Business%20Review%20%Using%20Game%20Theory%20To%20Shape%20Strategy%20(1995).pdf). Diunduh 18 Mei 2012.
- Brenner, Steffen. “An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program.” 15 Maret 2005. <http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/CDrom/Session%20VII/VII.G/brenner.pdf>. Diunduh 31 Maret 2012.
- Chen, Zhijun dan Patrick Rey. “On The Design Of Leniency Programs.” April 2007, <http://idei.fr/doc/by/re/designofleniency.pdf>. Diunduh 11 Desember 2011.
- Dick, Andrew R. “Japanese Antitrust Law And The Competitive Mix.” Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago, Working Paper No. 74, Februari 1992. <http://research.chicagobooth.edu/economy/research/articles/74.pdf>. Diunduh 23 Maret 2012.
- Dixit, Avinash. “Recent Developments In Oligopoly Theory.” The American Economic Review Vol. 72, No. 2. Papers and Proceedings of the Ninety-Fourth Annual Meeting of the American Economic Association. Mei 1982. <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/Dixit82-oligopoly-survey.pdf>. Diunduh 18 Maret 2012.
- Dixit, Avinash dan Barry Nalebuff. “Prisoners’ Dilemma.” The Concise Encyclopedia of Economics, <http://www.econlib.org/library/Enc/PrisonersDilemma.html>. Diunduh 18 Mei 2012.
- Ellis, Christopher J. “What Doesn’t Kill Us Makes Us Stronger: An Analysis of Corporate Leniency Policy.” Mei 2001. <http://pages.uoregon.edu/cjellis/Research/LeniencyPolicy.pdf>. Diunduh 20 Mei 2012.
- Ezaki, Shegeyoshi dan Vassili Moussis. “Leniency for Japan.” Global Competition Review. http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/01.2006_Global_Comp_Rev_Leniency_Japan_Moussis.pdf. Diunduh 13 April 2012.
- First, Harry dan Tadashi Shiraishi. “Concentrated Power: The Paradox Of Antitrust In Japan.” Working Paper New York University Law and Economics, 1 Januari 2005. , <http://www.isr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?>. Diunduh 23 Maret 2012.

- Griffin, James M. "Criminal Practice and Procedure Committee, Status Report on Criminal Fines, International Cartel Enforcement, and Corporate Leniency Program." American Bar Association Section of Antitrust Law, 49th Annual Spring Meeting, 28 Maret 2001. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/8063.pdf>. Diunduh 4 Mei 2012.
- _____. "The Modern Leniency Program After Ten Years: A Summary Overview Of The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program." <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>. Diunduh 25 April 2012.
- Harrington, Joseph E. "Corporate Leniency Programs And The Role Of The Antitrust Authority In Detecting Collusion." 31 Januari 2006. <http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf>. Diunduh 11 Desember 2011.
- Khemani, R.S. dan D.M. Shapiro. "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law." <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>. Diunduh 11 Desember 2011.
- Kolasky, William J. "What Is Competition?" Materi dipresentasikan dalam Seminar on Convergence Sponsored by the Netherlands Ministry of Economic Affairs, The Hague, Netherlands, 28 Oktober 2002. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.htm>. Diunduh 4 Desember 2011.
- Leslie, Christopher R. "Trust, Distrust, and Antitrust." Texas Law Review. Vol. 82, No. 3, Februari 2004. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=703202. Diunduh 19 Mei 2012.
- _____. "Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability." The Journal of Corporation Law, Vol. 31, 2006. <http://www.highbeam.com/doc/1P3-107833151.html>. Diunduh 31 Maret 2012.
- Lynch, Niall E. "United States Antitrust Law, Policies & Procedures." 19 September 2011. http://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub4368_1.pdf. Diunduh 1 April 2012.
- Maarif, Syamsul dan B.C. Rikrik Rizkiyana. "Posisi Hukum Persaingan Usaha Dalam Sistem Hukum Nasional." Maret, 2004. <http://www.kppu.go.id/docs/Makalah/persaingan-usaha.pdf>. Diunduh 18 Maret 2012.
- Matthews, Andy dan Paul Schoff. "The Asia Pacific Antitrust Review 2011." <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/33/sections/117/chapters/1208/cartels-overview/>. Diunduh 14 April 2012.

- Maeda, Yoji. "Japan Antimonopoly Act: Precedent-Setting Criminal and Administrative Fines in Japanese Galvanised Steel Sheet Cartel Investigation." 25 September 2009. <http://www.omm.com/newsroom/publication.aspx?pub=865>. Diunduh 4 Mei 2012.
- Macrory, Richard B. "Regulatory Justice: Making Sanction Effective." November 2006. <http://www.berr.gov.uk/files/file44593.pdf>. Diunduh 2 Juni 2012.
- Matsushita, Mitsuo. "Reforming The Enforcement Of The Japanese Antimonopoly Law." 4 Desember 2010. http://www.luc.edu/law/activities/publications/lljdocs/vol41_no3/pdfs/matsushita_antimono.pdf. Diunduh 23 Maret 2012
- _____. "The Antimonopoly Law of Japan." http://www.piie.com/publications/chapters_preview/56/5iie1664.pdf. Diunduh 23 Maret 2012.
- Mette, Alter dan Juliet Young. "Economic Analysis Of Cartels-Theory And Practice." E.C.L.R., 2005, Vol. 26, No. 10, 546-557. <http://centers.law.nyu.edu/jmtoc/article.cfm?id=1361029858>. Diunduh 20 Maret 2012.
- Motchenkova, Evgenia dan Daniel Leliefeld. "Adverse Effects of Corporate Leniency Programs In View Of Industry Asymetry." Journal of Aplied Economic Science, Vol. V, Issue (2)/12, Summer 2010. http://www.jaes.reprograph.ro/articles/summer2010/MotchenkovaE_LeliefeldD.pdf. Diunduh 1 April 2012.
- Motta, Massimo dan Michele Polo. "Leniency Program and Cartel Prosecution." 10 Mei 1999. <http://ideas.repec.org/p/igi/igierp/150.html>. Diunduh 20 Mei 2012.
- Sanduja, Amit. "Report On Leniency Programme: A Key Tool To Detect Cartels." Desember 2007, http://cci.gov.in/images/media/ResearchReports/leniencyproject_amitsanduja_11_03_2008_20080715104637.pdf. Diunduh 31 Maret 2012.
- Spagnolo, Giancarlo. "Optimal Leniency Programs." 13 Mei 2000. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=235092. Diunduh 18 Mei 2012.
- _____. "Leniency And Whistleblowers In Antitrust." Discussion Paper Series No. 5794, Centre for Economic Policy Research, Agustus 2006. <http://ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/5794.html>. Diunduh 1 April 2012.
- Stephan, Andreas. "An Empirical Assesment of the European Leniency Notice." Oxford Journal of Competition Law & Economics, Vol.5, Issue.3, September 2009. <http://jcle.oxfordjournals.org/content/5/3/537>. Diunduh 1 April 2012.
- Sugawara, Ikuo. "The Current Situation of Class Action in Japan." 2007.

http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Japan_National_report.pdf. Diunduh 20 Mei 2012.

Tamura, Jiro et al., "Japan Cartels." White & Case LLP, 2003.

http://www.whitecase.com/files/Publication/19aa418a-df00-4956-b42b-0a5329a27367/Presentation/PublicationAttachment/04fb4494-c715-4d1a-9be1132cb1512a86/article_Japan_Cartels.pdf,. Diunduh 23 Maret 2012.

Turocy, Theodore L. dan Bernhard von Stengel. "Game Theory." CDAM Research Report, 8 Oktober 2001. <http://www.cdam.lse.ac.uk/Reports/Files/cdam-2001-09.pdf>. Diunduh 11 Desember 2011.

Veljanovski, Cento. "The Economic Of Cartels." 21 Maret 2007. <http://www.casecon.com/data/pdfs/EconomicsCartelsFinYearbook.pdf>. Diunduh 21 Maret 2012.

Watanabe, Eriko dan Koki Yanagisawa. "The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2010, A practical insight to cross-border Cartels & Leniency of Japan." London: Global Legal Group, 2011. <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3345.pdf>. Diunduh 14 April 2012.

The Code of Laws of the United States of America. Unites States Code. Title 15- Commerce and Trade. <http://uscode.house.gov/>. Diunduh 23 Maret 2012.

http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html. Diunduh 10 Mei 2012.

<http://www.kppu.go.id/id/tentang-kppu/struktur-organisasi>. Diunduh 24 Juni 2012.

Artikel surat kabar/majalah online

Saputra, Andi. "Lawan Pengusaha, KPPU Kalah 3 Kali Berturut-turut di Meja Hijau." <http://www.detiknews.com/read/2011/09/08/073649/1717874/10/lawan-pengusaha-kppu-kalah-3-kali-berturut-turut-di-meja-hijau>. Diunduh 11 Desember 2011.

Harifaningsih, Elvani. "Pengadilan Batalkan Vonis KPPU." 24 Februari 2011. <http://www.bataviase.co.id/node/579270>. Diunduh 11 Desember 2011.

Publikasi Lembaga

American Bar. *Comments Of The ABA Section Of Antitrust Law, In Response To The Antitrust Modernization Commission's Request For Public Comment On Criminal Remedies-The Alternative Fine Statute-18 USC § 3571(d)*. Juni 2006. <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/>

Universitas Indonesia

antitrust law/comments criminal-remedies.authcheck dam.pdf. Diunduh 23 Maret 2012.

Brazil Ministry of Justice. Antitrust Division Council for Economic Defense. *Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program*. 2009. <http://www.oecd.org/dataoecd/52/22/43619651/pdf>,. Diunduh 11 Desember 2011.

International Competition Network. *Drafting and Implementing an Effective Leniency Program: Anti-Cartel Enforcement Manual*. Mei 2009, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>. Diunduh 18 Mei 2012.

_____. *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties Building Blocks For Effective Anti-Cartel Regime*. Materi disampaikan dalam ICN 4th Annual Conference, Bonn, Jerman, 6-8 Juni 2005. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>. Diunduh 31 Maret 2012.

The Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD). *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. Policy Brief. 2001. <http://www.oecd.org/dataoecd/28/31/1890449.pdf>. Diunduh 20 Mei 2012.

_____. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf>. Diunduh 18 Mei 2012.

_____. *Hard Core Cartels – Harm And Effective Sanctions*. Policy Brief. Mei 2002. <http://www.oecd.org/dataoecd/30/10/2754996.pdf>. Diunduh 22 Maret 2012.

_____. *Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without Direct Evidence*. 2006. <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>. Diunduh 13 Mei 2012.

_____. *Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law*. <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>. Diunduh 21 Maret 2012.

The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank and The Organisation for Economic Co-Operation and Development. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_34753_1916760_1_1_1_1,00.htm. Diunduh 5 Mei 2012.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *The Use Of*

Universitas Indonesia

Leniency Programmes As A Tool For The Enforcement Of Competition Law Against Hardcore Cartels In Developing Countries. 26 Agustus 2010, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d4_eeen.pdf. Diunduh 11 Desember 2011.

Model Law On Competition. Geneva, 2000. http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7f8_en.pdf, diunduh 3 November 2011.

United States. Department of Justice. Antitrust Division. *Cornerstones of an Effective Leniency Program.* Scott D. Hammond. 2004. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>. Diunduh 11 Desember 2011.

Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters. Scott D. Hammond. 19 November 2008. <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>. Diunduh 24 April 2012.

Dispelling The Myths Surrounding Information Sharing. Scott D. Hammond. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206610.htm>. Diunduh 21 April 2012.

When Calculating The Cost and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on An Individual's Freedom? Scott D. Hammond. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/7647.pdf>. Diunduh 21 April 2012.

Detecting and Deterring Cartel Activity Through An Effective Leniency Program. Scott D. Hammond. 21 November 2000. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9928.pdf>. Diunduh 21 April 2012.

Hoffman-La Roche and BASF Agree to Pay Record Criminal Fines for Participating in International Vitamin Kartel. News Release. 21 Mei 1999, <http://www.quackwatch.com/02ConsumerProtection/rochefine.html>. Diunduh 25 April 2012.

Antitrust Division Manual. Fourth Edition. Desember 2008. <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/index.html>. Diunduh 1 Mei 2012.

Corporate Leniency Policy. 10 Agustus 1993. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>. Diunduh 1 April 2012.

Leniency Policy For Individuals. 10 Agustus 1004. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.pdf>. Diunduh 1 April 2012.

- _____ *Model Corporate Conditional Leniency Letter*. 19 November 2008.
<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.pdf>. Diunduh 1 Maret 2012.
- _____ *Model Individual Conditional Leniency Letter*. 19 November 2008.
<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239526.pdf>. Diunduh 1 Maret 2012.
- United States. Federal Trade Commission. *An FTC Guide to the Antitrust Laws*.
<http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf>. Diunduh 23 Maret 2012.
- Japan. Fair Trade Commission. *Summary of Enforcement Status of the Antimonopoly Act in FY 2010*. http://www.jftc.go.jp/en/press_releases/uploads/110621Enforcement%20Status.pdf. Diunduh 25 April 2012.
- _____ *Cease and Desist Order and Surcharge Payment Order Against Air Freight Forwarder*. 18 Maret 2009. http://www.jftc.go.jp/en/press_releases/archives/individual-000056.html. Diunduh 25 April 2012.
- _____ *Cease and Desist Order and Surcharge Payment Orders Against Manufacturers of Cathode Ray Tubes for television*. 7 Oktober 2009.
<http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/uploads/2009-Oct-7.pdf>. Diunduh 25 April 2012.
- _____ *Cease and Desist Order and Surcharge Payment Orders Against Manufacturers of Optical Fiber Cable Products*. 21 Mei 2010.
<http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/archives/individual-000021.html>. Diunduh 25 April 2012.
- _____ *The Fair Trade Commission's Policy on Criminal Accusation and Compulsory Investigation of Criminal Cases Regarding Antimonopoly Violations (Criminal Accusation Policy)*. 7 Oktober 2005.
http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/policy_on_criminalaccusation.pdf. Diunduh 25 April 2012.
- _____ *Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of Surcharge*. http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/immunity.pdf. Diunduh 25 Februari 2012.
- _____ *Policy on Handling the Names and Details of Business Operators Subject to Immunity or Reductions under the Leniency Program*. 8 September 2006.
http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/uploads/2006-Sep-8_02.pdf. Diunduh 25 Februari 2012.

V. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Indonesia. Undang-Undang Hukum Acara Pidana , UU No. 8 Tahun 1981, LN RI No. 76 Tahun 1981, TLN No. 3209.

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

_____ *Undang-Undang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang*, UU No. 8 Tahun 2010, LN RI No. 122 Tahun 2010, TLN No. 5164.

_____ *Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, UU No. 12 Tahun 2011, LN RI No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234.

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

_____ *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Perkom No. 4 Tahun 2010.

_____ *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 (Penetapan Harga) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Perkom No. 4 Tahun 2011.

United States. *Sherman Act*. 15 U.S.C §§ 1.

_____ *Clayton Act*. 15 U.S.C § 1.

_____ *Alternative Fine Statute*. 18 U.S.C § 3571 (d).

_____ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004*. Public Law No. 108-273.

_____ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004 Extention Act*. Public Law No. 111-30

_____ *Authorization for Interception of Wire, Oral or Electronic Communications*. 18 U.S.C. § 2516.

_____ *Order of Restitution*. 18 U.S.C § 3663.

Universitas Indonesia

United States Sentencing Commission. *United States Sentencing Guidelines*. U.S.S.G § 8D.1.1.

Japan. *Antimonopoly Law*. Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade. Act No. 54 of 1947.

_____ *The Code of Criminal Procedure*. Act No. 131 of 1948.

_____ *Civil Code*. Act No. 89 of 1896.

_____ *Code of Civil Procedure*. Act No. 109 of June 26, 1996.

VI. Putusan Pengadilan/ Komisi Pengawas Persaingan Usaha

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Putusan No.03/KPPU-I/2010.PN.Jkt.Pst tentang Kartel Minyak Goreng, tanggal 23 Februari 2011.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha. Putusan KPPU No. 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS, tanggal 17 Juni 2008.

_____ Putusan KPPU No.24/KPPU-I/2009 tentang Kartel Minyak Goreng, tanggal 4 Mei 2010.

_____ Putusan KPPU No. 25/KPPU-I/2009 tentang Kartel Fuel Surcharge, tanggal 4 Mei 2010.

_____ Putusan KPPU No. 17/KPPU-I/2010 tentang Kartel Industri Farmasi Obat Kelas Terapi Amlodipine, tanggal 27 September 2010.