

BAB III

TANGGUNG JAWAB DALAM PERBUATAN MELAWAN HUKUM OLEH PEMERINTAH (*ONRECHTMATIGE OVERHEADSDAAD*)

A. Perbuatan Melawan Hukum oleh Pemerintah (*Onrechtmatige Overheadsdaad*)

Dalam dunia usaha sekarang ini sesungguhnya banyak ditemukan perjanjian-perjanjian dan/atau kegiatan-kegiatan usaha yang mengandung unsur-unsur yang kurang adil terhadap pihak yang ekonominya atau sosialnya lebih lemah dengan dalih pemeliharaan persaingan yang sehat dan sulit untuk dipungkiri bahwa dibalik perjanjian-perjanjian dan/atau kegiatan-kegiatan usaha tersebut terdapat berbagai macam persaingan. Beberapa diantaranya disebut dengan persaingan yang sehat dan adil (*fair competition*), persaingan usaha yang tidak sehat¹⁵³ (*unfair competition*), bahkan terdapat juga persaingan yang destruktif (*destructive competition*).¹⁵⁴

Perilaku anti persaingan seperti persaingan usaha yang tidak sehat dan destruktif tersebut tidak dikehendaki, karena dikhawatirkan akan mengakibatkan *inefisiensi* perekonomian berupa hilangnya kesejahteraan (*economic welfare*), bahkan mengakibatkan keadilan ekonomi dalam masyarakatpun terganggu dan timbulnya

¹⁵³ Lihat Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menyatakan bahwa yang dimaksud dengan persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

¹⁵⁴ Hermansyah, *loc. cit.*

akibat-akibat ekonomi dan sosial yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, ketertiban, maupun kepentingan umum.¹⁵⁵ Seperti halnya pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 1495 K/Pdt.Sus-KPPU/2017 yang mengabulkan permohonan kasasi Komisi Pengawas Persaingan Usaha dengan amar putusan diantaranya menyatakan 19 pelaku usaha importir bawang bersama Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Kedudukan hukum atau *legal standing* dari Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia ditentukan berdasarkan Tugas Pokok dan Fungsinya sebagaimana ditentukan dalam peraturan perundang-undangan adalah sebagai bagian dari Pemerintah.¹⁵⁶

Berdasarkan pertimbangan Mahkamah Agung pada Putusan Nomor 1495 K/Pdt.Sus-KPPU/2017 menyatakan bahwa di dalam persekongkolan (*conspiracy*), dimana pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dan pihak lain akan melakukan perjanjian diam (*silent agreement*), yang diikuti oleh *concerted action* atau perilaku yang saling menyesuaikan, misalnya penggunaan dan pemanfaatan orang-orang tertentu yang sama.¹⁵⁷ Dalam hal pengurusan SPI maupun perpanjangan SPI sehingga

¹⁵⁵ *Ibid.*, hlm 23-24.

¹⁵⁶ Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *op. cit.*, Tanggapan terhadap Laporan Dugaan Pelanggaran, hlm 71.

¹⁵⁷ Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, *op.cit.*, hlm 26.

dapat dinyatakan bahwa telah terjadi persekongkolan diantara 19 pelaku usaha importir bawang putih tersebut, karena *concerted action* atau perilaku yang saling menyesuaikan, dapat dilakukan dengan banyak pihak termasuk dengan institusi pemerintah berupa tindakan kolusi, sehingga pemerintah yang dalam hal ini adalah Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia termasuk ke dalam pengertian “pihak lain”¹⁵⁸ dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain.¹⁵⁹

Lebih lanjut, Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia melakukan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheedsdaad*) yaitu melakukan persekongkolan dengan cara menyetujui permohonan perpanjangan masa berlaku SPI yang diajukan oleh para pelaku usaha importir bawang putih tersebut. Padahal, perpanjangan masa berlaku SPI tidak memiliki dasar hukum dan bertentangan dengan Pasal 11 ayat (4) Peraturan Menteri Perdagangan Nomor 30/M-DAG/PER/5/2012 tentang Ketentuan Impor Produk Hortikultura yang menyatakan bahwa: ”persetujuan impor sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf a berlaku sesuai dengan rekomendasi instansi terkait terhitung sejak tanggal diterbitkan”.

Kebijakan perpanjangan masa berlaku SPI yang diterapkan oleh Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia tidak transparan dan diskriminatif, dikarenakan Direktorat Jenderal Perdagangan Luar

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia pada tingkat Pertama dan Terakhir, *loc. cit.*

Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia tidak mengumumkan secara resmi kebijakan perpanjangan masa berlaku SPI tersebut. Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan juga melakukan perilaku diskriminatif dengan menolak pelaku usaha yang menanyakan kepada Kementerian Perdagangan mengenai mekanisme perpanjangan SPI yang akan melakukan perpanjangan SPI.¹⁶⁰

Tidak dapat dipungkiri bahwa dewasa ini terdapat banyak sekali kasus mengenai putusan-putusan pemerintah yang secara substansial dapat dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum, namun karena didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan Negara, tidak tampak adanya suatu perbuatan melawan hukum. Keadaan semacam ini jelas menimbulkan kerugian dan rakyat yang menjadi korbannya belum mendapatkan keadilan yang seharusnya menjadi hak mereka. Hal inilah yang pada akhirnya menimbulkan berbagai gejolak sosial dan bahkan dapat berujung pada tindakan-tindakan yang bersifat anarkis.¹⁶¹

Konsep perbuatan melawan hukum yang diimplementasikan di Negara Indonesia berasal dari perkembangan sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*) yang diatur pada Pasal 1365 hingga Pasal 1380 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPerdata). Pasal-pasal tersebut mengatur bentuk tanggung jawab atas perbuatan melawan hukum.¹⁶² Perbuatan melawan hukum diatur

¹⁶⁰ Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *loc. cit.*

¹⁶¹ Sudikno Mertokusumo, *loc. cit.*

¹⁶² Eva Novianty, *Analisa Ekonomi dalam Penggunaan Gugatan Strict Liability Kasus Lumpur Lapindo*, (Jakarta: FH UI), 2011, hlm 24.

pada Buku III KUHPerdara tentang perikatan, yang pada umumnya dikuasai oleh satu aturan pokok yang umumnya dinyatakan pada Pasal 1365 KUHPerdara.¹⁶³

Pada hakikatnya, ajaran mengenai perbuatan melawan hukum oleh pemerintah itu tak ada bedanya dengan ajaran mengenai perbuatan melawan hukum pada umumnya: kedua-duanya adalah ajaran tentang keseimbangan masyarakat.¹⁶⁴ Oleh karenanya substansi Pasal 1365 KUHPerdara senantiasa memerlukan pengaturan yang lebih khusus di luar KUHPerdara, karena perbuatan melawan hukum senantiasa selalu berkembang melalui penafsiran putusan-putusan pengadilan dan penafsiran peraturan perundang-undangan.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sebagai hukum persaingan usaha yang bersifat komprehensif ternyata bukan satu-satunya instrumen hukum yang mengatur persaingan usaha. Di dalam instrumen hukum lain ternyata dapat pula ditemukan Pasal-Pasal tertentu yang berkenaan dengan persaingan usaha. Beberapa ketentuan yang menyangkut persaingan usaha sebelum keluarnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dapat ditemukan tercantum di dalam instrumen-instrumen hukum berikut, diantaranya: Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Kitab Undang-Undang Hukum

¹⁶³ Sudikno Mertokusumo, *loc. cit.*

¹⁶⁴ *Ibid.*, hlm 37.

Perdata (*Burgelijk Wetboek*),¹⁶⁵ dan beberapa peraturan perundang-undangan lainnya.¹⁶⁶

Meskipun dirumuskan secara umum, di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dapat ditemukan satu Pasal yang mengatur persaingan usaha. Pasal 382 bis Kitab Undang-Undang Hukum Pidana mengancam pidana bagi orang yang melakukan persaingan curang.¹⁶⁷ Praktik-praktik dagang yang curang (*unfair trading practices*) dapat dituntut secara pidana berdasarkan Pasal 382 bis Kitab Undang-Undang Hukum Pidana¹⁶⁸ yang berbunyi: “Barang siapa untuk mendapatkan, melangsungkan, atau memperluas hasil perdagangan atau perusahaan milik sendiri atau orang lain, melakukan perbuatan curang untuk menyesatkan khalayak umum atau seorang tertentu, diancam karena persaingan curang, dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak tiga belas ribu lima ratus rupiah, bila perbuatan itu dapat menimbulkan kerugian bagi konkuren-konkurennya atau konkuren-konkuren orang lain itu.” Berdasarkan Pasal 382 bis Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, ada dipenuhi dua syarat, yakni: terjadinya tindakan tertentu yang dapat dikategorikan sebagai persaingan curang; perbuatan persaingan curang dilakukan dalam rangka untuk mendapatkan hasil

¹⁶⁵ Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hlm 72-73.

¹⁶⁶ Pasal 13 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Pasal 10 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal.

¹⁶⁷ Arie Siswanto *loc. cit.*

¹⁶⁸ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004), hlm 25.

perdagangan/perusahaan, melangsungkan hasil perdagangan/perusahaan, dan memperluas hasil perdagangan.¹⁶⁹

Adapun peraturan-peraturan perdata Indonesia yang secara parsial menyinggung Hukum Persaingan dapat ditemukan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yaitu Pasal 1365 KUHPerdata. Tiap perbuatan melawan hukum yang membawa kerugian kepada orang lain mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut.¹⁷⁰ Demikian pula pesaing yang dirugikan akibat praktik-praktik dagang curang tersebut, dapat menuntut secara perdata berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata.¹⁷¹ Pasal ini sebenarnya merupakan Pasal yang sangat luas karena sekadar meletakkan prinsip bahwa orang yang menimbulkan kerugian pada orang lain karena perbuatan melawan hukum wajib mengganti kerugian. Dengan Pasal “karet” itu, siapa pun yang merasa dirugikan oleh perbuatan orang lain yang melawan hukum lantas memiliki akses untuk menuntut ganti rugi secara hukum. Jelas Pasal ini tidak mengatur persaingan secara khusus. Hanya saja karena “keluasannya”, Pasal ini dapat dijadikan dasar oleh mereka yang menderita kerugian akibat perbuatan curang di dalam persaingan usaha.¹⁷²

Pasal 52 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menyatakan bahwa sejak berlakunya undang-undang ini, semua peraturan perundang-undangan yang mengatur

¹⁶⁹ Mustafa Kamal Rokan, *op. cit.*, hlm 29.

¹⁷⁰ Muhamad Sadi Is, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia (Sebagai Upaya Penguatan Lembaga Komisi Pengawas Persaingan Usaha KPPU)*, (Malang: Setara Press, 2016), hlm 33.

¹⁷¹ Rachmadi Usman, *loc. cit.*

¹⁷² Arie Siswanto, *loc. cit.*

atau berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha dinyatakan tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan atau belum diganti dengan yang baru berdasarkan Undang-undang ini. Dikarenakan aturan-aturan yang terdapat pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat merupakan aturan-aturan hukum yang bersifat khusus dan belum mengatur secara lengkap, maka dapat digunakan ketentuan yang bersifat umum, dengan begitu maka berlaku asas *lex specialis derogat legi generali*.

Asas *lex specialis derogat legi generali* adalah azas penafsiran hukum yang mengatur bahwa hukum yang bersifat khusus (*lex specialis*) mengesampingkan hukum yang bersifat umum (*lex generalis*). Dalam azas ini harus diperhatikan bahwa ketentuan yang akan mengesampingkan (*lex specialis*) haruslah sederajat dengan ketentuan yang akan dikesampingkan (*lex generalis*).¹⁷³ Asas ini mengandung makna, bahwa aturan hukum yang khusus akan mengesampingkan aturan hukum yang umum,¹⁷⁴ maka apabila suatu aturan tertentu tidak di atur dalam aturan hukum yang khusus maka berlaku ketentuan aturan hukum umum.

Beberapa prinsip yang harus diperhatikan dalam asas *lex specialis derogat legi generali*, yaitu:¹⁷⁵

1. Ketentuan-ketentuan yang didapati dalam aturan hukum umum tetap berlaku, kecuali yang diatur khusus dalam aturan hukum khusus tersebut;

¹⁷³ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia pada tingkat Pertama dan Terakhir, *op. cit.*, hlm 85-86.

¹⁷⁴ <http://ditjenpp.kemenkumham.go.id/htn-dan-puu/421-harmonisasi-peraturan-perundang-undangan.html> Akses 14 November 2019.

¹⁷⁵ Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia (Satu Kajian Teoritik)*, (Yogyakarta: FH UII Pres, 2004), hlm 58.

2. Ketentuan-ketentuan *lex specialis* harus sederajat dengan ketentuan-ketentuan *lex generalis* (undang-undang dengan undang-undang);
3. Ketentuan-ketentuan *lex specialis* harus berada dalam lingkungan hukum yang sama dengan *lex generalis*. Kitab Undang-Undang Hukum Dagang dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sama-sama termasuk lingkungan hukum keperdataan.

Hikmahanto Juwana mengemukakan pendapatnya dalam yurisprudensi pada Putusan Pengadilan Pajak Nomor: PUT.48495/PP/M.XII/04/2013, yang menyatakan bahwa doktrin “*Lex specialis derogat legi generali*” hanya dapat diberlakukan terhadap produk hukum yang sama dengan substansi masalah yang diatur sama dimana yang satu lebih khusus daripada yang lain, seperti Undang-undang dengan Undang-undang dimana satu Undang-undang mengatur hal secara umum sementara Undang-undang yang lain mengatur secara khusus.¹⁷⁶

Dilihat dari berbagai ketentuan yang terdapat pada KUHPerdata, yang dapat melindungi pelaku usaha dari tindak pelaku usaha lain yang merugikan bahkan kebijakan pemerintah yang merugikan pelaku usaha dan masyarakat sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat adalah Pasal 1365 KUHPerdata. Pasal 1365 KUHPerdata menyatakan bahwa tiap perbuatan melawan hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut. Tafsiran mengenai perbuatan melawan hukum ini tidak saja berlaku bagi warganegara (pelaku

¹⁷⁶ Putusan Pengadilan Pajak pada Pengadilan Tinggi Jakarta pada tingkat Banding dalam pengajuan banding terhadap Koreksi Pajak Kendaraan Bermotor dan Bea Balik Nama Kendaraan Bermotor Jenis Alat Berat/Besar Merk Caterpillar Type Crane Grove AP308 8 Ton Carry Deck Tahun Perakitan 1997 sebesar Rp.136.000,00, Nomor PUT.48495/PP/M.XII/04/2013, hlm 3.

usaha dan/atau masyarakat) melainkan berlaku pula bagi negara bila negara itu melakukan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige overheidsdaad*), baik dalam melaksanakan tugas menurut hukum publik maupun terjun dalam kegiatan hukum perdata.¹⁷⁷

Akan tetapi, dalam upaya menciptakan iklim persaingan yang sehat, ternyata masih belum ada putusan pengadilan Indonesia mengenai perbuatan curang yang dibuat berdasarkan gugatan perdata atas dasar Pasal 1365 KUHPperdata. Yurisprudensi yang ada hanyalah perkara-perkara merek dagang sehingga yurisprudensi di bidang persaingan curang dan monopoli usaha dalam rangka untuk mengatasi kelemahan aturan perundang-undangan yang berlaku melalui kearifan hakim sejauh ini belum pernah ditemukan. Hal tersebut memperlihatkan bahwa penegak hukum memiliki pemahaman yang terbatas dalam memahami aspek-aspek diluar hukum. Akibat dari kelemahan penegak hukum maka praktik-praktik monopoli sampai saat ini masih sering terjadi dan secara terus menerus merugikan masyarakat.¹⁷⁸

Ketentuan pada Pasal 1365 KUHPperdata dipertegas kembali pada Pasal 1366 KUHPperdata yang menyatakan bahwa setiap orang bertanggung jawab tidak hanya untuk kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatannya tetapi juga disebabkan oleh kelalaiannya. Kedua pasal tersebut menegaskan bahwa perbuatan melawan hukum

¹⁷⁷ Sutisna Atmadipraja, *Perbuatan Melawan Hukum dalam Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Djatnika, 1990), hlm 35.

¹⁷⁸ Osgar S. Matompo, *Hakikat Hukum Sistem Persaingan Usaha yang Sehat, Kompetitif dan Berkeadilan*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2015), hlm 10.

tidak saja mencakup suatu perbuatan, tetapi juga mencakup tidak berbuat. Pasal 1365 KUHPerdara mengatur tentang perbuatan dan Pasal 1366 KUHPerdara mengatur tentang tidak berbuat (kelalaian).¹⁷⁹

Dilihat dari konsep pengaturannya pada KUHPerdara tentang perbuatan melawan hukum, dan juga seperti di negara-negara dalam sistem hukum Eropa Kontinental lainnya, perbuatan melawan hukum dalam ilmu hukum dikategorikan menjadi 3 (tiga) bagian, diantaranya: perbuatan melawan hukum yang diakibatkan oleh kesengajaan; perbuatan melawan hukum tanpa adanya kesalahan (tanpa adanya unsur kesengajaan maupun unsur kelalaian); perbuatan melawan hukum yang dikibatkan oleh kelalaian. Dengan demikian, konsep tanggung jawab hukum yang diterapkan di Indonesia, diantaranya:¹⁸⁰

1. Tanggung jawab dengan unsur kesalahan, adanya unsur kesengajaan dan/atau unsur kelalaian, seperti yang diatur pada Pasal 1365 KUHPerdara.
2. Tanggung jawab dengan unsur kesalahan, khususnya terdapat unsur kelalaian seperti yang diatur pada Pasal 1366 KUHPerdara.
3. Tanggung jawab mutlak (tanpa kesalahan) dalam arti yang sangat terbatas seperti yang diatur pada Pasal 1367 KUHPerdara.

Dalam hal tanggung jawab, Pasal 1365 KUHPerdara mengatur tentang tanggung jawab yang diakibatkan oleh adanya perbuatan melawan hukum baik karena berbuat (postip = *culpa in commitendo*) atau karena tidak berbuat (pasif=*culpa in commitendo*). Sedangkan ketentuan pada Pasal 1366 KUHPerdara lebih mengarah

¹⁷⁹ R. Subekti dan R. Tjitrisudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Burgelijk Wetboek dengan tambahan Undang-Undang Pokok Agraria, Undang-Undang Perkawinan*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2004), hlm 346.

¹⁸⁰ Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum: Pendekatan Kontemporer*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005), hlm 3.

pada tuntutan tanggung jawab yang diakibatkan oleh kesalahan karena kelalaian (*onrechtmatigenalaten*).¹⁸¹

Tanggung jawab pada Pasal 1367 KUHPerdato menyatakan bahwa seseorang tidak hanya bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan perbuatannya sendiri, melainkan juga atas kerugian yang disebabkan perbuatan-perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya atau disebabkan oleh barang-barang yang berada di bawah pengawasannya. Artinya, seseorang bertanggung jawab secara perdata atas kerugian akibat pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain yang menjadi tanggungannya.

Ketentuan lebih lanjut pada Pasal 1367 KUHPerdato mengatur mengenai pihak-pihak yang dapat dimintakan tanggung jawab, diantaranya: orangtua dan wali bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh anak-anak yang belum dewasa, yang tinggal pada mereka dan terhadap siapa mereka melakukan kekuasaan orangtua atau wali. Majikan-majikan dan mereka yang mengangkat orang-orang lain untuk mewakili urusan-urusan mereka bertanggung jawab atas bawahannya. Guru-guru sekolah dan kepala-kepala tukang bertanggung jawab terhadap murid-murid dan tukang-tukang di bawah pengawasan mereka.

Tanggung jawab pada Pasal 1367 KUHPerdato berakhir apabila orang tua, wali, guru sekolah dan kepala tukang serta majikan dan mereka yang mengangkat orang lain untuk mewakili urusan mereka itu membuktikan bahwa mereka tidak dapat mencegah perbuatan untuk mana mereka seharusnya bertanggung jawab.

¹⁸¹ Mira Febriliana, *Perbuatan Melawan Hukum atas Tidak Diserahkannya Sertifikat dalam Jual Beli Rumah antara Ny. Aimy Pramono dengan Ny. Mieke Surjana Dihubungkan dengan Buku III KUHPerdato*, (Bandung: Universitas Pasundan, 2017), hlm 77.

Perbuatan Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri untuk memperpanjang jangka waktu berlakunya SPI yang tidak sesuai dengan Peraturan Menteri Perdagangan Nomor 30/M-DAG/PER/5/2012 tersebut dilakukan untuk dan atas nama Menteri Perdagangan, oleh karenanya dapat diduga Menteri menyetujui atau setidak-tidaknya mengetahui tindakan dari Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri,¹⁸² seperti yang telah diatur pada Pasal 10 ayat (2) Peraturan Menteri Perdagangan Nomor 30/MDAG/PER/5/2012 tentang Ketentuan Impor Produk Hortikultura menyatakan bahwa Menteri mendelegasikan kewenangan penerbitan persetujuan impor sebagaimana dimaksud pada ayat (1) kepada Direktur Jenderal untuk dan atas nama Menteri.

Kalimat “untuk dan atas nama” pada Pasal 10 ayat (2) Peraturan Menteri Perdagangan Nomor 30/MDAG/PER/5/2012 tentang Ketentuan Impor Produk Hortikultura mengartikan bahwa Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia bertindak untuk dan atas nama Menteri, dan berdasarkan pada Pasal 1 angka 20 Peraturan Menteri Perdagangan Nomor 30/MDAG/PER/5/2012 tentang Ketentuan Impor Produk Hortikultura menyatakan bahwa Menteri adalah menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintah di bidang perdagangan, sehingga segala sebab dan akibat dari delegasi¹⁸³

¹⁸² Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *op. cit.*, Tentang Duduk Perkara, Investigator membacakan Laporan Dugaan Pelanggaran, angka 10.3.41.3.3, hlm 39-40.

¹⁸³ Lihat Pasal 1 angka 23 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menyatakan yang dimaksud dengan Delegasi adalah pelimpahan Kewenangan dari Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih tinggi kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih rendah dengan tanggung jawab dan tanggung gugat beralih sepenuhnya kepada penerima delegasi. Tanggung jawab pada delegasi kewewenangan menurut perspektif hukum administrasi

kewewenangan tersebut menjadi tanggung jawab sepenuhnya dari Menteri Perdagangan Republik Indonesia. Berdasarkan ketentuan tersebut, maka berlaku tanggung jawab mutlak (tanpa kesalahan) dalam arti yang sangat terbatas seperti yang diatur pada Pasal 1367 KUHPerdara yang mengatur tentang tanggung jawab seseorang secara perdata atas kerugian akibat pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain yang menjadi tanggungannya tersebut, sehingga Menteri Perdagangan Republik Indonesia dalam hal ini bertanggung jawab terhadap perbuatan yang dilakukan oleh Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 1495K/Pdt.Sus-KPPU/2017 pada amar putusan diantaranya menyatakan bahwa 19 pelaku usaha importir bawang bersama Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Tindakan Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia yang bersekongkol dengan pelaku usaha dalam hal perpanjangan SPI yang tidak

pemerintahan berdasarkan Pasal 13 ayat (7) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menyatakan bahwa Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh Wewenang melalui Delegasi, tanggung jawab Kewenangan berada pada penerima Delegasi; berbeda dengan tanggung jawab yang diatur pada Pasal 1367 KUHPerdara yang mengatur tentang tanggung jawab seseorang secara perdata atas kerugian akibat pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain yang menjadi tanggungannya tersebut. Namun dalam hal delegasi kewewenangan menurut perspektif hukum administrasi pemerintahan bukan merupakan fokus penelitian penulis, karena fokus penelitian penulis pada tanggung jawab pemerintah dalam perbuatan melawan hukum menurut perspektif hukum persaingan usaha yang merupakan bagian dari hukum perdata.

memiliki dasar hukum dan menyimpang dari prosedur yang seharusnya dilakukan, serta menghilangkan kesempatan pelaku usaha pesaing untuk mendapatkan perpanjangan SPI dapat dikualifikasikan sebagai tindakan pemerintah dalam hal ini Kementerian Perdagangan sebagai tindakan yang dilakukan oleh badan hukum publik.

Menteri Perdagangan Republik Indonesia mempertanggungjawabkan perbuatan melawan hukum yang telah dilakukan oleh Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia sebagaimana ketentuan Pasal 1365 KUHPerdara yang menyatakan bahwa tiap perbuatan melawan hukum yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian tersebut, mengganti kerugian tersebut. Dengan demikian, Menteri Perdagangan Republik Indonesia sebagai atasan dari Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dapat dimintakan pertanggungjawaban secara tidak langsung berdasarkan Pasal 1367 KUHPerdara.

B. Penerapan Sanksi terhadap Instansi Pemerintah yang Melakukan Perbuatan Melawan Hukum

Ajaran mengenai perbuatan melawan hukum oleh pemerintah itu memberi kesempatan kepada perseorangan untuk menggugat pemerintah karena tindakannya

yang bersifat melawan hukum.¹⁸⁴ Akan tetapi, Indonesia sebagai negara yang berdaulat (*state sovereignty*) adalah negara yang merdeka, hal ini tentunya menimbulkan implikasi bahwa setiap negara yang berdaulat memiliki suatu imunitas. Imunitas merupakan serapan kata dari *immunity* yang berarti kekebalan. Kekebalan asal katanya yaitu kebal yang dalam bidang hukum berarti tidak dapat dituntut.¹⁸⁵

Dalam penerapan teori imunitas negara, terdapat dua teori imunitas negara, yaitu teori imunitas negara mutlak (*absolute sovereign immunity*), yang menerangkan bahwasanya negara dalam segala tindakannya tidak dapat dilakukan gugatan terhadap negara tersebut di pengadilan lain tanpa adanya persetujuan dasar dari negara yang bersangkutan.¹⁸⁶ Kemudian, teori imunitas negara relatif (*restrictive sovereign immunity*), yaitu merupakan hasil perkembangan dari prinsip imunitas negara mutlak karena konsep imunitas negara mutlak dianggap kurang menjamin keadilan kepada perusahaan swasta¹⁸⁷ dikarenakan Negara dapat berlindung dibalik konsep imunitas absolut untuk tindakan yang sifatnya komersial (*private acts*).¹⁸⁸ Dalam penerapan imunitas negara relatif dibatasi dengan kriteria yang didasarkan terhadap tindakan yang dilakukan oleh negara, yaitu tindakan negara yang berkaitan dengan

¹⁸⁴ Sudikno Mertokusumo, *loc. cit.*

¹⁸⁵ W.J.S. Poerwadarminta, *loc. cit.*

¹⁸⁶ Sudargo Gautama, *loc. cit.*

¹⁸⁷ Rosanne van Alebeek, *loc. cit.*, dalam ulasan Muhammad Eka Ari Pramuditya, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4e7051b423af9/apa-itu-prinsip-ijure-imperii-i/> Akses 20 September 2019.

¹⁸⁸ Leandro de Oliveira Moll, *loc. cit.*, dalam ulasan Muhammad Eka Ari Pramuditya, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4e7051b423af9/apa-itu-prinsip-ijure-imperii-i/> Akses 20 September 2019.

pemerintahan (*jure imperii*) dan tindakan negara yang berkaitan dengan keperdataan (*jure gestionis*).¹⁸⁹

Tindakan negara yang berkaitan dengan pemerintahan atau *jure imperii* yang juga dikenal sebagai *acta de jure imperii* atau *jus imperii* atau *public act* adalah tindakan resmi suatu negara di bidang publik dalam kapasitasnya sebagai suatu negara (beserta perwakilannya) di bidang publik dalam kapasitasnya sebagai suatu negara yang berdaulat. Imunitas ini dapat diberikan kepada suatu negara dengan tindakan *jure imperii*.¹⁹⁰ Sedangkan mengenai tindakan negara *jure gestionis* atau dikenal sebagai *acta de jure gestionis*, dalam Duhaime's Law dictionary Jure Gestionis diistilahkan sebagai *the private or commercial acts of a state*,¹⁹¹ yaitu tindakan negara yang berkaitan dengan hukum perdata atau tindakan yang berhubungan dengan hal-hal komersil (*private law or acts of commercial*) yang dapat dianggap sebagai layaknya perdagangan pada umumnya. Oleh karena itu, apabila ada sengketa yang ditimbulkan dari akibat tindakan tersebut, maka negara dapat digugat melalui upaya hukum di badan peradilan. Tindakan negara yang bersifat melawan hukum menimbulkan konsekuensi terhadap negara untuk bertanggungjawab atas tindakannya. Oleh karena menyangkut tindakan negara yang sifatnya keperdataan atau *jure gestionis*, maka negara tidak dapat diberikan imunitas. Dengan demikian,

¹⁸⁹ M. Lutfi Chakim, *loc. cit.*

¹⁹⁰ L. Fischer Damrosch et al, *loc. cit.*, dalam ulasan Muhammad Eka Ari Pramuditya, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4e7051b423af9/apa-itu-prinsip-ijure-imperii-i/> Akses 20 September 2019.

¹⁹¹ Duhaime's Law Dictionary, *loc. cit.*, dalam <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/J/JureGestionis.aspx> Akses 20 September 2019.

untuk menentukan apakah suatu negara memiliki imunitas adalah dengan menentukan ruang lingkup tindakannya sebagai *jure imperii* atau *jure gestionis*.¹⁹²

Tindakan negara yang berkaitan dengan pemerintah dalam hal perpanjangan masa berlaku SPI yang diterapkan oleh Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dianggap sebagai tindakan negara dalam menjalankan kegiatan ekonomi (*jure gestionis*). Oleh sebab itu, Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dianggap sebagai subjek hukum perdata. Dikarenakan tindakan negara yang sifatnya keperdataan atau *jure gestionis*, maka pemerintah dalam hal ini Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia tidak dapat diberikan imunitas dan dapat digugat melalui upaya hukum di badan peradilan. Tindakan negara yang bersifat melawan hukum menimbulkan konsekuensi terhadap negara untuk bertanggungjawab atas tindakannya.

Berdasarkan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1495 K/Pdt.Sus-KPPU/2017 pada amar putusan diantaranya menyatakan bahwa 19 pelaku usaha bersama Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dan menghukum para pelaku usaha untuk membayar denda yang besarnya berbeda-beda untuk setiap pelaku usaha.

¹⁹² M. Lutfi Chakim, *loc. cit.*

Denda merupakan usaha untuk mengambil keuntungan yang didapatkan oleh pelaku usaha yang dihasilkan dari tindakan anti persaingan. Selain itu denda juga ditujukan untuk menjerakan pelaku usaha agar tidak melakukan tindakan serupa atau ditiru oleh calon pelanggar lainnya.¹⁹³ Adapun tentang perhitungan denda yang besarnya berbeda-beda, Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam menentukan besaran denda akan menempuh dua langkah berdasarkan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pedoman Tindakan Administratif sesuai ketentuan Pasal 47 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yaitu: penentuan besaran nilai dasar¹⁹⁴ dan penyesuaian terhadap besaran nilai dasar denda¹⁹⁵ dengan menambahkan dan/atau mengurangi besaran nilai dasar tersebut. Penentuan besaran nilai dasar, dihitung berdasarkan kuota masing-masing pelaku usaha dikalikan dengan besaran keuntungan eksesif, dengan dikurangi Pajak Pertambahan Nilai (PPN) sebesar 10% (sepuluh persen), dikalikan lama pelanggaran.¹⁹⁶

Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia sebagai instansi pemerintah terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheedsdaad*) pada persekongkolan

¹⁹³ Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pedoman Tindakan Administratif sesuai Pasal 47 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, BAB II Pedoman Tindakan Administratif, hlm 2.

¹⁹⁴ *Ibid.*, hlm 8.

¹⁹⁵ *Ibid.*, hlm 9.

¹⁹⁶ Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *op. cit.*, tentang Perhitungan Denda, hlm 289.

bersama 19 pelaku usaha importir bawang putih melanggar Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Akan tetapi, Mahkamah Agung berdasarkan Putusan Nomor 1495 K/Pdt.Sus-KPPU/2017 tidak menghukum terlapor XXI yaitu Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan terlapor XXII yaitu Menteri Perdagangan Republik Indonesia dikarenakan pada pokok permohonan kasasi Komisi Pengawas Persaingan Usaha mengajukan petitum diantaranya menguatkan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 05/KPPU-I/2013 tanggal 20 Maret 2014.¹⁹⁷

Amar Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 05/KPPU-I/2013 tanggal 20 Maret 2014 juga tidak menghukum terlapor XXI yaitu Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan terlapor XXII yaitu Menteri Perdagangan Republik Indonesia tetapi Komisi Pengawas Persaingan Usaha memberikan saran dan pertimbangan berupa rekomendasi kepada setiap Instansi Pemerintah dalam hal ini Kementerian Pertanian Republik Indonesia dan Kementerian Perdagangan Republik Indonesia untuk memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat dalam perumusan kebijakannya dan menyatakan penetapan kebijakan import khususnya yang menggunakan Skema kuota harus berkoordinasi dengan instansi terkait.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, *op.cit.*, hlm 24-25.

¹⁹⁸ Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *op. cit.*, tentang Rekomendasi Majelis Komisi, hlm 288.

Rekomendasi tersebut diberikan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha dikarenakan terdapat pembatasan terhadap tugas dan kewenangan yang dimiliki oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha sebagai lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain,¹⁹⁹ diantaranya Komisi Pengawas Persaingan Usaha bertugas memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat²⁰⁰ dan Komisi Pengawas Persaingan Usaha hanya berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat²⁰¹ sedangkan sanksi pidana adalah wewenang pengadilan.²⁰² Hal ini menegaskan bahwa kewenangan menjatuhkan sanksi yang dimiliki oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha terbatas hanya pada pelaku usaha.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif pengenaan denda kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, namun Komisi Pengawas Persaingan Usaha tidak berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif penetapan pembayaran

¹⁹⁹ Pasal 30 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

²⁰⁰ Pasal 35 huruf e Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

²⁰¹ Pasal 36 huruf 1 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

²⁰² Penjelasan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, *loc. cit*

ganti rugi yang diberikan kepada pelaku usaha dan kepada pihak lain yang dirugikan dikarenakan Komisi Pengawas Persaingan Usaha bukan lembaga yang berwenang memberikan ganti rugi, kecuali untuk laporan yang disertai tuntutan ganti rugi.²⁰³ Sedangkan dalam kasus impor bawang putih ini merupakan inisiatif dari Komisi Pengawas Persaingan Usaha bukan dari laporan.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat mengatur tentang pentingnya penegakan hukum. Bahkan, dalam Praktiknya, beberapa aspek yang terkait dengan lemahnya penegakan hukum yaitu kebijakan pemerintah yang kurang tepat.²⁰⁴ Oleh karena itu, untuk mewujudkan cita-cita demokrasi ekonomi sebagaimana amanat konstitusi negara yaitu demokrasi berdasarkan ekonomi kerakyatan atau demokrasi Pancasila maka semua kebijakan pemerintah harus tepat dalam arti berdaya guna bagi kepentingan masyarakat banyak.²⁰⁵

Terkait kebijakan-kebijakan pemerintah yang dianggap tidak mengindahkan asas-asas persaingan sehat, Komisi Pengawas Persaingan Usaha hanya dapat memberikan saran dan pertimbangan berupa rekomendasi. Sehingga, ketika pemerintah dalam hal ini Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia mengeluarkan kebijakan yang dapat menyebabkan

²⁰³ <https://amp.kompas.com/otomotif/read/2019/11/12/065200115/kasus-kartel-honda-yamaha-kembali-hangat-kppu-ikut-terseret-> Akses 14 November 2019. Lihat juga Pasal 38 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

²⁰⁴ Penjelasan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, *loc. cit.*

²⁰⁵ Osgar S. Matompo, *op. cit.*, hlm 223.

persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan orang banyak, Komisi Pengawas Persaingan Usaha tidak memiliki kewenangan untuk menjatuhkan sanksi karena kewenangan Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang terbatas hanya memberikan saran dan pertimbangan. Dengan demikian di perlukannya langkah lain yang dapat digunakan sehingga penegakan hukum persaingan usaha dapat berjalan sebagaimana mestinya.

Langkah lain yang dapat digunakan dalam penegakan hukum adalah melakukan upaya hukum yang dapat ditempuh melalui Pengadilan Umum dengan cara mengajukan gugatan Perbuatan Melawan Hukum berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdara baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama (*class action*²⁰⁶) dengan menggunakan dasar Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 05/KPPU-I/2013 yang telah diperkuat kembali dengan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1495 K/Pdt.Sus-KPPU/2017.

Gugatan Perbuatan Melawan Hukum tersebut dapat diajukan oleh pihak-pihak yang merasa dirugikan atas kebijakan perpanjangan SPI yang diterapkan oleh Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia, pihak-pihak yang merasa dirugikan dapat terdiri dari pelaku usaha lain yang merasa dirugikan atas kebijakan tersebut dan/atau masyarakat yang terkena imbas dari diterapkannya kebijakan tersebut.

²⁰⁶ <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl2436/class-action/> Akses 21 November 2019.

Kewenangan Pengadilan Umum untuk menyelesaikan sengketa *onrechtmatige overheidsdaad* ini menurut sejarahnya didasarkan pada asas konkordasi, yakni mengikuti praktek peradilan di Belanda. Sebagaimana telah disebutkan bahwa ketika pemerintah bertindak dalam lapangan keperdataan, pemerintah memiliki kedudukan yang sama dengan orang biasa (*privat persoon*) dan badan hukum perdata, karena itu diterapkan ketentuan Hukum Perdata dan diselesaikan oleh hakim perdata,

“de burgerlijke rechter is-op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad-bevoegd de overhead te voordelen tot betaling van schadevergoeding. Daarnaast kan hij in veel gevallen de overhead verbieden of gebieden bepaalde gedragingen te verrichten” (hakim perdata -berkenaan dengan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah-berwenang menghukum pemerintah untuk membayar ganti kerugian. Di samping itu, hakim perdata dalam berbagai hal dapat mengeluarkan larangan atau perintah terhadap pemerintah untuk melakukan tindakan tertentu).²⁰⁷

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang merupakan kiblatnya hukum perdata di Indonesia, termasuk kiblat bagi hukum yang berkenaan dengan perbuatan melawan hukum, mengatur kerugian dan ganti rugi dalam hubungannya dengan perbuatan melawan hukum dengan 2 (dua) pendekatan, yaitu: ganti rugi umum dan/atau ganti rugi khusus. Ganti rugi umum dalam hal ini adalah ganti rugi yang berlaku untuk semua kasus, baik untuk kasus-kasus wanprestasi kontrak, maupun kasus-kasus yang berkenaan dengan perikatan lainnya, termasuk karena perbuatan melawan hukum.²⁰⁸

²⁰⁷ Ridwan, *Diskresi & Tanggungjawab Pemerintah*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm 166-167.

²⁰⁸ Munir Fuady, *op. cit.*, hlm 136.

Ketentuan tentang ganti rugi umum ini oleh KUHPerdara diatur dalam bagian keempat dari Buku Ketiga, mulai dari Pasal 1243 sampai Pasal 1252. Dalam hal ini untuk ganti rugi tersebut, KUHPerdara secara konsisten untuk ganti rugi digunakan istilah biaya (*kosten*), rugi (*schaden*) dan bunga (*interesten*). Biaya adalah setiap *cost* atau uang, atau apapun yang dapat dinilai dengan uang yang telah dikeluarkan secara nyata oleh pihak yang dirugikan, sedangkan “rugi” atau “kerugian” (dalam arti sempit) adalah keadaan berkurang (merosotnya) nilai kekayaan kreditur sebagai akibat dari wanprestasi dari kontrak atau sebagai akibat dari tidak dilaksanakannya perikatan lainnya, termasuk perikatan karena adanya perbuatan melawan hukum.²⁰⁹

Lebih lanjut, yang dimaksud dengan “bunga” adalah suatu keuntungan yang seharusnya diperoleh, tetapi tidak diperoleh oleh pihak kreditur karena adanya wanprestasi dari kontrak atau sebagai akibat dari tidak dilaksanakannya perikatan lainnya, termasuk perbuatan melawan hukum.²¹⁰ Sehingga ganti rugi dalam perbuatan melawan hukum menurut KUHPerdara juga termasuk mengganti kerugian yang nyata telah dideritanya (materil) maupun keuntungan yang akan diperoleh di kemudian hari (immateril).

Selain dari ganti rugi umum, KUHPerdara juga mengatur ganti rugi khusus, yakni ganti rugi khusus terhadap kerugian yang timbul dari perikatan-perikatan tertentu. Dalam hubungan dengan ganti rugi yang terbit dari suatu perbuatan melawan

²⁰⁹ *Ibid*, hlm 136-137.

²¹⁰ *Ibid*, hlm 137.

hukum, selain dari ganti rugi dalam bentuk yang umum, KUHPerdota juga menyebutkan pemberian ganti rugi terhadap hal-hal sebagai berikut:²¹¹

1. Ganti rugi untuk semua perbuatan melawan hukum (Pasal 1365).
2. Ganti rugi untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (Pasal 1366 dan Pasal 1367).
3. Ganti rugi untuk pemilik binatang (Pasal 1368).
4. Ganti rugi untuk pemilik gedung yang ambruk (Pasal 1369).
5. Ganti rugi untuk keluarga yang ditinggalkan oleh orang yang dibunuh (Pasal 1370).
6. Ganti rugi karena orang telah luka atau cacat anggota badan (Pasal 1371).
7. Ganti rugi karena tindakan penghinaan (Pasal 1372 sampai dengan Pasal 1380).

Dalam hal KUHPerdota tidak dengan tegas atau bahkan tidak mengatur secara rinci tentang ganti rugi tertentu, atau tentang salah satu aspek dari ganti rugi, maka hakim mempunyai kebebasan untuk menerapkan ganti rugi tersebut sesuai dengan asas kepatutan (*ex aequo et bono*), sejauh hal tersebut memang dimintakan oleh penggugat. Justifikasi terhadap kebebasan hakim ini adalah karena penafsiran kata rugi, biaya dan bunga tersebut sangat luas dan dapat mencakup hampir segala hal yang bersangkutan dengan ganti rugi. Menurut KUHPerdota, ketentuan tentang ganti rugi karena akibat dari perbuatan melawan hukum tidak jauh beda dengan ganti rugi karena wanprestasi terhadap kontrak.²¹²

²¹¹ *Ibid*, hlm 137-138.

²¹² *Ibid*, hlm 138-139.