

**BEAUTY CONTEST DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN
USAHA**

TESIS



OLEH :

**NAMA MHS. : SHEILA POSITA
NO. POKOK MHS. : 11912702
BKU : HUKUM BISNIS**

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2013**

**BEAUTY CONTEST DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN
USAHA**

T E S I S



OLEH :

**NAMA MHS. : SHEILA POSITA
NO. POKOK MHS. : 11912702
BKU : HUKUM BISNIS**

**Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis
dan dinyatakan LULUS pada hari Jumat, 4 Januari 2013**

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2013**



**BEAUTY CONTEST DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN
USAHA**

Oleh :

Nama Mhs. : **Sheila Posita**
No. Pokok Mhs. : **11912702**
BKU : **Hukum Bisnis**

**Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis
dan dinyatakan LULUS pada Jumat, 4 Januari 2013
Program Magister (S-2) Ilmu Hukum**

Pembimbing

Dr. Siti Anisah, SH. M.Hum

Yogyakarta,

Anggota Penguji 1

Ery Arifudin, SH., MH.

Yogyakarta,

Anggota Penguji 2

Nandang Sutrisno, SH., LL.M., M.Hum., Ph.D Yogyakarta,

Mengetahui
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

MOTTO & PERSEMBAHAN

Jangan pernah berhenti berusaha sebelum semuanya berakhir.

Thesis ini kupersembahkan kepada:

Ayahanda H. Hamdi, S.H., M.Hum., dan yang tercinta ibunda Hj. Nurhayati, S.H. yang tak pernah lelah memberikan semangat dalam pengerjaan thesis ini dan selalu mendoakan yang terbaik.

Suamiku yang tercinta Erwin Saptahadi, S.H yang selalu mencintaiku dan memberikan dorongan moral selama ini.

Kakakku Amalia Yustisia, S.H., S.S, M.H, kedua adikku Dhafira Jastiana dan Muhammad Rafi Nurdiansyah yang kusayangi.

PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis dengan judul:

***BEAUTY CONTEST* DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN USAHA**

Benar-benar karya dari penulis, kecuali bagian-bagian tertentu yang telah diberikan keterangan pengutipan sebagai etika akademis yang berlaku. Jika terbukti karya ini bukan karya penulis sendiri, maka penulis siap menerima sanksi sebagaimana yang telah ditentukan oleh Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta, 19 Juli 2013

Sheila Posita

KATA PENGANTAR

Alhamdulillahirabbil ‘Alamin, segala puji syukur panjatkan kehadiran Allah SWT, atas segala rahmat serta karunia berupa akal, kesehatan, waktu, kemudahan yang diberikanNya, akhirnya thesis dengan judul “*Beauty Contest* Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha” dapat diselesaikan. Sholawat dan salam senantiasa tercurahkan kepada pembawa cahaya bagi umat manusia junjungan kita Nabi Muhammad SAW.

Penulisan thesis ini dilaksanakan dalam rangka meraih gelar Magister Hukum pada Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia dan diharapkan dapat memberi kemanfaatan bagi masyarakat pada umumnya dan kalangan akademisi hukum pada khususnya.

Lahirnya karya ini tentu tidak terlepas dari bantuan dan dukungan dari berbagai pihak sehingga dapat selesai dengan baik. Untuk itu, ucapan terima kasih penulis sampaikan kepada:

1. Dr. Siti Anisah, S.H., M.Hum., sebagai Pembimbing Thesis atas segala bantuan, masukan dan motivasi kepada penulis.
2. Orang tua penulis, H. Hamdi, S.H., M.Hum., dan Hj. Nurhayati, S.H., terimakasih atas kepercayaan, perhatian, cinta, do’a serta kasih sayang tulus tanpa pamrih yang diberikan kepada Ananda.
3. Suamiku tercinta Erwin Saptahadi, S.H yang tak pernah berhenti memberikan kasih sayang dan dukungan moral.

4. Kakakku Amalia Yustisia serta adik-adikku Dhafira Jastiana dan M. Rafi Nurdiansyah, terimakasih atas bantuan, dorongan dan do'anya yang diberikan kepada penulis.
5. Semua sahabat-sahabat terbaikku yang selalu memberikan do'a, semangat dan membantu kelancaran penulisan thesis ini.
6. Semua pihak yang tidak dapat disebutkan satu persatu yang telah banyak membantu penulis baik langsung maupun tidak langsung.

Akhirnya, sebagai manusia biasa penulis menyadari masih banyak kekurangan-kekurangan, baik yang disengaja ataupun tidak, sehingga thesis ini masih jauh dari sempurna. Untuk itu, penulis mengharapkan kritik dan saran yang bersifat konstruktif demi perbaikan di masa yang akan datang. Semoga thesis ini bermanfaat dan mendapatkan ridho dari Allah SWT. Amien.

Yogyakarta, 22 Desember 2012

Sheila Posita

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	iii
HALAMAN MOTTO & PERSEMBAHAN	iv
PERNYATAAN ORISINALITAS	v
KATA PENGANTAR	vi
DAFTAR ISI	viii
ABSTRAK	ix
ABSTRACT	x
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah .	1
B. Rumusan Masalah	6
C. Tujuan Penelitian	7
D. Tinjauan Pustaka	7
E. Metode Penelitian	13
F. Kerangka Penulisan	14
BAB II TINJAUAN UMUM PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT	
A. Landasan Umum tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat	16
B. Kegiatan yang Dilarang dalam Persaingan Usaha Tidak Sehat	35
C. Tinjauan Umum mengenai Persekongkolan	51
D. Tinjauan umum tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha	60
BAB III <i>BEAUTY CONTEST</i> DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN USAHA	
A. Analisa Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 35/KPPU-I/2010	65
B. Analisis Hukum	85
BAB IV PENUTUP	
A. Kesimpulan	109
B. Saran	110
DAFTAR PUSTAKA	111

ABSTRAK

***BEAUTY CONTEST* DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN USAHA**

Oleh Sheila Posita

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis penerapan aturan mengenai tender sebagaimana dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam kasus *beauty contest* yang melibatkan PT Pertamina, PT Medco Energi Internasional dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi dalam pembangunan proyek Donggi Senoro.

Berdasarkan definisinya, tender adalah adanya tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, adanya tawaran harga untuk mengadakan atau menyediakan barang-barang dan adanya tawaran harga untuk menyediakan jasa. Sementara itu, *Beauty contest* adalah praktik pemilihan mitra untuk mendapatkan calon mitra (*partner*) usaha guna pengembangan suatu kegiatan bisnis tertentu atau suatu proyek tertentu. Dengan demikian, *beauty contest* bukan termasuk tender karena dalam *beauty contest* tidak ada penawaran untuk mengajukan harga sebagaimana tender.

Dalam praktiknya, KPPU memutuskan *beauty contest* sebagai cara pelaku usaha untuk mencari mitra strategis (*strategic partner*) sebagai sebuah persekongkolan tender berdasarkan teori Maarten Janssen. Dengan demikian, tindakan KPPU yang menyamakan istilah *beauty contest* dengan tender adalah kurang tepat.

Kata kunci: *Beauty contest, Donggi Senoro, Tender, Strategic partner, KPPU*

ABSTRACT

BEAUTY CONTEST FROM THE PERSPECTIVE OF ANTITRUST LAW

By Sheila Posita

Objective of this research was to analyze implementation of tender as regulated in article 22 of Act No. 5 of Years 1999 on the beauty contest case that involved PT Pertamina, PT Medco Energi Internasional and PT Medco E&P Tomori Sulawesi which were into Donggi Senoro development project.

The definition of tender is activity of proposing price offer for chartering certain job, such price offering is to provide certain goods or to provide service. Meanwhile, beauty contest is activity of choosing strategic partner which aimed to support in developing business activity or certain project. Therefore, beauty contest is not equivalent with tender activity since it does not recognize price offering as happened on tender.

In practice, KPPU considered that beauty contest is means to look for strategic partner as equal as tender activity based on Maartin Jaanssen's theory. KPPU's decision to equate beauty contest term with tender is not appropriate.

Keywords: *Beauty contest, Donggi Senoro, Tender, KPPU*

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam realita dunia bisnis wajar apabila dalam perjalanannya terjadi suatu persaingan (*competition*) diantara satu pelaku usaha dengan pelaku usaha yang lain. Persaingan dalam hal ini dapat berupa persaingan yang sehat dan persaingan yang tidak sehat. Karena adanya persaingan usaha tersebut memicu para pelaku usaha untuk meningkatkan kualitas usaha mereka sehingga menjadi persaingan usaha yang sehat. Akan tetapi tidak dapat dipungkiri bahwa dalam persaingan usaha tersebut tidak jarang ditemukan berbagai kecurangan-kecurangan yang dilakukan oleh pelaku usaha.¹

Dilihat dari sisi manfaat, persaingan dalam dunia usaha adalah cara yang efektif untuk mencapai pendayagunaan sumber daya secara optimal. Dengan adanya rivalitas maka akan cenderung menekan ongkos-ongkos produksi sehingga harga menjadi lebih rendah serta kualitasnya semakin meningkat. Bahkan lebih dari itu persaingan dapat menjadi landasan fundamental bagi kinerja di atas rata-rata untuk jangka panjang dan dinamakannya keunggulan bersaing yang lestari (*sustainable competitive advantage*) yang dapat diperoleh melalui tiga strategi generik, yakni keunggulan biaya, diferensiasi dan fokus biaya.²

¹ Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm 1.

² Johny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha (Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia)*, Bayu Media, Malang, 2006, hlm 102-103.

Dengan adanya persaingan maka para pelaku usaha akan berlomba-lomba untuk terus memperbaiki produk maupun jasa yang dihasilkan, dan bagi konsumen sangat diuntungkan karena mereka mempunyai banyak pilihan dalam membeli produk atau jasa tertentu dengan harga yang murah dengan kualitas yang baik.³

Indonesia baru memiliki Undang-Undang khusus di bidang Persaingan Usaha sejak 1999 yang merupakan hasil “konsesnsus” dengan *International Monetary Fund* (IMF) sebagai komitmen reformasi hukum pasca jatuhnya rezim orde baru. Penegakkan hukum (*law enforcement*) persaingan usaha dewasa ini semakin penting mengingat semakin modernnya teknologi dan informasi, sehingga revitalisasi peran negara (dalam hal ini KPPU) serta pengaturan regulasinya semakin mendesak dilakukan.⁴

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat secara garis besar mengatur dua hal,⁵ yakni larangan praktik monopoli dan persaingan tidak sehat. Keduanya, (praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat) adalah dua hal yang berbeda. Menurut Undang-Undang, praktik monopoli diartikan sebagai penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku atau satu kelompok pelaku usaha.⁶

Persaingan usaha tidak sehat dapat dipahami sebagai kondisi persaingan di antara pelaku usaha yang berjalan secara tidak *fair*. Undang-Undang

³Hikmahanto Juwana, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*, Lentera Hati, Jakarta, 2002, hlm 52.

⁴Nur A.Fadhil Lubis, Sambutan dalam buku Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm vii-viii.

⁵Selanjutnya disebut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

⁶Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Nomor 5 Tahun 1999 memberikan tiga indikator untuk menyatakan terjadinya persaingan usaha tidak sehat, yaitu:⁷

1. Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur
2. Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara melawan hukum
3. Persaingan Usaha yang dilakukan dengan cara menghambat terjadinya persaingan diantara pelaku usaha.

Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur dapat dilihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lain. Misalnya, dalam persaingan tender, para pelaku usaha telah melakukan konspirasi usaha dengan panitia lelang untuk dapat memenangkan sebuah tender. Dengan demikian, pelaku usaha lainnya tidak mendapat kesempatan untuk memenangkan tender tersebut.⁸ Penormaan tentang persaingan usaha tidak sehat berkaitan dengan kegiatan yang dilarang dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 terdapat pada Pasal 17 (monopoli), Pasal 18 (monopsoni), Pasal 19 (penguasaan pasar), Pasal 20 (jual rugi), Pasal 21 (manipulasi biaya produksi), Pasal 22 (persekongkolan tender) dan Pasal 23 (persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang).

Salah satu kegiatan yang dilarang dilakukan oleh pelaku usaha yang banyak ditemui adalah adanya persekongkolan tender (Pasal 22). Pelaku usaha juga dilarang melakukan kegiatan persengkokolan yang membatasi atau menghalangi persaingan usaha (*conspiracy in restraint of business*), karena kegiatan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha

⁷Mustafa Kamal Rokan,*op.cit.*, hlm 10.

⁸*Ibid.*

yang tidak sehat. Pengertian persengkokolan atau konspirasi dikemukakan dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yaitu bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol. Bentuk kegiatan persengkokolan ini tidak harus dibuktikan dengan adanya perjanjian, tetapi dapat dilakukan dalam bentuk kegiatan lain yang tidak mungkin diwujudkan dalam suatu perjanjian.⁹

Dengan maraknya kasus-kasus persekongkolan tender, maka adanya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 serta dibentuknya Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), diharapkan penegakkan hukum akan adanya persaingan usaha tidak sehat dapat berjalan maksimal. Akan tetapi dalam prakteknya, ada pula putusan KPPU tentang persekongkolan tender yang dirasa kurang maksimal. Contohnya adalah putusan KPPU tentang proses *beauty contest* Proyek Donggi Senoro yang melibatkan PT Pertamina dan PT Medco Energi International sebagai penyedia proyek tersebut. Dalam proses *beauty contest* tersebut keluar Mitsubishi Corporation sebagai pemenangnya. LNG Energi Utama (LNG-EU) yang merupakan salah satu peserta yang kalah dalam proyek Donggi-Senoro inilah yang melaporkan kasus Donggi-Senoro ini ke KPPU.

Kasus ini bermula dari dugaan kecurangan yang dilakukan Mitsubishi dalam proses tender di ladang gas milik badan operasi bersama (*joint operation body-JOB*) PertaminaMedco, di Senoro dan Matindok, Sulawesi Tengah. Mitsubishi diduga menggunakan data dan informasi rahasia milik

⁹Rachmadi Usman, *op.cit.*, hlm 79.

LNG Energi Utama untuk ikut dalam proses tender. Perusahaan yang punya beberapa unit usaha ini diduga menggunakan segala informasi milik Energi Utama. Informasi itu sebagai referensi untuk menetapkan biaya produksi dan biaya-biaya komponen harga barang dan jasa dalam tender proyek tersebut. Tindakan Mitsubishi berpotensi menimbulkan kerugian negara, berupa menurunnya pasokan gas di dalam negeri.¹⁰

Dalam putusannya KPPU menyatakan bahwa pihak PT Pertamina dan PT Medco Energi International serta Mitsubisi Corporation sebagai pemenang *beauty contest* tersebut terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 22 dan 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Dasar hukum atau pertimbangan KPPU dalam mengenakan pelanggaran terhadap adanya *beauty contest* adalah KPPU berpandangan bahwa *beauty contest* adalah "tender" sesuai dengan makna dari Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Karena, dalam *beauty contest* ada pengajuan penawaran seperti halnya yang dilakukan dalam proses tender.

Dalam perkembangannya PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional Tbk beserta anak perusahaan, PT Medco E&P Tomori Sulawesi (Medco Tomori) merasa keberatan dengan putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Kedua perusahaan membantah telah melakukan praktik persaingan usaha tidak sehat.¹¹

Pada bulan Januari 202 KPPU menghukum Pertamina membayar denda sebesar Rp 10 miliar, Medco Energi International sebesar Rp 5 miliar, Medco

¹⁰<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol20357/kilang-gas-senoro-menguap-sampai-kppu>. Akses 25 Mei 2012.

¹¹<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4d2799c2c0f3e/pertamina-dan-medco-keberatan-atas-putusan-kppu>. Akses 25 Mei 2012.

E&P senilai Rp 1 miliar dan Mitsubishi sebanyak Rp 15 miliar.¹² Putusan KPPU inilah yang dinilai bermasalah, sebab menyamakan istilah tender dengan *beauty contest*, yang sebetulnya merupakan dua hal yang berbeda. Menurut Prof. Dr. Nindyo Pramono SH, MS, *beauty contest* dalam praktik bisnis di Indonesia sebagai bagian dari *Business Judgement* Direksi, yaitu suatu bentuk tindakan yang dilandasi dengan iktikad baik dan penuh kehati-hatian yang dilakukan oleh direksi suatu perseroan terbatas dalam kerangka menjalankan fungsi manajemen. *Beauty contest* adalah praktik pemilihan mitra untuk mendapatkan calon mitra (*partner*) usaha guna pengembangan suatu kegiatan bisnis tertentu atau suatu proyek tertentu. Jadi *beauty contest* sebagai *Business Judgement* Direksi tidak dapat disamakan atau dianalogikan dengan tender sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.¹³ Oleh karena itulah berdasarkan fakta dan permasalahan tersebut, penulis tertarik untuk menulis mengenai bagaimanakah *beauty contest* dalam perspektif hukum persaingan usaha.

B. Rumusan Masalah

Masalah yang akan dicari jawabannya dalam penelitian ini adalah apakah *beauty contest* termasuk sebagai tender yang dilarang dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999?

¹²<http://nasional.kontan.co.id/news/pengadilan-memerintahkan-kppu-memeriksa-lagi-kasus-donggi-senoro>. Akses 25 Mei 2012.

¹³<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fcc591579b3e/ibeauty-contest-i-sebagai-ibusiness-judgement-i-versus-persaingan-usaha-tidak-sehat-broleh--prof-dr-nindyo-pramono-sh--ms->. Akses 23 Juli 2012.

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah untuk mengkaji apakah *beauty contest* termasuk dalam persekongkolan tender yang dilarang dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

D. Tinjauan Pustaka

Kelahiran undang-undang yang mengatur mengenai persaingan usaha yang tidak sehat di Indonesia baru terwujud pada tahun 1999, saat Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 disahkan. Sebagian besar unsur dalam pasal-pasal Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menjadikan pelaku usaha diputuskan melakukan pelanggaran adalah “praktek monopoli” dan “persaingan usaha tidak sehat.” Praktik monopoli adalah suatu pemusatan kekuatan ekonomi oleh salah satu atau lebih pelaku yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan suatu persaingan usaha secara tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.¹⁴

Sementara itu, persaingan usaha tidak sehat dapat dipahami sebagai kondisi persaingan di antara pelaku usaha yang berjalan secara tidak fair. Persaingan usaha yang dilkakukan dengan cara melawan hukum dapat dilihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lain dengan melanggar ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang berlaku atau

¹⁴Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

peraturan-peraturan yang disepakati. Kondisi seperti ini dapat dilihat seperti pelaku usaha yang mendapatkan fasilitas-fasilitas khusus.¹⁵

Tujuan yang spesifik dari hukum persaingan usaha adalah untuk mencegah terjadinya agen ekonomi yang dapat mendistorsi proses persaingan dengan membuat perjanjian diantara perusahaan. Untuk itu hukum persaingan perlu mengawasi perjanjian yang terjadi diantara perusahaan yang bersaing, baik perjanjian horizontal, harga atau aspek penting lainnya.¹⁶

Hukum persaingan usaha melarang perjanjian dan atau perbuatan yang mengatur mengenai persekongkolan untuk menetapkan pemenang tender. Dalam hukum pidana negara-negara *common law*, persekongkolan atau konspirasi berarti suatu perbuatan melawan hukum, baik yang bermuatan unsur tindak pidana maupun suatu perbuatan yang semula tidak melawan hukum namun menjadi bersifat melawan hukum manakala yang dilakukan oleh konspirator dan diberi arti yang lebih luas lagi.¹⁷ Menurut Bryn A. Garner mendefinisikan persekongkolan yaitu:

*Conspiracy an agreement by two or more person to commit an unlawfull act, coupled with an intent to achieve the agreement's objective, an (in most state) action or conduct that furthers the agreement : a combination for an unlawful porpuse.*¹⁸

Persekongkolan yang sering terjadi adalah persekongkolan tender. Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 melarang persekongkolan tender dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender

¹⁵Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.* hlm 10.

¹⁶*Ibid.*, hlm 164.

¹⁷Alya Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia*, Cetakan Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm 68.

¹⁸Bryan A.Garner, *Black's Law Dictionary, Eight edition*, Editor in Chief West Publishing Co., hlm 329.

yang akan dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong sesuatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Unsur yang harus dilihat untuk membuktikan adanya pelanggaran adalah adanya pelaku usaha, bersekongkol, pihak lain yang bukan saja pesaing tetapi juga bohir (pemberi pekerjaan), dengan tujuan untuk menentukan pemenang tender dan akibatnya menimbulkan persaingan usaha tidak sehat.¹⁹

Unsur pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.²⁰

Unsur bersekongkol diartikan sebagai kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Istilah tender tersebut mengandung unsur-unsur yaitu kerjasama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan ataupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, menciptakan persaingan semu, menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan, tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan

¹⁹Ningrum Natasya Sirait, *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Pustaka Bangsa Press, Medan, 2003, hlm 209.

²⁰L.Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, Srikandi, 2008, hlm 99.

peserta tender tertentu, pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung atau tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.²¹ Sedangkan unsur pihak lain menunjukkan bahwa persekongkolan selalu melibatkan lebih dari satu pelaku usaha.²²

Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak mengatur persekongkolan tender secara rinci dan jelas. Untuk itu dengan kewenangan yang dimiliki, Komisi Pengawas Pesaingan Usaha (KPPU) menerbitkan pedoman Pasal 22. Dibentuknya pedoman Pasal 22 (larangan persekongkolan dalam tender) berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, dapat dijadikan dasar dan acuan bagi para pelaku usaha, baik pemerintah maupun swasta, serta KPPU, guna melakukan tindakan preventif atas terjadinya persekongkolan yang bersifat horisontal (kerjasama antar pelaku tender dengan cara bertukar informasi harga) maupun vertikal (kerjasama antara pelaku usaha dengan panitia pelaksana tender).²³

Ada perbedaan pengertian persekongkolan yang terdapat dalam Pasal 1 angka 8 dengan pengertian persekongkolan pada Pasal 22 dalam hal subjek dan pengaturan. Subjek hukum dalam Pasal 22 adalah pelaku usaha dan pihak lain, sedangkan dalam Pasal 1 angka 8 adalah hanya pelaku usaha. Pasal 22 dimaksudkan untuk mengatur persekongkolan dalam kegiatan tender (*lex specialis*). Adapun maksud pengaturan persekongkolan dalam Pasal 1 angka

²¹Andi Fahmi Lubis, et. al.,*Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), 2009, hlm 151-152.

²²*Ibid.*, hlm 103.

²³*Ibid.*, hlm 334.

8 adalah mengatur persekongkolan dalam penguasaan pasar yang bersangkutan (*lex generalis*).²⁴

Di beberapa negara, persekongkolan dalam tender termasuk jenis pelanggaran yang serius, sebab tindakan tersebut merugikan negara secara nyata. UNCTAD menyatakan *Collusive tendering is inherently anti-competition, since it contravenes the very purpose of inviting tenders, which is to procure goods or services on the most favorable price an condition...*²⁵

Persekongkolan tender (*bid rigging*) adalah praktik yang dilakukan antara penawar tender selama proses penawaran, untuk pelaksanaan kontrak kerja yang bersifat umum, dan proyek lain yang ditawarkan pemerintah. Atau dengan cara, para penawar tender bersepakat untuk menentukan perusahaan mana yang mendapatkan sebuah proyek tender dengan harga yang telah disepakati juga. Bahkan sebelum diumumkannya pemegang tender dan harga kontak para peserta tender telah menyepakati, baik pemenang maupun harga yang dikehendaki.²⁶

Selain tender untuk mendapatkan penyedia jasa, ada juga yang dilakukan dengan penunjukan langsung atau *beauty contest*. *Beauty contest* dapat diartikan sebagai suatu peragaan atau pemaparan profil suatu perusahaan atas undangan seseorang atau pelaku usaha tertentu, termasuk mengenai kemampuan dan kekuatan keuangan perusahaan serta produk-produk yang telah diproduksinya. Dalam *beauty contest* penyaringan

²⁴*Ibid.*, hlm 168.

²⁵Sacker and Lohse, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, (GTZ-Katalis Publishing, 2001), hlm 313, dalam Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 166.

²⁶Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 167.

dilakukan secara internal terhadap perusahaan-perusahaan yang diundangya. Berdasarkan penilaian profil perusahaan, harga yang ditawarkan dan pertimbangan lain, maka perusahaan yang melakukan *beauty contest* akan memutuskan untuk menunjuk salah satu perusahaan sebagai pemenangnya.²⁷

Dalam *beauty contest* penyaringan dilakukan secara internal terhadap perusahaan-perusahaan yang diundangya. Berdasarkan penilaian profil perusahaan, harga yang ditawarkan dan pertimbangan lain, maka perusahaan yang melakukan *beauty contest* akan memutuskan untuk menunjuk salah satu perusahaan sebagai pemenangnya. Proses *beauty contest* dilakukan secara tertutup, sehingga tidak ada transparansi dan tidak ada persaingan di antara peserta *beauty contest* karena mereka tidak saling mengetahui presentasi masing-masing. Selain itu, proses *beauty contest* memakan waktu yang relatif lebih singkat daripada proses tender yang terjadwal dan perlu transparansi kepada publik.²⁸

Beberapa elemen yang membedakan *beauty contest* dari tender diantaranya yaitu:²⁹

1. Dalam *beauty contest* tidak terdapat penawaran mengajukan harga
2. Posisi mitra bisnis dan perusahaan penyelenggara *beauty contest* adalah sederajat, tidak ada pemberi pekerjaan dan penerima pekerjaan
3. Tidak ada pengalihan tanggung jawab kepada mitra bisnis, sehingga resiko bisnis yang ditanggung mitra bisnis dan perusahaan penyelenggara *beauty contest* sama besarnya.

²⁷Jur M. Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol, Bagaimana Cara Memenangkan?*, PT. Elex Media Komputindo, Jakarta, 2007, hlm 132.

²⁸<http://anisawidya.blogspot.com/search/label/beauty%20contest>. Akses 23 Juli 2012.

²⁹*Ibid.*

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas cukup jelas bahwa persekongkolan tender merupakan persaingan usaha tidak sehat. Tender berbeda dengan *beauty contest*. Pada tender yang dilakukan adalah menjual barang dan jasa sedangkan *beauty contest* adalah proses pemilihan mitra kerja.

E. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian hukum yang digunakan dalam penelitian adalah penelitian hukum normatif. Hal-hal yang menjadi masalah diuraikan dan dicari hukum dan pendapat para ahli hukum yang bertujuan untuk menjawab isu yang dianggap sebagai masalah hukum.

2. Fokus Penelitian

Fokus penelitian ini adalah *beauty contest* dalam perspektif Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam kaitannya dengan Pasal 22 tentang persekongkolan tender.

3. Pendekatan Penelitian

Pendekatan yang dilakukan yaitu pendekatan yuridis normatif. Dalam penelitian yang dilakukan melalui metode pendekatan yuridis normatif maksudnya adalah menggunakan peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan permasalahan yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, serta mengkaji apakah *beauty contest* termasuk dalam

persekongkolan tender yang dilarang dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

4. Sumber Data

a. Bahan hukum primer bersumber dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Putusan Perkara Nomor: 35/KPPU-I/2010.

b. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum yang berkaitan dengan materi tesis dan yang mendukung data primer yaitu berasal dari dokumen, buku dan literatur-literatur lain yang relevan.

c. Bahan hukum tersier

Bahan hukum tersier yaitu bahan-bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

5. Analisis Data

Analisis yang digunakan adalah analisis deskriptif analitis yaitu menemukan permasalahan yang ada sebagai permasalahan yang ingin dibahas.

F. Kerangka Penulisan

Bab I adalah pendahuluan. Bab ini berisi latar belakang masalah, rumusan masalah tujuan penelitian, tinjauan pustaka, metode penelitian, dan kerangka penulisan.

Bab II membahas tentang Tinjauan Umum Persaingan Usaha Tidak Sehat, Pengertian Monopoli, Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak

Sehat, Dasar Hukum Pengaturan Hukum Persaingan Usaha, Pendekatan *Rule of Reason* dan *Per se illegal*, Kegiatan yang dilarang dalam Persaingan Usaha Tidak Sehat, Tinjauan Umum mengenai Persekongkolan dan Tinjauan umum tentang Komisi Persaingan Usaha.

Bab III menguraikan dan menganalisis mengenai apakah *beauty contest* merupakan tender sebagaimana yang dilarang dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Bab IV adalah kesimpulan dari rumusan masalah yang dikemukakan dalam penelitian dan saran.

BAB II

TINJAUAN UMUM PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT

A. Landasan Umum tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

1. Pengertian Monopoli, Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Pratik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, monopoli diartikan sebagai penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.³⁰

Dalam *Black Law Dictionary* mengartikan monopoli yaitu :³¹

Monopoly is a privilege or peculiar advantage vested in one one or more persons or companies consisting in the exclusive right (or power) to carry on a particular business or trade, manufacture a particular article, or control the sale of the whole supply of a particular commodity. A form of market structure in which one or only a few dominate the total sales of product or service.

Artinya monopoli adalah hak istimewa atau keuntungan yang tidak lazim yang melekat pada seseorang atau beberapa orang atau beberapa perusahaan. Monopoli ini terdiri dari hak eksklusif (atau kekuatan) untuk melaksanakan bisnis tertentu atau perdagangan, memproduksi barang-barang tertentu, atau mengontrol penjualan dari seluruh komoditas tertentu yang disuplai. Hal ini adalah bentuk dari struktur pasar dimana

³⁰Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

³¹ Bryan A.Garner,*op.cit.*hlm 1028.

satu atau hanya beberapa perusahaan mendominasi total penjualan dari produk atau jasa.

Monopoli berarti kondisi penguasaan atas produksi dan pemasaran oleh suatu kelompok satu pelaku usaha tertentu. Sedangkan praktik monopoli menekankan pada pemusatan kekuasaan sehingga terjadi kondisi pasar yang monopoli. Karenanya monopoli tidak harus langsung bertujuan menciptakan monopoli, tetapi istilah ini umumnya menggambarkan suatu usaha mencapai atau memperkuat posisi dominan di pasar. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menekankan pada proses terjadinya monopoli bersaing secara sehat. Lebih tegas, praktik monopoli adalah proses pemusatan, sedangkan monopoli adalah kondisi pasar akibat dari praktik monopoli.³²

Monopoli dapat terjadi dengan dua cara, yaitu :³³

- a. Monopoli ilmiah (*natural monopoly*) yang terjadi akibat kemampuan seseorang atau sekelompok pelaku usaha yang mempunyai suatu kelebihan tertentu sehingga membuat pelaku usaha lain kalah bersaing.
- b. Monopoli berdasarkan hukum (*monopoly by law*), yakni monopoli yang berasal dari pemberian negara seperti yang termaktub dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 yang selanjutnya dilindungi oleh Undang-Undang dan Peraturan dibawahnya. Misalnya, pada perusahaan listrik milik negara, Pertamina, Peln, dan sebagainya.

³² Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 8-9.

³³ *Ibid.*, hlm 9-10.

Monopoli dilarang karena mengandung beberapa dampak negatif yang merugikan antara lain :³⁴

- a. Terjadi peningkatan harga suatu produk sebagai akibat tidak ada kompetensi dan persaingan bebas. Harga yang tinggi ini pada gilirannya akan menyebabkan inflasi yang merugikan masyarakat luas
- b. Pelaku usaha mendapat keuntungan (profit) di atas kewajaran yang normal
- c. Terjadi eksploitasi konsumen karena tidak ada hak pilih konsumen atas produk. Konsumen seenaknya menetapkan kualitas suatu produk tanpa dikaitkan dengan biaya yang dikeluarkan.
- d. Terjadi ketidakekonomisan dan ketidakefisienan akan dibebankan kepada konsumen dalam rangka menghasilkan suatu produk, karena monopoli cenderung tidak beroperasi pada *average cost* yang minimum.
- e. Ada *entry barrier* dimana perusahaan lain tidak dapat masuk ke dalam bidang usaha perusahaan monopoli tersebut, karena penguasa pasar yang besar. Perusahaan-perusahaan kecil tidak diberi kesempatan untuk tumbuh berkembang
- f. Pendapatan jadi tidak merata, karena sumber dana dan modal akan tersedot ke dalam perusahaan monopoli.

Adapun Praktik Monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga

³⁴ Rachmadi Usman, *op.cit.*, hlm 70-71.

menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.³⁵ Dengan demikian unsur-unsur dari praktik monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi, pelaku usaha, penguasaan produksi, barang dan jasa, menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan merugikan kepentingan umum.

- a. Pemusatan kekuatan ekonomi adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa.³⁶
- b. Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.³⁷
- c. Penguasaan produksi adalah penguasaan serangkaian proses produksi atas barang tertentu mulai dari hulu sampai hilir atau proses yang berlanjut atas suatu layanan jasa tertentu oleh pelaku usaha tertentu.³⁸
- d. Barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.³⁹ Berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

³⁵ Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

³⁶ Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

³⁷ Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

³⁸ Penjelasan Pasal 14 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

³⁹ Pasal 1 angka 16 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

(KUHPerdara) Pasal 499, barang adalah tiap benda dan tiap hak yang dapat menjadi objek dari hak milik. Pengertian benda meliputi segala sesuatu yang dapat dimiliki oleh subjek hukum, baik itu berupa barang (*goed*) maupun hak (*recht*), sepanjang objek dari hak milik itu dapat dikuasai oleh subjek hukum. Dalam hukum perdata, kata barang merujuk kepada benda bergerak, yaitu barang yang dapat berpindah sendiri atau dipindahkan.

- e. Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.⁴⁰
- f. 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.⁴¹
- g. Merugikan kepentingan umum adalah menciptakan persaingan usaha yang tidak sehat. Dengan memperhatikan kepentingan umum maka menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha dalam rangka meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat.⁴²

Praktik monopoli di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, penguasaan yang dilarang adalah penguasaan yang mengakibatkan persaingan tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.

⁴⁰ Pasal 1 angka 17 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

⁴¹ Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

⁴² Penjelasan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm 33.

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.⁴³ Hal ini sejalan dengan tujuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ini menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional, hanya sayangnya pengertian kepentingan umum dalam kaitannya dengan masalah monopoli ini tidak dijelaskan lebih lanjut sehingga masih diperlukan penafsiran dalam penerapan undang-undang ini. Dengan demikian, tidak semua tindakan penguasaan atas produksi atau pemasaran merupakan pelanggaran. Monopoli yang terjadi karena keunggulan produk, atau perencanaan dan pengelolaan bisnis yang baik, atau terjadi melalui perjuangan dalam persaingan jangka panjang sehingga menghasilkan suatu perusahaan yang kuat dan besar serta mampu menguasai pangsa pasar yang besar pula, tentu saja bukan merupakan tindakan penguasaan atas produksi dan pemasaran barang dan jasa (monopoli) yang dilarang.⁴⁴

Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur dapat dilihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lain. Misalnya, dalam persaingan tender, para pelaku usaha telah melakukan konspirasi usaha dengan panitia lelang untuk dapat memenagkan sebuah tender. Dengan demikian pelaku usaha lainnya tidak mendapatkan kesempatan untuk memenagkan tender tersebut. Sedangkan persaingan usaha yang

⁴³ Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

⁴⁴ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 133.

dilakukan secara melawan hukum dapat dilihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lain dengan melanggar ketentuan perundang-undangan yang berlaku atau peraturan-peraturan yang disepakati. Kondisi seperti ini dapat kita lihat dari pelaku usaha yang mendapatkan fasilitas-fasilitas khusus. Selain itu persaingan usaha yang dilakukan dengan cara menghambat terjadinya persaingan diantara pelaku usaha melihat kondisi pasar yang tidak sehat. Dalam pasar ini mungkin tidak terdapat kerugian pada pesaing lain, dan pelaku usaha juga tidak mengalami kesulitan. Namun perjanjian yang dilakukan pelaku usaha menjadikan pasar bersaing secara tidak kompetitif.⁴⁵

2. Dasar Hukum Pengaturan Hukum Persaingan Usaha

Pada saat ini bagi negara Indonesia pengaturan mengenai persaingan usaha bersumber pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang secara efektif berlaku pada 5 Maret 2000. Sesungguhnya keinginan untuk mengatur larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dapat dijumpai dalam beberapa perundang-undangan yang ada. Praktik-praktik dagang yang curang (*unfair trading practies*) dapat dituntut secara pidana berdasarkan Pasal 382 bis Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Demikian pula pesaing yang dirugikan akibat praktik-praktik dagang yang curang tersebut, dapat menuntut secara perdata berdasarkan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPperdata). Dalam

⁴⁵ Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 10-11.

bidang industri juga diharapkan tidak terjadi industri yang monopolistik dan tidak sehat, sebagaimana diamanatkan dalam Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1984 tentang Perindustrian. Pasal 7 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1984 tersebut menentukan bahwa pemerintah melakukan pengaturan, pembinaan, dan pengembangan terhadap industri untuk mengembangkan persaingan yang baik dan sehat, mencegah persaingan tidak jujur, mencegah pemusatan industri oleh satu kelompok atau perseorangan, dan bentuk monopoli yang merugikan masyarakat. Merek sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1997, pemakai merek tanpa izin dapat dituntut secara perdata maupun pidana.⁴⁶ Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa sebelum ada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, pengaturan larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat masih diatur secara parsial dan tersebar ke dalam berbagai perundang-undangan yang ada.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tersebut disusun berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, serta berdasarkan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum dengan tujuan menjaga kepentingan umum dan melindungi konsumen, menumbuhkan iklim usaha yang kondusif melalui terciptanya persaingan usaha yang sehat dan menjamin kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi setiap orang, mencegah praktik-praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan

⁴⁶ Rachmadi Usman, *op.cit.*, hlm 25-26.

pelaku usaha, serta menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha dalam rangka meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat.⁴⁷

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 bertujuan untuk menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat, mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil, mencegah praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha dan terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.⁴⁸

Untuk mengawasi pelaksanaan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dibentuk suatu komisi. Pembentukan ini didasarkan pada Pasal 34 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menginstruksikan bahwa pembentukan susunan organisasi, tugas, dan fungsi komisi ditetapkan melalui Keputusan Presiden. Komisi ini kemudian dibentuk berdasarkan Keppres No 75 Tahun 1999 dan diberi nama Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau KPPU.⁴⁹

KPPU merupakan suatu organ khusus yang mempunyai tugas ganda selain menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha juga berperan untuk

⁴⁷ *Ibid.*, hlm 31.

⁴⁸ Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

⁴⁹ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit.*, hlm 375.

menciptakan dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif. Meskipun KPPU mempunyai fungsi penegakan hukum khususnya Hukum Persaingan Usaha, namun KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha. Dengan demikian KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administratif karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif.⁵⁰

Dasar hukum pengaturan hukum persaingan usaha lainnya adalah Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2005 Tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU. Pengajuan Keberatan merupakan upaya hukum baru yang diperkenalkan oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Sebelumnya, hukum acara di Indonesia hanya mengenal 2 (dua) jenis upaya hukum, yakni upaya hukum biasa yang meliputi banding dan kasasi, dan upaya hukum luar biasa, yakni peninjauan kembali.⁵¹

Pasal 2 ayat (1) Perma No 3 Tahun 2005 menyatakan “Keberatan terhadap putusan KPPU hanya diajukan oleh pelaku usaha terlapor kepada pengadilan negeri di tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha terlapor.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa upaya hukum keberatan merupakan suatu upaya hukum bagi pelaku usaha yang dihukum (yang dinyatakan melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999) oleh

⁵⁰ *Ibid.*, hlm 313.

⁵¹ *Ibid.*, hlm 332.

KPPU dan terhadap putusan KPPU tersebut kemudian pelaku usaha tidak menerima atau merasa keberatan terhadap putusan KPPU tersebut.⁵²

Mengingat kedudukan KPPU dalam perkara keberatan adalah sangat krusial, maka perlu ditentukan apakah KPPU merupakan pihak dalam perkara keberatan atau bukan. Hal ini dijelaskan oleh Mahkamah Agung melalui Pasal 2 ayat (3) Perma No 3 Tahun 2005 yang menyatakan bahwa dalam perkara keberatan KPPU adalah pihak dalam perkara.⁵³

Hukum acara yang digunakan dalam menyelesaikan perkara keberatan terhadap putusan KPPU adalah prosedur gugatan perdata. Hal ini ditentukan dalam Pasal 4 ayat (2) Perma No 3 Tahun 2005 yang selengkapnya menyatakan sebagai berikut “Keberatan diajukan melalui kepaniteraan PN yang bersangkutan sesuai dengan prosedur pendaftaran perkara perdata dengan memberikan salinan keberatan kepada KPPU.” Dengan demikian sumber hukum acara yang digunakan dalam pengajuan keberatan adalah HIR kecuali ditentukan lain.⁵⁴

Dimungkinkannya ketentuan lain yang mengatur hukum acara persaingan usaha menimbulkan beberapa perbedaan dengan hukum acara perdata biasa. Perbedaan ini diantaranya adalah ditetapkannya tenggang waktu. Pasal 5 ayat (5) Perma No 3 Tahun 2005 menentukan bahwa majelis hakim harus memberikan putusan dalam waktu 30 hari sejak dimulainya pemeriksaan perkara keberatan. Berdasarkan ketentuan itu maka Majelis hakim harus jeli dalam membuat jadwal dan perencanaan

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid*, hlm 334.

⁵⁴ *Ibid.*

yang matang dan harus dipatuhi oleh semua pihak. Perencanaan ini meliputi penentuan hari dan tanggal persidangan serta agenda yang akan dilakukan dalam tiap persidangan.⁵⁵

Perbedaan lainnya adalah tidak adanya proses mediasi pada saat sidang pertama. Dalam perkara perdata, proses mediasi ini adalah wajib dilakukan berdasarkan Perma Nomor 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Pasal 5 ayat (2) Perma Nomor 2 Tahun 2003 menentukan bahwa tenggang waktu untuk proses mediasi itu adalah 30 hari, setelah 30 hari para pihak wajib menghadap kembali pada hakim pada sidang yang telah ditentukan. Apabila berhasil diperoleh kata sepakat dalam proses perdamaian maka hakim akan membuat suatu putusan yang isinya menghukum para pihak untuk mematuhi hasil perdamaian. Sedangkan bila tidak ada kata sepakat maka hakim akan meneruskan sidang dengan acara selanjutnya.⁵⁶

KPPU dalam menjalankan tugasnya juga mempunyai pedoman-pedoman, diantaranya adalah peraturan-peraturan KPPU sebagai berikut:⁵⁷

- a. Peraturan KPPU Nomor 01 Tahun 2009 Tentang Pranotifikasi Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan.
- b. Peraturan KPPU Nomor 03 Tahun 2009 Tentang Pedoman Penerapan Pasal 1 Angka 10 Tentang Pasar Bersangkutan.
- c. Peraturan KPPU Nomor 01 Tahun 2010 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara

⁵⁵ *Ibid*, hlm 334-335.

⁵⁶ *Ibid*, hlm 335.

⁵⁷ <http://www.kppu.go.id/id/peraturan/peraturan-kppu/>. Akses 27 Desember 2012.

- d. Peraturan KPPU Nomor 02 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Persengkongkolan dalam Tender.
- e. Peraturan KPPU Nomor 04 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 Tentang Kartel.
- f. Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2011 tentang Pedoman Tugas Pokok, Fungsi dan Wewenang Ketua/Wakil Ketua Komisi, Anggota Komisi, dan sekretariat Komisi dalam Lingkungan komisi Pengawas Persaingan Usaha.
- g. Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 19 Huruf D (Praktek Diskriminasi).
- h. Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga)
- i. Peraturan KPPU Nomor 10 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 13 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- j. Peraturan KPPU Nomor 11 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 17 (Praktek Monopoli).
- k. Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 13 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat

Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

3. Pendekatan *Rule of Reason* dan *Per se illegal*

Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan.⁵⁸

Pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali.⁵⁹

Kedua metode pendekatan yang memiliki perbedaan ekstrim tersebut juga digunakan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasalnya, yakni pencantuman kata-kata

⁵⁸ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 55.

⁵⁹ *Ibid.*

“yang dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Kata-kata tersebut menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktek monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...”. Oleh karena itu, penyelidikan terhadap beberapa perjanjian atau kegiatan usaha, misalnya kartel (Pasal 11) dan praktek monopoli (Pasal 17) dianggap menggunakan pendekatan *rule of reason*. Sedangkan pemeriksaan terhadap perjanjian penetapan harga (Pasal 5) dianggap menggunakan pendekatan *per se illegal*.⁶⁰

Pasal-pasal yang termasuk *rule of reason*.⁶¹

- a.sehingga dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum (Pasal 1 ayat 2)
- b. Yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 4)
- c. ...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat (Pasal 7, 21, 22,23)
- d.sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat (pasal 8)
- e. .. sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 9)

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹www.ocw.usu.ac.id/...PERSAINGAN.../hke.602_slide_pendekatan_perse_illegal_rule_of_reason_dalam_hukum_persaingan.pdf. Akses 27 Desember 2012.

- f. ...yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 11,12,13,16,17,19)
- g. ...yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat (Pasal 14)
- h. ..yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 18,20,26)
- i. ...yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 28, ayat 1)
- j. ...dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (Pasal 28 ayat 2)
- k. Lihat & perhatikan Pasal 10 ayat 2 tentang Boykot : Sehingga perbuatan tersebut: merugikan atau dapat diduga akan merugikan pelaku usaha lain.....dst.

Pada prinsipnya terdapat dua syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*, yaitu:⁶²

- a. Harus ditunjukkan lebih kepada “perilaku bisnis” dari pada situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan lebih lanjut, misalnya, mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap *fair* , jika perbuatan *illegal* tersebut merupakan “tindakan sengaja” oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari.
- b. Adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktek atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan perkataan lain, penilaian

⁶² Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 61.

atas tindakan dari pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meskipun demikian diakui, bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas-batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah.

Pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi, bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Oleh karena itu, terdapat dua hal penting yang harus diperhatikan oleh pengadilan, pertama, adanya dampak merugikan yang signifikan dari perilaku tersebut. Kedua, kerugian tersebut harus tergantung pada kegiatan yang dilarang.⁶³

Penyelidikan terhadap ada tidaknya pelanggaran terhadap ketentuan hukum persaingan melalui pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum. Artinya, bahwa adanya larangan yang tegas dapat memberikan kepastian bagi pengusaha untuk mengetahui keabsahan suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang menimbulkan kerugian berlipat ganda. Dengan perkataan lain, bahwa pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan pelaku usaha sejak awal, mengenai perbuatan apa saja yang dilarang, serta berusaha menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya.⁶⁴

⁶³ *Ibid*

⁶⁴ *Ibid*, hlm 63.

Berbeda halnya dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap Undang-Undang. Dalam hal ini, Mahkamah Agung Amerika Serikat, umpamanya, telah menetapkan suatu standar *rule of reason*, yang memungkinkan pengadilan mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan menghambat proses persaingan.⁶⁵

Keunggulan *rule of reason* adalah, menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti, yaitu apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan. Dengan perkataan lain, apakah suatu tindakan dianggap menghambat persaingan atau mendorong persaingan, ditentukan oleh: “...*economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources...*”. Sebaliknya, jika menerapkan *per se illegal*, maka tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar Undang-Undang. Namun pendekatan *rule of reason* juga mengandung satu kelemahan, dan mungkin merupakan kelemahan paling utama yaitu, bahwa *rule of reason* yang digunakan oleh para hakim dan juri mensyaratkan pengetahuan tentang teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks, di mana mereka belum tentu memiliki

⁶⁵ *Ibid*, hlm 66.

kemampuan yang cukup untuk memahaminya, guna dapat menghasilkan keputusan yang rasional.⁶⁶

Penentuan penggunaan salah satu pendekatan tersebut tidak semata-mata tergantung pada bunyi kata-kata dalam ketentuan Undang-Undang yang menyatakan, misalnya kata “dilarang” berarti menggunakan pendekatan *per se illegal*; sedangkan kata-kata “patut diduga” atau “yang dapat mengakibatkan” berarti menggunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini mengingat adanya ketentuan Pasal 35 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan, bahwa tugas KPPU adalah menilai semua perjanjian maupun kegiatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu, KPPU memiliki kewenangan untuk menggunakan secara alternatif salah satu dari kedua pendekatan yang berbeda secara ekstrim tersebut. Dalam menentukan salah satu dari dua pendekatan tersebut KPPU mendasarkan pada praktek yang dianggap paling baik (*best practice*) untuk menilai suatu perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, dengan tetap berpedoman pada tujuan pembentukan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yang antara lain, adalah efisiensi dan kesejahteraan konsumen.⁶⁷

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid*, hlm 82-83.

B. Kegiatan yang Dilarang dalam Persaingan Usaha Tidak Sehat

1. Monopoli

Pengertian monopoli selalu dikaitkan dengan monopoli dalam perspektif ekonomi, tetapi monopoli dalam perspektif hukum pun juga acapkali digunakan dalam literatur. Sebetulnya pasar persaingan sempurna dapat ditempatkan pada satu sisi dan sekaligus disebut sebagai sisi yang ekstrim, dan posisi monopoli merupakan sisi sebaliknya dari pasar persaingan sempurna. Di satu sisi pada pasar persaingan jumlah penjual sangat banyak dan tidak dapat mempengaruhi harga pasar suatu produk tertentu, sehingga para penjual hanya sebagai pengikut harga saja (*price taker*). Sedangkan sisi lain pada pasar monopoli jumlah penjual hanya dikuasai oleh satu atau sekelompok/group pelaku usaha dan mereka dapat menentukan harga pasar.

Oleh karenanya kelompok monopolis ini disebut sebagai “penentu harga/penetapan harga (*price setter*)”. Pengertian monopoli secara umum adalah jika ada satu pelaku usaha (penjual) ternyata merupakan satu-satunya penjual bagi produk barang dan jasa tertentu, dan pada pasar tersebut tidak terdapat produk substitusi (pengganti). Akan tetapi karena perkembangan jaman, maka jumlah satu (dalam kalimat satu-satunya) kurang relevan dengan kondisi riil di lapangan, karena ternyata banyak usaha industri yang terdiri lebih dari satu perusahaan mempunyai perilaku seperti monopoli.⁶⁸

⁶⁸ *Ibid.*, hlm 127-128.

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.⁶⁹ Dalam Pasal 17 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 secara lengkap sebagai berikut :

- (1) Pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- (2) Pelaku usaha patut diduga atau dianggap melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila:
 - a. barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya; atau
 - b. mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan atau jasa yang sama; atau
 - c. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Dengan demikian, agar suatu monopoli dapat dilarang oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli Tidak Sehat, haruslah memenuhi unsur-unsur yaitu :⁷⁰

- a. Perusahaan melakukan penguasaan atas produksi suatu produk dan/atau
- b. melakukan penguasaan atas pemasaran suatu produk.
- c. Pengusaha tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli.
- d. Penguasaan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik persaingan usaha tidak sehat.

⁶⁹ Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

⁷⁰ Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Prsaingan Sehat*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm 76.

Berdasarkan unsur diatas jelas bahwa monopoli dianalisis berdasarkan pendekatan *Rule of Reason*. Adapun penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran yang dapat mengakibatkan monopoli dan persaingan usaha tidak sehat tersebut dapat terjadi antara lain dengan cara “persumsi monopoli”. Persumsi monopoli adalah hukum dianggap telah terjadi monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, kecuali dapat dibuktikan sebaliknya, dalam hal terpenuhinya salah satu kriteria berikut⁷¹ :

- a. Produk yang bersangkutan belum ada substitusinya (penggantinya),
- b. Pelaku Usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha dalam produk yang sama, padahal pelaku usaha tersebut mempunyai kemampuan bersaing baik secara modal maupun manajerial dalam pasar yang bersangkutan.⁷²
- c. Suatu pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis produk tertentu.

2. Monopsoni

Jika dalam monopoli, seorang atau satu kelompok usaha menguasai pangsa pasar yang besar untuk menjual suatu produk, maka dengan istilah monopsoni dimaksudkan sebagai seorang atau satu kelompok usaha yang menguasai pasar yang besar untuk membeli suatu produk.⁷³

Berdasarkan Pasal 18 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yaitu :

- (1) Pelaku usaha dilarang menguasai penerimaan pasokan atau menjadi pembeli tunggal atas barang dan atau jasa dalam pasar bersangkutan

⁷¹ Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 138-139.

⁷² Penjelasan Pasal 17 angka 2, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 .

⁷³ Munir Fuady, *op.,cit.*, hlm 77.

yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

- (2) Pelaku usaha patut diduga atau dianggap menguasai penerimaan pasokan atau menjadi pembeli tunggal sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Meskipun kasus monopsoni sangat jarang terjadi, akan tetapi dalam satu waktu atau suatu daerah tertentu hal ini bisa terjadi. Contoh kasus monopsoni yang banyak terjadi di negara-negara berkembang adalah masalah hubungan antara petani dengan pabrik. Biasanya pada suatu wilayah tertentu hanya terdapat satu pabrik yang akan menampung seluruh hasil produksi pertanian. Dalam kondisi seperti ini biasanya petani sangat tergantung kepada produsen, sebaliknya produsen akan berusaha menekan petani. Pada kondisi inilah kemudian kita menyaksikan ada salah satu pihak yang dirugikan, karenanya hukum harus mengatur dengan tegas kondisi yang menyebabkan turunnya kesejahteraan secara agregat. Untuk kasus Indonesia beberapa tahun lalu kita juga melihat ada kasus monopsoni yang terjadi pada beberapa pasar. Diantaranya pada pasar cengkeh, dimana Badan Penyangga Pemasaran Cengkeh (BPPC) di bawah koordinasi Tommy Suharto memaksa semua petani untuk menjual cengkeh mereka pada BPPC dengan harga murah yang disertai dengan berbagai alasan yang dipaksakan.⁷⁴

Kebanyakan kegiatan monopsoni timbul disebabkan Undang-Undang, namun juga dapat timbul karena adanya kartel pemebeli, seperti yang terjadi pada pembelian barang-barang pertanian, bahan mentah untuk

⁷⁴ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 136-137.

industri, atau dalam pasar tenaga kerja. Namun jika pasar monopsoni terjadi dengan terciptanya seorang pelaku monopsoni disebabkan memang tidak ditemukan pembeli lain di pasar bersangkutan tidaklah dilarang, sebab hal itu terjadi secara alami (*natural monopsony*).⁷⁵

3. Penguasaan Pasar

Dalam Pasal 19 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dinyatakan Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa :

- a. menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan; atau
- b. menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya itu; atau
- c. membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar bersangkutan; atau
- d. melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.

Berdasarkan ketentuan Pasal 19 tersebut dapat disimpulkan bahwa kegiatan yang dilarang dilakukan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya penguasaan pasar yang merupakan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, yaitu :⁷⁶

- a. menolak, menghalangi, atau menolak dan menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan

⁷⁵ Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 150.

⁷⁶ Rachmadi Usman, *op.cit.*, hlm 74-75.

- b. menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya
- c. membatasi peredaran, penjualan, atau peredaran dan penjualan barang, jasa, atau barang dan jasa pada pasar bersangkutan
- d. melakukan praktik diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu
- e. melakukan jual rugi (*predatory pricing*). Pemasokan produk dengan cara jual rugi yaitu dengan menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya karena tidak mampu lagi bersaing.
- f. penetapan biaya secara curang. Melakukan kecurangan atau memanipulasi dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya yang merupakan komponen harga produk sehingga harga lebih rendah daripada harga sebenarnya.⁷⁷

Berbagai wujud penguasaan pasar seperti ini hanya dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai *market power*, yaitu pelaku usaha yang dapat menguasai pasar sehingga dapat menentukan harga barang dan/atau jasa di pasar bersangkutan. Kriteria penguasaan pasar tersebut tidak harus 100%, penguasaan sebesar 50 % atau 75 % saja sudah dapat dikatakan mempunyai market power. Pasal 19 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 ini dirumuskan secara *Rule of Reason* sehingga penguasaan pasar itu sendiri menurut pasal ini tidak secara mutlak dilarang. Penguasaan pasar dilarang apabila dari penguasaan pasar yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan

⁷⁷ Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 153.

persaingan usaha tidak sehat atau mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima. Perlu diketahui bahwa penguasaan pasarnya sendiri belum tentu bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yang kemungkinan bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah jenis-jenis kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha perusahaan yang menguasai pasar yang pada akhirnya anti terhadap persaingan usaha yang sehat.⁷⁸

4. Jual Rugi (*Predatory Pricing*)

Pembahasan jual rugi telah diatur dalam larangan penetapan harga juga diatur dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengenai larangan penetapan harga di bawah harga pasar. Perbedaannya, Pasal 7 mensyaratkan adanya perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar, sedangkan Pasal 20 tidak mencantumkan adanya persyaratan perjanjian.⁷⁹

Berdasarkan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 disebutkan Pelaku usaha dilarang melakukan pemasokan barang dan atau jasa dengan cara melakukan jual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya di pasar bersangkutan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Unsur-unsur yang harus diperhatikan sebelum menuduh pelaku usaha atau perusahaan memakai strategi ini :⁸⁰

⁷⁸ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 140.

⁷⁹ Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 157.

⁸⁰*Ibid.*,hlm 172.

1. Harus dibuktikan bahwa perusahaan tersebut menjual produknya dengan harga rugi (menjual dibawah biaya rata-rata). Jika perusahaan menjual dengan harga rendah, namun tidak merugi, maka perusahaan tersebut bersaing secara sehat. Perusahaan tersebut dapat menjual dengan harga rendah karena jauh lebih efisien dari pesaing-pesaingnya;
2. Jika terbukti perusahaan menjual dengan harga rugi, masih harus dibuktikan bahwa perusahaan tersebut memiliki kemampuan yang memungkinkan untuk menjual rugi disebabkan ada kalanya penjual melakukan jual rugi untuk menghindari potensi kerugian yang lebih lanjut atau untuk sekedar mendapatkan dana untuk keluar dari pasar (usaha);
3. Telah ditunjukkan bahwa perusahaan hanya akan menerapkan *predatory pricing* jika perusahaan tersebut yakin akan dapat menutup kerugian ditahap awal dengan menerapkan harga yang sangat tinggi (*supra competitive*) ditahap berikutnya.

Lebih lanjut, pedoman Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) tentang jual rugi menjelaskan unsur-unsur Pasal 20 secara lebih rinci yaitu:⁸¹

1. Pelaku Usaha. Pengertian pelaku usaha sebagaimana maksud dimaksud dalam Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

⁸¹ Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 159-162.

2. Pemasokan. Pengertian memasok sebagaimana dimaksud dalam penjelasan Pasal 15 adalah menyediakan pasokan, baik barang maupun jasa, dalam kegiatan jual beli, sewa menyewa, sewa beli dan sewa guna (*leasing*).
3. Barang. Pengertian barang menurut Pasal 1 angka 16 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.
4. Jasa, yaitu setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.
5. Jual Rugi, yaitu suatu kondisi dimana suatu pelaku usaha menetapkan harga jual dari barang dan/jasa yang diproduksinya dibawah biaya rata-rata (*Average Total Cost*).
6. Harga yang sangat rendah, yaitu harga yang ditetapkan oleh pelaku usaha yang tidak masuk akal rendahnya.
7. Dengan Maksud, pada umumnya praktik jual rugi dimaksudkan pada lima tujuan utama yaitu, mematikan pelaku usaha pesaing di pasar bersangkutan yang sama, membatasi pesaing, memperoleh keuntungan besar, mengurangi kerugian yang terjadi dan biasanya dilakukan oleh para pelaku usaha yang melakukan “cuci gudang”.
8. Menyingkirkan atau mematikan, yang berarti mengeluarkan atau menyingkirkan pelaku usaha pesaing dari pasar bersangkutan atau menjadi tutup usahanya.

9. Usaha Pesaing, yaitu usaha pelaku usaha lain dalam pasar bersangkutan yang sama.
10. Pasar, yaitu lembaga ekonomi dimana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan/atau jasa.
11. Pasar Bersangkutan, pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substansi dari barang dan/atau jasa tersebut.
12. Praktik Monopoli, sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 17 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.
13. Persaingan Usaha Tidak Sehat, sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

5. Manipulasi Biaya Produksi

Manipulasi biaya produksi juga merupakan salah satu kegiatan yang dilarang. Berdasarkan Pasal 21 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yaitu pelaku usaha dilarang melakukan kecurangan dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya yang menjadi bagian dari komponen harga barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Sebagai bagian dari penguasaan pasar, maka kecurangan dalam menentukan biaya adalah salah satu strategi yang dijalankan oleh pelaku usaha untuk mematikan pesaingnya, yaitu dengan jalan menyatakan biaya

produksinya tidak sesuai dengan biaya yang sesungguhnya. Secara akal sehat, tentu harga yang disampaikan adalah di bawah harga yang sesungguhnya, dengan demikian dia bisa menjual barang atau jasanya lebih rendah dari para pesaingnya. Pasal 21 ini berbeda dengan Pasal 20, walaupun keduanya pada prinsipnya sama, yaitu akhirnya menjual barang dengan harga dibawah biaya produksi. Namun dalam Pasal 21 yang penekanannya adalah pada kecurangan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang berhubungan dengan biaya produksinya. Berdasarkan rumusan Pasal 21 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka dapat kita ketahui bahwa pasal ini menganut prinsip *rule of reason*. Dengan demikian kalau pun telah terjadi kecurangan, si pelaku tidak otomatis melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Untuk dinyatakan bersalah, haruslah dibuktikan terlebih dahulu bahwa kecurangan tersebut tidak mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima dan juga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat.⁸²

6. Persekongkolan atau Konspirasi Usaha

Persekongkolan adalah bentuk kerjasama dagang diantara pelaku usaha yang dimaksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol tersebut. Persekongkolan sering disama artikan dengan kolusi, dalam politik biasa disebut konspirasi (*conspiracy*). Ditinjau dari dari segi hukum ataupun agama, kolusi adalah bentuk pelanggaran norma atau etika. Secara umum kolusi mirip dengan korupsi, walau dalam praktiknya terjadinya perbedaan. Kolusi lebih ke

⁸² Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 146.

tawar menawar sebuah kepentingan demi mendapatkan keuntungan kedudukan tertentu.⁸³ Dengan demikian, jika pada perjanjian untuk monopoli atau menyaingi secara curang yang ditekankan adalah “perjanjian” tersebut, sementara dalam persekongkolan belum tentu ada perjanjian. Bahkan dalam banyak kasus dalam praktek, perjanjian tersebut sama sekali tidak dibuat, karena memang materinya sangat tidak tepat untuk dimuat dalam suatu perjanjian. Misalnya bagaimana mungkin disebutkan mencuri rahasia perusahaan orang lain dalam suatu perjanjian.⁸⁴

Menurut Bryn A. Garner mendefinisikan persekongkolan yaitu:

*Conspiracy an agreement by two or more person to commit an unlawfull act, coupled with an intent to achieve the agreement's objective, an (in most state) action or conduct that furthers the agreement : a combination for an unlawful porpuse.*⁸⁵

Dilihat dari bentuk perilaku dalam persekongkolan dapat dibedakan dalam beberapa bentuk :⁸⁶

1. *Bid Suppression*, terjadi apabila peserta tender sepakat untuk menahan diri dari proses tender atau akan menarik dari penawaran tender dengan harapan pihak-pihak yang sudah ditentukan dapat memenangkan tender (*agree to refrain from bidding or with draw a previously submitted bid so that the designated winning competitor's bid will be accepted*).

⁸³ Mustafa Kamal Rokan, *op.cit.*, hlm 162.

⁸⁴ Munir Fuady, *op.cit.*, hlm 82.

⁸⁵ Bryan A. Garner, *op.cit.*, hlm 329.

⁸⁶ *Ibid.*, hlm 169-170.

2. *Complementary Bidding*, terjadi ketika beberapa peserta tender sepakat untuk mengajukan penawaran yang sangat tinggi atau mengajukan persyaratan khusus yang tidak akan diterima oleh pemilik pekerjaan/proyek (*the buyer*). Bentuk penawaran tender ini dimaksudkan untuk memberikan penawaran yang sebenarnya, tetapi mengelabui pemilik kegiatan/proyek yang melaksanakan tender dengan menciptakan persaingan yang merahasiakan penggelembungan harga penawaran.
3. *Bid Rotation*, bentuk ini berkaitan dengan harga penawaran yang bertolak belakang dengan *complementary bidding* dimana peserta tender mengajukan penawaran tetapi dengan mengambil posisi sebagai penawar dengan harga terendah.
4. *Subcontracting*, bentuk ini menjadi indikasi terjadinya persekongkolan tender. Pelaku usaha (*competitors*) bersepakat untuk tidak mengajukan penawaran dengan menerima kompensasi menjadi *subcontracting* sebuah pekerjaan atau menjadi pemasok tertentu bagi pemenang tender.

Terdapat 3 (tiga) bentuk kegiatan persekongkolan yang dilarang oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yaitu persekongkolan tender (Pasal 22), persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang (Pasal 23), serta persekongkolan untuk menghambat perdagangan (Pasal 24) :⁸⁷

- a. Persekongkolan Tender (Pasal 22)

⁸⁷ Pasal 22, 23, 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa tender merupakan tawaran untuk mengajukan harga, untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Kegiatan bersekongkol menentukan pemenang tender jelas merupakan perbuatan curang, karena pada dasarnya tender dan pemenangnya tidak diatur dan bersifat rahasia.⁸⁸

Persekongkolan dalam tender merupakan suatu bentuk kerjasama yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Kegiatan bersekongkol/konspirasi dalam tender ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta yang menyetujui satu peserta dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan paling efisien. Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan

⁸⁸ Knud Hansen, et.al., Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Katalis-Publishing– Media Services, 2002, hlm 323-324.

para penawar yang beriktikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan.⁸⁹

b. Persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang (Pasal 23)

Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Bagi Indonesia, pengaturan mengenai rahasia dagangnya diatur secara tersendiri, tidak dimasukkan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Dewasa ini pengaturannya dapat dijumpai dalam UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang. Pengertian rahasia dagang dikemukakan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000 yang menyatakan bahwa rahasia dagang adalah informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh pemilik rahasia dagang. Rahasia dagang tersebut termasuk juga informasi industrial *know how*, seperti yang dianut oleh hukum Amerika Serikat. Dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000 dinyatakan, bahwa lingkup perlindungan rahasia dagang meliputi metode produksi, metode pengolahan, metode penjualan, atau informasi lain di bidang teknologi dan/ atau bisnis yang memiliki nilai ekonomi dan tidak diketahui masyarakat umum.⁹⁰

⁸⁹ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 152.

⁹⁰ *Ibid*, hlm 161.

Kemudian jenis-jenis rahasia dagang yang secara yuridis akan mendapat perlindungan terbatas adalah informasi yang bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomis, dan dijaga kerahasiaannya melalui upaya-upaya sebagaimana mestinya yaitu semua langkah yang memuat ukuran kewajaran, kelayakan, dan kepatutan yang harus dilakukan. Misalnya, di dalam suatu perusahaan harus ada prosedur baku berdasarkan praktik umum yang berlaku di tempat-tempat lain dan/atau yang dituangkan ke dalam ketentuan internal perusahaan itu sendiri. Dalam ketentuan internal perusahaan juga ditetapkan bagaimana rahasia dagang itu dijaga dan siapa yang bertanggung jawab atas kerahasiaan itu.⁹¹

c. Persekongkolan untuk menghambat perdagangan (Pasal 24)

Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan maksud agar barang dan atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang baik dari jumlah, kualitas, maupun ketepatan waktu yang dipersyaratkan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 24 ini jelas bahwa pelaku usaha dilarang untuk bersekongkol dengan pihak lain untuk :⁹²

1) Menghambat pelaku usaha pesaing dalam memproduksi,

⁹¹ *Ibid.*, hlm 161-162.

⁹² *Ibid.*, hlm 164.

- 2) Menghambat pemasaran, atau memproduksi dan memasarkan barang, jasa, atau barang dan jasa dengan maksud agar barang, jasa, atau barang dan jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang atau menurun kualitasnya;
- 3) Bertujuan untuk memperlambat waktu proses produksi, pemasaran, atau produksi dan pemasaran barang, jasa, atau barang dan jasa yang sebelumnya sudah dipersyaratkan, serta
- 4) Kegiatan persekongkolan seperti ini dapat menimbulkan praktik monopoli dan/ atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Secara ekonomis, hambatan perdagangan (*restrain of trade*) yang dilarang berdasarkan pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dapat dibedakan ke dalam: *Restrictive trade agreement*, yaitu bentuk kolusi di antara para pemasok yang bertujuan menghapus persaingan secara keseluruhan ataupun sebagian, dan *Restrictive trade practice*, yaitu suatu alat untuk mengurangi atau menghilangkan persaingan usaha di antara para pemasok produk yang saling bersaing. Misalnya yang terjadi dalam perjanjian *exclusive dealing*, *refusal to supply*.⁹³

C. Tinjauan Umum mengenai Persekongkolan

1. Pengertian Persekongkolan Tender

Penjelasan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa tender merupakan tawaran untuk mengajukan harga, untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau

⁹³ *Ibid.*

untuk menyediakan jasa. Kegiatan bersekongkol menentukan pemenang tender jelas merupakan perbuatan curang, karena pada dasarnya tender dan pemenangnya tidak diatur dan bersifat rahasia. Dalam hukum persaingan usaha salah satu hal yang menjadi obyek persekongkolan adalah masalah tender, dimana pengertian tender atau lelang dapat diketemukan dalam berbagai sumber:⁹⁴

1. Berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 tentang perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 dan perubahan atas Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (yang mencabut Keppres No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang/jasa Instansi Pemerintah), tender atau pengadaan barang/jasa adalah kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa.⁹⁵
2. Tender (*to put out contract*) adalah memborongkan pekerjaan/menyuruh pihak lain untuk mengerjakan atau memborong pekerjaan pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan sesuai dengan perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pekerjaan pembedorongan itu dilakukan.

⁹⁴ *Ibid.*, hlm 147-148.

⁹⁵ Pasal 1 angka 1 Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

3. Dalam Memori Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, tender adalah tawaran mengajukan sebuah harga untuk memborong suatu pekerjaan, maupun untuk pengadaan barang-barang atau untuk menyediakan jasa-jasa tertentu. Berdasar pada pengertian tersebut, maka cakupan tawaran pengajuan harga dalam tender meliputi memborong/melaksanakan suatu pekerjaan tertentu, pengadaan barang dan atau jasa, membeli barang dan atau jasa, serta menjual barang dan atau jasa.
4. Dalam praktek pengertian tender sama dengan pengertian “lelang” yang secara tidak langsung telah disebutkan dalam Keppres No. 80 tahun 2003, misalnya dalam metode pemilihan penyedia barang/jasa, dapat dilakukan dengan cara pelelangan umum dan pelelangan terbatas. Dalam Keppres tersebut yang dimaksud dengan, pelelangan umum adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum sehingga masyarakat luas, dunia usaha yang dan memenuhi kualifikasi dapat mengikuti lelang tersebut. Sedangkan pelelangan terbatas adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman resmi dengan mencantumkan penyedia barang/jasa yang telah diyakini mampu, guna memberi kesempatan kepada penyedia barang/jasa lainnya yang memenuhi kualifikasi.

Dalam pelaksanaan penawaran tender, tujuan utama yang ingin dicapai adalah memberikan kesempatan yang seimbang bagi semua

penawar, sehingga menghasilkan harga yang paling murah dengan *output*/keluaran yang optimal dan berhasil guna. Diakui secara umum, bahwa harga murah bukanlah semata-mata ukuran untuk menentukan kemenangan dalam pengadaan barang dan/jasa. Melalui mekanisme penawaran tender sedapat mungkin dihindarkan kesempatan untuk melakukan konspirasi di antara para pesaing, atau antara penawar dengan panitia penyelenggara lelang. Dalam Pasal 3 Keppres No. 80 Tahun 2003 yang mengatur tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan pula, bahwa dalam rangka pengadaan barang/jasa wajib diterapkan berbagai prinsip, antara lain Efisiensi, Efektif, Terbuka dan bersaing, Transparan, Adil/tidak diskriminatif, serta Akuntabel.⁹⁶

Sehingga perseongkolan dalam tender merupakan suatu bentuk kerjasama yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Perjanjian ini dapat dilkakukan oleh satu atau lebih peserta yang menyetujui satu peserta dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan paling efisien. Oleh karena itu persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi

⁹⁶ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 149.

terciptanya persaingan yang sehat di kalangan para penawar yang beritikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan.⁹⁷

Berkaitan dengan prinsip-prinsip, maka untuk masalah ini sudah diatur dalam Pasal 3 Keppres Nomor 80 Tahun 2003, bahwa dalam rangka pengadaan barang dan jasa wajib diterapkan prinsip-prinsip sebagai berikut :⁹⁸

- a. Efisien, berarti pengadaan barang/jasa harus diusahakan dengan menggunakan dana dan daya yang terbatas untuk mencapai sasaran yang ditetapkan dalam waktu sesingkat-singkatnya dan dapat dipertanggungjawabkan.
- b. Efektif, berarti pengadaan barang/jasa harus sesuai dengan kebutuhan yang telah ditetapkan dan dapat memberikan manfaat yang sebesar-besarnya sesuai dengan sasaran yang ditetapkan.
- c. Terbuka dan bersaing, berarti pengadaan barang/jasa harus terbuka bagi penyedia barang/jasa yang memenuhi persyaratan dan dilakukan melalui persaingan yang sehat di antara penyedia barang/jasa yang setara dan memenuhi syarat/kriteria tertentu berdasarkan ketentuan dan prosedur yang jelas dan transparan.
- d. Transparan, berarti semua ketentuan dan informasi mengenai pengadaan barang/jasa, termasuk syarat teknis administrasi pengadaan, tata cara evaluasi, hasil evaluasi, penetapan calon penyedia barang/jasa, sifatnya

⁹⁷ L. Budi Kagramanto, *op.cit*, hlm 32.

⁹⁸*Ibid.*, hlm 70-71.

terbuka bagi peserta penyedia barang/jasa yang berminat serta bagi masyarakat luas pada umumnya;

- e. Adil/tidak diskriminatif, berarti memberikan perlakuan yang sama bagi semua calon penyedia barang/jasa dan tidak mengarah untuk memberi keuntungan kepada pihak tertentu, dengan cara dan atau alasan apapun.
- f. Akuntabel, berarti harus mencapai sasaran baik fisik, keuangan maupun manfaat bagi kelancaran pelaksanaan tugas umum pemerintahan dan pelayanan masyarakat sesuai dengan prinsip-prinsip serta ketentuan yang berlaku dalam pengadaan barang/jasa.

2. Dasar Hukum Dilarangnya Persekongkolan Tender

Persekongkolan tender secara khusus diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yang berbunyi : “bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat“. Oleh karena itu yang dilarang dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah persekongkolan (*conspiracy dan collusion*) antara pelaku usaha dengan pihak lain dalam penentuan pemenang tender, yakni melalui pengajuan untuk menawarkan harga dalam memborong suatu pekerjaan atau juga pengajuan penawaran harga untuk pengadaan barang dan jasa-jasa tertentu. Akibat dari persekongkolan dalam menentukan siapa pemenang tender ini, seringkali timbul suatu kondisi “*barrier to entry*” yang tidak menyenangkan/merugikan bagi pelaku usaha lain yang sama-sama

mengikuti tender (peserta tender) yang pada gilirannya akan mengurangi bahkan meniadakan persaingan itu sendiri.⁹⁹

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas menerapkan 2 (dua) jenis sanksi yang dikenakan terhadap pelanggaran ketentuan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, khususnya pelanggaran Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24, yaitu sanksi administrative dan sanksi pidana berupa pidana pokok dan pidana tambahan. Sanksi denda terhadap pelanggaran Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah pidana denda anatar Rp 5.000.000.000,00 – Rp 25.000.000.000,00 atau kurungan pengganti denda selama 5 bulan. Oleh karena itu maka penerapan sanksi pelanggaran terhadap larangan persekongkolan tender tersebut memerlukan koordinasi yang efektif dari semua pihak.¹⁰⁰

3. Unsur-Unsur Persekongkolan Tender

Dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 juga dicantumkan adanya pihak lain selain pelaku usaha dalam persekongkolan, dimana dalam ketentuan Pasal 22 tersebut persekongkolan tender terdiri atas beberapa unsur, yakni unsur pelaku usaha, bersekongkol, adanya pihak lain, mengatur dan menentukan pemenang tender, serta persaingan usaha tidak sehat :¹⁰¹

- a. Istilah “pelaku usaha” diatur dalam Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan

⁹⁹ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 151.

¹⁰⁰ L. Budi Kagramanto, *op.cit*. hlm 113-114.

¹⁰¹ Andi Fahmi Lubis, et. al., *op.cit*, hlm 151-153.

Persaingan Usaha Tidak Sehat yaitu, bahwa pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara RI, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

- b. istilah “bersekongkol” diartikan sebagai kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Istilah tersebut mengandung unsur-unsur sebagai berikut : kerjasama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, menciptakan persaingan semu, menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan, tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu, pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung/tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum. Kerjasama antara dua pihak atau lebih dengan diam-diam biasanya dilakukan secara lisan, sehingga membutuhkan pengalaman dari lembaga pengawas persaingan usaha guna membuktikan adanya kesepakatan yang dilakukan secara diam-diam.

Dalam penawaran tender yang dikuasai oleh kartel akan semakin mempersulit upaya penyelidikan ini, kecuali terdapat anggota yang “berkhianat” membongkar adanya persekongkolan tersebut.

- c. Unsur “pihak lain” menunjukkan bahwa persekongkolan selalu melibatkan lebih dari satu pelaku usaha. Pengertian pihak lain dalam hal ini meliputi para pihak yang terlibat, baik secara horizontal maupun vertikal dalam proses penawaran tender. Berdasarkan keterlibatan pihak lain tersebut, maka ada 3 bentuk persekongkolan, yaitu :

- (1). Persekongkolan horizontal, yakni tindakan kerjasama yang dilakukan oleh para penawar tender, misalnya mengupayakan agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran. Dalam kerjasama semacam ini, pihak yang kalah diperjanjikan akan mendapatkan sub kontraktor dari pihak yang menang atau dengan mendapatkan sejumlah uang sebagai sesuai kesepakatan diantara para penawar tender.
- (2). Persekongkolan tender secara vertikal, artinya bahwa kerjasama tersebut dilakukan antara penawar dengan panitia pelaksana tender. Dalam hal ini, biasanya panitia memberikan berbagai kemudahan atas persyaratan-persyaratan bagi seorang penawar, sehingga dia dapat memenangkan penawaran tersebut.
- (3). Persekongkolan horizontal dan vertikal, yakni persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan

jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender, misalnya tender fiktif yang melibatkan panitia, pemberi pekerjaan, dan pelaku usaha yang melakukan penawaran secara tertutup.

- d. Unsur “persaingan usaha tidak sehat”. Unsur ini menunjukkan, bahwa persekongkolan menggunakan pendekatan *rule of reason*, karena dapat dilihat dari kalimat “... sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Pendekatan *rule of reason* merupakan suatu pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan usaha (seperti KPPU di Indonesia) untuk mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan.

D. Tinjauan umum tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha

Dalam konteks ketatanegaraan, KPPU merupakan lembaga negara komplementer (*state auxiliary organ*) yang mempunyai wewenang berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 untuk melakukan penegakan hukum persaingan usaha. Secara sederhana *state auxiliary organ* adalah lembaga negara yang dibentuk diluar konstitusi dan merupakan lembaga yang membantu pelaksanaan tugas lembaga negara pokok

(Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif) yang sering juga disebut dengan lembaga independen semu negara (*quasi*). Peran sebuah lembaga independen semu negara (*quasi*) menjadi penting sebagai upaya responsif bagi negara-negara yang tengah transisi dari otoriterisme ke demokrasi. KPPU merupakan suatu organ khusus yang mempunyai tugas ganda selain menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha juga berperan untuk menciptakan dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif.

Meskipun KPPU mempunyai fungsi penegakan hukum khususnya Hukum Persaingan Usaha, namun KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha. Dengan demikian KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administratif karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif.¹⁰²

Secara lengkap kewenangan yang dimiliki oleh KPPU meliputi kegiatan-kegiatan sebagai berikut :¹⁰³

- a. menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- b. melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

¹⁰² *Ibid.*, hlm 311-313.

¹⁰³ Pasal 36 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

- c. melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan oleh Komisi sebagai hasil penelitiannya.
- d. menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- e. memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang ini.
- f. memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang ini
- g. meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang sebagaimana dimaksud huruf e dan huruf f, yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi.
- h. meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini.
- i. mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain guna penyelidikan dan atau pemeriksaan.
- j. memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat.
- k. memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- l. menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-undang ini.

Berdasarkan Pasal 43 ayat (3) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Moopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat disebutkan bahwa Komisi wajib memutuskan telah terjadi atau tidak terjadi pelanggaran terhadap Undang-undang ini selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak selesainya pemeriksaan lanjutan. sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) atau ayat (2) dan Putusan Komisi sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) tersebut harus dibacakan dalam suatu sidang yang dinyatakan terbuka untuk umum dan segera diberitahukan kepada pelaku usaha.

Dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak pelaku usaha menerima pemberitahuan putusan Komisi, pelaku usaha wajib melaksanakan putusan tersebut dan menyampaikan laporan pelaksanaannya kepada Komisi.¹⁰⁴ Pelaku usaha yang tidak mengajukan keberatan dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari dianggap menerima putusan Komisi.¹⁰⁵

Komisi berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat berupa :¹⁰⁶

- a. penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 (oligopoli), Pasal 5 (penetapan harga), Pasal 6 (diskriminasi harga), Pasal 7 (pengekangan harga diskon), Pasal 8 (pengekangan harga distributor), Pasal 9 (pembagian wilayah), Pasal 10 (pemboikotan), Pasal 11 (kartel),

¹⁰⁴ Pasal 44 angka (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

¹⁰⁵ Pasal 44 angka (3) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

¹⁰⁶ Pasal 47 angka (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Pasal 12 (trust), Pasal 13 (oligopsoni), Pasal 15 (perjanjian tertutup), dan Pasal 16 (perjanjian dengan pihak luar negeri); dan atau

- b. perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14; dan atau
- c. 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
- d. perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan; dan atau
- e. penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28; dan atau
- f. penetapan pembayaran ganti rugi; dan atau
- g. pengenaan denda serendah-rendahnya Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah).

Pengadilan juga dapat menjatuhkan pidana tambahan, disamping pidana pokok kepada pelaku usaha yang telah melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Pidana tambahan ini diatur dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menentukan bahwa dengan menunjuk ketentuan Pasal 10 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, terhadap pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 48, dapat dijatuhkan pidana tambahan berupa pencabutan izin usaha, larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris minimal dua tahun dan maksimal

lima tahun atau penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Rachmadi Usman, *op.cit.*, hlm 121.

BAB III

***BEAUTY CONTEST* DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN USAHA**

A. Analisa Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 35/KPPU-I/2010.

1. Posisi Kasus

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) yang memeriksa dugaan pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat berkaitan dengan Proses *Beauty Contest* Proyek Donggi -Senoro yang dilakukan oleh PT.Pertamina, Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation.

Tentang kronologis Proyek Donggi Senoro adalah pada tahun 1980-1997, Blok Matindok dan Blok Senoro yang merupakan lokasi minyak dan gas di daerah Sulawesi Tengah dikelola oleh Union Texas. Pada tahun 1997, Union Texas mengembalikan hak pengelolaan Blok Matindok dan Blok Senoro kepada Negara Republik Indonesia. Oleh Negara, Blok Mantindok dan Blok Senoro tersebut diserahkan kepada Pertamina. Selanjutnya Pertamina memecah pengelolaan Blok Matindok dan Blok Senoro. Untuk Blok Matindok dikelola oleh Pertamina sedangkan Blok Senoro dikelola oleh *joint venture* Pertamina dengan Union Texas. Pada tahun 2005, PT Pertamina (Persero) menyerahkan pengelolaan Blok Matindok kepada PT Pertamina EP. Proses-proses bisnis selanjutnya dilakukan oleh PT Pertamina EP.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 35/KPPU-I/2010, hlm 9.

Blok Senoro semula dikelola oleh *joint venture* antara Pertamina dengan Union Texas, terakhir pengelola Blok Senoro adalah *Joint Operation Body* (JOB)¹⁰⁹ Pertamina Hulu Energi Tomori Sulawesi dan Medco E & P Tomori Sulawesi. PT Medco E&P Tomori Sulawesi merupakan salah satu anak perusahaan PT Medco Energi Internasional, Tbk.¹¹⁰

Pada tanggal 31 Mei 2005 PT Pertamina (Persero), PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan LNG International Pty Ltd (LNGI) menandatangani *Exclusivity Agreement* (EA) untuk pembelian gas dari Blok Senoro. Jangka waktu EA adalah 4 (empat) bulan terhitung sejak tanggal 31 Mei 2005 sampai dengan 30 September 2005. EA dapat secara otomatis diperpanjang selama 2 (dua) bulan apabila seluruh pihak yang menandatangani EA menyetujuinya. Pada tanggal 19 Desember 2005, LNGEU secara hukum resmi didirikan berdasarkan Akta Pendirian Perusahaan Nomor 25 yang dibuat oleh Notaris Amrul Partomuan, S.H. Pemegang saham LNGEU adalah LNGI dan PT Maleo Energi Utama.¹¹¹

Pada tanggal 21 – 23 November 2005, PT Pertamina EP dan JOB Pertamina Hulu Energi – Medco E & P Tomori Sulawesi mengadakan Lokakarya membahas rencana pengembangan Blok Matindok dan Blok Senoro secara bersama-sama. LNGI hadir bersama dengan PT Medco E & P Tomori Sulawesi namun kehadiran LNGI ditolak oleh PT Pertamina EP. Dalam lokarya tersebut terdapat gagasan untuk mengembangkan Blok

¹⁰⁹ *Joint operation body* adalah kumpulan dari beberapa perusahaan yang mengajukan diri untuk bekerjasama dengan badan operasi bersama. <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol22181/energi-utama-berencana-gugat-pertamina-dan-medco> Akses 27 Desember 2012.

¹¹⁰ Putusan Komisi Pengawas..*op.cit.*, hlm 9.

¹¹¹ *Ibid.*, hlm 9-13.

Matindok dan Blok Senoro dengan Skema Hilir. Kemudian LNGI ditawarkan untuk turut mengembangkan Blok Matindok karena Sino Cheer mengundurkan diri dari rencana mengembangkan Blok Matindok. Untuk itu pada bulan November 2005 LNGI, PT Pertamina EP dan PT Medco E & P Tomori Sulawesi merancang kegiatan bersama sebagaimana dimuat dalam *JOB Synergies Gas Monetization Co-operation*.¹¹²

Pada tanggal 12 Januari 2006, Mitsubishi Corporation mengirimkan surat kepada PT Pertamina (Persero) yang menyatakan tertarik untuk membangun proyek yang pertama di Sulawesi (Blok Matindok dan Blok Senoro). Kemudian PT Pertamina (Persero) dan Mitsubishi Corporation mengadakan pertemuan untuk mendiskusikan kemungkinan keterlibatan Mitsubishi Corporation dalam pengembangan Blok Matindok dan Blok Senoro pada tanggal 23 Januari 2006 dan Mitsubishi Corporation menyampaikan ketertarikannya kepada PT Medco Energi Internasional, Tbk tentang proyek LNG Senoro.¹¹³

Pada tanggal 7 Februari 2006, Mitsubishi Corporation melakukan presentasi kepada PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk untuk menyampaikan pendapat awal tentang proyek LNG serta proposalnya. Selanjutnya tanggal 8 Februari 2006, Mitsubishi Corporation mengadakan pertemuan dengan PT Medco Energi Internasional, Tbk dan menyampaikan bahwa Mitsubishi Corporation tertarik untuk terlibat dalam aspek hulu maupun hilir dalam pengembangan Blok Matindok dan

¹¹² *Ibid.*, hlm 13.

¹¹³ *Ibid.*, hlm 13-14.

Blok Senoro. Dalam kesempatan pertemuan tersebut, PT Medco Energi Internasional, Tbk menyampaikan kepada Mitsubishi Corporation bahwa prioritas pengembangan Blok Matindok dan Blok Senoro adalah pada aspek hilir. PT Medco Energi Internasional, Tbk meminta kepada Mitsubishi Corporation untuk menjadi partner bagi LNGEU dengan terlebih dahulu melakukan *due dilligence*¹¹⁴ terhadap pekerjaan awal LNGI karena beberapa data merupakan milik LNGI. PT Medco Energi Internasional, Tbk meminta LNGI turut serta dalam presentasi yang akan dilakukan oleh Mitsubishi Corporation kepada PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk.¹¹⁵

Pada tanggal 9 Februari 2006, PT Medco Energi Internasional, Tbk meminta LNGI turut serta dalam presentasi yang akan dilakukan oleh Mitsubishi Corporation kepada PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional. Kemudian PT Medco Energi Internasional, Tbk meminta kepada Mitsui & Co. Ltd untuk melakukan *due dilligence* terhadap LNGI. PT Medco E&P Tomori Sulawesi menyampaikan kepada Mitsubishi Corporation bahwa LNGI tidak keberaratan memberikan informasi kepada Mitsubishi Corporation sepanjang Mitsubishi Corporation bersedia menandatangani perjanjian kerahasiaan (*Confidentiality Agreement/ CA*) yang dipersiapkan oleh LNGI. LNGI dan Mitsubishi Corporation menandatangani CA. Dalam CA, Mitsubishi Corporation akan menerima data dan informasi yang bersifat

¹¹⁴ *Due dilligence* atau pemeriksaan dari segi hukum adalah suatu mekanisme dari suatu verifikasi yang komplek terhadap keberadaan suatu subjek hukum berikut aktifitas-aktifitas yang dilakukannya dari sudut pandang hukum yang dilakukan secara objektif dan sistematis berdasarkan sistem hukum nasional yang berlaku. <http://tentang-ilmu-hukum.blogspot.com/2012/05/pengertian-due-diligence.html>. Akses 27 Desember 2012.

¹¹⁵ Putusan Komisi Pengawas, *op.cit.*, hlm 14-15.

rahasia dari LNGI dan data tersebut dilarang untuk diinformasikan kepada pihak lain.¹¹⁶

Pada tanggal 23 Februari 2006, Mitsubishi Corporation mempresentasikan hasil *due dilligence* terhadap LNGI kepada PT Pertamina (Persero). Hal-hal yang disampaikan terkait dengan hasil *due dilligence* adalah teknis, komersial dan kapasitas pengilangan. Mitsubishi Corporation juga menawarkan konsep pemasaran dimana antara lain menawarkan menjual kembali kepada PT Pertamina (Persero) untuk mengatasi *shortfall* di Bontang dan menjual gas ke Jepang.¹¹⁷

Pada tanggal 16 Maret 2006, Mitsubishi Corporation menyampaikan presentasi kepada PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional Tbk untuk mendiskusikan proposal Mitsubishi Corporation. Dalam presentasi dan diskusi tersebut, Mitsubishi Corporation menyampaikan proposal terkait dengan kapasitas kilang, manajemen proyek untuk EPC, *PMT Organization*, *EPC Contracting Strategy*, *EPC Time Line (plant start up End October 2009)*, *Finance (Project Funding)*, *Partnering*, *Marketing*. Dalam proposal *marketing*, Mitsubishi Corporation mengusulakn bahwa proyek ini untuk membantu *shortfall* LNG dengan pembeli Jepang, memprioritaskan *western buyer consortium* untuk pembeli LNG Badak IV, harga gas Sulawesi dapat berdampak pada harga perpanjangan Bontang, sehingga pendapatan dari gas Sulawesi dapat membantu keuangan Bontang. Selanjutnya berdasarkan hasil *due dilligence* dengan LNGI, diperoleh diinformasi LNGI telah

¹¹⁶*Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*, hlm 15.

menyelesaikan beberapa pekerjaan. Meskipun demikian, LNGI tidak perlu terlibat dalam proyek ini karena LNGI belum memperoleh semua perizinan, Mitsubishi Corporation merekomendasikan membangun kilang dengan kapasitas 2.0 mtpa, namun LNGI akan membangun kilang yang tidak sesuai dengan rekomendasi tersebut, LNGI memiliki pengalaman yang cukup dan Peran PT Maleo Energi Utama dalam proyek ini dipertanyakan oleh Mitsubishi Corporation. Meskipun Mitsubishi Corporation diminta oleh PT Medco E&P Tomori Sulawesi untuk melakukan *due dilligence* dalam kerangka partnership dengan LNGEU, tetapi Mitsubishi Corporation dalam presentasinya kepada PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk justru mencerminkan keinginan untuk mengerjakan sendiri proyek tersebut. Pada tanggal 31 Agustus 2006, PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk memutuskan untuk memilih calon mitra proyek pengembangan LNG untuk gas dari Blok Matindok dan Blok Senoro melalui proses *Beauty Contest*.¹¹⁸

2. Fakta, Alat Bukti dan Pertimbangan Hukum.

Pada tanggal 31 Agustus 2006, PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk memutuskan untuk memilih calon mitra proyek pengembangan LNG untuk gas dari Blok Matindok dan Blok Senoro melalui *Beauty Contest*. Kemudian dibuat *Term Of reference* (TOR) yang didasarkan pada jurnal-jurnal dan pengalaman para pelaku bisnis LNG. Pada tanggal 1 September 2006, PT Pertamina (Persero) mengirimkan surat undangan dan

¹¹⁸ *Ibid.*, hlm 16-18.

TOR tentang Donggi-Senoro LNG Project Proposal Sulawesi, Indonesia kepada 7 (tujuh) perusahaan yaitu LNGEU, LNG Japan Corporation, Mitsubishi Corporation, Toyota Tsusho Corporation, Itochu Corporation, Marubeni Corporation dan Mitsui.¹¹⁹

Untuk menilai proposal dari masing-masing peserta *Beauty Contest* PT Pertamina (Persero) menggunakan metode *pass and fail*¹²⁰ digabung dengan *scoring*¹²¹, sedangkan PT Medco Energi Internasional Tbk menggunakan kriteria *scoring*. Kemudian hasil dari penilaian proposal berdasarkan penilaian dari PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk adalah:¹²²

1. PT Pertamina (Persero) menghasilkan *shortlisted* sebagai berikut: LNG Japan, Mitsui dan Mitsubishi Corporation. LNGEU gagal di *pass and fail* karena konsorsiumnya dengan Osaka Gas dan Golar hanya keinginan kuat namun tidak mengikat.
2. PT Medco Energi Internasional, Tbk menghasilkan *shortlisted* sebagai berikut: Mitsui, Mitsubishi Corporation dan LNGEU/Osaka Gas/Golar.

PT Pertamina (Persero) menggugurkan LNGEU karena tidak dapat menyerahkan *jointly and severally consortium agreement statement*. Kemudian LNGEU telah menyerahkan *statement* dan menyampaikan surat bahwa *consortium agreement* akan disampaikan setelah terpilih sebagai

¹¹⁹*Ibid.*, hlm 18-19.

¹²⁰*Pass n fail* adalah sistem penilaian di mana kata ‘lulus’ atau ‘tidak lulus’ menggantikan sistem penilaian tradisional yang menggunakan angka. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/pass-fail> Akses 27 Desember 2012.

¹²¹ *Scoring* adalah sebuah sistem pengkualifikasian berdasarkan kualitas atau kepatutan atau jumlah. <http://www.thefreedictionary.com/scoring+system> Akses 27 Desember 2012.

partner. Dalam rapat Dewan Direksi PT Medco Energi Internasional Tbk tanggal 10 Oktober 2006 menyetujui Mitsubishi Corporation, PT LNGEU/Osaka Gas/Golar dan Mitsui sebagai *partner* yang direkomendasikan.¹²³

Pada tanggal 6 Desember 2006, PT Pertamina (Persero) memutuskan memilih Mitsubishi Corporation sebagai *partner* untuk pengembangan LNG Donggi Senoro *downstream business*¹²⁴ dengan alasan proposal Mitsubishi Corporation lebih baik dalam memenuhi kriteria *request for binding*¹²⁵ proposal dibandingkan dengan proposal Mitsui.¹²⁶

Beauty Contest didesain untuk menunjuk Mitsubishi Corporation sebagai partner dan pembeli gas dari Blok Matindok dan Blok Senoro, hal tersebut terbukti atas fakta-fakta sebagai berikut :¹²⁷

1. Bahwa PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk melaksanakan *beauty contest* dalam pemilihan partner untuk proyek Donggi-Senoro LNG dengan cara diskriminatif karena memberikan kesempatan yang berbeda-beda kepada peserta dan menguntungkan

¹²³ Putusan Komisi Pengawas, *op.cit.*, hlm 23.

¹²⁴ *Downstream business* adalah pengoperasian kegiatan bisnis sebuah perusahaan yang mendekati level konsumsi akhir. Contohnya: usaha pemasaran atau bisnis transportasi adalah bentuk dari aktivitas downstream business bila dibandingkan dengan perusahaan bahan bakar minyak. <http://business.yourdictionary.com/downstream> Akses 27 Desember 2012.

¹²⁵ *Request for binding proposal* (RFP) adalah dokumen utama (primer) yang dikirim kepada suplier (pemasok) dalam rangka mengundang mereka untuk mengumpulkan proposal penyediaan barang dan atau jasa. Secara internal, RFP dapat diartikan sebagai proyek sumber, sebuah dokumen atau kegiatan yang berkaitan (penawaran kompetitif), tanpa ada harga yang ditawarkan karena fokusnya adalah solusi masalah, sementara itu pelaksanaan proyek sudah ada. RFP didisain untuk mendapatkan pemasok dalam rangka menciptakan solusi kreatif demi menyelesaikan masalah bisnis tertentu. RFP harus dilaksanakan secara hati hati karena hal ini dapat memakan banyak waktu baik pada perusahaan dan dan pemasoknya. Akan tetapi dalam proyek yang lebih kompleks, RFP dapat menjadi solusi yang sangat efektif untuk mendapatkan barang atau jasa yang diinginkan. <http://www.epiqtech.com/request-for-proposal-rfp.htm> Akses 27 Desember 2012.

¹²⁶ *Ibid.*, hlm 29.

¹²⁷ *Ibid.*, hlm 30-33.

kepada Mitsubishi Corporation. Hal ini sesuai dengan fakta-fakta sebagai berikut:

- a. Mitsubishi Corporation telah melakukan diskusi dengan PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk sekurang-kurangnya sejak 12 Januari 2006 untuk proyek LNG ini dan beberapa kali melakukan pertemuan untuk mendiskusikan hal ini. Kesempatan ini tidak dimiliki oleh peserta lain sehingga waktu untuk penyiapan proposal menjadi lebih sempit.
 - b. Undangan pertama *beauty contest* disampaikan pada tanggal 1 September 2006 disampaikan kepada 7 (tujuh) calon *partner* dan pada tanggal 13 September 2006 dikirimkan kembali undangan kepada 3 (tiga) calon *partner*. Calon *partner* yang menerima undangan pertama dan kedua selambat-lambatnya menyampaikan proposal pada tanggal 22 September 2006. Hal ini mengakibatkan peserta memiliki waktu penyiapan proposal yang berbeda-beda.
 - c. PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk mengundang Mitsubishi Corporation pada tanggal 4 September 2006 setelah TOR disampaikan dengan maksud untuk menilai TOR dan melihat kesiapan Mitsubishi Corporation. Hal ini tidak dilakukan untuk seluruh peserta *beauty contest*.
2. TOR tidak menunjukkan kepastian dalam memilih *partner* dan sejak awal PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk telah mengarahkan pemenang *beauty contest* adalah Mitsubsihi Corporation. Hal ini sesuai dengan fakta-fakta sebagai berikut :

- a. Adanya perbedaan penilaian dari Tim PT Pertamina (Persero) dan Tim PT Medco Energi Internasional, Tbk yang didasarkan pada TOR yang sama. Ketidakpastian dalam sistem penilaian ini terlihat pada TOR yang tidak memuat sistem penilaian sehingga timbul perbedaan penilaian.
 - b. TOR sengaja dibuat mengambang untuk memudahkan dalam menggugurkan peserta. PT Pertamina (Persero) yang disetujui oleh PT Medco Energi Internasional, Tbk menggugurkan konsorsium LNG EU/Osaka Gas/Golar serta LNG Japan Corporation dengan alasan yang tidak terdapat dalam TOR.
 - c. PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk meminta persyaratan binding kepada Mitsui dan Mitsubishi Corporation setelah dilakukan presentasi keduanya dimana berdasarkan presentasi tersebut, proposal Mitsui lebih baik dibandingkan proposal Mitsubishi Corporation. Akibat permintaan ini yang tanpa melalui proses negosiasi sebagaimana dalam jadwal *beauty contest* merupakan upaya untuk memenangkan Mitsubishi Corporation.
3. *Beauty contest* dirancang untuk memenangkan Mitsubishi Corporation sebagai upaya untuk menyingkirkan peran LNGEU. Hal ini didasarkan pada fakta-fakta sebagai berikut:
- a. Proyek LNG di Sulawesi dirancang untuk membantu *shortfall* Bontang dimana PT Pertamina (Persero) dan Mitsubishi Corporation memiliki kepentingan di LNG Bontang.

- b. Rapat antara PT Pertamina E&P, PT Medco E&P Tomori Sulawesi, LNGI dan PT Maleo pada tanggal 28 November 2005 menyepakati hal-hal mendasar tentang proyek gas di lapangan Senoro termasuk untuk membantu *shortfall* di Bontang. Namun hal ini tidak jelas kelanjutannya meskipun LNGI terus melakukan kegiatan-kegiatan terkait kesepakatan ini. Masuknya Mitsubishi Corporation melalui *due dilligence* mempengaruhi PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional Tbk terhadap kelanjutan proyek ini dengan LNGI. Hal ini tercermin dari tidak adanya tanggapan dari PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk terkait dengan proposal Mitsubishi Corporation yang memasukkan LNGEU sebagai calon *partner*.
 - c. Undangan kepada LNGEU untuk mengikuti *beauty contest* merupakan upaya menyingkirkan LNGEU karena dari sisi persyaratan, LNGEU tidak memenuhi persyaratan pengalaman karena perusahaan ini baru didirikan untuk memenuhi *Exclusivity Agreement*. Meskipun berkonsorsium, namun PT Pertamina (Persero) menolak anggota konsorsiumnya dengan alasan yang tidak terdapat dalam TOR.
4. *Beauty contest* diarahkan untuk memenangkan Mitsubishi Corporation guna membantu PT Pertamina (Persero) dalam *shortfall* Bontang yang mempengaruhi pemasaran LNG PT Pertamina (Persero). Hal ini ditunjukkan fakta-fakta sebagai berikut:

- a. Sejak *due dilligence* sampai *beauty contest* telah menempatkan masalah *shortfall* dalam pengelolaan proyek LNG di Sulawesi. Dan hal ini juga disadari oleh Mitsubishi Corporation dengan selalu menyampaikan proposalnya berkaitan dengan *shortfall* di Bontang. Informasi hal ini yang tidak dimiliki oleh peserta lain.
- b. *Due Dilligence* diduga merupakan upaya untuk mendapatkan informasi rahasia dari LNGEU dan hasil *due dilligence* dimanfaatkan oleh Mitsubishi Corporation untuk membuat proposal. *Due Dilligence* yang dilakukan oleh Mitsubishi Corporation terhadap informasi-informasi yang dimiliki oleh LNGEU telah disalahgunakan untuk kepentingan Mitsubishi Corporation dalam membuat proposal baik sebelum maupun pada saat *beauty contest*. Hal ini dibuktikan dengan fakta bahwa :
 - 1) Mitsubishi Corporation menyampaikan proposal terkait dengan marketing LNG Sulawesi berdasarkan temuan hasil *due dilligence* dengan LNGI sebagaimana presentasi tanggal 23 dan 24 Februari 2006.
 - 2) Mitsubishi Corporation memperbaiki proposal dan mempresentasikan proposalnya pada tanggal 16 Maret 2006 yang juga didasarkan pada hasil pemikiran setelah melakukan *due dilligence* dengan LNGEU.
 - 3) *Shortlist partner* dari hasil evaluasi proposal ternyata adalah para pelaku usaha yang telah memiliki informasi awal yang cukup terkait dengan proyek Donggi-Senoro yaitu LNGEU,

Mitsui dan Mitsubishi Corporation kecuali LNG Japan Corporation. LNG Japan Corporation masuk dalam *shortlist* Tim Evaluasi PT Pertamina (Persero) karena LNGEU dianggap tidak memenuhi syarat.

Jadi sejak awal pelaksanaan, *beauty contest* pada proyek Donggi – Senoro LNG telah direncanakan untuk menunjuk PT Mitsubishi Corporation sebagai *partner* untuk membangun kilang LNG sekaligus sebagai penyanggah dana untuk perusahaan yang akan didirikan yaitu PT Donggi Senoro LNG guna membeli gas dari Lapangan Matindok dan Lapangan Senoro. Selain itu PT Pertamina (Persero), PT Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation berdasarkan hasil pemeriksaan terbukti melakukan persekongkolan untuk menunjuk Mitsubishi Corporation sebagai pemenang dalam *beauty contest* pemilihan *partner* untuk membangun kilang LNG sekaligus sebagai penyanggah dana untuk perusahaan yang akan didirikan yaitu PT Donggi Senoro LNG guna membeli gas dari Lapangan Matindok dan Lapangan Senoro.¹²⁸ Berdasarkan putusan KPPU Nomor 35/KPPU-I/2010 PT Pertamina, Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation terbukti melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Mengenai putusan majelis komisi yang memutuskan bahwa PT.Pertamina, Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation telah melanggar Pasal 22 dan Pasal 23

¹²⁸*Ibid.*, hlm 34.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, majelis komisi memiliki beberapa pertimbangannya, yaitu :¹²⁹

1. Tentang Pemenuhan Unsur Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”

Unsur-unsurnya adalah sebagai berikut :

a. Unsur Pelaku Usaha

Pelaku usaha diatur dalam Pasal 1 angka 5 Undang- Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi. Dalam perkara ini yaitu Mitsubishi Corporation. Unsur pelaku usaha terpenuhi.

b. Unsur Bersekongkol

Bersekongkol berdasarkan Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender (selanjutnya disebut “Pedoman Pasal 22”) adalah kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif

¹²⁹ *Ibid.*, hlm 236- 242.

siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.

Menurut Pedoman Pasal 22, unsur bersekongkol tersebut dapat berupa :

- 1) kerjasama antara dua pihak atau lebih
- 2) secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya
- 3) membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan
- 4) menciptakan persaingan semu
- 5) menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan
- 6) tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu
- 7) pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum

Persekongkolan yang dilakukan oleh PT Pertamina (Persero), PT Medco Energi Internasional, Tbk. dan Mitsubishi Corporation memenuhi unsur persekongkolan karena terbukti terdapat kerjasama antara dua pihak atau lebih yang menciptakan persaingan semu dan terdapat pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada

pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum. Dengan demikian unsur bersekongkol terpenuhi.

c. Unsur Pihak Lain

Unsur pihak Lain adalah: “para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut”. Pihak lain dalam perkara ini adalah pihak lain secara vertikal yang merupakan subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender sebagai penyelenggara tender yaitu PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk. Dengan demikian unsur pihak lain terpenuhi.

d. Unsur Mengatur dan atau Menentukan Pemenang Tender

Berdasarkan Pedoman Pasal 22, mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah: “suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan atau penentuan pemenang tender tersebut antara lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender dan sebagainya.”

Penentuan pemenang tender/*beauty contest* adalah melalui tindakan-tindakan yang bersifat diskriminatif dan penyusunan TOR yang diarahkan kepada persyaratan tertentu agar dapat dipenuhi dan

dimenangkan oleh Mitsubishi Corporation. Dengan demikian unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender terpenuhi.

e. Unsur dapat Mengakibatkan Terjadinya Persaingan Usaha Tidak Sehat

Berdasarkan Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Pedoman Pasal 22, 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”.

Pengaturan dan penentuan pemenang tender melalui tindakan-tindakan yang bersifat diskriminatif dan penyusunan TOR yang diarahkan kepada persyaratan tertentu agar dapat dipenuhi dan dimenangkan oleh Mitsubishi Corporation merupakan tindakan tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Dengan demikian, unsur dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat terpenuhi.

2. Tentang Pemenuhan Unsur Pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 berbunyi sebagai berikut: *“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”*.

Unsur-Unsurnya adalah sebagai berikut :

a. Unsur Pelaku Usaha

Yang dimaksud pelaku usaha dalam Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah "orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi".

Berdasarkan analisis terhadap identitas para Terlapor, yang dimaksud pelaku usaha dalam perkara ini adalah Mitsubishi Corporation. Dengan demikian unsur pelaku usaha terpenuhi.

b. Unsur Bersekongkol untuk Mendapatkan Informasi Kegiatan Usaha Pesaingnya yang Diklasifikasikan Sebagai Rahasia Perusahaan.

Persekongkolan berdasarkan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah "bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol".

Persekongkolan yang dilakukan oleh PT Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation memenuhi unsur persekongkolan karena PT Medco Energi Internasional Tbk dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi memfasilitasi Mitsubishi Corporation untuk mereview data milik LNGI. Berdasarkan analisis tentang informasi kegiatan usaha

pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan data-data rahasia LNGI yang diperoleh dari hasil *due diligence* menjadi dasar bagi Mitsubishi Corporation untuk membuat proposal *beauty contest*. Dengan demikian unsur bersekongkol untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan terpenuhi.

c. Unsur Pihak Lain

Berdasarkan Pedoman Pasal 22, yang dimaksud dengan unsur Pihak Lain adalah “para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut”. yang dimaksud dengan pihak lain dalam perkara ini adalah pihak lain secara vertikal yang merupakan subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender sebagai penyelenggara tender yaitu PT Medco Energi Internasional, Tbk dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi. Dengan demikian unsur pihak lain terpenuhi.

d. Unsur dapat Mengakibatkan Terjadinya Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Bedasarkan Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, 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”.

Tindakan Mitsubishi Corporation dengan membuat proposal berdasarkan hasil *due diligence* tentang persekongkolan untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan merupakan perbuatan tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Dengan demikian, unsur dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat terpenuhi.

B. Analisis Hukum

1. *Beauty Contest*

Proyek-proyek pemerintah biasanya ditenderkan untuk mendapatkan penawaran yang lebih murah dan ada juga yang dilakukan melalui *beauty contest* atau penunjukan langsung. Kata-kata *beauty contest* sering digunakan dalam istilah perlombaan kecantikan. Akan tetapi dari aspek bisnis, *beauty contest* dapat dikatakan suatu peragaan atau pemaparan suatu profil suatu perusahaan tertentu atas suatu undangan seseorang atau suatu pelaku usaha tertentu. Pemaparan tersebut termasuk mengenai kemampuan dan kekuatan keuangan perusahaan serta produk-produk yang diproduksinya. Dalam suatu *beauty contest* penyaringan dilakukan secara *internal* terhadap perusahaan-perusahaan yang diundangnya. Berdasarkan penilaian profil perusahaan, harga yang ditawarkan dan pertimbangan lain, maka perusahaan yang melakukan *beauty contest* memutuskan (menunjuk) salah satu perusahaan sebagai pemenangnya. Aspek waktu *beauty contest* membutuhkan waktu relatif lebih singkat daripada pelaksanaan suatu

tender. Tender membutuhkan waktu lebih lama, karena proses tender yang transparan dan terbuka untuk publik dan syaratnya juga harus jelas disampaikan kepada publik.¹³⁰

*Beauty contest a meeting at which a major client interviews two or more firms to decide which firm will get its business.*¹³¹ *Beauty Contest* adalah pertemuan dimana klien utama melakukan wawancara kepada dua perusahaan atau lebih dalam rangka untuk memutuskan perusahaan mana yang berhak untuk mendapatkan proyek bisnis tersebut.

Menurut penjelasan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 199 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Penjelasan Pasal 22 tersebut dengan tegas menetapkan adanya pihak-pihak yang mengajukan penawaran yang lebih murah untuk mendapatkan suatu proyek yang ditenderkan. Sebelum peserta tender mengajukan penawarannya, panitia tender menetapkan terlebih dahulu syarat-syarat yang harus dipenuhi peserta tender untuk menjadi peserta tender yang kemudian tender diumumkan secara terbuka kepada publik. Melalui tender akan terjadi persaingan diantara peserta tender, khususnya persaingan pengajuan harga yang paling murah. Siapa yang mengajukan harga paling murah, maka biasanya dia yang akan keluar sebagai pemenang.¹³²

¹³⁰ Jur M. Udin Silalahi, *op.cit.* hlm 131-132.

¹³¹ Bryan A. Garner, "Black's Law Dictionary", Seventh Edition.

¹³² *Ibid.*, hlm 133.

Beauty Contest adalah sebuah terminologi praktik yang di Indonesia belum ada landasan legalnya, sehingga *beauty contest* tidak terikat dengan peraturan atau legalitas apapun, termasuk dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Kewenangan Direksi dalam rangka menjalankan perbuatan pengurusan Perseroan, yang secara teoritis di dalam doktrin *common law* masuk dalam lingkup *business judgement* adalah berorientasi pada kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan tersebut. Secara singkat tujuan Perseroan tidak lain adalah mencari profit atau keuntungan. Salah satu perbuatan pengurusan Direksi sebagai *business judgement* dapat diberi contoh adalah mencari *partner* bisnis, mitra usaha, untuk bersama-sama mendirikan usaha *joint venture* yang mekanismenya mungkin mirip dengan mekanisme tender untuk tercapainya tujuan Perseroan tadi. Namun dalam konteks *business judgement*, pemilihan mitra melalui *beauty contest* dalam hukum Perseroan merupakan bagian dari wewenang Direksi yang masuk dalam perbuatan pengurusan.¹³³

Berikut adalah perbedaan dari tender dan *beauty contest* :

No	Tender	<i>Beauty Contest</i>
1	Tawaran mengajukan harga	Dalam <i>beauty contest</i> tidak terdapat penawaran mengajukan harga tetapi, pemaparan profil suatu perusahaan
2	Pemilihan pemenang tender	Pemilihan <i>strategic partner</i> untuk menjalin kerjasama (<i>joint venture</i>)

¹³³ <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fcc591579b3e/ibeauty-contest-i-sebagai-ibusiness-judgement-i-versus-persaingan-usaha-tidak-sehat-broleh--prof-dr-nindyo-pramono-sh--ms-.loc.cit>.

3	Pengumuman tender dipublikasi tetapi persyaratan dalam pengumuman tender lebih sederhana	Undangan dipublikasikan secara terbuka, tetapi persyaratan dalam undangan <i>beauty contest</i> lebih rinci dari pada tender
4	Pemenang berdasarkan peserta yang mengajukan harga paling murah	Pemenang ditunjuk oleh perusahaan yang menyelenggarakannya (penunjukkan langsung)
5	Waktunya lebih lama karena harus transparan kepada publik	Waktunya relatif lebih pendek karena dilakukan secara tertutup
6	Pemberi kerja dan penerima kerja kedudukannya tidak sama	Posisinya sederajat, tidak ada pemberi dan penerima kerja.

Persamaan tender dan *beauty contest* :

1. Keduanya sama-sama penyedia barang dan atau jasa
2. Mempunyai tujuan yang sama yaitu melakukan suatu pekerjaan yang dimiliki oleh pemberi proyek.

2. Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)

Berdasarkan putusan KPPU Nomor 35/KPPU-I/2010 tentang proyek Donggi-Senoro, KPPU memutuskan bahwa PT Pertamina (Persero), PT Medco Energi Internasional, Tbk dan Mitsubishi Corporation terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dan menyatakan bahwa PT Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999. Serta membayar sejumlah denda yaitu PT Pertamina sebesar Rp 10.000.000.000,00 (sepuluh

milyar rupiah), PT Medco International Tbk sebesar Rp 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah), PT Medco E&P Tomori Sulawesi sebesar Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) dan Mitsubishi Corporation sebesar Rp. 15.000.000.000,- (lima belas milyar rupiah).¹³⁴ Dasar hukum atau pertimbangan KPPU dalam mengenakan pelanggaran terhadap adanya *beauty contest* adalah KPPU berpandangan bahwa *beauty contest* adalah "tender" sesuai dengan makna dari Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Karena, dalam *beauty contest* ada pengajuan penawaran seperti halnya yang dilakukan dalam proses tender.

Selain itu KPPU berdasarkan pendapat Maarten Janssen juga dalam pertimbangannya menyebutkan bahwa penguasaan pasar yang bersifat monopoli alamiah dapat lahir melalui berbagai model, antara lain: *lelang, beauty contest, first-comefirst-serve, grandfather rights, atau lotere* (2004). Menurut OECD Policy Brief, Mei 2007, *lelang* dan *beauty contest* dapat dikatakan sebagai bentuk *competition for the market* atau juga disebut sebagai konsesi sedangkan tiga model penguasaan pasar yang terakhir (*first-come-first-serve, grandfather rights, dan lotere*) tidak memiliki dasar pertimbangan yang jelas, sehingga menurut Maarten Janssen bukan model dari konsesi.¹³⁵

Menurut OECD Policy Brief, proses penilaian *beauty contest*, dilakukan berdasarkan kriteria yang telah ditetapkan terlebih dahulu, misalnya keahlian teknis, kemampuan keuangan, dan cakupan jaringan. Namun menurut Maarten Janssen bukan berarti penawaran harga selalu absen dalam proses

¹³⁴ Putusan Komisi Pengawas, *op.cit.*, hlm 244-245.

¹³⁵ *Ibid.*, hlm 215

beauty contest, penawaran harga dapat menjadi salah satu elemen penilaian dalam proses *beauty contest*.¹³⁶ Sehingga *beauty contest* dalam rangka memberikan hak konsesi terhadap industri dengan karakteristik monopoli alamiah digunakan oleh PT Pertamina dan PT Medco Energi Internasional dalam rangka mencari mitra untuk memproduksi LNG. Berdasarkan uraian tersebut, Majelis Komisi menilai bahwa *beauty contest* adalah salah satu bentuk tender, yang bertujuan untuk menciptakan *competition for the market* dan oleh karenanya tunduk pada ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.¹³⁷

Beauty contest tidak dalam lingkup pengertian tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1995 :¹³⁸

a. Pendapat LKPP, surat LKPP No.B- 1212/LKPP/D.IV.1.1/09/2010 tanggal 24 September 2010 :

- 1) Angka 3: “proses pemilihan mitra kerja melalui *beauty contest* bukan merupakan praktek yang menghambat persaingan usaha....”
- 2) Angka 4: “Pemilihan mitra kerja dalam pembentukan usaha baru dan pemasaran produk dengan cara *beauty contest*, menurut hemat kami bukan merupakan persekongkolan sebagaimana dimaksud pada Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat”.

b. Pendapat Prof. Erman Rajagukguk tanggal 28 Oktober 2010 :

¹³⁶ *Ibid.*, hlm 216.

¹³⁷ *Ibid.*, hlm 217.

¹³⁸ *Ibid.*, hlm 36-37.

- 1) *Beauty Contest* pemilihan mitra tidak tunduk kepada Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dan perubahan-perubahannya.
- 2) *Beauty Contest* pemilihan mitra tidak termasuk dalam ruang lingkup Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- 3) *Beauty Contest* pemilihan mitra, bukan merupakan pengadaan barang/jasa sebagaimana dimaksud pada SK Direksi No. Kpts-036/C00000/2004-S0 tanggal 24 Agustus 2004 tentang Manajemen Pengadaan Barang/Jasa.

Prof. Nindyo berpendapat bahwa *Beauty Contest* sebagai bentuk pemilihan mitra untuk mencari partner kerjasama usaha (*joint venture*) tidak dapat disamakan dengan pengertian “tender” sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Dengan mengacu pada unsur-unsur tender (adanya tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, adanya tawaran harga untuk mengadakan atau menyediakan barang-barang, adanya tawaran harga untuk menyediakan jasa), *Beauty Contest* dalam konteks pemilihan mitra usaha untuk mendapatkan partner usaha untuk menjalin kerjasama (*joint venture*), sekalipun dilakukan dengan cara menyeleksi calon mitra tidak dapat diartikan sebagai bentuk “tender”

sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.¹³⁹

Dengan melihat berbagai macam perbedaan di atas, maka *beauty contest* merupakan bentuk kehati-hatian direksi untuk memilih *strategic partner*.¹⁴⁰

Dalam Perseroan Terbatas, menurut Pasal 1 butir 5 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, direksi adalah organ yang berwenang dan bertanggung jawab penuh atas pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan, sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan serta mewakili perseroan baik di dalam maupun di luar pengadilan sesuai dengan ketentuan anggaran dasar.

Hubungan antara direksi dan perseroan selain didasarkan hubungan kerja, direksi juga memiliki hubungan fidusia dengan perseroan. Direksi memiliki kedudukan fidusia (*fiduciary position*) di dalam perseroan.¹⁴¹ PT sebagai badan hukum dalam melakukan perbuatan hukum mesti melalui pengurusnya. Tanpa adanya pengurus, badan hukum itu tidak akan dapat berfungsi. Ketergantungan antara badan hukum dan pengurus menjadi sebab mengapa

¹³⁹ <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fcc591579b3e/ibeauty-contest-i-sebagai-ibusiness-judgement-i-versus-persaingan-usaha-tidak-sehat-broleh--prof-dr-nindy-pramono-sh--ms-loc.,cit>.

¹⁴⁰ *Strategic partner* adalah sebuah persekutuan antara dua perusahaan atau lebih yang biasanya berbentuk *joint venture* atau persekutuan bisnis jangka panjang. Pada umumnya, perusahaan yang lebih besar dan kuat akan bekerjasama dengan perusahaan yang lebih kecil dalam rangka untuk memenuhi tujuan bersama. Meskipun perusahaan yang lebih besar biasanya memiliki banyak kelebihan dan keuntungan baik dari segi finansial, jaringan distribusi dan popularitas, perusahaan besar tersebut juga memerlukan kemampuan perusahaan kecil tersebut dalam aspek pengembangan teknologi atau inovasi produk yang pada akhirnya akan menguntungkan perusahaan besar tersebut. *Strategic partner* didirikan atas perjanjian kontraktual yang memiliki tujuan yang sempit (khusus). Meskipun demikian, kedua perusahaan yang terlibat dalam *strategic partner* tidak saling ikut campur dalam urusan internal masing-masing perusahaan. <http://invest.yourdictionary.com/strategic-partner> Akses 27 Desember 2012.

¹⁴¹ Simon Fisher, et.al, "Corporation Law", dalam Ridwan Khairandy, *Perseroan Terbatas Doktrin, Peraturan Perundang-Undangan dan Yurisprudensi*, Kreasi Total Media, Yogyakarta, 2008, hlm 205-206.

antara badan hukum dan pengurus lahir hubungan fidusia (*fiduciary duties*) dimana pengurus selalu pihak yang dipercaya bertindak dan menggunakan wewenangnya hanya untuk kepentingan perseroan semata.¹⁴²

Fiduciary duty oleh Black's Law Dictionary diartikan sebagai "a duty to act with the highest degree of honesty and loyalty toward another person and in the best interests of the other person (such as duty that one partner owes to another)".¹⁴³ *Fiduciary duty* merupakan kewajiban untuk melakukan sesuatu yang disertai dengan tingginya kejujuran dan kesetiaan terhadap pihak lainnya dan demi kepentingan pihak lainnya (contohnya seperti kewajiban seorang parter yang berhutang pada partner lainnya).

Fiduciary duty akan tercipta jika ada *fiduciary relationship*. *Fiduciary relationship* terjadi karena terdapat dua pihak dimana salah satu pihak (*beneficiary*) mempunyai kewajiban untuk bertindak atau memberikan nasehat demi dan untuk kepentingan pihak kedua (*fiduciary*) mengenai persoalan-persoalan tertentu yang ada di dalam ruang lingkup hubungan tersebut.¹⁴⁴ *Fiduciary duty* direksi akan memberikan perlindungan yang berarti bagi pemegang saham dan perusahaan. Hal ini dikarenakan pemegang saham dan perusahaan tidak dapat sepenuhnya melindungi dirinya sendiri dan tindakan direksi yang merugikan dimana direksi bertindak atas nama perusahaan dan pemegang saham. Untuk menghindari adanya

¹⁴² Bambang Kesowo, "Fiduciary Duties Direksi Perseroan Terbatas Menurut Undang-Undang No 1 Tahun 1995", dalam Ridwan Khairandy, *op.cit.*, hlm 205.

¹⁴³ Bryan A.Garner, *op.cit.*, hlm 545.

¹⁴⁴ Andrew D.Shaffer,"Corporate Fiduciary",dalam Ridwan Khairandy, *op.cit.*, hlm 206-207.

penyalahgunaan aset-aset perusahaan dan wewenang oleh direksi maka direksi dibebankan dengan adanya *fiduciary duty*.¹⁴⁵

Biasanya *fiduciary duty* direksi terbagi menjadi dua komponen utama yaitu :¹⁴⁶

a. *duty of care*

Pada dasarnya merupakan kewajiban direksi untuk tidak bertindak lalai, menerapkan ketelitian tingkat tinggi dalam mengumpulkan informasi yang digunakan untuk membuat keputusan bisnis, dan menjalankan manajemen bisnisnya dengan kepedulian dan kehati-hatian yang masuk akal.

Dalam *duty of care* direksi dituntut pertanggung jawabannya secara hukum dan *duty of care* ini wajib diterapkan bagi direksi dalam membuat setiap kebijakan perseroan dan dalam mengawasi serta memantau kegiatan perseroan.¹⁴⁷ Dengan adanya *duty of care* maka direksi diharuskan bersikap hati-hati dalam membuat segala keputusan dan kebijakan perseroan. Dalam membuat setiap kebijakan direksi harus tetap mempertimbangkan segala informasi-informasi yang ada secara patut dan wajar.

b. *duty of loyalty*.

Dalam *due of loyalty* mencakup kewajiban direksi untuk tidak menempatkan kepentingan pribadinya di atas kepentingan perusahaan

¹⁴⁵ Mark Klock, "Lighthouse or Hidden Reef? Navigating the Fiduciary Duty of Delaware Corporations Directors in the Wake of Malone" dalam Ridwan Khairandy, *op.cit.*, hlm 207.

¹⁴⁶ *Ibid.*, hlm 207-208.

¹⁴⁷ Lyman P.Q. Johnson, "The Audit Committee's Ethical And Legal Responsibilities: The State Law Perspective", dalam Ridwan Khairandy, *op.cit.*, hlm 211.

dalam melakukan transaksi dimana transaksi tersebut dapat menguntungkan direksi dengan menggunakan biaya-biaya yang ditanggung oleh perusahaan atau *corporate opportunity*.

Black's Law Dictionary mendefinisikan *duty of loyalty* dengan : "A person's duty not to engage in self-dealing or otherwise use his or her position to further personal interests rather than those of the beneficiary".¹⁴⁸

Jadi dalam hal ini, kepatuhan dan pengabdian kepada perseroan adalah tugas dan kewajiban utama direksi. Direksi dilarang menggunakan posisinya untuk mengutamakan kepentingan pribadi di atas kepentingan perusahaan yang telah memberinya kepercayaan dan segala perbuatan hukum yang menguntungkan pribadi direksi dan merugikan perseroan merupakan hal yang bertentangan dengan *duty of loyalties*.¹⁴⁹

Hubungan *fiduciary* timbul ketika satu pihak berbuat sesuatu bagi kepentingan pihak lain dengan mengesampingkan kepentingan pribadinya sendiri. *Fiduciary duty* direksi ini mengandung prinsip-prinsip sebagai berikut:¹⁵⁰

- a. Direksi dalam melakukan tugasnya tidak boleh melakukannya untuk kepentingan pihak ketiga, tanpa persetujuan dan atau sepengetahuan perseroan.

¹⁴⁸ Bryan A. Garner, *op.cit.*, hlm 545.

¹⁴⁹ Ridwan Khairandy, *Perseroan Terbatas Doktrin, Peraturan Perundang-Undangan dan Yurisprudensi*, Kreasi Total Media, Yogyakarta, 2008, hlm 213.

¹⁵⁰ Chatamarrasjid, "Penerobosan Cadar Perseroan dan Soal-Soal Aktual Hukum Perusahaan", dalam Ridwan Khairandy, *op.cit.*, hlm 209.

- b. Direksi tidak boleh memanfaatkan kedudukannya sebagai pengurus untuk memperoleh keuntungan, baik untuk dirinya sendiri maupun pihak ketiga, kecuali atas persetujuan perseroan.
- c. Direksi tidak boleh menggunakan atau menyalahgunakan aset perseroan untuk kepentingannya sendiri dan atau pihak ketiga.

Business Judgment Rule adalah “*the rule shields directors and officers from liability for unprofitable or harmful corporate transactions if the transactions were made in good faith, with due care and within the directors or officers authority*”. Jadi *business judgment rule* adalah perlindungan hukum bagi direktur dan jajarannya dari pertanggungjawaban atas setiap kebijakan atau keputusan bisnis atau transaksi yang mengakibatkan kerugian bagi perusahaan, selama kebijakan atau keputusan bisnis atau transaksi bisnis tersebut dilakukan dengan iktikad baik, penuh kehati-hatian sejalan dengan tanggung jawab dan wewenangnya.¹⁵¹

Business judgement rule dalam praktik *Common Law System*, dipakai sebagai salah satu aturan main dalam penerapan *Good Corporate Governance* (GCG). Artinya barang siapa yang menyangkal berlakunya *business judgement rule*, hal itu tidak berlaku untuk direksi dalam sebuah keputusan bisnis tertentu atas nama perseroan. Pembuktian dibebankan kepada pihak ketiga yang mendalilkan adanya pelanggaran *business judgment rule* tersebut. Hal yang harus dibuktikan adalah bahwa direksi dalam mengambil keputusan bisnis telah melanggar wewenangnya, tidak didasarkan pada kepentingan perseroan dan tidak mengedepankan prinsip kehati-hatian untuk kepentingan

¹⁵¹ *Ibid.*

dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan. Kesimpulannya dalam menjalankan perbuatan pengurusan dan penguasaan (*berheer en beschikkingdaden*) direksi dilindungi oleh prinsip *business judgement rule*. Oleh karenanya tidak ada pihak manapun yang dapat mempertanyakan keputusan bisnis yang diambil oleh direksi perseroan yang dilakukan sesuai dengan wewenangnya.¹⁵²

Di dalam hukum Perseroan, dikenal dengan doktrin yang mengajarkan bahwa direksi perseroan tidak bertanggung jawab atas kerugian yang timbul dari suatu tindakan pengambilan putusan, apabila tindakan tersebut didasarkan pada itikad baik dan hati-hati. Direksi mendapat perlindungan hukum tanpa perlu memperoleh pembenaran dari pemegang saham atau pengadilan atas keputusan yang diambilnya dalam konteks pengelolaan perusahaan.¹⁵³

Business judgement rule mendorong direksi untuk lebih berani mengambil resiko daripada terlalu berhati-hati, sehingga perseroan tidak jalan. Prinsip ini mencerminkan asumsi bahwa pengadilan tidak dapat membuat kepastian yang lebih baik dalam bidang bisnis daripada direksi. Para hakim umumnya tidak memiliki keterampilan bisnis dan mulai mempelajari permasalahan setelah terjadi fakta-fakta. Dengan demikian, tindakan yang dilakukan beberapa direksi perseroan yang menjalankan perusahaan, termasuk melakukan investasi yang dianggap merugikan negara

¹⁵² <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fcc591579b3e/ibeauty-contest-i-sebagai-ibusiness-judgement-i-versus-persaingan-usaha-tidak-sehat-broleh--prof-dr-nindyo-pramono-sh--ms-loc.,cit.>

¹⁵³ Angela Scheeman, "The Law of Corporations, Partnership, and Sole Proprietorship", dalam Ridwan Khairandy, *op.cit.*, hlm 236.

dan kemudian dituduh melakukan tindak pidana korupsi patut dipertanyakan kebenaran atau ketepatannya.¹⁵⁴

Apabila tindakan direksi yang menimbulkan kerugian tidak dilandasi itikad baik, maka ia dapat dikategorikan sebagai pelanggaran *fiduciary duty* yang melahirkan tanggung jawab pribadi. Misalnya, jika direksi menginvestasikan dana yang dimiliki perseroan yang dilandasi itikad baik dan semata-mata untuk kepentingan dan keuntungan perseroan, tindakan investasi itu pun atas dasar pertimbangan ahli analisis investasi yang bekerja sesuai dengan standar profesinya, tetapi ternyata menimbulkan kerugian bagi perseroan tidak dengan sendirinya timbul tanggung jawab pribadi direksi.¹⁵⁵

Beauty Contest adalah sebuah terminologi praktik yang di Indonesia belum ada landasan legalnya, sehingga *beauty contest* tidak terikat dengan peraturan atau legalitas apapun, termasuk dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Kewenangan Direksi dalam rangka menjalankan perbuatan pengurusan Perseroan, yang secara teoritis di dalam doktrin *common law* masuk dalam lingkup *business judgement* adalah berorientasi pada kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan tersebut. Secara singkat tujuan Perseroan tidak lain adalah mencari profit atau keuntungan. Salah satu perbuatan pengurusan Direksi sebagai *business judgement* dapat diberi contoh adalah mencari partner bisnis, mitra usaha, untuk bersama-sama mendirikan

¹⁵⁴ Ridwan Khairandy, *op.cit.* hlm 236.

¹⁵⁵ *Ibid.*, hlm 237.

usaha *joint venture* yang mekanismenya mungkin mirip dengan mekanisme tender untuk tercapainya tujuan Perseroan tadi. Namun dalam konteks *business judgement*, pemilihan mitra melalui *beauty contest* dalam hukum Perseroan merupakan bagian dari wewenang Direksi yang masuk dalam perbuatan pengurusan.¹⁵⁶ Menurut penulis tidak tepat kiranya apabila Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) menyamakan istilah *beauty contest* sama dengan tender, karena *beauty contest* sebagai bentuk pemilihan mitra untuk mencari partner kerjasama usaha (*joint venture*) dalam hukum perseroan merupakan wewenang direksi.

Mengenai putusan majelis komisi yang memutuskan bahwa PT.Pertamina, Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation telah melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, perlu dianalisis sebagai berikut :

Unsur-unsur dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 :

a. Unsur Pelaku Usaha

Pelaku usaha dalam Pasal 1 angka 5 Undang- Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang

¹⁵⁶ <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fcc591579b3e/ibeauty-contest-i-sebagai-ibusiness-judgement-i-versus-persaingan-usaha-tidak-sehat-broleh--prof-dr-nindyo-pramono-sh--ms-loc.,cit.>

ekonomi. Dalam hal ini tidak dijelaskan apakah pelaku usaha termasuk penyelenggara atau peserta.

Berdasarkan pengertian tersebut, maka semua pihak yang terkait dengan *beauty contest* memenuhi kriteria sebagai pelaku usaha. Namun demikian jika pelaku usaha disini yang dimaksud adalah peserta maka PT Pertamina, PT Medco Energi Internasional dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi dalam kasus ini merupakan pihak penyelenggara, sehingga unsur pelaku usaha tidak terpenuhi.

b. Unsur Bersekongkol

Berdasarkan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol. Dalam hal ini PT Pertamina, PT Medco Energi Internasional dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi merupakan penyelenggara dan bukan pesaing. Sedangkan Mitsubishi Corporation merupakan pihak peserta. Sehingga tidak mungkin terjadi persaingan antara pihak penyelenggara dengan peserta. Dengan demikian maka unsur bersekongkol tidak terpenuhi.

c. Unsur Pihak Lain

Unsur Pihak Lain adalah: “para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut”. Menurut pendapat penulis larangan

bersekongkol dengan pihak lain dalam hal ini adalah antar peserta sebagai pesaing, bukan persekongkolan antara penyelenggara dengan peserta. Sebab penyelenggara tidak mungkin bersaing dengan peserta. Penyelenggara dalam hal ini adalah PT Pertamina, PT Medco Energi Internasional dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi mengadakan *beauty contest* bertujuan untuk memilih mitra kerja dalam proyek Donggi-Senoro. Dengan demikian unsur ini tidak terpenuhi.

d. Unsur Mengatur dan atau Menentukan Pemenang Tender

Berdasarkan Pedoman Pasal 22, mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah: “suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan atau penentuan pemenang tender tersebut antara lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender dan sebagainya.”

Dalam hal ini tidak ada persekongkolan yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya. PT Pertamina, PT Medco Internasional dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi bukanlah pesaing. Mereka adalah penyelenggara yang bertujuan untuk memilih mitra bisnis. Dengan demikian unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender tidak terpenuhi.

e. Unsur Mengakibatkan Terjadinya Persaingan Usaha Tidak Sehat

Berdasarkan Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Pedoman Pasal 22, 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”. Dalam hal ini tidak terjadi persaingan usaha tidak sehat sebab syarat akan adanya pelaku usaha, pihak lain, bersekongkol dan mengatur dan atau menentukan pemenang tender tidak terpenuhi.

Oleh karena itu dikarenakan tidak terpenuhinya unsur-unsur dari Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 maka putusan KPPU tersebut tidak tepat.

Mengenai Pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menyebutkan bahwa “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Menurut KPPU Tindakan Mitsubishi Corporation dengan membuat proposal berdasarkan hasil *due diligence* tentang persekongkolan untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan merupakan perbuatan tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Persekongkolan yang dilakukan oleh PT Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Mitsubishi Corporation memenuhi unsur persekongkolan karena PT Medco Energi Internasional Tbk dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi memfasilitasi

Mitsubishi Corporation untuk mereview data milik LNGI. Berdasarkan analisis tentang informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan data-data rahasia LNGI yang diperoleh dari hasil *due diligence* menjadi dasar bagi Mitsubishi Corporation untuk membuat proposal *beauty contest*.

Menurut penulis putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam hal ini sudah tepat. Meskipun terdapat fakta-fakta bahwa Mitsubishi Corporation tidak menggunakan informasi yang dimiliki LNGI dalam proses *beauty contest*. Hal ini terbukti dengan adanya :

- a. Berdasarkan *Exclusive Agreement*, LNGI bermaksud membeli gas dari Blok Senoro, sedangkan proyek yang dikembangkan Pertamina adalah monetisasi area Matindok dan Blok Senoro dengan skema hilir.
- b. Dengan berbedanya lingkup proyek, maka sangat tidak mungkin bagi Pertamina menggunakan informasi yang ada dalam *Exclusive Agreement*.
- c. Data milik LNGI sehubungan dengan *Exclusive Agreement* (jika ada) tidak relevan, terbukti dengan masuknya LNG Japan Corporation dalam shortlist Pertamina. LNGI Japan tidak melakukan *due diligence* terhadap LNGI.

Dalam hal ini walaupun Mitsubishi Corporation tidak menggunakan informasi yang dimiliki LNGI, akan tetapi PT Medco Energi Internasional, Tbk, PT Medco E&P Tomori Sulawesi bersekongkol dengan Mitsubishi Corporation dengan memfasilitasi Mitsubishi Corporation untuk mereview data milik LNGI dan Mitsubishi Corporation menerima data tersebut.

Oleh karena itu putusan KPPU yang menyatakan bahwa telah terjadi pelanggaran terhadap Pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah tepat.

Menurut penulis selain Pasal 23, Pasal yang lebih tepat untuk kasus ini adalah Pasal 19 huruf d Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yaitu:

Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa :

- a. menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan; atau
- b. menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya itu; atau
- c. membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar bersangkutan; atau
- d. melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.

Melakukan praktik diskriminasi artinya termasuk menolak sama sekali melakukan hubungan usaha, menolak menyepakati syarat-syarat tertentu atau perbuatan lain, dimana pelaku usaha lain diperlakukan dengan cara yang tidak sama.¹⁵⁷

Pasal 19 huruf d hanya berlaku untuk yang bersangkutan apabila kegiatan mereka secara langsung atau tidak langsung berkaitan dengan pasar di aman mereka memegang penguasaan pasar. Terserah pelaku usaha lain melakukan praktik diskriminasi terhadap pelanggan, pemasok dan pesaing, seandainya perilaku mereka tidak melanggar peraturan hukum lain. Bentuk perilaku diskriminasi tidak terhitung, dan usaha menentukan kegiatan diskriminasi tertentu beralasan atau tidak tergantung pada konstelasi sendiri setiap kasus.

¹⁵⁷ Knud Hansen, et.al., *op.cit.*, hlm 309.

Oleh sebab itu dalam rangka jumlah kasus contoh yang semakin meningkat, hukum kasus akan berperan utama dalam praktek.¹⁵⁸

Diskriminasi dalam Pasal 19 huruf d dilakukan tidak hanya dalam bentuk harga tetapi juga dalam bentuk lainnya yang tidak harus dilakukan dalam bentuk perjanjian. Bentuk perilaku diskriminasi tidak dihitung, dan usaha untuk menentukan bahwa suatu kegiatan diskriminasi cukup berasal atau tidak tergantung kepada setiap kasus. Dengan demikian peran yurisprudensi menjadi penting. Namun, bagian yang paling penting dalam menentukan perbuatan diskriminasi berasal atau tidak, maka diperlukan analisis pengimbangan antara kepentingan pelaku usaha yang melakukan diskriminasi dan pelaku usaha yang mengalami diskriminasi. Dengan demikian maka penentuan harga yang berbeda-beda (antara lain potongan harga menurut kuantitas) tidak otomatis dilarang karena bisa saja potongan harga dilakukan akibat berkurangnya biaya transaksi atau sebagai respon terhadap persaingan.¹⁵⁹

Perilaku diskriminatif dapat juga dilakukan oleh pemasok barang bermerek kepada penyalurnya dengan alasan untuk mempertahankan reputasi, kualitas, atau harga. Selain itu, diskriminasi juga bisa dilakukan terhadap pelaku usaha yang telah menjadi mitra tetap dan yang tidak dengan mengubah sistem penjualan dari yang menggunakan penyalur menjadi penjualan langsung ke konsumen akhir. Dalam kasus ini, perjanjian dengan penyalur suatu barang yang tergantung pada produsen hanya dapat dibatalkan jika

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ <http://lawmark.wordpress.com/2011/05/08/62/> Akses 27 Desember 2012.

masa berlakunya sudah cukup lama sehingga penyalur yang bersangkutan berkesempatan untuk mencari kontrak penjualan lain.¹⁶⁰

Pasal 19 huruf d tidak hanya berlaku untuk pemasok (*supplier*) yang menjual barang/jasa saja, tetapi juga kepada pelaku usaha yang membelinya. Kondisi ini terjadi ketika pemasok barang atau jasa tergantung kepada pelanggannya apabila pelanggan tersebut memiliki posisi dominan atau tidak tersedia alternatif yang cukup dan pantas bagi pemasok untuk menjual barang/jasa kepada pelanggan lain. Jika pelaku usaha memiliki posisi yang kuat dalam pasar menyalahgunakan posisinya tersebut untuk mendorong pelaku usaha lain dalam rangka hubungan usaha agar memberikan syarat istimewa tanpa adanya alasan yang meyakinkan, maka perilaku yang seperti itu pada umumnya disebut sebagai “diskriminasi pasif”. Perilaku seperti itu baru dapat dianggap menghambat persaingan jika pembeli tidak memberikan perlakuan yang sama terhadap semua calon pemasok dalam rangka memperoleh persyaratan pembelian yang paling menguntungkan, melainkan melakukan pembedaan secara sistematis. Namun, apabila pembedaan dilakukan hanya mencakup potongan harga yang melambangkan persaingan harga dan kualitas, maka alasan tersebut secara materil dianggap meyakinkan sehingga tidak dapat dianggap sebagai perilaku diskriminatif.¹⁶¹

Dalam hal ini menurut penulis telah terjadi diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu, hal ini terbukti dengan adanya fakta-fakta sebagai berikut :

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

- a. Mitsubishi Corporation sudah pernah bertemu sebelumnya dengan Pertamina dan Medco Internasional pada tanggal 23 Januari 2006 yang bermaksud untuk menyatakan bahwa Mitsubishi Corporation tertarik proyek LNG Senoro.
- b. Pada tanggal 7 Februari 2006 Mitsubishi Corporation juga bertemu lagi dengan Pertamina dan Medco Internasional untuk melakukan presentasi tentang proyek LNG.
- c. Pada tanggal 16 Maret 2006 Mitsubishi Corporation juga bertemu dengan Pertamina dan Medco Internasional untuk mendiskusikan proposalnya. Hal ini tentu saja tidak didapat oleh peserta lainnya selain Mitsubishi Corporation.
- d. Pada saat Pertamina dan Medco Internasional memutuskan untuk diadakannya proses *beauty contest*, pada tanggal 1 September 2006 mereka mengirim undangan kepada 7 Perusahaan untuk ikut dalam proses *beauty contest*. Tetapi pada tanggal 13 September 2006 Pertamina dan Medco Internasional mengirim undangan 3 peserta lainnya, dengan tenggat waktu penyerahan proposal paling lambat tanggal 22 September 2006. Hal ini tentu saja tidak adil, sebab 7 perusahaan yang sebelumnya lebih dulu diberikan undangan tentunya memiliki waktu dan persiapan yang lebih panjang dibandingkan 3 peserta lainnya.
- e. Mitsubishi Corporation pada saat dikirim undangan pada tanggal 1 September 2006 dengan tenggat waktu proposal sampai 22 September 2006, beberapa hari setelah menerima undangan yaitu tanggal 4

September 2006 diminta Pertamina dan Medco Internasional untuk presentasi. Hal ini tentu saja tidak diperoleh oleh peserta lainnya.

Berdasarkan fakta-fakta tersebut menunjukkan bahwa Pasal 22 tidak terpenuhi unsur-unsurnya sehingga tidak terbukti. Tetapi disisi lain telah terbukti adanya praktik diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu. Pasal 22 tentang Persekongkolan tender tidak bisa dikaitkan dengan Pasal 23 dan Pasal 19 huruf d tentang diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu. Dengan demikian Pasal 23 dan Pasal 19 huruf d Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tepat untuk dijadikan dasar hukum KPPU dalam putusannya.

BAB IV

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

PT Pertamina, PT Medco Energi Internasional dan PT Medco E&P Tomori Sulawesi memang melakukan proses *beauty contest* dalam membangun proyek Donggi Senoro. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam putusannya menyamakan istilah *beauty contest* dengan tender. *Beauty contest* adalah proses pemilihan mitra bisnis bukan pengadaan barang dan jasa seperti tender. Unsur-unsur tender adalah adanya tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, adanya tawaran harga untuk mengadakan atau menyediakan barang-barang dan adanya tawaran harga untuk menyediakan jasa. Berdasarkan unsur-unsur tersebut maka *beauty contest* bukan termasuk tender, karena dalam *beauty contest* tidak ada tawaran mengajukan harga.

Sekalipun *beauty contest* dilakukan dengan cara menyeleksi calon mitra akan tetapi tidak dapat diartikan sebagai bentuk tender sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. *Beauty contest* dalam praktik bisnis di Indonesia sebagai bagian dari *Business Judgement Rule* Direksi, yaitu suatu bentuk tindakan yang dilandasi dengan iktikad baik dan penuh kehati-hatian yang dilakukan oleh direksi suatu perseroan terbatas dalam kerangka menjalankan fungsi manajemen. *Beauty contest* adalah praktik pemilihan mitra untuk mendapatkan calon mitra (*partner*) usaha guna pengembangan suatu

kegiatan bisnis tertentu atau suatu proyek tertentu. Jadi *beauty contest* sebagai *Business Judgement* Direksi tidak dapat disamakan atau dianalogikan dengan tender sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) memutuskan *beauty contest* sebagai cara pelaku usaha untuk mencari mitra strategis (*strategic partner*) sebagai persekongkolan tender karena KPPU memutuskan berdasarkan teori Maarten Janssen. Dengan demikian KPPU menyamakan istilah *beauty contest* sama dengan tender yang terdapat dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

B. Saran

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai lembaga yang menangani masalah persaingan usaha sebaiknya lebih berhati-hati dalam menerapkan Pasal yang akan menjadi dasar hukum untuk memutuskan suatu perkara. Sebab hal ini akan menjadi suatu tolak ukur akan kinerja dari KPPU yang akan datang. Aturan mengenai *beauty contest* akan lebih baik apabila dikecualikan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Sehingga dikemudian hari tidak lagi terjadi kesalahan yang menyamakan istilah *beauty contest* dengan tender.

DAFTAR PUSTAKA

- Alya Ras Ginting, “Hukum Anti Monopoli Indonesia”, Cetakan Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Andi Fahmi Lubis, Anna Maria Tri Anggraini, Kurnia Toha, L.Budi Kagramanto, M.Hawin, Ningrum Natasya Sirait, Sukarmi, Syamsul Maarif, jur.Udin Silalahi, “Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)”, 2009.
- Bryan A.Garner, “Black’s Law Dictionary”, Eight edition, Editor in Chief West Publishing Co.
- Hikmahanto Juwana, “Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional”, Lentera Hati, Jakarta, 2002.
- Johny Ibrahim, “Hukum Persaingan Usaha (Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia)”, Bayu Media, Malang, 2006.
- Jur M. Udin Silalahi, “Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol, Bagaimana Cara Memenangkan?”, PT. Elex Media Komputindo, Jakarta, 2007.
- Knud Hansen, et.al., “Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat”, Katalis-Publishing– Media Services, 2002.
- L.Budi Kagramanto, “Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)”, Srikandi, 2008.
- Mustafa Kamal Rokan, “Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Prakteknya di Indonesia)”, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010.
- Munir Fuady, ”Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Prsaingan Sehat”, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Nur A.Fadhil Lubis, “Sambutan dalam buku Mustafa Kamal Rokan, Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Prakteknya di Indonesia)”, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010.
- Ningrum Natasya Sirait, “Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat”, Pustaka Bangsa Press, Medan, 2003.
- Ridwan Khairandy, “Perseroan Terbatas Doktrin, Peraturan Perundang-Undangan dan Yurisprudensi”, Kreasi Total Media, Yogyakarta, 2008.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 35/KPPU-I/2010

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol20357/kilang-gas-senoro-menguap-sampai-kppu>. Akses 25 Mei 2012.

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4d2799c2c0f3e/pertamina-dan-medco-keberatan-atas-putusan-kppu>. Akses 25 Mei 2012.

<http://nasional.kontan.co.id/news/pengadilan-memerintahkan-kppu-memeriksa-lagi-kasus-donggi-senoro>. Akses 25 Mei 2012.

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fcc591579b3e/ibeauty-contest-i-sebagai-ibusiness-judgement-i-versus-persaingan-usaha-tidak-sehat-broleh--prof-dr-nindyo-pramono-sh--ms->. Akses 23 Juli 2012.

<http://anisawidya.blogspot.com/search/label/beauty%20contest>. Akses 23 Juli 2012.

<http://www.kppu.go.id/id/peraturan/peraturan-kppu/>. Akses 27 Desember 2012.

http://www.ocw.usu.ac.id/...PERSAINGAN.../hke.602_slide_pendekatan_perse_il_legal_rule_of_reason_dalam_hukum_persaingan.pdf. Akses 27 Desember 2012.

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol22181/energi-utama-berencana-gugat-pertamina-dan-medco>. Akses 27 Desember 2012.

<http://tentang-ilmu-hukum.blogspot.com/2012/05/pengertian-due-diligence.html>. Akses 27 Desember 2012.

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/pass-fail>. Akses 27 Desember 2012.

<http://www.thefreedictionary.com/scoring+system>. Akses 27 Desember 2012.

<http://business.yourdictionary.com/downstream>. Akses 27 Desember 2012.

<http://www.epiqtech.com/request-for-proposal-rfp.htm>. Akses 27 Desember 2012.

<http://lawmark.wordpress.com/2011/05/08/62/>. Akses 27 Desember 2012.

<http://invest.yourdictionary.com/strategic-partner>. Akses 27 Desember 2012.