

PEMBUKTIAN PERKARA KARTEL DI INDONESIA DENGAN MENGGUNAKAN BUKTI TIDAK LANGSUNG (INDIRECT EVIDENCE)

Kajian Putusan KPPU Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Nomor 08/KPPU-I/2014 serta
Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012 dan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016

EVIDENTIARY PROCESS OF CARTEL CASES IN INDONESIA USING INDIRECT EVIDENCE

An Analysis of the Business Competition Supervisory Commission (KPPU)
Decision Number 17/KPPU-I/2010 and Number 08/KPPU-I/2014,
as well as Court Decision Number 294 K/PDT.SUS/2012
and Number 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016

Udin Silalahi & Isabella Cynthia Edgina
Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan
Jl. M.H. Thamrin Boulevard, Tangerang 1581

Naskah diterima: 24 Juli 2017; revisi: 13 Oktober 2017; disetujui 18 Desember 2017

<http://dx.doi.org/10.29123/jy.v10i3.216>

ABSTRAK

Dalam rangka membuktikan terjadinya pelanggaran Pasal 5 (kartel harga), Pasal 9 (kartel wilayah pemasaran), dan Pasal 11 (kartel produksi) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, masing-masing pasal mensyaratkan pemenuhan unsur perjanjian. Namun demikian karena kartel biasanya dilakukan secara diam-diam, maka KPPU membutuhkan bukti tidak langsung untuk membuktikan adanya perjanjian kartel di antara pelaku usaha. Rumusan masalah dalam penelitian ini adalah 1) bagaimana penetapan pasar bersangkutan oleh KPPU dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 dihubungkan dengan Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009; dan 2) bagaimana penggunaan bukti tidak langsung oleh KPPU dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 dihubungkan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Jenis penelitian yang

digunakan adalah penelitian hukum normatif dengan menggunakan pendekatan undang-undang, pendekatan kasus, dan pendekatan konseptual. Dari hasil penelitian yang dilakukan diperoleh kesimpulan bahwa KPPU tidak konsisten dalam menetapkan pasar bersangkutan dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014. Di samping itu dalam membuktikan dan memutuskan terjadinya pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, KPPU hanya menggunakan bukti tidak langsung. Dalam Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012, majelis hakim kasasi menolak penggunaan bukti tidak langsung. Sedangkan dalam Putusan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016, majelis hakim menerima penggunaan bukti tidak langsung. Namun demikian dalam pertimbangan hukumnya majelis hakim tidak dimuat dasar hukum tentang diterimanya bukti tidak langsung sebagai alat bukti dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Di samping itu tidak pula dimuat

pertimbangan hukum tentang prinsip pembuktian yang mensyaratkan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah dalam memutus pelanggaran atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Kata kunci: kartel, pasar bersangkutan, bukti tidak langsung.

ABSTRACT

In order to prove the violation of Article 5 (price cartel), Article 9 (allocation of territory cartel), and Article 11 (production cartel) of Law Number 5 of 1999, each article requires the fulfillment of agreement element. However since the cartels between the businesses actors are conducted in silent, therefore the Business Competition Supervisory Commission (KPPU) needs an indirect evidence to prove the existence of cartel agreement between them. The concerns of this analysis are 1) how the KPPU determines the relevant market based on the KPPU's Decision Number 17/KPPU-I/2010 and Decision Number 08/KPPU-I/2014 in relation to KPPU Regulation Number 3 of 2009, and 2) how the evidentiary process using indirect evidence by the

KPPU based on Decision Number 17/KPPU-I/2010 and Decision Number 08/KPPU-I/2014 in relation to Law Number 5 of 1999. The research method of this analysis is normative legal research by using legal approach, case study approach and conceptual approach. The end result shows that KPPU is inconsistent to determine the relevant market on the Decision Number 17/KPPU-I/2010 and the Decision Number 08/KPPU-I/2014. In addition, KPPU only uses indirect evidence to prove the violation of Law Number 5 of 1999. The Supreme Court through the Court Decision Number 294 K/PDT.SUS/2012 rejects the using of indirect evidence while through the Court Decision Number 221K/PDT.SUS-KPPU/2016 the Supreme Court accepts the indirect evidence. However, in the legal considerations the judges do not contain the legal basis on the receipt of indirect evidence as evidence in Law Number 5 of 1999. Besides, the consideration of the Supreme Court does not contain the principle of evidentiary process which requires at least two valid evidences to prove the violation of Law Number 5 of 1999.

Keywords: cartel, relevant market, indirect evidence.

I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pengaturan mengenai hukum persaingan usaha di Indonesia diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 dan mulai berlaku satu tahun kemudian. Dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 setiap pelaku usaha harus melaksanakan ketentuan-ketentuan mengenai bagaimana menjalankan kegiatan usahanya secara *fair* dan kondusif.

Secara umum materi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengandung enam bagian pengaturan yang terdiri dari perjanjian yang

dilarang, kegiatan yang dilarang, posisi dominan, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), penegakan hukum, dan ketentuan lain-lain. Berdasarkan pengaturan tersebut di atas, salah satu bentuk perjanjian yang dilarang dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah kartel.

Kartel pada dasarnya adalah perjanjian satu pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menghilangkan persaingan di antara keduanya. Secara klasik kartel dapat dilakukan melalui tiga hal yaitu harga, produksi, dan wilayah pemasaran (Nasution & Wiranti, 2008: 4). Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, larangan mengenai perjanjian penetapan harga diatur dalam Pasal 5, larangan mengenai perjanjian pembagian wilayah diatur dalam Pasal

9, dan larangan mengenai perjanjian pengaturan produksi dan/atau pemasaran diatur dalam Pasal 11. Tujuan utama para pelaku usaha melakukan perjanjian kartel adalah untuk meningkatkan keuntungan di antara anggota kartel dan hal ini akan merugikan konsumen, karena konsumen tidak punya pilihan lain di pasar yang bersangkutan terhadap produk tertentu, baik dari aspek harga maupun kualitasnya (Silalahi, 2013: 379).

Definisi pasar bersangkutan merupakan tahapan awal dari analisis persaingan usaha yang penerapannya dilakukan secara kasus per kasus. Melalui penetapan pasar bersangkutan dapat diperoleh informasi serta ukuran yang jelas mengenai pasar, pelaku usaha yang terlibat, serta dampak anti persaingan dari setiap dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Pendefinisian pasar bersangkutan merupakan bagian penting dari upaya pembuktian dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (Nugroho, 2012: 123).

Menurut Prof. Dr. Ine Minara S. Ruky betapa pentingnya pendefinisian pasar bersangkutan dilakukan dengan metode yang benar. Karena ketika itu salah dilakukan maka analisis selanjutnya menjadi tidak bermakna karena di dalam pasal-pasal tersebut jelas ditegaskan bahwa pelaku usaha dilarang bersepakat dengan pelaku usaha pesaingnya (Silalahi (Ed.), 2017: 45-46). Dalam Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009 tentang Pedoman Penerapan Pasal 1 angka 10 tentang Pasar Bersangkutan berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, terdapat tiga parameter utama sebagai alat pendekatan untuk menentukan pasar bersangkutan yaitu harga, karakter, dan kegunaan/fungsi produk.

Selain pasar bersangkutan, dalam rangka membuktikan terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, KPPU harus menganalisis dan membuktikan bahwa unsur-unsur dari masing-masing pasal telah terpenuhi. Dalam kasus dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, baik Pasal 5, Pasal 9, maupun Pasal 11, mensyaratkan pemenuhan unsur perjanjian untuk membuktikan bahwa telah terjadi pelanggaran atas ketentuan pasal-pasal tersebut. Namun demikian karena kartel biasanya dibentuk dan dilakukan secara rahasia maka pembuktian keberadaan perjanjian kartel menimbulkan permasalahan (Silalahi (Ed.), 2015: 11). Dalam hal ini KPPU sulit untuk menemukan adanya perjanjian tertulis maupun dokumen lain yang secara eksplisit berisi kesepakatan mengenai harga, wilayah pemasaran, maupun produksi atas barang dan/atau jasa di antara pelaku usaha. Oleh karena itu dalam perkembangannya untuk membuktikan terjadinya kartel dibutuhkan alat bukti yang disebut dengan bukti tidak langsung (*indirect evidence*).

Berbeda halnya dengan Amerika Serikat dan Uni Eropa yang telah menerima dan mempraktikkan pembuktian tidak langsung (Junaidi, 2008: 9), Undang-Undang Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia belum mengatur mengenai penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai alat bukti untuk membuktikan terjadinya kartel. Dalam hal ini ketika KPPU memutus dugaan pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 harus berdasarkan pada alat bukti sebagaimana diatur dalam Pasal 42 yaitu: 1) keterangan saksi; 2) keterangan ahli; 3) surat dan/atau dokumen; 4) petunjuk; dan 5) keterangan pelaku usaha.

Namun demikian pada praktiknya, walaupun belum diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, KPPU ketika membuktikan terjadinya kartel pada Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 tentang dugaan pelanggaran Pasal 5, Pasal 11, Pasal 16, dan Pasal 25 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam industri farmasi kelas *amlodipine* dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 tentang dugaan pelanggaran Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam industri otomotif terkait kartel ban kendaraan bermotor roda empat telah menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*).

Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010, terlapor yaitu PT PI dan PT DM diduga melakukan perjanjian penetapan harga dan pengaturan produksi dan/atau pemasaran obat merek Norvask dan Tensivask yang mengakibatkan harga obat menjadi tinggi (*excessive price*) sehingga merugikan konsumen. Sedangkan dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014, para terlapor yaitu perusahaan produsen ban diduga melakukan perjanjian penetapan harga dan pengaturan produksi dan/atau pemasaran ban kendaraan bermotor roda empat sehingga mengakibatkan terjadinya kenaikan harga barang yang merugikan konsumen.

Permasalahannya adalah pemahaman KPPU yang belum lengkap tentang penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) ditambah dengan belum adanya pengaturan mengenai penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengakibatkan Putusan KPPU Nomor 17/KPPU-I/2010 dibatalkan oleh Mahkamah Agung melalui Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012. Dalam putusan tersebut, majelis hakim kasasi menolak penggunaan bukti tidak langsung

(*indirect evidence*) untuk membuktikan dan memutuskan terjadinya kartel. Sebaliknya dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014, Mahkamah Agung melalui Putusan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016 menguatkan Putusan KPPU walaupun dalam membuktikan dan memutuskan terjadinya kartel, KPPU juga menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*). Dalam putusan tersebut, majelis hakim kasasi menerima penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai alat bukti untuk membuktikan dan memutuskan terjadinya kartel. Mahkamah Agung sebagai lembaga tertinggi peradilan di Indonesia tidak konsisten dalam penerimaan bukti tidak langsung sebagai alat bukti dalam pembuktian praktik kartel.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas maka rumusan masalah dalam penelitian ini adalah:

1. Bagaimana penetapan pasar bersangkutan oleh KPPU dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 dihubungkan dengan Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009?
2. Bagaimana penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) oleh KPPU dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 dihubungkan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999?

C. Tujuan dan Kegunaan

Tujuan daripada penelitian ini adalah:

1. Untuk menelusuri dan menganalisis penetapan pasar bersangkutan oleh KPPU

dalam perkara persaingan usaha; dan

2. Menelusuri dan menganalisis pembuktian perkara kartel di Indonesia dengan menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) khususnya menganalisis putusan KPPU dan Mahkamah Agung sehubungan dengan penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dihubungkan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat bagi pengembangan hukum persaingan usaha serta dapat menjadi bahan acuan bagi KPPU, pengadilan negeri, Mahkamah Agung, para praktisi hukum, pelaku usaha serta masyarakat tentang pembuktian perkara kartel di Indonesia dengan menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*).

D. Tinjauan Pustaka

1. Pasar Bersangkutan

Pasar bersangkutan sesuai dengan ketentuan Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan/atau jasa tersebut.

Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu dalam hukum persaingan usaha dikenal sebagai pasar geografis. Sedangkan barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan/atau jasa tersebut dikenal sebagai pasar produk. Oleh karena itu analisis mengenai pasar bersangkutan dilakukan melalui analisis pasar produk dan pasar geografis (Lubis et al., 2009: 209).

a. Pasar Produk

Analisis pasar produk pada intinya bertujuan untuk menentukan jenis barang dan/atau jasa yang sejenis atau tidak sejenis tapi merupakan substitusinya yang saling bersaing satu sama lain. Untuk melakukan analisis ini maka suatu produk harus ditinjau dari beberapa aspek yaitu: kegunaan, karakteristik, dan harga (Lubis et al., 2009: 209). Berdasarkan Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009, produk akan dikategorikan dalam pasar bersangkutan atau dapat digantikan satu sama lain apabila menurut konsumen terdapat kesamaan dalam hal fungsi atau peruntukan atau penggunaan, karakter spesifik, serta perbandingan tingkat harga produk tersebut dengan harga barang lainnya. Dalam hal ini preferensi atau selera konsumen merupakan faktor penentu dalam pendefinisian pasar produk. Preferensi tersebut paling tidak diwakili oleh indikator utama yaitu harga, karakter atau ciri dari produk yang bersangkutan dan kegunaan (fungsi).

b. Pasar Geografis

Analisis pasar geografis bertujuan untuk menjelaskan di area mana saja pasar produk yang telah didefinisikan saling bersaing satu sama lain (Lubis et al., 2009: 209). Berdasarkan Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009, pengertian jangkauan atau daerah pemasaran tertentu dalam Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengacu pada penetapan pasar bersangkutan berdasarkan aspek geografis atau daerah atau teritori yang merupakan lokasi pelaku usaha melakukan kegiatan usahanya dan/atau lokasi ketersediaan atau peredaran produk dan jasa dan/atau di mana beberapa daerah memiliki kondisi persaingan relatif seragam dan

berbeda dibanding kondisi persaingan dengan daerah lainnya.

Penetapan pasar bersangkutan berdasarkan aspek geografis sebagaimana dimaksud dalam Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009 sangat ditentukan oleh ketersediaan produk yang menjadi objek analisa. Beberapa faktor yang menentukan dalam ketersediaan produk tersebut adalah kebijakan perusahaan, biaya transportasi, lamanya perjalanan, tarif, dan peraturan-peraturan yang membatasi lalu lintas perdagangan antar kota/wilayah. Berbagai faktor tersebut akan menentukan luas dan cakupan wilayah dari produk yang dijadikan objek analisis.

2. Instrumen Pendekatan

Rule of reason dan *per se illegal* adalah dua bentuk pendekatan yang dipergunakan untuk menilai apakah suatu perjanjian atau kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha telah melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (Sirait et al., 2010: 172).

a. Pendekatan *Rule of Reason*

Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang menentukan meskipun suatu perbuatan telah memenuhi rumusan undang-undang namun jika ada alasan objektif yang dapat membenarkan perbuatan tersebut maka perbuatan itu bukan merupakan suatu pelanggaran. Artinya, penerapan hukumnya tergantung pada akibat yang ditimbulkannya, apakah perbuatan itu telah menimbulkan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat karena titik beratnya adalah unsur materiel dari perbuatannya (Nugroho, 2012: 711).

Ciri-ciri pembeda terhadap larangan yang bersifat *rule of reason*, pertama adalah bentuk

aturan yang menyebutkan adanya persyaratan tertentu yang harus terpenuhi sehingga memenuhi kualifikasi adanya potensi bagi terjadinya praktik monopoli dan/atau praktik persaingan usaha tidak sehat. Ciri kedua adalah apabila dalam aturan tersebut memuat anak kalimat “patut diduga atau dianggap” (Nugroho, 2012: 725).

b. Pendekatan *Per Se Illegal*

Pendekatan *per se illegal* artinya suatu perbuatan itu dengan sendirinya telah melanggar ketentuan yang diatur jika perbuatan itu telah memenuhi rumusan dari undang-undang tanpa alasan pembenaran dan tanpa perlu melihat akibat dari tindakan yang dilakukan. Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, teori *per se illegal* ini diterapkan pada pasal-pasal yang tidak mensyaratkan “yang mengakibatkan atau dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat” (Nugroho, 2012: 701). Dengan kata lain penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang” tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...” (Lubis et al., 2009: 55).

3. Kartel

a. Penetapan Harga

Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, larangan mengenai perjanjian penetapan harga diatur dalam Pasal 5 ayat (1) yaitu pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan/atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama. Berdasarkan Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga) Undang-

Undang Nomor 5 Tahun 1999, terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan sehubungan dengan ketentuan Pasal 5, yaitu sebagai berikut:

1. Perjanjian Penetapan Harga

Penetapan harga yang dilarang sesuai dengan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah penetapan harga yang berasal dari suatu perjanjian. Tanpa adanya perjanjian, maka kesamaan harga yang ditetapkan oleh suatu perusahaan dan perusahaan lain tidak dapat dikatakan melanggar Pasal 5.

2. Antar Pelaku Usaha dengan Pelaku Usaha Pesaingnya

Pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 hanya terjadi jika terdapat perjanjian penetapan harga antara pelaku-pelaku usaha yang berada di dalam pasar bersangkutan yang sama.

3. Harga yang Dibayar oleh Konsumen atau Pelanggan

Dalam Pasal 5 ayat (1) dinyatakan bahwa pelaku usaha dilarang melakukan perjanjian penetapan harga atas suatu barang dan/atau jasa. Penetapan harga yang dimaksud di sini tidak hanya penetapan harga akhir, melainkan juga perjanjian atas struktur atau skema harga. Karena di dalam ayat tersebut, penetapan harga tidak berarti penetapan harga yang sama. Misalkan ketika perusahaan-perusahaan yang berkolusi memiliki produksi dengan berbagai kelas

yang berbeda, maka kesepakatan harga dapat berupa kesepakatan atas margin (selisih antara harga dengan biaya produksi). Akibatnya harga yang ada di pasar berbeda-beda untuk perusahaan dengan kelas produksi yang berbeda, namun margin yang diperoleh perusahaan-perusahaan di pasar akan sama.

Apabila dilihat dari rumusannya maka pasal yang mengatur mengenai penetapan harga ini dirumuskan secara *per se illegal* sehingga penegak hukum dapat langsung menerapkan pasal ini kepada pelaku usaha yang melakukan perjanjian penetapan harga tanpa harus mencari alasan-alasan mereka melakukan perbuatan tersebut atau tidak diperlukan pembuktian perbuatan tersebut menimbulkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat (Lubis et al., 2009: 91-92). Selain itu, akibat dari penetapan harga tersebut langsung dirasakan oleh konsumen, karena harga di tingkat konsumen bukan lagi harga berdasarkan permintaan (*demand*) dan penawaran (*supply*) tetapi karena ditetapkan oleh para pelaku usaha yang seharusnya bersaing.

- b. Pembagian Wilayah

Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, larangan mengenai perjanjian pembagian wilayah diatur dalam Pasal 9 yaitu 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 praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Yang dimaksud dengan pembagian wilayah atau alokasi pasar di antaranya:

1. Membagi wilayah untuk memperoleh atau memasok barang dan/atau jasa;
2. Menetapkan dari siapa saja dapat memperoleh atau memasok barang dan/atau jasa (Nugroho, 2012: 161).

Ketentuan yang mengatur mengenai perjanjian pembagian wilayah dalam Pasal 9 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dirumuskan secara *rule of reason* sehingga perlu dibuktikan apakah perbuatan tersebut mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat atau apakah pelaku usaha mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima secara akal sehat (Lubis et al., 2009: 101).

c. Pengaturan Produksi dan/atau Pemasaran

Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, larangan mengenai perjanjian pengaturan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa diatur dalam Pasal 11 yaitu pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku pesaingnya yang bermaksud untuk memengaruhi harga dengan mengatur produksi dan/atau pemasaran suatu barang dan/atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Dalam Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010, pengaturan produksi diartikan sebagai menentukan jumlah produksi, baik bagi anggota kartel keseluruhan maupun bagi setiap anggota. Pengaturan ini bisa lebih kecil dan lebih besar dari kapasitas produksi perusahaan atau permintaan barang dan/atau jasa yang bersangkutan. Adapun pengertian mengatur pemasaran berarti mengatur jumlah barang dan/atau jasa yang akan dijual dan/atau wilayah mana para anggota menjual produksinya.

Dilihat dari rumusan pasalnya, ketentuan Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menggunakan pendekatan *rule of reason*. Perumusan kartel secara *rule of reason* oleh pembentuk Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dapat diartikan pelaku usaha dapat membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bermaksud untuk memengaruhi harga dengan mengatur produksi atau pemasaran barang atau jasa asalkan tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat (Lubis et al., 2009: 108).

4. Pembuktian

a. Sistem Pembuktian

Dalam ilmu pengetahuan hukum acara pidana dikenal tiga teori tentang sistem pembuktian yang meliputi: 1) sistem pembuktian menurut undang-undang secara positif (*positief wettelijke bewijs theorie*); 2) sistem pembuktian menurut keyakinan hakim; dan 3) sistem pembuktian menurut undang-undang secara negatif (*negatief wettelijk bewijs theorie*) (Salim & Nurbani, 2016: 228).

Ada suatu perbedaan yang tajam antara pembuktian dalam hukum acara pidana dan pembuktian dalam hukum acara perdata. Sistem pembuktian dalam acara pidana dikenal dengan sistem negatif di mana yang dicari oleh hakim adalah kebenaran yang materiel, sedangkan dalam hukum acara perdata berlaku sistem pembuktian positif di mana yang dicari oleh hakim adalah kebenaran formal. Yang dimaksud dengan sistem negatif adalah suatu sistem pembuktian di depan pengadilan agar suatu pidana dapat dijatuhkan oleh hakim haruslah memenuhi dua syarat mutlak yaitu alat bukti yang cukup dan keyakinan hakim (Fuady, 2006: 2).

Prinsip pembuktian tentang adanya pelanggaran dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sama dengan prinsip pembuktian dalam perkara pidana yang berlaku dalam KUHAP yaitu dengan berpedoman pada Pasal 183 KUHAP yang mengatur bahwa untuk menentukan kesalahan seorang harus didasarkan pada sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah dan diperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar telah terjadi (Nugroho, 2012: 603).

b. Alat Bukti

Dalam proses pemeriksaan, KPPU memerlukan bukti-bukti bahwa pelaku usaha yang bersangkutan melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan peraturan pelaksanaannya. Adapun alat-alat bukti yang digunakan oleh KPPU berbeda dengan alat-alat bukti yang digunakan hukum acara perdata tetapi mirip dengan alat-alat bukti yang tercantum dalam KUHAP. Dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 jo. Pasal 72 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, alat-alat bukti pemeriksaan KPPU terdiri dari:

1. Keterangan saksi;
2. Keterangan ahli;
3. Surat dan/atau dokumen;
4. Petunjuk; dan
5. Keterangan pelaku usaha (Nugroho, 2012: 601).

Adapun dalam Organisation for Economic Cooperation dan Development (OECD) Policy Brief June 2007, Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, alat bukti untuk membuktikan terjadinya perjanjian kartel adalah

sebagai berikut (OECD, 2007: 1-3):

1. Bukti langsung

Bukti langsung adalah bukti yang menunjukkan adanya pertemuan atau komunikasi antar pelaku usaha serta menggambarkan isi dari perjanjian antar pelaku usaha tersebut. Bentuk dari bukti tidak langsung yaitu: a) dokumen (baik dalam bentuk cetakan maupun elektronik) yang menunjukkan isi perjanjian serta para pihak dalam perjanjian tersebut; dan b) pernyataan lisan maupun tertulis oleh para pelaku usaha kartel yang menggambarkan pelaksanaan dari kartel tersebut.

2. Bukti tidak langsung

Bukti tidak langsung adalah bukti yang tidak secara langsung menggambarkan isi dari perjanjian atau para pihak dalam perjanjian tersebut. Bukti tidak langsung terdiri dari bukti komunikasi antar para pelaku usaha yang dicurigai melakukan kartel dan bukti ekonomi tentang pasar serta perilaku dari para pelaku usaha kartel yang terlibat di dalamnya yang mengusulkan tindakan bersama tersebut. Bukti tidak langsung adalah merupakan alat untuk mendeteksi bahwa ada indikasi praktik kartel yang dilakukan oleh para pelaku usaha, yaitu berupa perjanjian antara pelaku usaha yang menetapkan harga jual barang atau jasa tertentu kepada konsumen.

Terdapat beberapa bentuk dari bukti tidak langsung. Bentuk pertama yaitu bukti bahwa pelaku usaha kartel bertemu atau berkomunikasi, namun tidak menggambarkan isi dari komunikasi

mereka. Bukti ini disebut sebagai bukti komunikasi. Bukti komunikasi terdiri dari:

- a. Rekaman pembicaraan telepon (namun tidak menggambarkan isi pembicaraan) antar pelaku usaha pesaing, atau catatan perjalanan ke tempat tujuan yang sama atau keikutsertaan dalam pertemuan tertentu seperti konferensi dagang;
- b. Bukti lain di mana para pelaku usaha berkomunikasi antara lain, berita acara atau catatan pertemuan yang menunjukkan pembahasan tentang harga, permintaan, atau penggunaan kapasitas; dokumen internal perusahaan yang menunjukkan pengetahuan atau pemahaman tentang strategi penetapan harga oleh pelaku usaha pesaing seperti pengetahuan tentang peningkatan harga oleh pelaku usaha pesaing di kemudian hari.

Bentuk kedua dari bukti tidak langsung disebut dengan bukti ekonomi. Bukti ekonomi terdiri dari dua bentuk, yaitu *structural evidence* (bukti struktural) dan *conduct evidence* (bukti perilaku). Bukti ekonomi struktural adalah seperti konsentrasi pasar yang tinggi, rendahnya konsentrasi pasar sebaliknya, tingginya hambatan masuk pasar, homogenitas produk menunjukkan apakah struktur pasar memungkinkan untuk pembentukan suatu kartel (Silalahi, 2013: 382). Sedangkan bukti perilaku adalah seperti peningkatan harga yang paralel, dan pola penawaran yang mencurigakan yang menunjukkan apakah pesaing di pasar berperilaku tidak bersaing (Silalahi, 2013: 383).

II. METODE

Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif. Jenis penelitian hukum normatif adalah penelitian yang ditujukan untuk mengkaji kualitas norma itu sendiri dengan sasaran bahan penelitian pada data sekunder terutama bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier yang kemudian dianalisis secara kualitatif dalam arti rumusan pembenaran melalui kualitas norma hukum itu sendiri, pendapat-pendapat ahli atau doktrin dan pendukung informasi hukum (Mezak, 2006: 86-87).

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat otoritatif, artinya mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim (Marzuki, 2014: 181). Bahan hukum sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan (Marzuki, 2014: 181).

Penelitian hukum ini menggunakan tiga pendekatan yaitu pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Bahan-bahan penelitian yang diperoleh akan dianalisis secara kualitatif. Dalam penelitian hukum dengan menggunakan analisis kualitatif yang menjadi objek dari penelitian adalah norma hukum itu sendiri dengan dasar pembenaran peraturan perundang-undangan, pendapat para ahli hukum, doktrin maupun teori yang terkait.

III. HASIL DAN PEMBAHASAN

KPPU telah memutuskan beberapa perkara sehubungan dengan pelanggaran Pasal 5 dan Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 di antaranya Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dalam industri farmasi kelas *amlodipine* dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 dalam industri otomotif terkait kartel ban kendaraan bermotor roda empat.

Pertama, dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010, pihak terlapor dalam perkara ini adalah PT PI, PT DM, PInc, POLLC, PGT, dan PCP. Hak paten atas zat aktif *amlodipine besylate* di Indonesia diberikan kepada PInc dengan Nomor Paten ID 0 000 321 pada tanggal 10 November 1995 dan berlaku 20 tahun sejak diajukan pada tanggal 3 April 1987 dan berakhir pada tanggal 2 April 2007. PInc sebagai pemegang hak paten memberikan hak kepada PT PI untuk menggunakan, mengimpor, memproduksi, memasarkan, menjual, dan mendistribusikan paten dan merek dagang yang dimiliki oleh PInc di Indonesia. Dengan demikian produksi obat anti hipertensi dengan zat aktif *amlodipine besylate* merek Norvask di Indonesia dilaksanakan oleh PT PI.

Selain PT PI, PT DM juga merupakan perusahaan farmasi yang memproduksi obat anti hipertensi dengan zat aktif *amlodipine besylate* di Indonesia dengan merek Tensivask. Namun demikian dalam menggunakan bahan baku zat aktif *amlodipine besylate* untuk memproduksi Tensivask, PT DM belum memperoleh izin terlebih dahulu dari PInc sehingga menimbulkan sengketa paten di antara mereka. Oleh karena itu, untuk menyelesaikan pelanggaran atas paten tersebut PT DM mengadakan perjanjian pemasokan bahan baku zat aktif *amlodipine besylate* dengan

POLLC (*supply agreement*). Dalam pelaksanaan *supply agreement* tersebut, PGT bertindak sebagai pihak yang menerima *planning order* dari PT DM, memberikan persetujuan *supply*, mengirimkan zat aktif *amlodipine besylate*, menerbitkan *invoice packing list*, dan memberikan *certificate of analysis* kepada PT DM. Dengan adanya perjanjian pemasokan bahan baku antara PT DM dengan POLLC, maka PGT bertindak sebagai pemasok bahan baku zat aktif *amlodipine besylate* kepada PT PI dan PT DM.

Selain pemasok bahan baku yang sama, baik PT PI maupun PT DM menunjuk PT AAM selaku distributor utama untuk produk Norvask dan Tensivask. Dalam hal ini PT DM merupakan pemegang saham utama dalam PT AAM dengan presentase kepemilikan saham sebesar 98,13%. Distribusi yang dilakukan oleh PT AAM atas obat Norvask milik PT PI didasarkan pada perjanjian distribusi pada tanggal 22 November 1996 (*pfizer distribution agreement*).

Supply agreement yaitu perjanjian pemasokan bahan baku antara POLLC dan PT DM serta *pfizer distribution agreement* yaitu perjanjian distribusi obat antara PT PI dan PT AAM dinilai memuat ketentuan yang mengarah kepada kartel. Oleh karena itu, dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010, KPPU memutuskan PT PI, PInc, POLLC, PGT, dan PCP terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5, Pasal 11, Pasal 16, dan Pasal 25 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Di samping itu, KPPU juga memutuskan PT DM terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5, Pasal 11, dan Pasal 16 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Kedua, dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014, para terlapor yaitu PT BTI,

PT SRI, PT GT, PT GI, PT EPTI, dan PT IKD diduga melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yaitu terkait dengan penetapan harga dan pengaturan produksi dan/atau pemasaran ban kendaraan bermotor roda empat kelas *passenger car* (penumpang) untuk ban ring 13, ring 14, ring 15, dan ring 16 periode tahun 2009 sampai dengan tahun 2012 di wilayah Indonesia yang diproduksi dan dipasarkan oleh perusahaan ban yang tergabung dalam Asosiasi Perusahaan Ban Indonesia (APBI).

Dugaan atas pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut diperoleh dari Risalah Rapat Presidium APBI yang dinilai merupakan bentuk perjanjian penetapan harga dan merupakan rangkaian kesepakatan untuk mengatur produksi dan/atau pemasaran yang dilakukan oleh perusahaan yang tergabung dalam APBI. Dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014, KPPU memutuskan masing-masing terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Definisi pasar bersangkutan merupakan tahap awal dari analisis persaingan usaha yang penerapannya dilakukan secara kasus per kasus. Melalui penetapan pasar bersangkutan dapat diperoleh informasi serta ukuran yang jelas mengenai pasar, pelaku usaha yang terlibat, serta dampak anti persaingan dari setiap dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Pendefinisian pasar bersangkutan merupakan bagian penting dari upaya pembuktian dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Dalam beberapa pasal yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, terdapat pasar bersangkutan yang merupakan unsur dari Pasal 1 angka 10, sehingga pendefinisian diperlukan sebagai bagian dari

proses pemenuhan unsur. Tetapi dalam pasal lainnya, pasar bersangkutan bukanlah unsur dari pasal melainkan demikian pendefinisian sangat membantu dalam upaya memahami produk dan pasar serta dinamikanya yang akan memudahkan upaya pembuktian dalam proses penegakan hukumnya (Nugroho, 2012: 123).

Dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010, menurut KPPU pasar produk dalam perkara ini adalah obat anti hipertensi dengan zat aktif *amlodipine besylate* merek Norvask dan Tensivask. Hal ini didasarkan pertimbangan bahwa berkaitan dengan karakteristik terdapat sekurang-kurangnya 5-7 kelas terapi yang dapat digunakan untuk pengobatan hipertensi. Dalam masing-masing kelas terapi, terdapat lebih dari satu jenis obat yang dapat digunakan untuk pengobatan hipertensi. Masing-masing obat dalam kelas terapi tersebut memiliki zat aktif yang berbeda satu sama lain. Dengan demikian masing-masing kelas terapi berikut jenis obat yang terkandung di dalamnya memiliki cara kerja, fungsi, dan kandungan kimia yang berbeda. Selain karakter yang berbeda, masing-masing obat tersebut juga memiliki fungsi yang berbeda terkait kandungan zat aktif, titik tangkap, reseptor, serta cara kerja. Dengan demikian KPPU menggolongkan pasar produk dalam perkara ini berdasarkan zat aktif yang terkandung di dalam obat anti hipertensi.

Menurut terlapor, pasar produk dalam perkara ini adalah obat anti hipertensi golongan *Calcium Channel Blocker* (CCB) atau *Calcium Antagonist*. Hal ini didasarkan pertimbangan bahwa obat anti hipertensi dengan kandungan *amlodipine besylate* termasuk dalam kelas terapi CCB. Selain obat anti hipertensi dengan kandungan *amlodipine besylate* merek Norvask dan Tensivask, dalam kelas terapi CCB, terdapat sekitar 85 jenis atau merek yang dapat dipilih

antara lain Pehavask (oleh perusahaan PHP), Sandovask (oleh perusahaan SDZ), Theravask (oleh perusahaan DV), dan lain-lain. Dengan demikian masing-masing kelas terapi memiliki karakteristik yang berbeda sedangkan semua obat yang berada dalam kelas terapi CCB memiliki fungsi atau kegunaan dan karakteristik cara kerja yang sama sehingga saling mensubstitusi satu sama lain.

Berkaitan dengan fungsi/kegunaan, semua obat yang berada dalam golongan CCB (baik obat bermerek maupun generik) mempunyai fungsi/kegunaan yang sama yaitu untuk menurunkan tekanan darah atau hipertensi. Sedangkan berkaitan dengan karakteristik cara kerja, semua obat yang berada dalam golongan CCB mempunyai mekanisme atau cara kerja yang sama yaitu menghambat atau memblokir *receptor calcium* yang ada di dalam sistem *cardiovascular*. Dengan demikian penentuan pasar produk dalam perkara ini seharusnya didasarkan pada kelas terapi bukan berdasarkan zat aktif yang terkandung di dalamnya.

Lebih lanjut dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014, pasar produk menurut KPPU adalah ban *passenger car radial replacement* ring 13, ring 14, ring 15, dan ring 16 yang merupakan substitusi satu sama lain. Sedangkan menurut terlapor, ban ring 13, ring 14, ring 15, dan ring 16 memiliki fungsi atau kegunaan, karakter spesifik dan perbandingan tingkat harga yang berbeda sehingga tidak dapat mensubstitusi satu sama lain. Apabila dilihat dari fungsi atau kegunaannya, setiap ukuran ban hanya dapat digunakan pada ring yang sesuai dengan ukuran ban tersebut.

Konsumen tidak dapat menggunakan ban untuk ring 13 pada ring 14, ring 15 dan ring 16 serta sebaliknya. Jika konsumen hendak menggunakan

ban untuk ring 14, maka konsumen harus mengganti pelek (*velg*) dengan ukuran ring 14. Di samping itu, kenaikan harga pada satu ukuran ban ring tertentu tidak mengakibatkan konsumen berpindah ke ban dengan ukuran ring lain. Apabila ban untuk ring 13 mengalami kenaikan harga, hal ini tidak mengakibatkan konsumen berpindah menggunakan ban ring 14, ring 15, dan ring 16 sebagai substitusi. Hal ini karena konsumen akan mencari ban dengan ukuran yang sama dengan ring ban yang dimiliki. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa ban *passenger car radial replacement* ring 13, ring 14, ring 15, dan ring 16 tidak berada dalam pasar produk yang sama.

Selain itu dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 ini, KPPU juga tidak memisahkan pasar produk ban mobil penumpang antara pasar penggantian dan pasar *original equipment*, karena industri ban nasional terdiri dari dua pasar, yaitu pasar penggantian (*replacement*) dan pasar *original equipment* (OE) – produk awal bawaan kendaraan bermotor. Biasanya pasokan ban dipasok oleh pabrikan ban yang telah memiliki kerja sama dengan pabrikan kendaraan bermotor (ATPM) (Silalahi (Ed.), 2017: 36).

Berdasarkan analisis pasar produk yang dilakukan dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014, terlihat bahwa KPPU salah dalam menentukan pasar produk dalam perkara-perkara tersebut karena adanya kesalahan dalam menentukan substitusi dari produk-produk yang dimaksud dalam masing-masing perkara. Dalam Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009 telah secara tegas diatur bahwa definisi pasar bersangkutan dilakukan melalui analisis preferensi konsumen dengan menggunakan tiga parameter utama sebagai alat pendekatan yaitu harga, karakter, dan kegunaan/fungsi produk. Penggunaan tiga parameter

tersebut dapat memberikan informasi yang valid dan komprehensif mengenai sifat substitusi suatu produk dengan produk lain.

KPPU dalam menentukan pasar produk dalam suatu perkara seharusnya mengacu pada parameter-parameter yang telah ditetapkan dalam Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009. Dalam hal ini konsumen memegang peranan penting dalam pendefinisian pasar bersangkutan sehingga KPPU seharusnya melakukan survei di tingkat konsumen untuk mengetahui apakah menurut konsumen suatu produk saling bersubstitusi satu sama lain. Hal ini yang belum dilakukan oleh KPPU dalam menentukan pasar produk dalam perkara-perkara tersebut. Di samping pasar bersangkutan, dalam rangka membuktikan terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, KPPU harus menganalisis dan membuktikan bahwa unsur-unsur dari masing-masing pasal telah terpenuhi.

Unsur-unsur Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagaimana diuraikan dalam Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2011 yaitu terdiri dari unsur: 1) pelaku usaha; 2) perjanjian; 3) pelaku usaha pesaing; 4) harga; 5) barang; 6) jasa; 7) konsumen; dan 8) pasar bersangkutan.

Perjanjian sesuai dengan Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 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. Sedangkan yang dimaksud dengan pelaku usaha pesaing adalah pelaku usaha lain dalam pasar bersangkutan yang sama. Dengan demikian perjanjian yang dilarang dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah perjanjian antara pelaku usaha dengan

pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga dalam pasar bersangkutan yang sama.

Unsur-unsur Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagaimana diuraikan dalam Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 yaitu terdiri dari unsur: 1) pelaku usaha; 2) perjanjian; 3) pelaku usaha pesaingnya; 4) bermaksud memengaruhi harga; 5) untuk mengatur produksi dan/atau pemasaran; 6) barang; 7) jasa; 8) dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli; dan 9) dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Pengertian perjanjian dan pelaku usaha pesaing dalam Pasal 11 sama dengan pengertian perjanjian dan pelaku usaha pesaing dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Dengan demikian perjanjian yang dilarang dalam Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah perjanjian antar pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya dalam pasar bersangkutan yang sama yang bermaksud untuk memengaruhi harga dengan mengatur produksi dan/atau pemasaran suatu barang dan/atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Pendekatan yang digunakan dalam Pasal 11 berbeda dengan pendekatan yang digunakan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Pasal 5 ayat (1) menggunakan pendekatan *per se illegal*, sedangkan Pasal 11 menggunakan pendekatan *rule of reason*. Dengan demikian dalam membuktikan terjadinya pelanggaran Pasal 11, KPPU harus dapat membuktikan bahwa perjanjian kartel yang dilakukan oleh pelaku usaha mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat sehingga perjanjian kartel tersebut secara nyata merugikan masyarakat.

Sehubungan dengan pemenuhan unsur-unsur Pasal 5 ayat (1) sebagaimana diuraikan di atas, baik dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 maupun dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014, KPPU tidak menemukan adanya perjanjian penetapan harga antar pelaku usaha pesaing dalam pasar bersangkutan yang sama yang memuat ketentuan mengenai harga jual atau margin (selisih antara harga dan biaya produksi) baik untuk obat Norvask dan Tensivask maupun untuk ban ring 13, ring 14, ring 15, dan ring 16. Di samping itu sehubungan dengan pemenuhan unsur Pasal 11 dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan No 08/KPPU-I/2014, KPPU juga tidak menemukan adanya perjanjian pengaturan produksi dan/atau pemasaran antar pelaku usaha pesaing dalam pasar bersangkutan yang sama yang memuat ketentuan mengenai jumlah obat Norvask dan Tensivask maupun jumlah ban yang dapat diproduksi oleh masing-masing perusahaan ataupun di wilayah mana saja masing-masing perusahaan dapat memasarkan hasil produksinya. Dengan demikian karena KPPU tidak menemukan adanya perjanjian penetapan harga maupun perjanjian pengaturan produksi dan/atau pemasaran dalam dua perkara tersebut, maka KPPU menduga telah terjadi perjanjian antar pelaku usaha pesaing melalui bukti tidak langsung sebagai berikut:

1. Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010

- a. Bukti komunikasi yang tidak secara langsung menunjukkan adanya perjanjian penetapan harga dan perjanjian pengaturan produksi dan/atau pemasaran antar pelaku usaha, namun menjadi indikasi awal adanya kesepakatan mengenai penetapan harga dan pengaturan produksi dan/atau pemasaran antar pelaku usaha pesaing yaitu:

1. Isi perjanjian dalam *supply agreement* yang diduga merupakan pengaturan komunikasi antar pesaing yakni kewajiban PT DM untuk menembuskan dan/atau memberi *copy* semua bentuk pelaksanaan *supply agreement* antara PT DM dan POLLC kepada PT PI;
2. Isi perjanjian dalam *pfizer distribution agreement* yang diduga merupakan pengaturan pemberian informasi terhadap pesaing yaitu kewajiban distributor untuk memberikan informasi material kepada PT PI; dan
3. Isi perjanjian dalam *supply agreement* yang diduga mengarah kepada bentuk pengaturan produksi berupa penyampaian rencana (*forecast*) pembelian bahan baku serta prosedur pemesanan bahan baku oleh PT DM, kewenangan inspeksi kelompok usaha Pfizer, pencantuman kalimat “dibuat dengan zat aktif dari Pfizer” dalam setiap kemasan Tensivask, serta adanya opsi bagi kelompok usaha Pfizer untuk menghentikan perjanjian secara sepihak apabila dijumpai produk Tensivask yang beredar di pasar melebihi dari kuantitas yang dapat diproduksi dengan bahan baku yang dibeli dari kelompok usaha Pfizer.

- b. Bukti ekonomi berupa tren kenaikan harga yang sama antara produk Norvask dan Tensivask yang diproduksi oleh PT PI dan PT DM.

adakah hubungan dalam penentuan harga antar perusahaan secara keseluruhan.

2. Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014

- a. Bukti komunikasi berupa:

1. Risalah Rapat Presidium APBI yang memuat pernyataan "*Anggota APBI jangan melakukan banting membanting harga*" yang dinilai merupakan bentuk perjanjian penetapan harga; dan
2. Risalah Rapat Presidium APBI yang memuat pernyataan "*kepada seluruh anggota APBI diminta untuk dapat menahan diri dan terus mengontrol distribusinya masing-masing sesuai dengan perkembangan permintaannya*" yang dinilai merupakan rangkaian kesepakatan untuk mengatur produksi dan/atau pemasaran.

- b. Bukti ekonomi menggunakan metode deteksi kartel Harrington. Metode deteksi kartel Harrington merupakan metode analisis hubungan *error* atau *residual* regresi antar perusahaan dari hasil estimasi data panel untuk mendeteksi kartel. Untuk menentukan apakah penentuan harga antar produsen ban dilakukan secara independen dan tidak dipengaruhi oleh perusahaan lain maka dilakukan pengujian *contemporaneous correlation* yaitu untuk melihat

Penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) untuk membuktikan terjadinya kartel telah dikenal dan digunakan di negara-negara lain. Namun demikian karena hukum persaingan usaha di Indonesia khususnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 belum mengatur mengenai penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*), hal ini menyebabkan putusan KPPU dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dibatalkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Mahkamah Agung. Dalam perkara ini, bukti tidak langsung (*indirect evidence*) tidak diterima sebagai alat bukti untuk membuktikan terjadinya kartel. Majelis hakim melalui Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012 berpendapat bahwa bukti tidak langsung (*indirect evidence*) tidak sama dengan alat bukti dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan tidak dikenal dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Bukti tidak langsung (*indirect evidence*) tidak sama dengan bukti petunjuk sebagaimana diatur dalam Pasal 188 ayat (2) KUHAP mengingat perkara persaingan usaha menganut prinsip-prinsip hukum pidana.

Dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, alat bukti pemeriksaan KPPU terdiri dari keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan/atau dokumen, petunjuk, dan keterangan pelaku usaha. Dalam hal ini bukti tidak langsung (*indirect evidence*) berupa bukti komunikasi dan bukti ekonomi tidak diatur dalam Pasal 42. Di samping itu, pada bagian Penjelasan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 juga tidak dijelaskan apa yang dimaksud dengan bukti petunjuk. Namun demikian karena alat bukti yang digunakan oleh KPPU mirip dengan alat-alat bukti yang tercantum

dalam KUHAP (Nugroho, 2012: 601), maka pengertian alat bukti petunjuk berdasarkan Pasal 188 ayat (1) KUHAP adalah 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. Lebih lanjut, berdasarkan Pasal 188 ayat (2) KUHAP, petunjuk hanya dapat diperoleh dari keterangan saksi, surat, dan keterangan terdakwa.

Apabila merujuk pada pengertian petunjuk dalam Pasal 188 ayat (2) KUHAP maka bukti tidak langsung (*indirect evidence*) berupa bukti komunikasi dan bukti ekonomi tidak termasuk dalam pengertian petunjuk dalam KUHAP. Menurut Hansen, penggunaan alat bukti petunjuk dalam perkara monopoli dan persaingan usaha tidak dapat disamaratakan, melainkan ditentukan kasus per kasus. Dalam hal ini petunjuk dapat dijadikan sebagai alat bukti asalkan petunjuk itu mempunyai kesesuaian dengan petunjuk lainnya atau sesuai dengan perbuatan atau perjanjian yang diduga melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (Lubis et al., 2009: 329).

Bukti tidak langsung (*indirect evidence*) adalah suatu bentuk bukti yang tidak secara langsung menyatakan adanya kesepakatan namun dapat digunakan sebagai pembuktian awal terhadap kondisi atau keadaan yang dapat dijadikan sebagai dugaan adanya perjanjian lisan atau praktik kartel (Silalahi (Ed.), 2015: 6). Bukti-bukti dalam *indirect evidence* yang menunjukkan kesesuaian dengan alat bukti lain membentuk suatu petunjuk atas adanya suatu perjanjian tidak tertulis (Silalahi (Ed.), 2015: 7).

Dengan demikian, syarat penggunaan *indirect evidence* adalah terdapat kesesuaian antara

bukti-bukti yang disebut sehingga kesesuaian antara bukti-bukti tersebut membentuk hanya satu alat bukti yaitu menjadi bukti petunjuk. Dalam hal ini seluruh faktor yang ditemukan wajib diaplikasikan melalui metodologi yang teruji baik secara ilmiah dan konsisten sehingga kesimpulannya dapat dipertanggungjawabkan (Udin Silalahi (Editor), 2017: 98). Oleh karena itu KPPU dalam memutuskan terjadinya pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 dapat menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai pembuktian awal terhadap dugaan adanya perjanjian kartel antar pelaku usaha namun dalam memutuskan terjadinya pelanggaran tersebut KPPU tetap harus memperhatikan dan menggunakan alat bukti sebagaimana diatur dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012 tersebut di atas berbeda dengan Putusan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016. Dalam Putusan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016, majelis hakim menerima penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014. Pertimbangan majelis hakim dalam putusan tersebut yaitu bahwa dalam praktik di dunia bisnis kesepakatan mengenai harga, produksi, wilayah (kartel) maupun kesepakatan anti persaingan sehat lainnya sering dilakukan secara tidak terang (*tacit*) sehingga dalam hukum persaingan usaha bukti-bukti yang bersifat tidak langsung (*indirect/circumstantial evidence*), diterima sebagai bukti yang sah sepanjang bukti-bukti tersebut adalah bukti yang cukup dan logis, serta tidak ada bukti lain yang lebih kuat yang dapat melemahkan bukti-bukti yang bersifat tidak langsung tersebut.

Pertimbangan hukum di atas relevan dengan praktik yang terjadi saat ini. Dewasa ini pelaku

usaha yang melakukan kesepakatan mengenai harga, produksi, dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa tidak membuat perjanjian antar pelaku usaha tersebut. Kesepakatan mengenai harga, produksi, dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa dilakukan secara diam-diam sehingga sulit untuk diketahui dan dibuktikan oleh KPPU. Oleh karena itu dibutuhkan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai indikasi awal terjadinya kartel.

Penerimaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam Putusan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016 di atas dapat menjadi terobosan hukum bagi KPPU, hakim di pengadilan negeri maupun hakim lain di Mahkamah Agung bahwa bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dapat diterima sebagai alat bukti dalam pembuktian kasus kartel. Namun demikian disayangkan pertimbangan majelis hakim pada Putusan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016 tidak memuat dasar hukum diterimanya bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai alat bukti untuk membuktikan perkara kartel. Dalam hal ini majelis hakim tidak mengkaitkan antara bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dengan alat bukti yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sehingga bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dapat diterima sebagai alat bukti.

Majelis hakim juga tidak mempertimbangkan bahwa KPPU dalam membuktikan terjadinya pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 hanya menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) tanpa didukung dengan alat bukti sebagaimana diatur dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Dalam pembuktian perkara kartel bukti tidak langsung (*indirect evidence*) tidak dapat dipergunakan sebagai satu-satunya alat bukti (Silalahi (Ed.), 2015: 6). Untuk menilai terjadinya pelanggaran

terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, KPPU harus menggunakan alat-alat bukti sebagaimana diatur dalam Pasal 42 yaitu terdiri dari keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan/atau dokumen, petunjuk, dan keterangan terlapor. Apabila bukti tidak langsung (*indirect evidence*) digunakan maka kedudukannya adalah sebagai bukti pendukung atau penguat dari bukti di atas. Dalam hal terdapat kesesuaian antara bukti-bukti yang disebut maka kesesuaian antara bukti-bukti tersebut membentuk hanya satu alat bukti yaitu menjadi bukti petunjuk (Silalahi (Ed.), 2017: 98).

Pembuktian dengan menggunakan bukti langsung sebagaimana diatur dalam Pasal 42 harus dilakukan terutama dalam membuktikan terjadinya pelanggaran Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Hal ini dikarenakan ketentuan dalam Pasal 5 ayat (1) menggunakan pendekatan *per se illegal* di mana pelaku usaha dapat langsung dinyatakan bersalah melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 apabila ditemukan adanya perjanjian penetapan harga tanpa perlu dibuktikan apakah akibat dari perbuatan tersebut menyebabkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu bukti langsung diperlukan dalam pembuktian pelanggaran Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 baik dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 maupun Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014.

Perlu diperhatikan pula bahwa prinsip pembuktian tentang adanya pelanggaran dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mensyaratkan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah dan diperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 benar-benar telah terjadi. Dengan adanya persyaratan paling sedikit dua alat bukti yang sah tersebut, maka

KPPU tidak dapat memutuskan suatu perkara kartel hanya pada bukti tidak langsung (*indirect evidence*) saja. Penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam membuktikan perkara kartel harus dilakukan sesuai dengan prinsip dalam hukum pembuktian. Dalam hal ini KPPU harus menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) bersama-sama dengan alat bukti langsung yang lain dalam Pasal 42 untuk membuktikan terjadinya pelanggaran Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Hal ini dikarenakan bukti tidak langsung hanya sebagai alat bukti pendukung (*plusfactors*).

Dapat dipahami bahwa KPPU mengalami kesulitan untuk menemukan bukti langsung dalam membuktikan perkara kartel. Oleh karena itu seperti di Amerika Serikat, Uni Eropa, Jepang, dan lain-lain mengatur *leniency program* menjadi insentif untuk membongkar praktik kartel bagi peserta kartel. Konsep *leniency program* adalah keistimewaan bagi pelaku usaha yang terindikasi melakukan kartel. Syaratnya pelaku usaha tersebut bersedia membuka data dan informasi kepada KPPU mengenai kartel yang dilakukan. Konsep ini mirip “*whistleblower*” dalam hukum pidana. Pelaku kartel yang mengaku dan memberikan informasi kepada KPPU bisa mendapatkan insentif atau keringanan hukuman (Tarnes, 2011).

IV. KESIMPULAN

1. Terdapat inkonsistensi antara penetapan pasar bersangkutan oleh KPPU dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 dan Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 dengan pengaturan mengenai pasar bersangkutan dalam Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2009. KPPU dalam menentukan pasar produk seharusnya mengacu pada Peraturan

KPPU Nomor 3 Tahun 2009 yang telah secara tegas mengatur bahwa definisi pasar bersangkutan harus dilakukan melalui analisis preferensi konsumen dengan menggunakan tiga parameter utama yaitu harga, karakter, dan kegunaan/fungsi produk.

2. KPPU dalam membuktikan dan memutuskan terjadinya pelanggaran terhadap Pasal 5 dan Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 hanya menggunakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai alat bukti. Dalam Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012, majelis hakim tidak menerima bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam Putusan Nomor 17/KPPU-I/2010 sebagai alat bukti dengan pertimbangan bahwa bukti tidak langsung (*indirect evidence*) tidak sama dengan alat bukti dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Sedangkan dalam Putusan Nomor 221 K/PDT.SUS-KPPU/2016, majelis hakim menerima bukti tidak langsung dalam Putusan Nomor 08/KPPU-I/2014 sebagai alat bukti dengan pertimbangan bahwa kesepakatan kartel antar pelaku usaha sering dilakukan secara diam-diam sehingga dalam hukum persaingan usaha dibutuhkan bukti tidak langsung (*indirect evidence*). Akan tetapi majelis hakim kasasi tidak memberikan dasar pertimbangannya mengapa bukti tidak langsung (*indirect evidence*) diterima sebagai alat bukti.

Pertimbangan hukum majelis hakim yang menerima bukti tidak langsung (*indirect evidence*) sebagai alat bukti dalam hukum persaingan usaha dapat menjadi terobosan hukum dalam penegakan hukum persaingan usaha di

Indonesia, baik bagi KPPU, pengadilan negeri maupun di tingkat Mahkamah Agung. Apabila bukti tidak langsung (*indirect evidence*) ingin diterima sebagai alat bukti dalam membuktikan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) harus diatur dalam rancangan amandemen Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang sedang dibahas di DPR saat ini yaitu bagaimana kedudukannya dalam pembuktian perkara kartel khususnya dalam penegakan Pasal 5 ayat (1) yang membutuhkan bukti langsung.

DAFTAR ACUAN

- Fuady, M. (2006). *Teori hukum pembuktian (Pidana & perdata)*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Junaidi, A. (2008). Pembuktian cartel dalam UU No. 5/1999. *Majalah Kompetisi*, 11.
- Lubis, A.F. et al. (2009). *Hukum persaingan usaha antara teks & konteks*. Jakarta: Komisi Pengawas Persaingan Usaha.
- Marzuki, P.M. (2014). *Penelitian hukum (Edisi revisi)*. Jakarta: Kencana Prenadamedia Group.
- Mezak, M.H. (2006, Maret). Jenis, metode & pendekatan dalam penelitian hukum. *Law Review*, V(3).
- Nasution, F., & Wiranti, R. (2008). Kartel dan problematikanya. *Majalah Kompetisi*, 11.
- Nugroho, S.A. (2012). *Hukum persaingan usaha di Indonesia dalam teori & praktik serta penerapan hukumnya*. Jakarta: Kencana Prenadamedia Group.
- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). (2007). *Policy brief prosecuting cartels without direct evidence of agreement*. Diakses dari <http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>
- Salim & Nurbani, E.S. (2016). *Penerapan teori hukum pada penelitian disertasi & tesis*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.
- Silalahi, U. (2013). Indirect evidence dalam hukum persaingan usaha. *Jurnal Hukum Bisnis*, 32(5).
- _____. (Ed.). (2015). *Mengungkap kartel dengan bukti tidak langsung*. Jakarta: ASEAN Competition Institute.
- _____. (Ed.). (2015). *Prosiding seminar eksaminasi putusan perkara No. 08/KPPU-I/2014 (Dugaan pelanggaran terhadap Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 UU No. 5/1999 dalam industri ban*. Tangerang: Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan.
- _____. (Ed.). (2017). *Prosiding seminar publik eksaminasi akademik putusan-putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha dikaitkan dengan draft Amandemen UU No. 5/1999*. Tangerang: Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan.
- Sirait, N.N., et al. (2010). *Ikhtisar ketentuan hukum persaingan usaha*. Jakarta: The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP).
- Tarnes, M.V. (2011). *Bongkar kartel dengan leniency program*. Diakses dari <http://www.hukumonline.com/berita/baca/1t4d81f77e90173/bongkar-kartel-dengan-leniency-program>