

## BAB III

### PENGATURAN DAN PENERAPAN *LENIENCY PROGRAM* DI AUSTRALIA SERTA URGENSINYA DI INDONESIA

#### A. Pengaturan dan Penerapan *Leniency Program* di Australia

##### 1. Latar Belakang Diberlakukannya *Leniency Program* di Australia

Kartel yang merupakan musuh yang paling nyata dalam hukum persaingan. Kesulitan dalam membongkar kartel ini sendiri terletak pada kerahasiaan praktek kartel itu sendiri.<sup>142</sup> Melihat dinamika kartel yang sulit dibuktikan tersebut membuat para tiap otoritas persaingan usaha di beberapa negara untuk mencari ‘senjata’ baru untuk memberantas kartel yakni dengan *leniency program* atau *leniency policy*. Dimulai dari Amerika Serikat yang memprakarsai *leniency program* ini pada tahun 1978 meskipun berlaku secara efektif setelah dilakukannya revisi Antitrust pada tahun 1993,<sup>143</sup> yang dimana membuktikan bahwa *leniency* tersebut berjalan sukses dalam memberantas kartel membuat negara-negara lain turut mengadopsi *leniency program* ini sebagai senjata baru untuk memberantas kartel, tidak terkecuali Australia.

*Leniency program* di Australia sendiri mulai dikenal pada tahun 1998 ketika Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) mengeluarkan semacam *guideline* tentang pelaksanaan yang berurusan dengan *leniency* dan kerjasama. Lalu pada tahun 2002 ACCC baru

---

<sup>142</sup> Richard Whish, *Leniency: Introduction, Terminology and History*, terdapat dalam <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/sg%201%20call%20series/leniency%20-%20introduction,%20terminology%20and%20history.pdf> diakses pada tanggal 24 Desember 2016 pukul 10.35 WIB

<sup>143</sup> UNCTAD, *MENA Programme...*, *loc.cit*

mengeluarkan *Cooperation Policy For Enforcements Matters (Cooperation Policy)* dan pada tahun 2003 mengeluarkan *Leniency Policy For Cartel Conduct (Leniency Policy)* yang merupakan tindak lanjut dari *guideline* yang ada sebelumnya. Pada kebijakan tersebut menggambarkan secara umum mengenai pemberlakuan kebijakan ini terhadap segala potensi pelanggaran terhadap *Trade Practices Act 1974*.<sup>144</sup> Pada dasarnya kebijakan ini memberikan keringanan hukum bagi siapa saja yang bersedia membuka atau mengungkap praktik ilegal yang menghambat persaingan atau membantu ACCC dalam hal penyelidikan dan proses litigasi lanjutan.<sup>145</sup> Adapun keringanan yang diberikan tersebut dinilai dari tiap kasus yang ada dan ketentuan yang terkait.<sup>146</sup> Berjalannya waktu, kebijakan ini mengalami perubahan oleh ACCC itu sendiri. Sekarang *policy* yang berlaku terbaru dalam hal leniency ini yakni *ACCC Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct 2014*.

## **2. Perangkat Pengaturan *Leniency Program* di Australia**

Otoritas yang berwenang dalam pengawasan praktik persaingan usaha di Australia adalah Australian Competition & Consumer Commission (ACCC). ACCC adalah otoritas independen yang melayani kepentingan publik, khususnya dibidang persaingan usaha dan perlindungan

---

<sup>144</sup> *Trade Practice Act 1974* merupakan Undang-undang persaingan usaha pertama yang dimiliki oleh Australia yang dimana Undang-undang tersebut sekarang telah digantikan dengan *Competition & Consumer Act 2010*

<sup>145</sup> ACCC, *Discussion Paper: Review of The ACCC's Leniency Policy For Cartel Conduct*, hlm. 3, diunduh dari <https://www.accc.gov.au/system/files/Discussion%20paper%20-%20Review%20of%20the%20ACCC's%20leniency%20policy%20for%20cartel%20conduct.pdf> pada tanggal 7 Oktober 2016 pukul 20.30 WIB

<sup>146</sup> *Ibid*

konsumen.<sup>147</sup> Tugas dari ACCC sendiri yakni penegakan hukum yang diatur dalam *Competition and Consumer Act (CCA) 2010* yang dimana tujuan dari undang-undang ini demi kesejahteraan warga Australia itu sendiri.

Demi mendorong penegakannya undang-undang tersebut, khusus di bidang penegakan hukum kartel, sejak bulan Juli tahun 2002 ACCC mempunyai sebuah kebijakan atau peraturan khusus tersendiri yang di desain untuk mendorong para pelaku kartel untuk melaporkan atau membuka sendiri praktik kartel yang dilakukannya kepada ACCC selaku otoritas yang berwenang, yakni *ACCC Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct* atau bisa disebut juga *ACCC's leniency policy*<sup>148</sup>

*ACCC Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct* ini menganut contoh penerapan *leniency* yang ada di Amerika yakni yang terdapat pada *United States Department of Justice's (DOJ's) Corporate Leniency Policy*.<sup>149</sup> Menurut DOJ, terdapat enam poin penting agar kebijakan *leniency* ini dapat berjalan efektif, antara lain :<sup>150</sup>

- a. Keutamaan transparansi dan prediktibilitas dalam menjalankan kebijakan;
- b. Memberikan *reward* secara maksimal bagi pemohon yang dianggap memenuhi kriteria;
- c. Keuntungan dari kebijakan ini harus terbatas kepada pemohon pertama yang memenuhi kriteria;

---

<sup>147</sup> <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/com..> diakses pada tanggal 27 Desember 2016, pukul 22.30 WIB

<sup>148</sup> Lisa Huett dan Natasha Cox, *Leniency Regimes: Jurisdictional Comparison*, Fourth Edition, Thomson Reuters, United Kingdom, 2012, hlm. 1

<sup>149</sup> ACCC, *op.cit.*, hlm. 3

<sup>150</sup> *Ibid*

- d. Kebijakan ini harus memberikan perlindungan penuh bagi pihak eksekutif perusahaan yang bersedia untuk bekerjasama;
- e. Persyaratan untuk kerjasama bagi perusahaan mengenai kebijakan ini harus jelas dan tidak terkait dengan nilai pembuktian;
- f. Kebijakan ini harus memberikan pemberitahuan secepatnya kepada pemohon mengenai permohonan yang mereka ajukan.

Kebijakan *leniency* tersebut memang bukan hanya diterapkan di Australia dengan ACCC-nya dan Amerika dengan DOJ-nya, namun negara-negara lain seperti Jepang dengan JFTC (*Japan Fair Trade Commission*), Korea dengan KFTC (*Korean Fair Trade Commission*), Kanada dengan CCB (*Canadian Competition Bureau*), juga mengimplementasi kebijakan ini dalam hukum persaingan mereka untuk memberantas kartel. Meskipun berbeda dalam hal detail dan pengaturan mengenai *leniency* tersebut, namun semuanya mempunyai benang merah yang sama yakni mengharapkan perusahaan ataupun individu yang terlibat dalam pusaran kartel untuk bisa bekerjasama dengan pihak otoritas agar membongkar praktik kartelnya tersebut dengan imbalan pengurangan atau bahkan penghapusan hukuman yang diancam bagi pelaku pelanggaran kartel. Selain itu kesamaan yang lainnya yakni bagi pemohon pertama apabila memenuhi kriteria yang akan diberikan amnesti tersebut.<sup>151</sup>

Penyebutan *leniency* program di berbagai negara juga berbeda. Di Australia sendiri, ACCC menggunakan istilah '*immunity*' sebagai ganti dari *leniency* dalam peraturan tersebut dan level pemberian *leniency* atau

---

<sup>151</sup> *Ibid*

imunitas yang diberikan bagi pemohon program ini seperti yang diatur dalam peraturannya adalah hingga perlindungan atau imunitas secara penuh selama proses hukum yang berjalan.<sup>152</sup> Kebijakan *leniency* atau *immunity* ini tidak terdapat dalam *Competition and Consumer Act 2010* ataupun mempunyai bentuk yang formal, tetapi kebijakan ini adalah sebuah *public statement* yang dimiliki oleh ACCC untuk melakukan pendekatan kepada pelaku kartel untuk membuka tindakan kejahatan mereka dengan timbal balik memberikan imunitas (*leniency*). Meskipun tidak mempunyai bentuk yang formal, ACCC mempunyai keyakinan bahwa *immunity policy* ini sangat dibutuhkan dalam mendorong para pelaku kartel untuk membuka rahasia praktik kartel yang mereka lakukan.

Dalam proses pemberian imunitas tersebut bukan berarti ACCC yang berwenang dalam memberikan imunitas dalam proses penuntutan suatu kasus kartel. Setelah dinilai ACCC permohonan imunitas ini cukup, maka ACCC akan membuat rekomendasi ke *Commonwealth Director of Public Prosecutions* (CDPP) yakni otoritas yang berwenang dalam melakukan tuntutan kriminal tidak terkecuali bagi tindakan kartel.<sup>153</sup> Diterapkannya kebijakan imunitas ini bagi pelaku kriminal tersebut terlampir di Lampiran Huruf B dalam *Prosecution Policy of the Commonwealth (The Criminal Immunity Policy)*. Adanya hubungan antara ACCC dan CDPP ini dalam penegakan kartel tersebut dikarenakan telah ada *Memorandum of*

---

<sup>152</sup> Lisa Huett dan Natasha Cox, *loc.cit*

<sup>153</sup> *Ibid.*, hlm. 2

*Understanding* (MoU) mengenai perbuatan kejahatan kartel antara kedua institusi tersebut.<sup>154</sup>

Selanjutnya adapun prinsip dasar dari kebijakan imunitas ini yakni memberikan *immunity (full amnesty)* bagi yang pertama kali baik itu perusahaan ataupun individu yang mengajukan permohonan imunitas itu jika CDPP merasa syarat yang ditentukan dalam mengajukan imunitas dari tuntutan kriminal telah terpenuhi dan dengan ketentuan imunitas dari tindakan kriminal bagi pelanggaran kartel. Keputusan CDPP tersebut tentu telah sesuai dengan *Prosecution Policy* yang dimiliki oleh CDPP dan juga atas rekomendasi yang diberikan oleh ACCC.<sup>155</sup>

### **3. Ruang Lingkup Kebijakan *Leniency Program***

Lingkup dari *ACCC Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct 2014* yang merupakan dasar kebijakan leniency di Australia yang berlaku pada perilaku kartel yang terdapat pada *Division I of Part IV* dan *section 45(2) of the CCA*.<sup>156</sup> Adapun bentuk perilaku kartel yang bermaksud untuk menghambat persaingan tersebut juga meliputi beberapa tindakan seperti :<sup>157</sup>

- a. Penetapan harga;
- b. Pembatasan produksi dan distribusi;
- c. Pembagian wilayah;
- d. Persekongkolan tender.

---

<sup>154</sup> *Ibid*

<sup>155</sup> *Ibid*

<sup>156</sup> Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct*, September 2014, paragraph 1, hlm. 2, diunduh pada tanggal 24 Desember 2016 pukul 10.59 WIB

<sup>157</sup> *Ibid*, paragraph 3, hlm. 1

Kebijakan ini meliputi imunitas di bidang perdata dan pidana. Wilayah berlakunya kebijakan ini melingkupi seluruh yurisdiksi hukum Australia.

#### 4. Kewenangan Institusi Pemberi *Leniency Program*

Otoritas yang berwenang dalam persaingan usaha di Australia yakni ACCC. Oleh sebab itu ACCC juga berwenang dalam memberikan kebijakan *leniency* atau imunitas terkait pelaku kartel yang bersedia membuka rahasia kartelnya tersebut. Namun disini terdapat dua jenis imunitas yang yakni dalam hal perdata dan dalam hal pidana. Terkait imunitas dalam hal perdata atau disebut juga dengan *civil immunity* yakni mencakup pengampunan (melalui *immunity policy*) atau pengurangan sanksi denda (melalui *cooperation policy*). Sedangkan terkait imunitas dalam hal pidana atau disebut juga *criminal immunity* yakni mencakup tidak dilakukannya proses penuntutan pidana ke pengadilan.

Sesuai dengan kesepakatan antara ACCC dan CDPP yang tertuang dalam MoU mengenai *serious cartel conduct* atau terjemahan bebasnya perilaku kartel serius adanya perbedaan tanggung jawab dalam bagian pemberian imunitas tersebut.<sup>158</sup> Perbedaan itu yakni ACCC bertanggung jawab terhadap pemberian imunitas keperdataan (*civil immunity*), sedangkan CDPP bertanggung jawab terhadap pemberian imunitas dalam konteks pidana (*criminal immunity*).<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> OECD, *Review of Regulatory Reform, Competition Policy In Australia*, 2010, hlm. 32, diunduh dari <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44529918.pdf>, pada 29 Desember 2016, pukul 23.36 WIB

<sup>159</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 5, hlm. 2

Meskipun adanya perbedaan tanggung jawab antara *civil immunity* dan *criminal immunity*, bagi pelaku kartel yang ingin mengajukan permohonan *immunity* tersebut otoritas yang berwenang menerimanya hanyalah ACCC yang sebagai pintu tunggal dalam proses penerimaan pemohon *immunity*.<sup>160</sup>

Ketika ACCC sudah menerima permohonan untuk *leniency* atau *immunity* tersebut nanti akan diproses mengenai permohonan tersebut apakah sudah memenuhi kriteria yang telah ditentukan tersebut atau tidak untuk mendapatkan *civil immunity* dari ACCC. Adapun kriteria yang dimaksud adalah sebagai berikut:<sup>161</sup>

- a. Pemohon *immunity* adalah pelaku yang terlibat dalam perilaku kartel tersebut;
- b. Pemohon *immunity* mengakui terlibat dengan perilaku kartel tersebut yang merupakan pelanggaran terhadap CCA 2010;
- c. Pemohon *immunity* adalah pemohon yang pertama yang mengajukan permohonan sesuai dengan ketentuan kebijakan tentang *immunity* tersebut;
- d. Pemohon *immunity* bukan sebagai pemimpin dalam perilaku kartel tersebut dan juga bukan sebagai pihak yang mengajak subjek lain untuk ikut terlibat dalam suatu perilaku kartel;
- e. Pemohon *immunity* telah berhenti dalam kegiatan kartel yang telah dilakukan sebelumnya atau menunjukkan kepada pihak otoritas bahwa

---

<sup>160</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 4, hlm. 2

<sup>161</sup> OECD, *Policy Roundtables, Leniency For Subsequent Applicants*, 2012, hlm. 21-22, diunduh dari <http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>, pada 26 September 2016, pukul 09.41 WIB



pemohon akan menghentikan keterlibatannya dalam kegiatan kartel tersebut;

- f. Pemohon *immunity* bersedia untuk bekerjasama dengan pihak otoritas dan bersedia membuka secara keseluruhan rahasia atau informasi penting terkait perilaku kartel yang dia ikuti;

Permohonan *immunity* juga dapat dimohonkan apabila telah dimulainya proses penyelidikan oleh ACCC terhadap suatu perilaku kartel namun dengan syarat permohonan dapat diajukan jika subjek pemohon belum terbukti terlibat dalam perilaku kartel tersebut.<sup>162</sup>

Jika permohonan dianggap sudah memenuhi kriteria maka selanjutnya jika memungkinkan ACCC akan membuat rekomendasi ke CDPP untuk dapat memberikan *criminal immunity*.<sup>163</sup> Selanjutnya CDPP akan melakukan pertimbangan mengenai rekomendasi yang diajukan oleh ACCC tersebut. Jika permohonan tersebut sesuai dengan *Annexure* (Lampiran) B *Prosecution Policy of the Commonwealth*, maka selanjutnya CDPP akan mengeluarkan *letter of comfort* untuk pemohon tersebut. Dikeluarkannya *letter of comfort* ini menjadi pertanda bahwa rekomendasi dari ACCC untuk pemohon tersebut diterima. Lalu selanjutnya CDPP akan mengeluarkan perjanjian tertulis sesuai yang ditentukan dalam *Section 9 (6D) Director of Public Prosecutions Act 1983 (DPP Act)* sebagai bukti pemberian *criminal immunity* bagi pemohon *immunity*.<sup>164</sup>

## 5. Subjek Penerima *Leniency Program*

---

<sup>162</sup> OECD, *Review of Regulatory Reform*,... *op.cit.*, hlm. 31

<sup>163</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 6, hlm. 2

<sup>164</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 7, hlm. 2

Subjek penerima leniency ini dapat individu maupun korporasi. Namun ketentuan *immunity* ini tidak berlaku juga subjek tersebut baik individu maupun korporasi secara sengaja mengajak subjek lain untuk terlibat dalam perilaku kartel itu.<sup>165</sup> Ketentuan diberikannya *immunity* hanya berlaku bagi pemohon pertama, bagi pemohon yang tidak memenuhi ketentuan tersebut akan diberikan kebijakan kerjasama (*cooperation policy*) yang merupakan satu kesatuan diatur dalam kebijakan *immunity* ini.<sup>166</sup>

Jika sebuah korporasi dianggap memenuhi ketentuan untuk diberikannya *immunity* ini, maka semua mantan direksi, mantan petinggi perusahaan, dan mantan karyawan dari korporasi tersebut yang mengakui keterlibatan mereka dalam perilaku kartel yang dilakukan korporasi itu semasa mereka masih menjabat atau bekerja di korporasi juga akan mendapatkan *immunity* ini sama yang diperoleh korporasi tersebut.<sup>167</sup>

## 6. Ketentuan *Civil Immunity*

Berdasarkan subjek penerima *leniency (immunity)* yang telah dibahas sebelumnya diketahui bahwa yang dapat menerima yakni individu dan korporasi. Oleh karena itu ketentuan mengenai *civil immunity* juga terbagi dua yakni *civil immunity for corporation* dan *civil immunity for individual*.

### a. *Civil immunity: corporation immunity from proceedings*

Ketentuan mengenai korporasi yang mengajukan permohonan *immunity* dan dianggap dapat menerima *immunity* mempunyai kriteria antara lain sebagai berikut:<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 10, hlm. 3

<sup>166</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 13, hlm. 3

<sup>167</sup> OECD, *Policy Roundtables*,...*loc.cit.*

<sup>168</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 16, hlm. 3

- 1) Korporasi/ perusahaan adalah selaku pelaku yang tergabung dalam suatu kelompok perusahaan yang melakukan tindakan perilaku kartel, baik perusahaan tersebut sebagai pelaku utama maupun pelaku yang ikut turut serta dalam pelanggaran tersebut;
- 2) Korporasi pemohon mengakui bahwa tindakan yang mereka lakukan adalah perilaku kartel yang melanggar CCA 2010;
- 3) Korporasi pemohon merupakan pihak pertama yang mengajukan permohonan *immunity* dalam perilaku kartel yang melibatkan korporasi tersebut;
- 4) Korporasi tersebut dalam mengajukan permohonan tidak melakukan upaya pemaksaan terhadap pihak lain untuk turut terlibat dalam perilaku kartel;
- 5) Korporasi telah berhenti melakukan praktik kartel tersebut atau menunjukkan bukti ke ACCC terkait akan benar-benar berhenti dalam keterlibatannya di perilaku kartel tersebut;
- 6) Pengajuan permohonan oleh korporasi adalah benar-benar tindakan yang dilakukan oleh korporasi tersebut, dengan pengertian bahwa tindakan korporasi ini telah disepakati oleh internal korporasi itu sendiri;
- 7) Korporasi harus terbuka dan jujur untuk membuka seluruh informasi yang terkait dengan perilaku kartel yang telah dilakukan sebelumnya dan menyanggupi bekerjasama untuk seluruh proses yang akan dilakukan pada saat penyelidikan oleh ACCC dan pada saat proses pengadilan;

8) Pada saat ACCC telah menerima permohonan *immunity*, ACCC tidak menerima opini hukum yang tertulis yang terkait alasan pembenar untuk melakukan tindakan kartel atau pelanggaran lain yang diatur dalam CCA 2010.

b. *Civil immunity: individual immunity from proceeding*

Selanjutnya ketentuan individu yang dapat mengajukan permohonan *immunity* dan dianggap dapat menerima *immunity* antara lain sebagai berikut:<sup>169</sup>

- 1) Individu yang mengajukan permohonan adalah direktur, pejabat korporasi, dan karyawan korporasi yang terlibat dalam suatu perilaku kartel, baik korporasi tersebut sebagai pelaku utama ataupun turut serta melakukan tindakan kartel;
- 2) Individu yang mengajukan permohonan mengakui berpartisipasi terhadap kartel yang sedang berlangsung itu tersebut;
- 3) Individu tersebut merupakan pihak pertama yang mengajukan permohonan *immunity* atas perilaku kartel tersebut;
- 4) Individu tersebut tidak menjadi pihak yang memaksa subjek lain untuk turut serta atau bergabung dalam perilaku kartel yang akan dia bongkar;
- 5) Individu yang mengajukan permohonan *immunity* haruslah berhenti dalam perilaku kartel yang dia lakukan atau membuktikan kepada ACCC akan berhenti melakukan praktik kartel tersebut;

---

<sup>169</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 28, hlm. 5

- 6) Individu yang mengajukan permohonan harus memberikan informasi mengenai kartel itu secara jujur, terbuka, dan bersedia juga bekerjasama selama proses yang dilakukan ACCC, baik dalam proses penyelidikan juga sampai proses penuntutan di persidangan;
- 7) Pada saat ACCC telah menerima permohonan *immunity*, ACCC tidak menerima opini hukum yang tertulis yang terkait alasan pembenar untuk melakukan tindakan kartel atau pelanggaran lain yang diatur dalam CCA 2010.

Dalam ketentuan *civil immunity* ini, terdapat *derrivative immunity*. *Derrivative immunity* dapat diberikan kepada perusahaan/korporasi terkait atau mantan direktur, pejabat korporasi, dan karyawan apabila korporasi yang mengajukan permohonan *immunity* telah diterima oleh ACCC. Artinya bahwa *derrivative immunity* memberikan kepada subjek penerimanya takaran *immunity* yang sama dengan korporasi pemohon *immunity* yang telah mengajukan *immunity* sebelumnya.<sup>170</sup> Khusus untuk korporasi tersebut harus mempunyai dalam kegiatan kartel yang dengan pemohon *civil immunity*.

Adapun pengajuan permohonan *derrivative immunity* dilakukan pada saat korporasi yang mengajukan *civil immunity*, pada saat bersamaan permohonan tersebut juga terdapat daftar korporasi yang terkait serta mantan direksi, pejabat perusahaan, dan karyawan yang akan dimohonkan *immunity*. Selanjutnya, ACCC akan memeriksa terkait permohonan tersebut

---

<sup>170</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 19, hlm. 4

dan pemohon akan dimintakan bukti hubungan antara pemohon dan korporasi atau individu yang dimohonkan *immunity* tersebut.<sup>171</sup>

*Derivative immunity* ini tentunya diajukan apabila subjek yang dapat diberikan tersebut ingin mendapatkannya. Jika hal tersebut tidak diajukan permohonannya maka nanti akan diproses seperti ketentuan yang ada. Mengenai subjek penerima *derivative immunity* apakah harus dicantumkan dalam permohonan *civil immunity*, hal ini telah diatur dalam ketentuan ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct* 2014 itu sendiri. Dalam ketentuan sebelumnya masih diperbolehkannya daftar susulan mengenai *derivative immunity* ini. Namun melihat hal ini akan membuat *ineficiency* dalam berlakunya ketentuan *immunity policy* ini maka hal tersebut tidak berlaku lagi.<sup>172</sup>

Mengenai kriteria korporasi yang dapat menerima *derivative immunity* ini antara lain sebagai berikut:<sup>173</sup>

- 1) Korporasi yang melakukan *civil immunity* memiliki kontrol atau memiliki pengaruh yang besar terhadap keputusan yang dikeluarkan korporasi penerima *derivative immunity* tersebut atau dalam pengertian sebagai pemegang saham mayoritas; atau
- 2) Korporasi penerima *derivative immunity* itu adalah korporasi induk dari korporasi pemohon *civil immunity*; dan
- 3) Kriteria yang lainnya sama dengan ketentuan *civil immunity for corporate*

---

<sup>171</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 20, hlm. 4

<sup>172</sup> Caron Beaton-Wells dan Brent Fisse, *Australian Cartel Regulation, Law, Policy and Practice In an International Context*, Cambridge University Press, UK, 2011, hlm. 386-387

<sup>173</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 21, hlm. 4

Selanjutnya ketentuan bagi individu yang dapat menerima *derivative immunity* antara lain sebagai berikut:<sup>174</sup>

- 1) Individu yang menjadi direktur, pejabat perusahaan, dan karyawan perusahaan yang mengajukan *civil immunity* atau individu yang menjadi direktur, pejabat perusahaan, dan karyawan pada saat perusahaan tersebut melakukan praktik kartel;
- 2) Kriteria yang lainnya sama dengan ketentuan *civil immunity for individual*.

## 7. Ketentuan *Criminal Immunity*

*Criminal immunity* ini menjadi bagian dari tanggung jawab dari CDPP selaku pihak yang berwenang dalam hal melakukan penuntutan terhadap pelanggaran yang dilakukan terhadap *Commonwealth Law* dan hal tersebut termasuk praktik kartel.<sup>175</sup> Mengingat pentingnya dari kebijakan ini, CDPP dan ACCC bersepakat untuk dalam pemberian *criminal immunity* adalah sama dalam waktu seperti yang telah terjadi dalam proses perkara perdata.<sup>176</sup>

*Criminal immunity* diberikan setelah mendapat rekomendasi dari ACCC kepada CDPP terkait permohonan *immunity* yang diajukan baik oleh korporasi maupun suatu individu.<sup>177</sup> Sekiranya pemohon yang direkomendasikan oleh ACCC tersebut diterima oleh CDPP dikarenakan sesuai dengan ketentuan *Annexure* (Lampiran) B dalam *Prosecution Policy*

---

<sup>174</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 24, hlm. 5

<sup>175</sup> *Memorandum of Understanding Between The Commonwealth Director of Public Prosecutions and The Australian Competition and Consumer Commission Regarding Serious Cartel Conduct*, 15 Agustus 2014, nomor 2.2, hlm 1

<sup>176</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 32, hlm. 6

<sup>177</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 33, hlm. 6

of the Commonwealth, maka akan dikeluarkan *Letter of Comfort* kepada pemohon.<sup>178</sup> Waktu dikeluarkannya *Letter of Comfort* tersebut bersamaan dengan dikeluarkannya *civil immunity* oleh pihak ACCC.

Pemberian *Letter of Comfort* tersebut sesuai dengan ketentuan dalam *section 9(6D) DPP Act*. Diberikan *Letter of Comfort* ini dilakukan sebelum dilakukannya proses penuntutan kepada pelaku kartel tersebut dengan syarat sebagai berikut:<sup>179</sup>

- a. Tetap mempertahankan ketentuan penerima *civil immunity* yang diatur dalam paragraf 16 bagi korporasi dan paragraf 28 bagi individu;
- b. Memberikan informasi secara keseluruhan, terbuka, dan jujur, serta bersedia bekerjasama dengan ACCC dalam proses penyelidikan dan proses lanjutannya baik dalam proses pidana maupun perdata;
- c. Tetap menjaga kerahasiaan dirinya sebagai pemohon *immunity* dan setiap proses kerjasama yang dilakukannya baik dalam penyelidikan dan proses lanjutan di pidana dan perdata, kecuali ditentukan lain oleh hukum atau dengan persetujuan tertulis dari ACCC

Pada saat proses penuntutan dilakukan oleh CDPP terhadap pelaku kartel lainnya, pihak yang melakukan permohonan yang telah mendapat *Letter of Comfort* akan dimintakan kerjasama dalam proses berjalan termasuk dalam penuntutan. Disini pihak yang telah mendapatkan *Letter of Comfort* akan menjadi saksi dalam proses penuntutan itu.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 34, hlm. 6

<sup>179</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 35, hlm. 6

<sup>180</sup> CDPP, *Prosecution Policy of the Commonwealth, Annexure B*, 2014, Paragraph 3.6.2,



Sebelum *criminal immunity* ini menjadi melekat sepenuhnya, pemohon tersebut tidak mempunyai immunitas dalam hal proses pidana (penuntutan) yang berjalan. Maka sebelum dilakukannya penuntutan bagi pelaku kartel, Direktur CDPP akan memberikan perjanjian tertulis atau seperti surat keputusan kepada pemohon untuk memberikan *criminal immunity* kepada pemohon selama proses pemenuhan beberapa persyaratan dan kewajiban yang harus dipenuhi. Jika hal tersebut telah terpenuhi, maka *criminal immunity* akan diberikan secara penuh kepada pemohon.<sup>181</sup>

## 8. Proses Permohonan *Immunity*

Proses dalam mendapatkan kekebalan hukum (*leniency*) atau *immunity* yang dikenal dalam hukum persaingan Australia terdapat 7 (tujuh) tahap yang dilalui untuk mendapatkan *full immunity* atau kekebalan secara penuh. Adapun tahap-tahap tersebut antara lain sebagai berikut:

### a. *Marker*

Apabila korporasi atau individu yang ingin mendapatkan *immunity* bisa langsung mengajukan kepada ACCC. Untuk korporasi bisa mengirimkan perwakilan hukum atau *legal officer* dalam mengajukan hal tersebut. Selanjutnya ACCC akan memberikan status ‘penanda’ jika pihak pemohon dapat memberikan secara jelas mengenai informasi praktik kartel tersebut agar ACCC bisa mengetahui bahwa tidak ada sebelumnya pihak lain yang telah mendapatkan status ‘*marker*’ ini. Jika dirasa pemohon adalah yang pertama maka permohonan diterima pihak otoritas. Pemberian status tersebut mengindikasikan bahwa pihak

---

<sup>181</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 37, hlm. 6

pemohon menjadi pihak pertama dalam mengajukan *immunity* dan mengkesampingkan pihak lain yang ingin mengajukan hal serupa pada kasus yang sama. Pihak yang menjadi *marker* (penanda) tersebut diberikan waktu tertentu untuk mengumpulkan bukti dan informasi yang dibutuhkan untuk dimulainya proses penyelidikan atau investigasi tersebut. Permohonan dapat diajukan secara anonim namun dengan syarat bahwa permohonan tersebut harus memberikan informasi yang jelas terkait praktik kartel tersebut untuk melihat pasar, produk, dan berapa lama kartel tersebut telah dilakukan.<sup>182</sup>

*b. Proffer*

Selanjutnya jika status '*marker*' telah didapatkan maka akan masuk pada tahap *proffer*. Pada tahap ini '*marker*' akan memberikan terkait informasi apa saja yang dimiliki terkait praktik kartel tersebut. Jika pada tahap *marker* ACCC meminta untuk memberikan informasi keterkaitan dirinya pada perilaku kartel tersebut, pada tahap *proffer* ini ACCC meminta pihak pemohon untuk memberikan informasi penting terinci terkait kartel tersebut, dengan kata lain pemohon dimintakan bukti spesifik apa yang bisa mereka berikan kepada ACCC terkait perilaku kartel tersebut. Proses ini bisa dilakukan dengan lisan maupun tertulis oleh pihak pemohon. Untuk proses lisan nantinya ACCC akan melakukan perekaman terkait keterangan yang diberikan pemohon. Selanjutnya baik informasi lisan atau tertulis tersebut akan dilakukan diproses oleh ACCC apakah pemohon memenuhi kriteria yang telah di

---

<sup>182</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 38-43, hlm.

tentukan dalam ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct paragraph 16* untuk korporasi dan *paragraph 28* untuk individu.<sup>183</sup>

c. *Waiver*

Jika tahapan *proffer* telah dilalui maka pemohon akan memasuki tahap *waiver* yakni dimana pemohon diabaikan dari kesalahan yang dilakukannya yakni praktik kartel yang telah dilakukan sebagai timbal balik kerjasamanya dalam mengungkap praktik kartel dan memberikan informasi penting terkait praktik kartel yang dilakukannya. Kecuali diatur lain dalam hukum, informasi penting yang di dapat oleh ACCC tersebut akan dijaga kerahasiaannya. Baik informasi dan identitas dari pemohon yang memberikannya tersebut, ACCC tidak akan membeberkannya meskipun kepada pihak regulator yang lain tanpa adanya kesepakatan dari pemohon. Kecuali, untuk hubungan dengan pihak luar negeri yang ada kaitannya dengan kasus tersebut sifat kerahasiaan informasi ini ditiadakan. Pemberian status *waiver* ini tidak akan serta merta diberikannya *conditional immunity*.<sup>184</sup>

d. *Confidentiality*

Pada tahap ini pemohon akan dijaga kerahasiaannya terkait kerjasamanya yakni informasi rahasia yang diberikan pemohon kepada pihak otoritas. Informasi rahasia termasuk juga dengan identitas dari pemohon tersebut. Namun sesuai dengan ketentuan terdapat dalam CCA

---

<sup>183</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 44-47, hlm.

<sup>184</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 48-49, hlm.

2010, untuk di tahap penuntutan atau persidangan, dan ketentuan dalam Pasal 155AAA, 157B, 157C, ketentuan kerahasiaan ini ditiadakan. ACCC dapat mengklaim hak atau pembatasan dari kepentingan umum untuk melindungi informasi rahasia tersebut. Pihak pemohon juga harus menjaga rahasia dari informasi yang dia berikan serta informasi yang mereka dapatkan selama proses kerjasama dengan pihak ACCC dalam penyelidikan atau investigasi yang telah berlangsung tersebut, kecuali diatur lain oleh hukum yang berlaku atau atas izin dari ACCC.<sup>185</sup>

*e. Recommendation to CDPP*

Tahap selanjutnya adalah membuat rekomendasi ke CDPP untuk permohonan *criminal immunity*. Setelah permohonan *immunity* kepada ACCC telah memenuhi ketentuan, maka selanjutnya ACCC akan memberikan rekomendasi kepada CDPP untuk diberikannya penghapusan tuntutan terkait praktik kartel yang telah dilakukan oleh pemohon. Selanjutnya CDPP akan mempertimbangkan rekomendasi tersebut dengan memperhatikan apakah pemohon memenuhi ketentuan dalam *Annexure B Prosecution of the Commonwealth*. Jika dianggap memenuhi ketentuan, CDPP akan mengeluarkan *Letter of Comfort* sebagai pertanda diterimanya rekomendasi dan pemohon akan diberikan *criminal immunity*.<sup>186</sup>

*f. Conditional Immunity*

---

<sup>185</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 50-52, hlm.

<sup>186</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 53-54, hlm.

*Conditional immunity* telah dikeluarkan pada saat telah diterbitkan semacam surat pemberitahuan atau surat keputusan tertulis mengenai diberikannya *civil immunity* oleh ACCC karena dianggap telah memenuhi ketentuan yang berlaku dan dikeluarkannya *Letter of Comfort* dari CDPP sebagai pertanda diberikannya *criminal immunity* kepada pemohon *immunity* pada waktu yang bersamaan.

g. *Final Immunity*

Setelah diberikannya *conditional immunity* maka tahap akhir dari proses ini adalah mendapatkan *final immunity*. Adapun syarat yang harus dipenuhi untuk mendapatkan *final immunity* yakni seperti tetap mempertahankan ketentuan subjek penerima *immunity*, bersedia bekerjasama dengan otoritas dan mengungkapkan segala informasi yang berkaitan dengan praktik kartel, dan menjaga kerahasiaan statusnya sebagai pemohon *immunity*.

## 9. Pencabutan dan Penarikan *Immunity*

Status dari pemegang *leniency* atau *immunity* bisa saja dicabut oleh pihak ACCC selaku otoritas yang berwenang. Hal ini terjadi disebabkan pemohon melanggar ketentuan pemegang *immunity* seperti membuka statusnya sebagai pihak pemohon *immunity*.. Jika hal tersebut terjadi maka akan dilakukan dialog langsung atau musyawarah antara ACCC dan pemohon terkait pelanggaran tersebut untuk diselesaikan. Adapun yang dibahas dalam pertemuan tersebut terkait pelanggaran yang dilakukan oleh pemohon *immunity* dan *concern* dari ACCC atas perilaku pemohon tersebut

dan nantinya ACCC akan memberikan waktu kepada pemohon untuk memperbaiki perilakunya tersebut.<sup>187</sup>

Jika setelah upaya pertemuan langsung tersebut dikemudian hari ACCC masih menemukan kejanggalan dan pemohon masih belum merubah sikapnya maka ACCC akan mengirimkan surat tertulis seperti surat peringatan pertama kepada pemohon yang isinya berupa alasan mengapa pihak pemohon masih mengindahkan *concern* dari ACCC dan alasan mengapa pemohon masih belum ada iktikad baik untuk melakukan perubahan sesuai yang dipahami dalam pertemuan langsung sebelumnya. Jika jawaban dari pemohon belum memuaskan maka selanjutnya ACCC akan mengirimkan surat peringatan kedua yang berisikan alasan apa untuk tidak dicabutnya status *immunity* yang telah diperoleh oleh pemohon. Jika jawaban dari pemohon belum juga sesuai yang diharapkan dari ACCC maka selanjutnya ACCC akan memberikan pernyataan tertulis yang menyatakan bahwa pemohon yang bersangkutan telah dicabut statusnya sebagai pemegang *civil immunity*. Setelah itu, ACCC akan membuat rekomendasi ke CDPP untuk mencabut status *criminal immunity* yang telah diberikan sebelumnya.<sup>188</sup>

Selanjutnya apabila dalam proses penyelidikan kasus kartel itu tidak dilanjutkan oleh ACCC, maka status *immunity* yang telah melekat pada pemohon dapat diberikan opsi untuk ditarik atau dibiarkan tetap melekat. Apabila pemohon memutuskan untuk menarik status *immunity* tersebut sekaligus menarik status pemohon pertama dalam kasus kartel yang dimana

---

<sup>187</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 60, hlm. 10

<sup>188</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 61-63, hlm.

pemohon tersebut turut serta. Akibatnya jika apabila dikemudian hari ACCC melanjutkan kasus tersebut maka pihak lain bisa saja mengajukan permohonan *immunity* menggantikan pemohon sebelumnya.<sup>189</sup>

Jika pemohon memutuskan untuk tetap mempertahankan status *immunity*-nya maka apabila dikemudian hari ACCC membuka kembali penyelidikan terhadap kasus kartel yang terkait maka pemohon tetap menjadi pemohon *immunity* pertama dalam kasus tersebut dan konsekuensinya yakni pemohon tetap diwajibkan untuk ikut bekerjasama dalam membongkar praktik kartel tersebut.<sup>190</sup>

#### 10. Ketentuan *Cooperation Policy*

Pemberian *immunity* baik itu *civil immunity* atau *criminal immunity* hanya diberikan kepada pemohon pertama yang telah mengajukan ke pihak otoritas. Bagi pihak yang tidak menjadi pihak pertama dalam mengajukan permohonan nantinya ACCC menerapkan *cooperation policy* terhadap pihak tersebut. *Cooperation policy* ini diberikan kepada pihak baik individu atau korporasi yang bersedia membantu ACCC dalam proses baik dalam penyelidikan maupun proses di pengadilan.<sup>191</sup> Ketentuan ini hanya dapat berlaku bagi pelaku pelanggaran praktik kartel bukan pada pelanggaran ketentuan CCA 2010 yang lainnya. Bagi pihak pemohon *cooperation policy* ini nantinya akan diberikan pengurangan sanksi sebagai timbal balik dari kesediaan bekerjasama dengan ACCC.

---

<sup>189</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 64-65, hlm.

<sup>190</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 66-67, hlm.

<sup>191</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 68-71, hlm.

Pada tahap proses penyelidikan yang dilakukan oleh ACCC, pihak yang memenuhi kriteria *cooperation policy* ini akan diminta untuk memberikan pernyataan penerimaan atau pernyataan kebenaran fakta atau memberikan bukti terkait keterkaitannya dalam praktik kartel tersebut. Jika sekiranya perlu, ACCC akan mengundang pihak yang mendapat *cooperation policy* untuk memberikan keterangannya. Mengenai pengurangan hukuman yang akan diberikan kepada pihak tersebut itu nantinya akan direkomendasikan oleh ACCC kepada pengadilan tergantung seberapa besar peran dari pemohon *cooperation policy* tersebut.<sup>192</sup> Tidak ditutup kemungkinan pihak yang menjadi pemohon *cooperation policy* tersebut mendapatkan *immunity* seperti yang di dapat oleh pihak pemohon pertama.<sup>193</sup> Namun hal ini sangat jarang dan langka terjadi.

Terdapat beberapa aspek bagi pihak yang dapat diberikan *cooperation policy* ini yang dimana juga untuk menentukan apakah pihak tersebut pelaku utama ataupun hanya sebagai pihak pendukung. Adapun aspek penilaian tersebut antara lain:<sup>194</sup>

- a. Pihak tersebut melakukan pendekatan kepada ACCC untuk mendapatkan *cooperation policy*;
- b. Memberikan bukti konkrit terkait perilaku kartel yang melibatkan dirinya;

---

<sup>192</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 73-75, hlm.

1

<sup>193</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 76, hlm. 11

<sup>194</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 77, hlm. 11



- c. Bersedia mengungkapkan secara keseluruhan dan jujur terkait informasi tentang praktik kartel itu dan bersedia bekerjasama dengan ACCC dalam proses penyelidikan dan proses lanjutannya;
- d. Telah berhenti dalam praktik kartel tersebut;
- e. Pihak tersebut tidak sebagai pelaku yang mengajak pihak lainnya turut serta dalam praktik perilaku kartel;
- f. Beriktikad baik dalam melakukan kerjasama dengan pihak ACCC nantinya;
- g. Khusus untuk pihak individu, tidak menggunakan perwakilan yang sama (advokat) dengan perusahaan yang tempat dia bekerja yang dimana juga sebagai pelaku perilaku praktik kartel.

*Cooperation policy* ini juga berlaku tidak hanya dalam hal *civil punishment* namun juga dalam ranah *criminal punishment*. Karena hal ini disebutkan dalam Pasal 16 A ayat (2) *Criminal Act* 1914 yang mengatakan bahwa pengadilan harus memperhitungkan penjatuhan hukuman kepada pelaku pelanggaran yang telah mengaku bersalah atas pelanggaran, bekerjasama dengan lembaga penegak hukum dalam penyelidikan pelanggaran.<sup>195</sup> CDPP selaku pihak yang berwenang dalam hal penuntutan akan melakukan identifikasi terkait *cooperation policy* yang telah diberikan sebelumnya oleh ACCC terhadap pihak tersebut. Jika sekiranya informasi dan kesaksian dari pihak tersebut baik maka ACCC akan melakukan rekomendasi terkait kerjasamanya pihak tersebut dengan ACCC yang dimana sekiranya menjadi usaha positif oleh pihak itu dalam membongkar

---

<sup>195</sup> Crimes Act 1914, Section 16 A (2), letter G, and H

praktik kartel. Namun untuk penjatuhan hukuman pidana tetap pada keputusan pengadilan juga termasuk pemberian pengurangan hukuman atas kerjasamanya pihak itu dengan lembaga otoritas.<sup>196</sup>

## 11. Amnesti Plus

Amnesti plus diberikan bagi pihak yang berhasil membuka praktik kartel lainnya dalam proses penyelidikan praktik kartel yang pertama. Atas hal tersebut selanjutnya ACCC akan memberikan rekomendasi ke pengadilan untuk pengurangan hukuman kepada pihak yang berhasil memenuhi kriteria sebagai pemangku amnesti plus ini.<sup>197</sup> Untuk kasus kartel kedua yang berhasil dibongkar oleh pihak tersebut, ACCC akan memberikan *immunity* bersyarat (*conditional immunity*) atas kasus kartel kedua sehingga pihak tersebut dianggap sebagai pemohon pertama *immunity*. Adapun kriteria dari pihak pemangku amnesti plus ini antara lain:<sup>198</sup>

- a. Telah mendapatkan *cooperation policy* sehubungan dengan kerjasamanya dalam penyelidikan kasus kartel pertama;
- b. Menerima *immunity* bersyarat pada kasus kartel kedua.

## 12. Contoh Kasus Penerapan *Leniency Program*

### a. Kartel Kabel Bawah Tanah Dan Bawah Laut

Pada bulan September tahun 2009, ACCC menemukan praktik kartel pengadaan kabel bawah tanah dan bawah laut (proyek *Snowy Mountain*) yang dilakukan oleh tiga perusahaan dari Eropa dan Jepang. Tiga perusahaan tersebut antara lain Prysmian Cavi E Sistemi (Prysmian)

---

12 <sup>196</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 81-84, hlm.

13 <sup>197</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 85-86, hlm.

<sup>198</sup> ACCC, *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct.*, paragraph 87, hlm. 13

sebuah perusahaan dari Italia, Nexans perusahaan asal Perancis, Viscas yang merupakan perusahaan dari Jepang.<sup>199</sup> Atas praktik kartel tersebut ketiga perusahaan jelas-jelas melanggar Pasal 45 ayat (2) CCA 2010.

Sebuah perusahaan, J-Power System, mengungkap praktik kartel tersebut dan selanjutnya mengajukan *immunity* kepada ACCC sehingga terbebas dari segala ancaman sanksi. ACCC menduga bahwa J-Power System juga turut andil dalam perjanjian kartel tersebut karena mengetahui informasi dalam (*inside information*) praktik kartel tersebut, namun karena perusahaan J-Power System membuat permohonan *immunity* dan memenuhi kriteria sebagai pemangku *immunity* maka sanksi ditiadakan.<sup>200</sup> Putusan telah dijatuhkan kepada perusahaan asal Jepang, Viscas. Berdasarkan putusan *Federal Court of Australia* yang dimana dipimpin oleh hakim Lander. J yang menyatakan dalam dasar pertimbangan hakim bahwa Viscas terbukti melakukan persekongkolan tender dan perjanjian kartel dengan perusahaan Prysmian dan Nexans dalam proyek *Snowy Mountain*. Atas perilaku tersebut Viscas diancam dengan denda sebesar \$ 1.350.000 (satu juta tiga ratus lima puluh ribu dolar amerika) yang harus dibayarkan paling lama 28 hari setelah putusan.<sup>201</sup>

Namun dari pihak Viscas berkooperatif dengan ACCC dengan mengakui segala praktik kartel tersebut dan bersedia menjaga harga kabel

---

<sup>199</sup> <http://us.practicallaw.com/1-504-9270?q=&qp=&qo=&qe=#a1033595>, diakses pada tanggal 24 Januari 2017, pukul 11.26 WIB

<sup>200</sup> <http://www.australiancompetitionlaw.org/cases/2016prysmian.html>, diakses pada tanggal 24 Januari 2017, pukul 12.49 WIB

<sup>201</sup> Putusan Federal of Court Australia nomor SAD 145 tertanggal 5 April 2013, dalam <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2013/294.html> diakses pada tanggal 24 Januari 2017, pukul 13.19 WIB

bawah tanah kepada pelanggan dan di pasaran Australia, sehingga Viscas mendapat *cooperation policy* dari ACCC.<sup>202</sup> Akibat diberikannya *cooperation policy* Hakim Lander menjatuhkan hukuman berupa pelarangan kegiatan serupa selama 3 tahun dan menjatuhkan denda kepada Viscas sebesar \$ 50.000 (lima puluh ribu dolar amerika) yang harus dibayarkan paling lama 28 hari setelah putusan.<sup>203</sup>

b. Kartel Deterjen Laundry Konsentrat

Pada bulan Desember tahun 2013, ACCC mengajukan persidangan ke *Federal Court* atas praktik kartel deterjen laundry konsentrat yang dilakukan oleh Colgate-Palmolive Pty Ltd, Pz Cussons Australia Pty Ltd, Woolworths Ltd dan Paul Ansell (mantan direktur Colgate). ACCC menduga bahwa Colgate, Cussons dan Unilever melakukan kesepakatan atau tindakan anti persaingan yang antara lain sebagai berikut:<sup>204</sup>

- 1) Sepakat untuk melakukan pemberhentian memasok deterjen laundry konsentrat standar pada kuartal pertama tahun 2009. Sebagai gantinya, para pihak hanya memasok deterjen ultra konsentrat;
- 2) Para pihak bersepakat tentang persyaratan mengenai yang berhubungan dengan deterjen ultra konsentrat tersebut;
- 3) Menjual deterjen ultra konsentrat per satu cucian dengan harga setara deterjen kualitas standar.

ACCC menduga produk deterjen ultra konsentrat yang disepakati oleh para pihak terduga tersebut memiliki karakteristik dalam hal sisi produksi,

---

<sup>202</sup> <http://www.australiancompetitionlaw.org/cases/2016prysmian.html>, ibid

<sup>203</sup> <http://www.accc.gov.au/media-release/japanese-cable-supplier-to-pay-135-million-.....>  
diakses pada tanggal 24 Januari 2017, pada tanggal 13.37 WIB

<sup>204</sup> <http://www.accc.gov.au/media-release/colgate-ordered-to-pay-18-million-penalty-in-...>  
diakses pada tanggal 25 Januari 2017, pukul 10.26 WIB

distribusi dan penjualan lebih murah dibandingkan deterjen kosentrat standar. Hal ini membuat para konsumen tidak memiliki pilihan dalam produk yang sejenis.<sup>205</sup> Pada kasus ini, Unilever melakukan permohonan *immunity* kepada ACCC dan permohonan tersebut diterima oleh pihak ACCC sehingga Unilever pada kasus ini terbebas dari segala tuntutan baik perdata maupun pidana.<sup>206</sup>

Colgate atas tindakannya tersebut oleh Hakim Jagot di *Federal Court of Australia* diancam dengan denda total sebanyak \$ 18.000.000 (delapan belas juta dolar amerika) dengan rincian denda sebanyak \$ 12.000.000 (dua belas juta dolar amerika) atas membuat kesepakatan menahan *supply deterjen konsentrat* dan \$ 6.000.000 (enam juta dolar amerika) atas berbagi informasi mengenai kesepakatan tersebut ke pihak lain.<sup>207</sup> Selanjutnya untuk Paul Ansell didakwa dengan pelarangan menduduki suatu jabatan dalam sebuah korporasi selama 7 tahun dan denda sebesar \$75.000 (tujuh puluh lima ribu dolar amerika) atas tuduhan secara sadar mengetahui dan turut andil dalam kesepakatan tersebut.

## **B. Urgensi Penerapan Leniency Program di Hukum Persaingan Usaha Indonesia**

### **1. Kesulitan Pembuktian Kartel di Peradilan Umum Indonesia**

KPPU sebagai otoritas yang berwenang dalam pengawasan persaingan pasar di Indonesia sebenarnya cukup gencar dalam melaksanakan investigasi mengenai kartel. Terdapat beberapa kasus kartel yang berhasil

---

<sup>205</sup> <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9ccd7eb4-01cb-4c33-a088-262bf1922> diakses pada tanggal 25 Januari 2017, pada pukul 10.54 WIB

<sup>206</sup> *Ibid*

<sup>207</sup> <http://www.accc.gov.au/media-release/colgate-ordered-to-pay-18-million-penalty-in-la>,  
*ibid*

diangkat oleh institusi ini. Berdasarkan hasil pemeriksaan yang dilakukan, KPPU berhasil mengeluarkan putusan beberapa putusan terkait kartel antara lain:

- a. Kartel Day Old Chick/DOC (Put No. 02/KPPU-I/2002);<sup>208</sup>
- b. Karga Jalur Surabaya-Makasar (Put No.03/KPPU-L/2003);<sup>209</sup>
- c. Kartel Perdagangan Garam ke Sumatera Utara (Put No.10/KPPU-L/2005);<sup>210</sup>
- d. Kartel SMS (Put No. 26/KPPU-L/2007);<sup>211</sup>
- e. Kartel Minyak Goreng (Put No. 24/KPPU-I/ 2009);<sup>212</sup>
- f. Penetapan Harga dan Kartel dalam Industri Semen (Put No. 01/KPPU-L/2010);<sup>213</sup>
- g. Kartel Obat Hipertensi (Put No. 17/KPPU-I/2010);
- h. Kartel Ban Kendaraan Bermotor Roda Empat (Put No. 08/KPPU-L/2014);<sup>214</sup>
- i. Kartel Ayam (Put no. 02/KPPU-I/2016);<sup>215</sup>

Namun pada fakta dilapangan, putusan KPPU tersebut banyak yang dibatalkan baik di tingkat Pengadilan Negeri ataupun Mahkamah Agung. Memang putusan KPPU tidak bersifat final dan mengikat (*final and*

---

<sup>208</sup> <http://www.kppu.go.id/id/putusan/2001-2005/>, diakses pada tanggal 25 Januari 2017, pukul 14.59 WIB

<sup>209</sup> *Ibid*

<sup>210</sup> *Ibid*

<sup>211</sup> <http://www.kppu.go.id/id/putusan/tahun-2007/>, diakses pada tanggal 25 Januari 2017, pukul 15.09 WIB

<sup>212</sup> <http://www.kppu.go.id/id/putusan/tahun-2009/>, diakses pada tanggal 25 Januari 2017, pukul 15.10 WIB

<sup>213</sup> <http://www.kppu.go.id/id/putusan/tahun-2010/>, diakses pada tanggal 25 Januari 2017, pukul 15.11 WIB

<sup>214</sup> *Ibid*

<sup>215</sup> <http://www.kppu.go.id/id/putusan/tahun-2016/>, diakses pada tanggal 25 Januari 2017, pukul 15.12 WIB

*binding*), karena itu dilaporkan (pelaku usaha) yang tidak puas terhadap putusan KPPU berhak untuk mengajukan keberatan melalui pengadilan negeri.<sup>216</sup> Keberatan tersebut merupakan suatu upaya hukum yang apabila dibandingkan dengan sistem peradilan umum merupakan upaya hukum banding. Pada titik tersebut komisi akan berhadapan dengan yurisdiksi, kewenangan atau kompetensi badan lain yang justru akan mulai terlibat dalam tahap rangkaian proses selanjutnya.<sup>217</sup> Apabila salah satu pihak baik itu pelaku usaha atau KPPU tidak puas terhadap putusan dari pengadilan negeri, maka ada upaya hukum kasasi yang dapat diajukan ke Mahkamah Agung yang dimana prosedur beracara di Mahkamah Agung pada tingkat kasasi tunduk pada ketentuan hukum acara mengenai kasasi.<sup>218</sup>

Sebagai contoh dibatalkannya putusan KPPU terdapat pada kasus kartel obat hipertensi yang dimana KPPU dalam putusannya No. 17/KPPU-I/2010 menyatakan PT. Pfizer Indonesia dan PT. Dexe Medica melanggar Pasal 5, Pasal 11, Pasal 25 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Atas pelanggaran tersebut KPPU menjatuhkan denda sebanyak Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima milyar rupiah) kepada masing-masing pihak.<sup>219</sup>

Kemudian pihak dari Pfizer dan Dexe melakukan upaya keberatan atas putusan KPPU ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Proses pada tingkat pengadilan negeri tersebut, ketua majelis hakim yang memeriksa perkara yakni Tjokorda Rae Suamba mengabulkan permohonan keberatan yang

---

<sup>216</sup> I Made Sarjana, *op.cit.*, hlm. 109

<sup>217</sup> *Ibid*

<sup>218</sup> *Ibid.*, hlm. 124

<sup>219</sup> Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 17/KPPU-I/2010., hlm. 284

diajukan PT. Pfizer Indonesia dan PT. Dixa Medica. Menurut majelis hakim, pemohon keberatan berhasil membuktikan melalui pemeriksaan tambahan di KPPU dan majlesi hakim juga berpendapat bahwa penggunaan *indirect evidence* (bukti tidak langsung) tidak tepat dalam pembuktian kartel.<sup>220</sup>

Dikabulkannya permohonan keberatan oleh pengadilan negeri tersebut membuat KPPU mengajukan permohonan kasasi ke Mahkamah Agung atas putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat itu sendiri. Namun permohonan kasasi yang diajukan KPPU ditolak oleh Mahkamah Agung.<sup>221</sup> Adapun pertimbangan utama majelis hakim yang terdiri Valerine J.L. Kriekhoff selaku ketua majelis serta Takdir Rahmadi dan Nurul Elmiyah selaku hakim anggota dalam putusan No. 294 K/PDT.SUS/2012 yakni:<sup>222</sup> “Bahwa Pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 : terkait dengan telah terjadi praktek kartel oleh para pelaku usaha. Bukti tidak langsung tidak sama dengan alat bukti dalam Pasal 42 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dan tidak dikenal dalam Undang-undang di Indonesia. Bukti tidak langsung tidak sama dengan alat bukti petunjuk sebagaimana diatur dalam Pasal 188 ayat (2) KUHAP, mengingat perkara persaingan usaha menganut prinsip-prinsip hukum pidana”

Atas ditolaknya permohonan kasasi tersebut, KPPU dibebankan biaya perkara dan otomatis kedua perusahaan raksasa dibidang farmasi tersebut bebas dari ancaman denda yang dijatuhkan KPPU.

---

<sup>220</sup> <http://www.gresnews.com/berita/ekonomi/182679-pn-jakpus-batalkan-putusan-kppu-soal-kartel-obat-hipertensi/0/>, diakses pada tanggal 28 Januari 2017 pukul 13.16 WIB

<sup>221</sup> <http://www.gresnews.com/berita/ekonomi/1631187-ma-kalahkan-kppu-kartel-> diakses pada tanggal 28 Januari 2017, pukul 13.21 WIB

<sup>222</sup> Putusan Mahkamah Agung (Putusan Kasasi), No. 294 K/PDT.SUS/2012., hlm. 294



Mengenai pertimbangan hakim agung tersebut, menarik untuk menelaah alat bukti yang digunakan sebagai pembuktian dalam hukum persaingan usaha. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 pada Pasal 42 telah menyatakan alat bukti yang dapat digunakan dalam sidang pembuktian yang antara lain:

- a. Keterangan saksi;
- b. Keterangan ahli;
- c. Surat dan/atau dokumen;
- d. Petunjuk;
- e. Keterangan Pelaku Usaha.

Lebih lanjut, dalam peraturan pelaksanaan penanganan perkara pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yakni pada Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Perkom) Nomor 1 Tahun 2010 pada Pasal 72 juga mengatur mengenai alat bukti yang digunakan majelis komisi untuk menilai ada tidaknya pelanggaran terjadi, yang antara lain:<sup>223</sup>

- a. Keterangan saksi
- b. Keterangan ahli;
- c. Surat dan/atau dokumen;
- d. Petunjuk;
- e. Keterangan Terlapor

Pengertian petunjuk disini yang dimaksud Perkom tersebut adalah pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini atas

---

<sup>223</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tidak Sehat (Perkom) Nomor 1 Tahun 2010 Pasal 72 ayat (1)

kebenarannya.<sup>224</sup> Juga Majelis Komisi berwenang dalam menentukan sah atau tidaknya alat bukti tersebut<sup>225</sup>

Selanjutnya, dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4 Tahun 2010 Tentang Kartel juga menyatakan mengenai alat bukti yang dalam penanganan kartel yakni:<sup>226</sup>

- a. Dokumen atau rekaman kesepakatan harga, kuota produksi atau pembagian wilayah pemasaran;
- b. Dokumen atau rekaman daftar harga ( price list) yang dikeluarkan oleh pelaku usaha secara individu selama beberapa periode terakhir (bisa tahunan atau per semester);
- c. Data perkembangan harga, jumlah produksi dan jumlah penjualan di beberapa wilayah pemasaran selama beberapa periode terakhir (bulanan atau tahunan);
- d. Data kapasitas produksi;
- e. Data laba operasional atau laba usaha dan keuntungan perusahaan yang saling berkoordinasi;
- f. Hasil analisis pengolahan data yang menunjukkan keuntungan yang berlebih/excessive profit;
- g. Hasil analisis data concius paralelism terhadap koordinasi harga, kuota produksi atau pembagian wilayah pemasaran;

---

<sup>224</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tidak Sehat (Perkom) Nomor 1 Tahun 2010 Pasal 72 ayat (3)

<sup>225</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tidak Sehat (Perkom) Nomor 1 Tahun 2010 Pasal 72 ayat (2)

<sup>226</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Perkom) Nomor 4 Tahun 2010 hlm. 23-24

- h. Data laporan keuangan perusahaan untuk masing-masing anggota yang diduga terlibat selama beberapa periode terakhir;
- i. Data pemegang saham setiap perusahaan yang diduga terlibat beserta perubahannya;
- j. Kesaksian dari berbagai pihak atas telah terjadinya komunikasi, koordinasi dan/atau pertukaran informasi antar para peserta kartel;
- k. Kesaksian dari pelanggan atau pihak terkait lainnya atas terjadinya perubahan harga yang saling menyelaraskan diantara para penjual yang diduga terlibat kartel;
- l. Kesaksian dari karyawan atau mantan karyawan perusahaan yang diduga terlibat mengenai terjadinya kebijakan perusahaan yang diselarasakan dengan kesepakatan dalam kartel;
- m. Dokumen, rekaman dan/atau kesaksian yang memperkuat adanya faktor pendorong kartel;

Mengingat Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menerapkan pendekatan *rule of reason* terhadap pelanggaran kartel maka penegak hukum persaingan usaha harus memeriksa apakah alasan-alasan para pelaku usaha melakukan kartel ini dapat diterima (*reasonable restraint*).<sup>227</sup> Suatu kartel atau kolaborasi dapat diketahui antara lain dari hal-hal berikut.<sup>228</sup>

- a. Apakah terdapat tanda-tanda adanya pengurangan produksi barang dan atau jasa atau ada tidaknya kenaikan harga? Jika tidak ada, maka perbuatan para pelaku usaha tidak bertentangan dengan Hukum Persaingan Usaha.

---

<sup>227</sup> *Ibid*

<sup>228</sup> *Ibid.*, hlm. 24-25

- b. Apakah perbuatan tersebut *naked* (semata-mata, langsung bertujuan untuk mengurangi atau mematikan persaingan), atau bersifat ancillary (bukan tujuan dari kolaborasi melainkan hanya akibat ikutan). Apabila kolaborasi bersifat naked, maka akan melawan hukum.
- c. Bahwa kartel mempunyai market power. Apabila kartel mempunyai pangsa pasar (*market power*) yang cukup, maka mereka mempunyai kekuatan untuk menyalahgunakan kekuatan tersebut. Akan tetapi apabila tidak ada market power, maka kemungkinan kecil kartel akan dapat mempengaruhi pasar.
- d. Terdapat bukti yang kuat bahwa kartel menghasilkan efisiensi yang cukup besar, sehingga melebihi kerugian yang diakibatkannya. Apabila tidak membawa efisiensi berarti kartel hanya membawa kerugian.
- e. Adanya *reasonable necessity*. Artinya tindakan para pelaku kartel tersebut memang secara akal sehat perlu dilakukan. Dengan kata lain untuk mencapai keuntungan-keuntungan yang pro persaingan yang ingin dicapai, maka perbuatan kartel tersebut perlu dilakukan, dan tidak terdapat cara lain atau alternatif lain yang seharusnya terpikirkan oleh para pelaku usaha.
- f. *Balancing test*. Setelah faktor-faktor lainnya tersebut diatas diperiksa, maka perlu dilakukan pengukuran terhadap keuntungan yang diperoleh melalui kartel, dengan kerugian yang diakibatkannya. Apabila keuntungan yang diperoleh lebih besar dibandingkan dengan kerugian yang diakibatkannya, maka perbuatan atau tindakan para pelaku usaha tersebut dapat dibenarkan.

Beberapa perkara kartel yang diperiksa dan diputus oleh KPPU, diketahui bahwa pelaku usaha umumnya melandaskan perilaku kartelnya pada tujuan untuk menstabilkan harga di pasar dan menyelamatkan kelangsungan usahanya. Perang harga yang terjadi di antara para pelaku usaha diredam dengan cara bekerja sama untuk menentukan atau melakukan penetapan harga minimum.<sup>229</sup>

Dalam membuktikan penetapan harga dalam praktik kartel tersebut terdapat dua tahapan. Tahapan pertama yang harus dilakukan adalah pembuktian bahwa dua atau lebih pelaku usaha yang diduga melakukan perjanjian penetapan harga berada dalam pasar bersangkutan yang sama. Tahapan selanjutnya adalah pembuktian adanya perjanjian diantara pelaku usaha yang diduga melakukan kesepakatan penetapan harga. Dalam tahapan ini, penggunaan bukti tidak langsung (*circumstantial evidence/indirect evidence*) menjadi penting ketika tidak ditemukan bukti langsung (*hard evidence*) yang menyatakan adanya perjanjian.<sup>230</sup>

Bukti tidak langsung yang dicari adalah bukti komunikasi (namun tidak secara langsung menyatakan adanya kesepakatan) dan analisis ekonomi. Penggunaan alat analisis ekonomi menjadi salah satu kunci penting dalam penggunaan bukti tidak langsung untuk membuktikan adanya suatu perjanjian. Analisis ekonomi berperan sebagai alat untuk menduga (*infere*) adanya koordinasi atau kesepakatan diantara pelaku usaha di

---

<sup>229</sup> Farid Nasution dan Retno Wiranti, "Kartel dan Problematikanya", *Kompetisi*, Edisi 11, 2008, hlm. 4

<sup>230</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Perkom) Nomor 4 Tahun 2011 hlm.

pasar.<sup>231</sup> Analisis plus faktor yang dikemukakan sebelumnya pada dasarnya merupakan suatu analisis ekonomi yang diperlukan untuk:

- a. Membuktikan apakah perilaku perusahaan rasional meskipun tanpa adanya kolusi. Hal ini diperlukan untuk mengesampingkan kemungkinan perilaku yang konsisten dengan kondisi persaingan.
- b. Membuktikan apakah struktur pasar mendukung terjadinya suatu kolusi.
- c. Membuktikan apakah karakteristik pasar konsisten sebagai fasilitas kolusi.
- d. Membuktikan apakah kinerja di pasar merupakan dugaan atas perjanjian penetapan harga.
- e. Membandingkan kondisi yang terjadi akibat adanya suatu perjanjian kolusi dengan kondisi yang muncul dari persaingan.

Pembuktian dari analisis ekonomi diatas digunakan untuk menyimpulkan apakah kondisi di pasar mendukung untuk kesuksesan sebuah kolusi (*prerequisites for succesful collusion*). Jika ya, maka bukti-bukti tidak langsung dapat digunakan untuk menduga adanya koordinasi di pasar sehingga dapat dijadikan petunjuk adanya penetapan harga oleh pelaku usaha.<sup>232</sup> Oleh sebab itu tidak dipungkiri bahwa KPPU sendiri sering menggunakan analisis ekonomi ini sebagai bukti tidak langsung (*indirect evidence*) dalam membongkar praktik kartel terkhusus untuk membuktikan adanya penetapan harga diantara sesama pelaku usaha. Ketergantungan KPPU dalam *indirect evidence* terlihat dalam putusan KPPU dalam kasus kartel yang selalu menggunakan *indirect evidence* dalam membuktikan

---

<sup>231</sup> *Ibid.*, hlm. 24

<sup>232</sup> *Ibid*

adanya pelanggaran. Hal ini memang dimaklumi karena membuktikan adanya praktik pelanggaran kartel tidaklah mudah, apalagi membuktikan adanya kesepakatan diantara pelaku usaha.

Namun, penggunaan *indirect evidence* tampaknya masih riskan digunakan dalam sistem peradilan di Indonesia. Hal ini terlihat dalam setiap putusan KPPU yang menjatuhkan denda kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktik pelanggaran kartel, hampir sebagian besar kandas dalam proses selanjutnya baik itu pada upaya keberatan di pengadilan negeri maupun ditingkat kasasi di Mahkamah Agung.<sup>233</sup> Tentu ini membuat KPPU merasa geram melihat kasusnya dibatalkan oleh peradilan umum. Hal ini dikarenakan peradilan umum di Indonesia masih memperdebatkan sah atau tidaknya penggunaan *indirect evidence* ini. Meskipun dalam Perkom Nomor 1 Tahun 2010 menyatakan *indirect evidence* bisa dikategorikan sebagai alat bukti petunjuk.<sup>234</sup> Ini berdasarkan dari pengertian petunjuk itu sendiri yakni “Pengetahuan Majelis Komisi yang olehnya diketahui dan diyakini atas kebenarannya.” Oleh karenanya jika Majelis Komisi sudah yakin akan bukti tidak langsung yang didapat yang merupakan analisis ekonomi terhadap persamaan harga di pasar atau terjadinya *supernormal profit* yang di dapat pelaku usaha, maka bukti tidak langsung bisa menjadi alat bukti dalam sidang di KPPU.

Namun hal ini bertolak belakang dengan apa yang dipahami oleh sistem peradilan umum. Dalam konteks hukum acara perdata, juga

---

<sup>233</sup> <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5398841721bba/pengadilan-masih-alergi-dengan-iindirect-evidence-i>, diakses pada tanggal 28 Januari 2017, pukul 22.18 WIB

<sup>234</sup> <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4c56cf0541b26/alat-bukti-kartel-> diakses pada tanggal 28 Januari 2017, pukul 22.40 WIB

menganut alat bukti tidak langsung. Adapun yang dimaksud alat bukti tidak langsung disini adalah pembuktian yang diajukan tidak bersifat fisik, tetapi yang diperoleh sebagai kesimpulan dari hal atau peristiwa yang terjadi di persidangan.<sup>235</sup> Oleh sebab itu apabila dikaitkan dengan *indirect evidence* menurut KPPU yang merupakan analisis data dan fakta dari luar persidangan tentu berbeda dari apa yang dipahami oleh peradilan umum yang menggunakan sistem hukum acara perdata

Demikian juga dalam konteks hukum acara pidana. Sistem pembuktian yang dianut oleh KUHAP adalah pembuktian menurut undang-undang secara negatif yang bermakna “salah tidaknya seorang terdakwa ditentukan oleh keyakinan hakim yang didasarkan kepada cara dan dengan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang”<sup>236</sup> Minimal dua alat bukti ditambah keyakinan hakim, begitulah yang diatur dalam Pasal 183 KUHAP. Oleh karenanya penilaian kesalahan pelaku semata-mata ditentukan oleh keyakinan seperti sistem pembuktian *conviction-in time* tidak diperkenankan karena dikhawatirkan terjadinya kesewenang-wenangan terhadap pelaku.<sup>237</sup>

Pengertian petunjuk dalam konteks *indirect evidence* hampir mirip dengan konteks sistem pembuktian *conviction-in time*, meskipun yang diyakini oleh hakim adalah analisis ekonomi yang dihasilkan oleh tim yang kompeten, namun unsur subjektifitas dari Majelis Komisi tentu tidak bisa disampingkan mengingat KPPU adalah *investigative authority* (lembaga investigasi), *enforcement authority* (lembaga pelaksana), dan *litigating*

---

<sup>235</sup> Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, Cetakan kelima belas, Sinar Grafika, Jakarta, 2015, hlm. 558

<sup>236</sup> Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Cetakan ketiga belas, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 279

<sup>237</sup> *Ibid.*, hlm. 281



*authority* (lembaga pengadilan). Selain itu, dalam mengajukan alat bukti, KPPU hanya menggunakan *indirect evidence* sebagai bukti utama dalam proses kartel. Padahal kunci utama dalam membongkar kartel adalah menemukan adanya perjanjian atau kesepakatan atau kesepakatan baik itu tertulis atau tidak tertulis sebagai *direct evidence*. Sehingga sering kali pengadilan negeri dan Mahkamah Agung masih meragukan kekuatan pembuktian *indirect evidence*.

Oleh sebab itu hukum persaingan usaha Indonesia tidak bisa hanya berharap dengan *indirect evidence* sebagai senjata pembasmi kartel. Butuh adanya kesepakatan dari berbagai elemen sistem peradilan Indonesia agar bukti tersebut bisa diperhitungkan dalam sistem hukum Indonesia.

## **2. Sanksi Pelanggaran Kartel di Indonesia**

Pengaturan sanksi pelanggaran hukum persaingan usaha Indonesia dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 47 sampai dengan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Dari pasal-pasal dimaksud terdapat tiga macam sanksi yang dapat dijatuhkan kepada pelaku usaha yang melanggar hukum persaingan usaha. Ketika macam sanksi tersebut, meliputi tindakan (sanksi) administratif yang dijatuhkan KPPU dan sanksi pidana pokok serta pidana tambahan yang dijatuhkan pengadilan.<sup>238</sup>

Secara rinci, sanksi administratif yang dapat dikenakan kepada pelaku kartel berdasarkan Pasal 47 ayat (2) antara lain:<sup>239</sup>

- a. penetapan pembatalan perjanjian

---

<sup>238</sup> Rachmadi Usman, *Hukum Acara Persaingan Usaha Di Indonesia*, Cetakan Pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 201

<sup>239</sup> Pasal 47 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

- 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 rugi; dan atau
- d. pengenaan denda serendah-rendahnya Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan
- e. setinggi-tingginya Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah).

Selanjutnya, sanksi pidana pokok yang dapat dijatuhkan kepada pelaku pelanggaran kartel terdapat pada Pasal 48 yakni:<sup>240</sup>

- a. pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 4, Pasal 9 sampai dengan Pasal 14, Pasal 16 sampai dengan Pasal 19, Pasal 25, Pasal 27, dan Pasal 28 diancam pidana denda serendah-rendahnya Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp 100.000.000.000,00 (seratus miliar rupiah), atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 6 (enam) bulan.
- b. pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 sampai dengan Pasal 8, Pasal 15, Pasal 20 sampai dengan Pasal 24, dan Pasal 26 Undang-undang ini diancam pidana denda serendah-rendahnya Rp 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah), atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 5 (lima) bulan.

Lalu terdapat sanksi pidana tambahan yang terdapat dalam Pasal 49, yakni :

---

<sup>240</sup> Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

- a. pencabutan izin usaha; atau
- b. larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap undang-undang ini untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun dan selamalamanya 5 (lima) tahun; atau
- c. penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

Telah dijelaskan sebelumnya bahwa leniency program memberikan *direct evidence* yang diberikan oleh pelaku sekaligus pemohon *leniency* kepada otoritas persaingan usaha. Sebagai timbal balik informasi atau bukti yang sangat substansial tersebut, pihak otoritas memberikan pengampunan atau pengurangan sanksi denda yang akan dikenakan kepadanya atas tindakan pelanggaran kartel tersebut. Namun disini ada hal penting yang harus diperhatikan agar leniency program bisa berjalan efektif yakni besarnya sanksi yang akan dikenakan bagi pelaku kartel dan signifikansi penghapusan atau pengurangan denda bagi pemohon *leniency program*.<sup>241</sup>

Efek pencegahan (*deterrence effect*) merupakan tujuan utama dalam penjatuhan sanksi terhadap pelaku kartel. Praktik kartel pada dasarnya tercipta atas dasarnya untuk mencapai keuntungan yang lebih atau *financial objective*. Banyak para ahli berpendapat bahwa efek pencegahan yang efektif bagi praktik kartel adalah penjatuhan sanksi yang lebih besar dari keuntungan yang didapat mereka dari praktik kartel itu sendiri.<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> OECD, *Reports, Fighting Hardcore Cartels: Harm, Effective Sanctions, and Leniency Program*, 2002, hlm. 25, diunduh dari <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>, pada tanggal 1 Desember 2016

<sup>242</sup> *Ibid.*, hlm. 72

Meskipun praktik kartel merupakan kerjasama yang sangat rapi yang dilakukan pelaku usaha, namun ketika dalam kerjasama itu terjadi ketidakadilan di dalamnya maka potensi akan adanya penghianatan dalam kerjasama itu sangat besar. Ketidakadilan yang dimaksud disini adalah bisa dari segi pembagian keuntungan praktik kartel. Namun jika ancaman sanksi yang dirasa belum seimbang dengan keuntungan yang didapat meskipun terjadi ketidakseimbangan pembagian keuntungan tersebut, maka sanksi itu hanya dipandang sebagai pajak biasa dalam menjalankan bisnis yang sangat menguntungkan.<sup>243</sup> Oleh karenanya, sanksi yang berat ditambah dengan insentif yang sepadan yang akan diterima oleh pemohon akan membuat penerapan *leniency program* berjalan optimal.<sup>244</sup>

Banyak para ahli berpendapat bahwa idealnya sanksi yang seharusnya dikenakan bagi para pelaku kartel adalah berjumlah tiga kali lipat dari total jumlah keuntungan yang didapatnya dari praktik kartel tersebut. Namun, sanksi yang idea tersebut sukar untuk dilaksanakan karena hal yang sulit untuk menentukan dan membuktikan jumlah pasti keuntungan yang didapat oleh pelaku kartel.<sup>245</sup>

Efek pencegahan memang tujuan utama dari sanksi terhadap pelaku kartel. Namun apabila sanksi denda yang dijatuhkan tidak dapat menyeimbangi keuntungan yang di dapat oleh pelaku, maka tujuan sanksi tersebut telah gagal dalam memberikan efek jera kepada pelaku yang justru menjustifikasi untuk tetap melanjutkan pelanggarananya demi terus menikmati keuntungan. Sanksi yang tidak sepadan tersebut dianggap oleh

---

<sup>243</sup> *Ibid.*, hlm. 25

<sup>244</sup> *Ibid.*, hlm. 73

<sup>245</sup> *Ibid.*, hlm. 90-91

pelaku usaha sebagai resiko bisnis yang mesti dihadapi. Maka bisa dikatakan bahwa penerapan sanksi tersebut telah gagal memberikan efek jera kepada pelaku.<sup>246</sup>

Selanjutnya, bagaimana ancaman sanksi yang diterapkan bagi pelaku kartel di Indonesia ? Menurut penulis, ancaman sanksi khususnya sanksi denda yang akan dijatuhkan kepada pelaku kartel masih dikatakan jauh dari keuntungan yang akan didapat oleh pelaku kartel. Pada sanksi administratif yang dijatuhkan oleh KPPU yang berupa denda, sebelumnya telah dijelaskan pada Pasal 42 ayat (2) huruf g menyatakan pengenaan denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000 (satu milyar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp. 25.000.000 (dua puluh lima milyar rupiah). Pengenaan sanksi ini ditentukan oleh KPPU dengan memperhatikan hal-hal yang memberatkan serta hal-hal yang meringankan.<sup>247</sup> Pada fakta dilapangan pelaku kartel mendapatkan keuntungan yang tidak sedikit atas perilakunya. Sebagai contoh kasus kartel terbaru yakni kartel ayam, akibat tindakan para pelakunya merugikan peternak sebesar Rp. 224.000.000.000 (dua ratus dua puluh empat milyar rupiah).<sup>248</sup> Tidak hanya itu, KPPU menyatakan bahwa akibat kartel tersebut juga berdampak kepada kerugian negara sebesar 300 Triliun per tahunnya.<sup>249</sup>

Dari kasus diatas jelas bahwa perlu dilakukan revisi terhadap sanksi yang akan dikenakan bagi pelaku pelanggar hukum persaingan usaha

---

<sup>246</sup> Richard. B. Macrory, *Regulatory Justice: Making Sanction Effective*, November 2006, hlm. 20-21, diunduh dari <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121212135622> pada tanggal 29 Januari 2017

<sup>247</sup> Rachmadi Usman, *Hukum Acara Persaingan Usaha Di Indonesia, op.cit.*, hlm. 219

<sup>248</sup> <https://finance.detik.com/ekonomi-bisnis/3320298/kppu-kartel-ayam-rugikan-peternak>, diakses pada tanggal 30 Januari 2017, pukul 12.17 WIB.

<sup>249</sup> <http://bisnis.news.viva.co.id/news/read/771253-ngeri-kartel-pengusaha-daging-ayam-rugikan-negara-rp300-t>, diakses pada tanggal 30 Januari 2017, pukul 12.19 WIB

khususnya pelaku praktik kartel. Ini dilakukan agar implementasi leniency program dapat berjalan dengan baik kedepannya.

### 3. Penerapan *Leniency Program* di Indonesia

*Leniency program* telah diterapkan berbagai negara dalam memberantas kartel. Setidaknya sebanyak 50 negara termasuk negara yang dikategorikan ekonomi menengah dan bawah seperti Brazil, Meksiko, dan Afrika Selatan.<sup>250</sup> Sedangkan untuk negara-negara Asia-Pasifik sendiri, negara-negara tetangga seperti Australia, Malaysia, Thailand, Taiwan, dan Cina telah mengadopsi *leniency program*, hanya Indonesia dan Filipina yang belum menerapkan *leniency program* dalam sistem hukum persaingan usahanya.<sup>251</sup> Berdasarkan kesulitan yang dialami KPPU dalam membongkar praktik kartel, maka sudah seharusnya Indonesia mengadopsi *leniency program* dalam hukum persaingan usahanya.

Wacana penerapan *leniency program* di Indonesia menjadi hal utama dibahas dalam rencana amandemen Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.<sup>252</sup> Para ahli berpendapat bahwa amandemen Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sudah sangat penting dilakukan untuk memberikan pedoman hukum yang lebih ketat terhadap pengawasan persaingan usaha di Indonesia. Tentunya tidak ketinggalan pula penguatan peran KPPU dalam hukum

---

<sup>250</sup> UNCTAD, *The Use Of Leniency Programmes As A Tool For The Enforcement Of Competition Law Against Hardcore Cartels In Developing Countries*, loc.cit

<sup>251</sup> Jones Day Commentary, *Cartel Leniency In The Asia-Pacific Region*, Mei 2012, hlm. 2, diunduh dari <http://www.jonesday.com/files/Publication/e28a7113-f2e4-4905-8cf2-541322690582/Presentation/PublicationAttachment/409ba8b8-6c6d-4dd4-a5d5-825c8665ab7e/Cartel%20Leniency.pdf>, pada tanggal 22 Januari 2017

<sup>252</sup> <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4d81f77e90173/bongkar-kartel-dengan-leniency-program>, diakses pada tanggal 31 Januari 2017, pukul 21.02 WIB

persaingan usaha juga harus diperhatikan, seperti wewenang menggeledah pelaku usaha dalam proses penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU.<sup>253</sup>

Kabar terbaru beredar bahwa amandemen Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat saat ini sedang disusun oleh Komisi VI DPR RI, dimana pada tanggal 22 April 2016 sebelumnya telah dilaksanakan Rapat Panitia Kerja (Panja) atas amandemen tersebut yang juga turut dihadiri perwakilan dari KPPU. Hasil pembahasan yang dilakukan oleh tim tersebut menghasilkan pasal mengenai *leniency program* yang telah disetujui bersama. Adapun bunyi pasalnya sebagai berikut:<sup>254</sup>

Bagian Keempat

Leniensi

Pasal .....

- (1) KPPU dapat memberikan pengampunan dan/atau pengurangan hukuman bagi pelaku usaha yang mengakui dan/atau melaporkan perbuatannya yang diduga melanggar ketentuan Pasal 4, Pasal 5, Pasal 7, Pasal 9, Pasal 10, Pasal 11, Pasal 12, Pasal 13, Pasal 15, Pasal 22, Pasal 24
- (2) Pengampunan dan/atau pengurangan hukuman sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dalam Peraturan KPPU

Berdasarkan usulan pasal tersebut, pada ayat (1) tergambar bahwa *leniency program* nantinya tidak hanya berlaku bagi praktik pelanggaran kartel semata, namun juga berlaku bagi praktik pelanggaran perjanjian

---

<sup>253</sup> *Ibid*

<sup>254</sup> Pointer diskusi yang dilakukan oleh KPPU dengan Dr. Siti Anisah S.H., M.Hum Terkait dengan hal tersebut dalam hubungannya dengan proses Amandemen Undang-Undang Republik Indonesia tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

penetapan harga, perjanjian pembagian wilayah, pemboikotan, *trust*, persekongkolan, perjanjian tertutup, oligopoli, oligopsoni.

Selain itu pada ayat (2) menerangkan bahwa nantinya untuk teknis pengaturan *leniency program* itu sendiri akan dimuat dalam suatu Perkom (Peraturan Komisi) khusus membahas *leniency*. Peraturan *leniency program* yang akan dimasukkan ke sistem hukum persaingan usaha Indonesia ini mirip dengan pengaturan *leniency program* di Australia. Seperti yang dibahas sebelumnya bahwa Australia membuat aturan tentang *leniency program* di luar undang-undang antimonopolinya yakni dengan dikeluarkannya peraturan tersendiri oleh ACCC.

Adapun hal-hal yang harus diperhatikan dalam pengaturan *leniency program* yang nantinya akan diatur dalam suatu Peraturan Komisi (Perkom) antara lain:<sup>255</sup>

a. Definisi dari *leniency program*

Definisi *leniency program* tentu perlu dijabarkan dalam peraturan itu nantinya agar seluruh para pihak bisa paham pengertian dan ruang lingkup dari *leniency* itu sendiri, seperti yang diatur dalam hukum persaingan Australia yang memberikan nama *leniency program* dengan sebutan *immunity policy*.

b. Syarat dan kewajiban dari pemohon *leniency*

Syarat dan kewajiban dari pemohon *leniency* juga perlu dalam peraturan itu nantinya. Tentunya juga dibedakan syarat dan kewajiban teruntuk bagi pihak perseorangan maupun pihak perusahaan.

---

<sup>255</sup> *Ibid*



- c. Mekanisme pemberian *leniency* atau *amnesty* atau *immunity* bagi pemohon yang sesuai kriteria pemangku *leniency*

Mekanisme yang harus diatur ini seperti siapa yang berwenang menerima permohonan tersebut, berapa lama proses pemeriksaan berkas permohonan, apa kriteria informasi yang dapat dijadikan informasi penting sebagai *direct evidence* bagi otoritas, dll.

- d. Jumlah subjek yang dapat diberikan *leniency*

Sebagai contoh yang diatur dalam *leniency program* di Australia yang hanya menerima satu pihak saja yang menerima pembebasan denda secara keseluruhan, sedangkan pihak kedua masih tetap mendapatkan keuntungan dengan adanya pengurangan sanksi denda

- e. Keuntungan yang akan didapat oleh pemohon *leniency*

Dalam peraturan itu nantinya juga harus menjelaskan keuntungan apa saja yang akan didapat sebagai pemangku *leniency*. Hal ini adalah titik terpenting dalam peraturan itu karena secara tidak langsung sebagai upaya persuasif otoritas untuk mendapatkan sebanyak-banyak pemohon *leniency*.

- f. Kerahasiaan informasi dan subjek pemangku *leniency*

Pihak otoritas juga harus mempertimbangkan mengenai kerahasiaan baik dari pihak subjek pemohon maupun informasi yang diberikannya agar *leniency program* ini dapat berjalan secara optimal.

- g. Ketentuan pembebasan sanksi denda dan/atau persen pengurangan sanksi denda bagi pemohon *leniency*

Ketentuan pembebasan sanksi dan/atau pengurangan denda harus jelas dalam pengaturannya dan pembagiannya. Sebagai perbandingan dalam peraturan *leniency program* di Australia ketentuan pembebasan sanksi hanya diberikan kepada pemohon pertama sedangkan pemohon selanjutnya diberikan pengurangan denda.

