



SALINAN

PUTUSAN
Nomor 85/PUU-XIV/2016

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang diajukan oleh:



PT. Bandung Raya Indah Lestari, yang diwakili oleh:

Nama : Yoseph Soenaryo

Jabatan : Direktur Utama

Alamat : Jalan H. Samali Nomor 31 B, Pancoran, Pasar Minggu,
Jakarta Selatan;

Dalam hal ini berdasarkan Surat Kuasa Khusus Nomor 37/SK-SHP/VIII/2016 bertanggal 15 Agustus 2016 memberi kuasa kepada Syaefullah Hamid, S.H., M.H., Muhammad Ainul Syamsu, S.H., M.H., Hafisullah Amin Nasution, S.H., dan Teuku Mahdar Ardian, S.H.I., Advokat pada kantor hukum SYAMSU HAMID & PARTNERS, berkantor di Graha Samali Building R.2001 Lt. 2, Jalan H. Samali Nomor 31 B, Pancoran, Pasar Minggu, Jakarta Selatan, baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama bertindak untuk dan atas nama pemberi kuasa;

Selanjutnya disebut sebagai ----- **Pemohon**;

- [1.2] Membaca permohonan Pemohon;
Mendengar keterangan Pemohon;
Membaca dan mendengar keterangan Presiden;
Membaca dan mendengar keterangan Dewan Perwakilan Rakyat;

Membaca dan mendengar keterangan Pihak Terkait, Komisi Pengawas Persaingan Usaha;

Membaca dan mendengar keterangan ahli Pemohon dan Presiden;

Membaca keterangan ahli Pihak Terkait;

Memeriksa bukti-bukti Pemohon;

Membaca kesimpulan Pemohon, Presiden, dan Pihak Terkait;

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan bertanggal 26 Agustus 2016 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 2 September 2016 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 158/PAN.MK/2016 dan telah dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi dengan Nomor 85/PUU-XIV/2016 pada tanggal 28 September 2016, yang telah diperbaiki dengan perbaikan permohonan bertanggal 18 Oktober 2016 yang pada pokoknya sebagai berikut:

A. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI

1. Bahwa Pemohon mengajukan permohonan uji materi terhadap Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945);
2. Bahwa berdasarkan Ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316), sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang

Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, menegaskan hal yang sama, yakni menyebutkan Mahkamah Konstitusi berwenang untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final, antara lain *“menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” (bukti P-6a, P-6b);*

3. Bahwa penegasan serupa juga diatur dalam Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan, *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945” (bukti P-7);*
4. Bahwa selain itu, Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan [selanjutnya disebut UU No. 12 Tahun 2011], menyatakan bahwa secara hierarkis kedudukan UUD 1945 adalah lebih tinggi dari Undang-Undang (**bukti P-8**). Oleh karena itu, setiap ketentuan Undang-Undang tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945 (*constitutie is de hoogste wet*). Jika terdapat ketentuan dalam Undang-Undang yang bertentangan dengan UUD 1945, maka ketentuan tersebut dapat dimohonkan untuk diuji melalui mekanisme pengujian Undang-Undang. Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 9 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 bahwa, *“Dalam hal suatu undang-undang diduga bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi”;*
5. Bahwa sebagai penegak dan pengawal konstitusi, Mahkamah Konstitusi juga berhak memberikan penafsiran terhadap sebuah ketentuan yang terdapat dalam ayat, pasal atau bagian undang-undang agar berkesesuaian dengan nilai-nilai konstitusi yang hidup di dalam kehidupan masyarakat (*the living of constitution*). Tafsir Mahkamah Konstitusi terhadap konstitusionalitas yang terdapat dalam ayat, pasal, atau bagian undang-undang tersebut merupakan tafsir satu-satunya (*the sole interpreter of constitution*) yang memiliki kekuatan hukum, sehingga

terhadap dalam ayat, pasal atau bagian undang-undang yang memiliki makna ambigu, tidak jelas, dan atau multitafsir dapat pula dimintakan penafsirannya kepada Mahkamah Konstitusi. Dalam sejumlah perkara pengujian Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi telah beberapa kali menyatakan sebuah bagian Undang-Undang konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang ditafsirkan sesuai dengan tafsir yang diberikan oleh Mahkamah Konstitusi atau sebaliknya, tidak konstitusional jika diartikan sesuai dengan penafsiran Mahkamah Konstitusi;

6. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Pemohon berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang memeriksa dan memutus permohonan pengujian Undang-Undang ini.

B. KEDUDUKAN HUKUM (LEGAL STANDING) PEMOHON

1. Bahwa Mahkamah Konstitusi berfungsi antara lain sebagai “*guardian*” dari “*constitutional right*” bagi setiap warga negara Republik Indonesia. Mahkamah Konstitusi merupakan badan yudisial yang bertugas menjaga hak asasi manusia sebagai bentuk perlindungan atas hak konstitusional dan hak hukum setiap warga negara. Dengan kenyataan inilah, Pemohon mengajukan permohonan pengujian norma pasal dalam UU No. 5 Tahun 1999 yang bertentangan dengan semangat dan jiwa serta ketentuan yang terdapat dalam UUD 1945;
2. Bahwa Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 mengatur bahwa Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang”, yang dalam huruf c menyebutkan “*badan hukum publik atau privat*”. Selanjutnya di dalam Penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan “*hak konstitusional*” adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (**vide bukti P-6a dan P-6b**);

3. Bahwa merujuk kepada Putusan Mahkamah Konstitusi sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 tanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007 dan putusan-putusan selanjutnya, ternyata bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi 5 (lima) syarat, yaitu:
 - a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
 - b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
 - c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
 - e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;
4. Bahwa 5 (lima) syarat sebagaimana dimaksud di atas dijelaskan lagi oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 dalam pengujian formil Perubahan Kedua Undang-Undang Mahkamah Agung, yang menyebutkan sebagai berikut:

“Dari praktik Mahkamah (2003-2009), perorangan WNI, terutama pembayar pajak (tax payer: vide Putusan Nomor 003/PUU-I/2003) berbagai asosiasi dan NGO/LSM yang concern terhadap suatu undang-undang demi kepentingan publik, badan hukum, Pemerintah Daerah, lembaga Negara, dan lain-lain, oleh Mahkamah dianggap memiliki legal standing untuk mengajukan permohonan pengujian, baik formil maupun

materiil, Undang-Undang terhadap UUD 1945 (lihat juga Lee Bridgess, dkk. Dalam "Judicial Review in Perspective, 1995, Halaman 59)"

5. Bahwa selanjutnya Pemohon akan menjelaskan kedudukan hukum (*Legal Standing*) Pemohon sebagai badan hukum privat yang menganggap hak konstitusionalnya dirugikan atau setidaknya berpotensi dilanggar dengan berlakunya norma pasal dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yakni: Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5), selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

Pasal 22

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

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".

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"

Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i,

"Wewenang Komisi meliputi:

- 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;
- 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”;

Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2)

- (1) Pelaku usaha dan atau pihak lain yang diperiksa wajib menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam **penyelidikan** dan atau pemeriksaan.
- (2) Pelaku usaha dilarang menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam **penyelidikan** dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses **penyelidikan** dan atau pemeriksaan.

Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5)

- (4) Apabila ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) tidak dijalankan oleh pelaku usaha, Komisi menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- (5) Putusan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (4) merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan”

6. Bahwa hak konstitusional Pemohon yang dirugikan atau berpotensi dilanggar sebagaimana dimaksud dalam poin 5 di atas, Pemohon jelaskan secara kronologis sebagai berikut:

- 6.1. Bahwa Pemohon pada tanggal 15 September 2009 telah mengajukan permohonan pemrakarsa proyek kerja sama penyediaan infrastruktur pembangunan Pembangkit Listrik Tenaga Sampah (PLTSa) dengan melampirkan seluruh persyaratannya sebagaimana ditentukan dalam Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha

Dalam Penyediaan Infrastruktur sebagaimana diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 13 Tahun 2010 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur (**bukti P-24a dan P-24b**) yang diantara persyaratan tersebut adalah *feasibility study* dan AMDAL (**bukti P-12a, P-12b, dan P-12c**) yang dibiayai sendiri oleh Pemohon sebelum Pemerintah Kota Bandung menerbitkan Peraturan Daerah Kota Bandung Nomor 14 Tahun 2010 tentang Belanja Jasa Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah dan Badan Usaha (**bukti P-13**) dan Peraturan Daerah Kota Bandung Nomor 09 Tahun 2011 tentang Pengolahan Sampah (**bukti P-14**);

- 6.2. Bahwa atas pengajuan permohonan pemrakarsa tersebut, Walikota Bandung telah mengeluarkan Surat Keputusan Nomor 658.1/Kep.010-BEPPEDA/2012 tentang Penetapan Badan Usaha Pemrakarsa dan Pemberian Kompensasi Dalam Rangka Rencana Kerjasama Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha (**bukti P-15**). Keputusan ini memuat penetapan badan usaha pemrakarsa rencana pembangunan infrastruktur pengolahan sampah berbasis teknologi ramah lingkungan melalui mekanisme kerja sama antara pemerintah dan badan usaha, yang diberikan kepada PT Bandung Raya Indah Lestasi *joint operation* Hangzhou Boiler Group, co. Ltd, China dengan kompensasi nilai kepada pemrakarsa sebesar 9,6% (sembilan koma enam persen). Kerjasama dilaksanakan berdasarkan sistem *Build-Operate-Transfer* (BOT);
- 6.3. Bahwa setelah ditetapkannya Pemohon sebagai Pemrakarsa maka Pemerintah Kota Bandung selanjutnya mengadakan lelang pengolahan sampah yang diikuti oleh beberapa peserta (**bukti P-**

16) dan akhirnya keluar sebagai pemenang lelang adalah PT. Bandung Raya Indah Lestari (Pemohon) sebagaimana Keputusan Walikota Bandung Nomor 658.1/Kep.763-BPLH/2013 tentang Penetapan Pemenang Lelang Pengadaan Badan Usaha Secara Pelelangan Umum Dalam Rangka Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha Tertanggal 14 Agustus 2013 (**bukti P-17**). Keputusan ini memuat Pemenang lelang adalah Konsorsium PT. Bandung Raya Indah Lestari dan Hangzhou Boiler. Co. Ltd;

6.4. Bahwa atas penetapan Pemohon sebagai pemenang lelang telah juga mendapatkan persetujuan DPRD Kota Bandung untuk Pemerintah Kota Bandung menandatangani perjanjian kerjasama dalam rangka pembangunan infrastruktur pengolahan sampah berbasis teknologi ramah lingkungan melalui kerjasama Pemerintah Daerah dan Badan Usaha sebagaimana Keputusan DPRD Kota Bandung Nomor 30 Tahun 2013 tentang Persetujuan (**bukti P-18**);

6.5. Bahwa walaupun telah mendapatkan persetujuan DPRD Kota Bandung, namun sampai dengan saat ini Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Kota Bandung dengan Pemohon selaku pemenang lelang tidak juga kunjung ditandatangani padahal berdasarkan Dokumen Lelang (**bukti P-25**) selambat-lambatnya akan ditandatangani 45 hari setelah adanya penetapan lelang, yaitu selambat-lambatnya tanggal 28 September 2013 bahkan penandatanganan perjanjian kerjasama dimaksud terancam batal disebabkan oleh Putusan KPPU Nomor 12/KPPU-L/2015 yang menyatakan Pemohon secara sah dan meyakinkan terbukti melanggar Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 dan menyatakan pengadaan badan usaha secara pelelangan umum dalam rangka pembangunan infrastruktur pengolahan sampah berbasis teknologi ramah lingkungan melalui mekanisme kerjasama pemerintah

dengan badan usaha di Kota Bandung batal demi hukum (**bukti P-10**);

6.6. Bahwa Putusan KPPU tersebut telah memperluas makna “pihak lain” dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 sehingga mencakup tidak saja “pelaku usaha lain” sebagaimana definisi persekongkolan atau konspirasi usaha yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa “*persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol*” tetapi juga mencakup pihak-pihak lain selain pelaku usaha seperti Pihak Pemerintah *in casu* Panitia Pengadaan Badan Usaha (Terlapor I), Mantan Walikota Bandung Dada Rosyada (Terlapor II) dan Perusahaan Daerah Kebersihan (Terlapor IV). Padahal sekiranya KPPU konsisten dalam menafsirkan frasa “Pihak lain” sesuai dengan definisi yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999, maka pasti Putusan KPPU tersebut tidak akan berbunyi demikian;

6.7. Bahwa hal dapat diperluasnya makna “*pihak lain*” dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 oleh KPPU dalam putusannya dimaksud, jelas membuktikan bahwa frasa “pihak lain” dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 mengandung ketidakpastian hukum atau bersifat multitafsir sehingga memungkinkan untuk ditafsirkan secara luas bahkan menyalahi tafsir otentik “pihak lain” yang sudah tegas diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 dan hal tersebut jelas melanggar prinsip/asas legalitas yang merupakan refleksi dari prinsip negara hukum yang dianut oleh Negara Republik Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 dan juga melanggar prinsip pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) serta melanggar prinsip larangan mengambil alih hak milik orang lain

secara sewenang-wenang yang dijamin dalam Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 dan juga bertentangan dengan prinsip demokrasi ekonomi yang melandasi perekonomian nasional yang menekankan efisiensi berkeadilan sesuai amanat konstitusi Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945

“Negara Indonesia adalah negara hukum”

Pasal 28D ayat (1)

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”.

Pasal 28H ayat (4)

“Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun”.

Pasal 33 ayat (4)

“Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional”.

- 6.8. Bahwa keberadaan norma yang bersifat multitafsir dan mengandung ketidakpastian hukum tersebut telah menyebabkan hilangnya jaminan kepastian hukum Pemohon dan mengakibatkan terjadinya pengambilalihan hak milik Pemohon berupa hak atas proyek pembangunan pembangkit listrik tenaga sampah (PLTSa) di Kota Bandung yang disebabkan oleh proses hukum yang sewenang-wenang karena dilaksanakan tidak sesuai prinsip hukum yang berlaku. Hal ini mendekati kenyataan jika memperhatikan berbagai pernyataan Walikota Bandung yang berniat membatalkan hasil lelang tersebut dan mengadakan lelang baru, sebagaimana tersebut di bawah ini:

- a. KPPU Batalkan PT BRIL, Tahapan Pembangunan PLTSa Tetap Berjalan (www.fokusjabar.com) tanggal 28 Juni 2016 <http://fokusjabar.com/2016/06/28/kppu-batalkan-pt-bril-tahapan-pembangunan-pltsa-tetap-berjalan/> (**bukti P-19**).

Pemerintah Kota Bandung berniat untuk melakukan lelang ulang untuk memilih investor yang akan menangani pembangunan PLTSa di Kota Bandung. Bahkan untuk itu, terdapat sekitar 30 investor yang telah mendaftar.

Kebijakan baru Pemerintah Kota Bandung sangat merugikan Pemohon yang telah melakukan *feasibility study* dengan biaya sendiri dan telah mengikuti seluruh proses lelang secara *fair*, jujur dan terbuka. Pemberitaan ini secara tidak langsung memberikan kesan bahwa proses yang diikuti Pemohon selama ini tidak memenuhi standar transparansi dan *fairness*. Hal ini sangat merugikan Pemohon dan merusak reputasi Pemohon di mata dunia usaha nasional dan internasional;

- b. Pemkot Bandung Tender Ulang Pembangunan Pembangkit Listrik Tenaga Sampah (www.beritadaerah.co.id) tanggal 28 Juni 2016 (**bukti P-20**)

<http://beritadaerah.co.id/2016/06/28/pemkot-bandung-tender-ulang-pembangunan-pembangkit-listrik-tenaga-sampah/>.

PT. BRIL mempersiapkan lahan seluas 10 Ha untuk pembangunan fasilitas PLTSa. Tiga Hektar diperuntukkan bagi fasilitas pembangkit tenaga listrik, sedangkan tujuh hektar lainnya diperuntukkan bagi sabuk hijau yang mengelilingi fasilitas tersebut. Usaha ini menjadi sia-sia dengan adanya putusan KPPU yang merugikan Pemohon. Bahkan Pemerintah Kota Bandung telah mengadakan kontes pendaftaran investor baru yang telah diikuti oleh beberapa perusahaan, meskipun Pemkot Bandung belum menerima putusan KPPU tersebut.

- 6.9. Bahwa berdasarkan hal-hal yang diuraikan di atas membuktikan bahwa Pemohon (badan hukum privat) memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk bertindak sebagai Pemohon dalam permohonan pengujian Undang-Undang ini. Oleh karenanya, Pemohon memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, kiranya dalam putusannya nanti menyatakan bahwa Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam memohon pengujian undang-undang dalam perkara ini;
7. Bahwa selain itu, Pemohon juga dirugikan hak konstitusionalnya dengan berlakunya frasa "*penyelidikan dan/atau pemeriksaan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 44 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 karena frasa tersebut mengandung ketidakpastian hukum apakah pemeriksaan yang dilakukan KPPU adalah pemeriksaan yang bersifat administratif ataupun penyelidikan pidana? UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan pengaturan tegas yang membedakan antara pemeriksaan administratif dengan penyelidikan pidana, dan dalam hal apakah suatu pemeriksaan itu disebut pemeriksaan administratif ataupun penyelidikan pidana?
8. Bahwa oleh karena Pemohon telah menjalani pemeriksaan di KPPU dan telah diputus berdasarkan Putusan Nomor 12/KPPU-L/2015 (**vide bukti P-9**) maka dapat dipandang Pemohon telah menjalani penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU, karena pemeriksaan tersebut dilaksanakan secara ***pro justicia***. Oleh karena Pemohon telah menjalani penyelidikan maka Pemohon sangat potensial untuk diperiksa dalam penyidikan, meskipun Pemohon beranggapan bahwa kaidah atau norma yang menjadi dasar Keputusan KPPU *a quo* mengandung ketidakpastian hukum dan merugikan hak konstitusional Pemohon, yaitu diambalalihnya hak milik Pemohon secara sewenang-wenang oleh KPPU. Kerugian konstitusional Pemohon berpotensi berlanjut dengan berlakunya Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 44 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan

ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999, terutama jika sanksi pidana administratif dijatuhkan terhadap Pemohon;

9. Bahwa merujuk kepada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 tanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007 yang menyatakan bahwa hak konstitusional Pemohon harus memenuhi lima syarat sebagai berikut:
 - a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
 - b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujiannya;
 - c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian tersebut dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujiannya;
 - e. adanya kemungkinan dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan dan tidak lagi terjadi.

Jika merujuk kepada uraian Pemohon di atas maka Pemohon berkeyakinan bahwa syarat-syarat mutlak dalam pengujian undang-undang ini telah dipenuhi Pemohon, dengan penjelasan sebagai berikut:

Syarat pertama adalah Pemohon sebagai Badan Hukum Privat dan oleh karenanya Pemohon mempunyai hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 dan dalam hal ini bertindak sebagai Pemohon sebagaimana ditentukan dalam Pasal 51 ayat (1) huruf c UU MK (**vide bukti P-6**) ;

Syarat kedua, hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon dirugikan oleh berlakunya undang-undang. Dengan berlakunya Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5

Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, khususnya frasa "*pihak lain*" dan frasa "*penyelidikan*" yang mengandung ketidakpastian hukum dan multi tafsir, sehingga hal itu merugikan hak konstitusional Pemohon, yaitu diambilnya hak yang dimiliki Pemohon secara sewenang-wenang dengan menggunakan ketidakpastian hukum dalam frasa "*pihak lain*" (**vide bukti P-4**);

Syarat ketiga, kerugian konstitusional bersifat spesifik dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi. Keberlakuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, khususnya frasa "*pihak lain*" secara nyata menimbulkan kerugian bagi Pemohon karena frasa "*pihak lain*" tidak tegas dan jelas sehingga dapat dimaknai secara luas yang mencakup unsur lain di luar pelaku usaha sebagaimana diputuskan oleh KPPU, padahal Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas menyatakan bahwa persekongkolan dimaksud adalah persekongkolan antar pelaku usaha, bukan dengan unsur pemerintah. Akibatnya, Pemohon kehilangan hak yang dimilikinya sebagai pemenang lelang untuk mengerjakan proyek pengolahan sampah. Kerugian secara potensial dapat terjadi manakala KPPU menjadikan Putusan KPPU sebagai hasil penyelidikan yang diserahkan kepada penyidik untuk ditindaklanjuti dalam penyidikan. Hal ini sangat merugikan Pemohon;

Syarat keempat, kerugian konstitusional Pemohon timbul sebagai akibat dari berlakunya Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Kerugian konstitusional secara nyata telah timbul disebabkan adanya frasa "*pihak lain*" yang seolah-olah dapat diartikan secara luas termasuk pihak unsur pemerintahan, meskipun Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 mengatur persekongkolan hanya terjadi antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lain. Begitupula dengan frasa "*penyelidikan*" yang tidak

mengandung kepastian hukum baik tentang tata cara maupun pelaksanaannya karena tidak mempunyai kewenangan sebagai penyidik, dan dapat ditingkatkan menjadi penyidikan ketika Putusan KPPU diserahkan kepada penyidik, padahal KPPU bukanlah penyidik;

Syarat kelima, kerugian konstitusional tidak akan terjadi lagi jika permohonan ini dikabulkan. Dengan dikabulkannya permohonan ini, yaitu dengan menafsirkan frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 menjadi "*pelaku usaha lain*"; dan menghapuskan frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2); dan penghapusan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5), maka frasa "*pihak lain*" dan "*penyelidikan*" tidak ditafsirkan secara sewenang-wenang yang merugikan pelaku usaha dan diharapkan pendekatan hukum pidana tidak menjadi pilihan utama untuk melakukan tindakan represif karena dapat menciptakan situasi yang tidak kondusif bagi pembangunan demokrasi di bidang ekonomi;

C. POKOK PERMOHONAN

TENTANG FRASA "PIHAK LAIN" DALAM PASAL 22, PASAL 23 DAN PASAL 24 UU NOMOR 5 TAHUN 1999 TENTANG LARANGAN MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT

1. Berdasarkan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, Negara Republik Indonesia adalah negara hukum. Menurut Frederich Julius Stahl, terdapat tiga ciri negara hukum. Pertama, perlindungan hak asasi manusia. Kedua, pembagian kekuasaan. Ketiga, pemerintahan berdasarkan Undang-Undang Dasar. Pemerintahan yang dilaksanakan berdasarkan Undang-Undang Dasar mencakup seluruh aspek kehidupan berbangsa dan bernegara baik yang diatur secara tegas dalam UUD maupun yang secara implisit menjiwai maksud-maksud di balik ketentuan UUD, termasuk tetapi tidak terbatas pada pembangunan ekonomi yang demokratis dengan menekankan efisiensi berkeadilan dan kepastian hukum yang adil sebagai jaminan atas hak milik dan terselenggaranya pembangunan ekonomi yang demokratis

sesuai Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;

2. Bahwa dalam kerangka pembangunan ekonomi yang demokratis dan adil, negara merancang UU Nomor 5 Tahun 1999 untuk memberikan kesempatan yang sama kepada seluruh pelaku usaha yang mempunyai kapabilitas untuk turut serta dalam pembangunan ekonomi yang demokratis. Filosofi ini dapat disimpulkan dari konsideran huruf b UU Nomor 5 Tahun 1999 (**vide bukti P-4**) yang menyatakan bahwa:

“Bahwa demokrasi dalam bidang ekonomi menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi di dalam proses produksi dan pemasaran barang dan atau jasa, dalam iklim usaha yang sehat, efektif, dan efisien sehingga dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan bekerjanya ekonomi pasar yang wajar”

Dengan demikian, demokrasi dalam bidang ekonomi bertujuan menciptakan iklim usaha yang sehat, *fair* dan terbuka guna menyeleksi pelaku usaha-pelaku usaha yang kapabel untuk membangun ekonomi yang demokratis. Secara tidak langsung, cita hukum UU Nomor 5 Tahun 1999 memberikan pesan yang jelas bahwa segala tindakan yang menghambat terciptanya iklim ekonomi yang sehat, *fair*, efektif dan efisien dipandang sebagai tindakan yang bertentangan dengan cita hukum UU Nomor 5 Tahun 1999 dan pada akhirnya bertentangan dengan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;

3. Bahwa guna mewujudkan cita-cita UUD 1945 dan cita hukum UU Nomor 5 Tahun 1999 untuk menciptakan iklim usaha yang sehat, *fair*, efektif dan efisien, maka diperlukan instrumen yang mengatur tentang kegiatan ekonomi yang demokratis secara tegas dan jelas sehingga dapat dijadikan pedoman bagi pelaku usaha dan pemerintah sebagai regulator. Oleh karenanya, ketentuan hukum yang memberikan kepastian hukum yang adil sebagaimana diamanatkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 adalah suatu keharusan;

4. Bahwa frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan kepastian hukum sehingga tidak dapat mewujudkan tujuan filosofinya untuk menciptakan demokrasi dalam bidang ekonomi melalui persaingan usaha yang sehat, karena frasa "*pihak lain*" bersifat multi tafsir dan tidak jelas sehingga membuka ruang bagi lembaga tertentu untuk bertindak sewenang-wenang. Pada akhirnya cita-cita pembangunan ekonomi yang demokratis tidak akan tercapai. Seharusnya pembentuk UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak menggunakan frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU *a quo* tetapi menggunakan frasa "pelaku usaha lain", sehingga dapat memberikan kepastian hukum bagi pelaku usaha yang terlibat dalam pembangunan ekonomi yang demokratis dan pemerintah sebagai regulator;
5. Bahwa secara sistematis yuridis dengan menggunakan penafsiran gramatikal, frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 bermakna "*pelaku usaha lain*". Hal ini mengacu kepada definisi persekongkolan atau konspirasi usaha yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang secara tegas menyatakan bahwa: "*persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan **pelaku usaha** dengan **pelaku usaha lain** dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol*".
Berdasarkan definisi di atas maka persekongkolan yang dimaksud dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah persekongkolan antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya dengan tujuan untuk menguasai pasar. Oleh karena ketentuan tersebut sangat jelas, maka seharusnya pembuat UU menggunakan frasa "pelaku usaha lain", bukan "pihak lain" dalam pasal-pasal *a quo*;
6. Bahwa terdapat inkonsistensi kaidah norma antara Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 dengan Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999. Di satu sisi, Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 menggunakan frasa "*pihak lain*" yang mempunyai makna umum sehingga membuka

berbagai macam penafsiran. Di sisi lain, Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas menyatakan bahwa persekongkolan hanya terjadi antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya. Meskipun frasa “*pihak lain*” dapat mengacu kepada Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999, namun penggunaan frasa “*pihak lain*” tetap dipandang tidak memberikan kepastian hukum dan rentan untuk ditafsirkan secara subjektif dengan memperluas makna dari frasa “*pihak lain*” sebagaimana dalam Putusan Nomor 12/KPPU-L/2015 (**vide bukti P-9**) dan Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 (**vide bukti P-10**). Hal ini akan sangat berbeda dari segi kepastian hukum dan keadilan, manakala pembentuk UU Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas merumuskan frasa “*pelaku usaha lain*”, bukan “*pihak lain*”, dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999;

7. Bahwa dalam kaitannya dengan Pemohon, ketidakpastian hukum dalam frasa “*pihak lain*” dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 melahirkan kesewenang-wenangan yang menghilangkan **hak yang dimiliki Pemohon** sebagai pemenang sebuah kompetisi yang *fair*, transparan dan terbuka. Penafsiran “*pihak lain*” secara luas tersebut nyata-nyata bertentangan dengan Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999. Oleh karenanya secara konstitusional, teleologis-filosofis dan doktriner (penafsiran gramatikal), maka frasa “*pihak lain*” tidak memberikan kepastian hukum. Pada akhirnya ketidakpastian hukum dapat menciptakan kesewenang-wenangan yang menghambat proses pembangunan demokrasi ekonomi sebagaimana yang dicita-citakan konstitusi;
8. Bahwa menghadapi kenyataan di atas, sesuai dengan isi permohonan ini, maka semestinya Mahkamah Konstitusi yang dikenal sebagai “*the guardian and the final interpreter of constitution*” untuk menyatakan bahwa kaidah-kaidah undang-undang yang diatur dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 sebatas frasa “*pihak lain*” adalah bertentangan dengan kaidah konstitusi tentang asas negara hukum, kepastian hukum yang adil dan pembangunan demokrasi ekonomi

sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi dapat memberikan penafsiran konstitusional terhadap Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 sebatas frasa "*pihak lain*" sebagaimana pernah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 49/PUU-VIII/2010;

9. Bahwa pemaknaan yang dimaksud adalah jika frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 dibiarkan tanpa perubahan, maka kaidah undang-undang yang diatur dalam pasal-pasal itu secara kondisional tetap inkonstitusional (*conditionally unconstitutional*), yakni bertentangan dengan kaidah-kaidah konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;
10. Bahwa untuk membuat kaidah Undang-Undang dalam frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 menjadi *conditionally constitutional*, maka kaidah itu haruslah memberikan makna bahwa frasa "*pihak lain*" berarti "*pelaku usaha lain*", sehingga Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 berbunyi:

Pasal 22

"Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan **pelaku usaha lain** ...

Pasal 23

"Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan **pelaku usaha lain**...

Pasal 24

"Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan **pelaku usaha lain**....

Penafsiran semacam ini akan membuat kaidah-kaidah Undang-Undang dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 itu secara kondisional adalah konstitusional (*conditionally constitutional*) terhadap kaidah konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.

TENTANG FRASA “PENYELIDIKAN” DALAM PASAL 36 HURUF c, d, h, i, PASAL 41 AYAT (1) DAN AYAT (2) UU NOMOR 5 TAHUN 1999 TENTANG LARANGAN MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT

11. Bahwa frasa “*penyelidikan dan/atau pemeriksaan*” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan kepastian hukum tentang kewenangan yang diberikan pasal-pasal ini kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) apakah itu kewenangan untuk melakukan penyelidikan pidana ataupun kewenangan untuk melakukan pemeriksaan administratif? Dilihat dari frasa tersebut, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 mengatur kewenangan penyelidikan dan pemeriksaan secara akumulatif dan alternatif. Secara akumulatif berarti bahwa suatu pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU secara *mutatis mutandis* menjadi pemeriksaan administratif sekaligus penyelidikan pidana. Secara alternatif berarti bahwa KPPU dapat memilih salah satu model pemeriksaan, apakah pemeriksaan administratif ataupun penyelidikan pidana. Hal ini membingungkan masyarakat yang berkepentingan termasuk tetapi tidak terbatas pada Pemohon tentang pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU apakah sedang melakukan pemeriksaan administratif ataupun penyelidikan pidana. Kepastian hukum berkaitan dengan ini penting mengingat UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan acuan yang jelas tentang kapankah suatu pemeriksaan KPPU disebut pemeriksaan administratif dan kapankah disebut dengan penyelidikan pidana. Terlebih lagi jika suatu pemeriksaan KPPU secara sekaligus disebut sebagai pemeriksaan administratif dan penyelidikan pidana. Pengaturan tersebut semakin menambah ketidakpastian hukum. Terlepas apakah hasil pemeriksaan tersebut dilanjutkan atau tidak dilanjutkan dalam tahap penyidikan, namun pemeriksaan tersebut tetap dianggap sebagai penyelidikan yang mempunyai potensi untuk ditingkatkan menjadi penyidikan;

12. Bahwa frasa “*penyelidikan*” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 bukanlah pemeriksaan administratif, tetapi **penyelidikan pidana** disebabkan 2 (dua) hal. Pertama, dalam terminologi hukum dalam sistem hukum Indonesia, frasa “*penyelidikan*” merujuk kepada penyelidikan yang diatur dalam UU Nomor 8 Tahun 1981 (**bukti P-22**). Tidak ditemukan bidang hukum lain selain hukum acara pidana yang menggunakan terminologi penyelidikan. Kedua, frasa “*penyelidikan*” adalah penyelidikan pidana jika dihubungkan dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) yang mengatur tentang tahapan penyidikan berdasarkan putusan KPPU yang dianggap sebagai bukti permulaan yang cukup dan hasil penyelidikan. Oleh karenanya setiap proses penyidikan didahului dengan penyelidikan, maka dalam konteks pasal tersebut frasa “*penyelidikan*” adalah penyelidikan pidana yang mendahului penyidikan yang akan dilakukan oleh penyidik (kepolisian);
13. Bahwa lazimnya hukum acara pidana mengatur tentang tindakan penegakan hukum dan pihak-pihak yang diberikan wewenang untuk melaksanakan tindakan penegakan hukum tersebut. Dengan kata lain, pengaturan hukum acara pidana mencakup prosedur tata laksana dan pihak pelaksananya. Sehubungan dengan frasa “*penyelidikan*” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999, maka UU Nomor 5 Tahun 1999 seharusnya mengatur tata laksana penyelidikan dan siapakah yang diberikan wewenang untuk melaksanakan penyelidikan tersebut. Pengaturan yang cermat tentang tata laksana penyelidikan dan pelaksananya merupakan keharusan untuk memenuhi kepastian hukum;
14. Bahwa Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak mengatur tata laksana penyelidikan secara cermat, karena frasa “*penyelidikan*” dalam pasal tersebut tidak disertai dengan ketentuan lain tentang tata caranya atau pelaksanaan penyidikannya. Hal ini berarti bahwa penyelidikan pidana yang dilakukan oleh KPPU harus sama persis dengan penyelidikan yang dilakukan oleh

Kepolisian Republik Indonesia yang bersandar kepada UU Nomor 8 Tahun 1981, termasuk tetapi tidak terbatas pada adanya peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana sesuai Pasal 102 ayat (1) UU Nomor 8 Tahun 1981 dan laporan serta koordinasi kepada penyidik sesuai Pasal 102 ayat (3) dan Pasal 105 UU Nomor 8 Tahun 1981 (**vide bukti P-22**). Dalam konteks penyelidikan yang dilakukan KPPU dihubungkan dengan Pasal 102 ayat (1) UU Nomor 8 Tahun 1981, maka timbul pertanyaan apakah setiap peristiwa yang diperiksa KPPU adalah peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana ataukah hanya peristiwa persaingan usaha yang bersifat administratif? Ataukah penentuan suatu peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana ataukah hanya peristiwa yang bersifat administratif itu diserahkan begitu saja kepada KPPU untuk diputuskan secara subyektif tanpa didasarkan pada ketentuan pelaksanaan penyelidikan yang jelas dalam UU Nomor 5 Tahun 1999? Dalam konteks penyelidikan KPPU dihubungkan dengan Pasal 102 ayat (3) dan Pasal 105 UU Nomor 8 Tahun 1981, apakah dalam melaksanakan penyelidikan dan/atau pemeriksaan KPPU selalu membuat laporan dan berkoordinasi dengan penyidik? Bagaimana keabsahan dari penyelidikan KPPU jika KPPU tidak pernah sekalipun membuat laporan dan berkoordinasi dengan penyidik? Jika penyelidikan KPPU tidak disertai dengan laporan dan koordinasi kepada penyidik, maka penyelidikan KPPU dianggap **tidak sah** karena bertentangan dengan Pasal 102 dan Pasal 105 UU Nomor 8 Tahun 1981 dan secara *mutatis mutandis* bertentangan dengan frasa “*penyelidikan*” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 karena frasa “*penyelidikan*” mengacu kepada UU Nomor 8 Tahun 1981. Pertanyaan-pertanyaan tersebut muncul disebabkan ketidakjelasan kaidah dan norma dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999, khususnya frasa “*penyelidikan*” sehingga melahirkan **ketidakpastian hukum**;

15. Bahwa selain pengaturan tentang tata laksana penegakan hukum, hukum acara pidana seharusnya mengatur penegak hukumnya atau pelaksana penegakan hukum. Dalam konteks frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999, UU *a quo* tidak mengatur siapakah pihak yang diberikan wewenang untuk melaksanakan penyelidikan sehingga tidak ada satupun yang berwenang untuk melakukan penyelidikan sebagaimana diatur dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999. Pasal 4 UU Nomor 8 Tahun 1981 secara tegas menyatakan bahwa "*penyelidik adalah setiap pejabat polisi Negara Republik Indonesia*". Dengan ketentuan ini, maka UU Nomor 8 Tahun 1981 tidak memberikan kewenangan menjadi penyelidik kepada pejabat lembaga pemerintahan atau lembaga negara lain kecuali pejabat polisi Negara Republik Indonesia. Ketentuan tersebut jelas sehingga tidak dapat ditafsirkan lain bahwa tidak ada satupun pejabat dari lembaga apapun selain kepolisian yang dapat menjadi penyelidik kecuali terdapat undang-undang di luar UU Nomor 8 Tahun 1981 yang secara khusus memberikan kewenangan untuk menjadi penyelidik seperti dalam UU Nomor 30 Tahun 2002 Komisi Pemberantasan Korupsi (**bukti P-23**) yang memberikan kewenangan kepada KPK untuk mengangkat penyelidik. Dalam kaitannya dengan itu, UU Nomor 5 Tahun 1999 sama sekali tidak mengatur kewenangan pejabat KPPU untuk menjadi penyelidik, sehingga ketentuan tentang penyelidikan dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak dapat dilaksanakan. Pelaksanaan penyelidikan oleh KPPU adalah bentuk kesewenang-wenangan karena tidak didasari kewenangan untuk menjadi penyelidik;
16. Bahwa berbeda dengan Badan Narkotika Nasional, Badan Nasional Pemberantasan Terorisme dan Komisi Pemberantasan Korupsi yang memiliki penyelidik dari unsur kepolisian, sehingga lembaga-lembaga tersebut dapat tetap melakukan penyelidikan meskipun Undang-Undang

terkait tidak memberikan kewenangan menjadi penyidik, sepanjang penyelidikan tersebut dilaksanakan oleh pegawai dari unsur Kepolisian Republik Indonesia. Hal ini berbeda dengan keadaan KPPU yang tidak menggunakan dan tidak memiliki penyidik dari unsur Kepolisian Republik Indonesia sebagaimana dibuktikan dengan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara (**bukti P-21**) yang mengatur penyelidikan dilaksanakan oleh investigator yang merupakan pegawai KPPU, bukan berasal dari unsur Kepolisian Republik Indonesia. Sementara itu UU Nomor 5 Tahun 1999 juga tidak mengatur secara khusus pemberian wewenang untuk menjadi penyidik di luar unsur Kepolisian Negara Republik Indonesia. Dengan tidak adanya penyidik dari unsur Kepolisian Republik Indonesia dan UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan kewenangan kepada anggota dan pegawai KPPU untuk penyidik, maka penyelidikan KPPU dilaksanakan oleh orang-orang yang tidak berwenang untuk menjadi penyidik;

17. Bahwa oleh karena UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak mengatur kewenangan menjadi penyidik dan tidak pula mengatur tata cara dan tata laksana penyelidikan, maka ketentuan tentang penyelidikan Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah ketentuan yang tidak dapat dilaksanakan karena UU *a quo* tidak mengatur tata cara pelaksanaan penyelidikan sesuai asas *lex sine scriptis*. Menurut asas ***lex sine scriptis***, suatu aturan tidak dapat diterapkan atau dilaksanakan jika tidak ada ketentuan yang mengatur tata laksana dan pelaksanaannya. Frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah ketentuan tentang pemberian kewenangan. Ketentuan tersebut tidak serta dapat diterapkan kecuali jika dibuat ketentuan yang mengatur tata cara dan pelaksanaan dari kewenangan tersebut, termasuk dalam pengaturan tata laksana dan pelaksanaan kewenangan itu adalah pengaturan tentang siapakah pihak yang akan melaksanakan kewenangan tersebut. Oleh karenanya, frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c,

huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 memerlukan ketentuan tentang tata cara pelaksanaan penyelidikan dan pihak-pihak yang diberikan kewenangan sebagai penyelidik. Tanpa ketentuan pelaksanaan tersebut, maka berdasarkan asas *lex sine scriptis*, frasa “*penyelidikan*” adalah ketentuan yang tidak diterapkan. Hal ini pada akhirnya memengaruhi keabsahan dari penyelidikan yang dilaksanakan KPPU berdasarkan Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999;

18. Bahwa uraian di atas menegaskan bahwa frasa “*penyelidikan*” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan kepastian hukum yang adil bagi pihak-pihak yang berkepentingan dalam pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU, termasuk tetapi tidak terbatas pada Pemohon yang telah dirugikan hak konstitusionalnya terlepas apakah nantinya akan dilanjutkan atau tidak dilanjutkan ke tahap penyidikan. Ketidakpastian hukum tersebut pada akhirnya menciptakan potensi kesewenang-wenangan yang menghambat pembangunan demokrasi dalam bidang ekonomi. Dengan demikian, frasa “*penyelidikan*” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;
19. Bahwa penghapusan frasa “*penyelidikan*” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 secara sistemik tidak akan mengurangi efektifitas peran, tugas dan wewenang KPPU untuk memastikan terciptanya persaingan usaha yang sehat, karena KPPU masih memiliki kewenangan untuk melakukan pemeriksaan administratif. Kedudukan KPPU sebagai lembaga administratif justru dapat menciptakan pengawasan persaingan usaha yang kondusif, efektif dan efisien dengan menempatkan pendekatan administratif sebagai *primum remedium* dan menempatkan pendekatan hukum pidana sebagai *ultimum remedium*. Pendekatan administratif

dipandang lebih tepat untuk penanganan persaingan usaha yang sehat, *fair* dan transparan sebagai prasyarat terciptanya pembangunan ekonomi yang demokratis;

20. Bahwa menghadapi kenyataan di atas, sesuai dengan isi permohonan ini, maka semestinya Mahkamah Konstitusi yang dikenal sebagai "*the guardian and the final interpreter of constitution*" untuk menyatakan bahwa kaidah-kaidah undang-undang yang diatur dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 sebatas frasa "*penyelidikan*" adalah bertentangan dengan kaidah konstitusi tentang asas negara hukum, kepastian hukum yang adil dan pembangunan demokrasi ekonomi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi dapat menyatakan bahwa frasa "*penyelidikan*" dalam pasal-pasal tersebut adalah inkonstitusional;
21. Bahwa jika frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 dibiarkan tanpa perubahan maka kaidah undang-undang yang diatur dalam pasal-pasal itu inkonstitusional (*unconstitutional*), yakni bertentangan dengan kaidah-kaidah konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.
22. Bahwa untuk membuat kaidah undang-undang dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 menjadi *constitutional*, maka kaidah itu haruslah menghapus frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999. Penghapusan frasa "*penyelidikan*" akan membuat kaidah-kaidah Undang-Undang dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 itu adalah konstitusional (*constitutional*) terhadap kaidah konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.

**TENTANG PASAL 44 AYAT (4) dan AYAT (5) UU NOMOR 5 TAHUN 1999
TENTANG LARANGAN MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK
SEHAT**

23. Bahwa sejalan dengan dinyatakan frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah inkonstitusional dan secara hukum tidak mengikat, maka sudah sepantasnya jika Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 dinyatakan inkonstitusional dan tidak mengikat secara hukum. Sebab, hasil pemeriksaan KPPU hanya bersifat administratif, sehingga proses pidana terhadap sengketa persaingan usaha harus didahului dengan penyelidikan yang dilakukan oleh Kepolisian Negara Republik Indonesia;
24. Bahwa Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 menekankan proses pidana (*primum remedium*) dan oleh karenanya secara prinsipil bertentangan dengan Pasal 44 ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menekankan proses administratif dalam penyelesaian sengketa persaingan usaha. Dalam konteks sengketa persaingan usaha, seharusnya proses administratif lebih didahulukan karena dianggap lebih kondusif dalam menciptakan dan mengatur iklim usaha yang sehat. Bersandar pada asas *ultimum remedium*, maka penyelesaian sengketa persaingan usaha seharusnya diserahkan kepada bidang hukum administrasi melalui KPPU. Hukum pidana baru mengambil peran manakala bidang hukum lainnya tidak mampu menyelesaikan sengketa persaingan usaha tersebut;
25. Bahwa Ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 mengedepankan pendekatan hukum pidana. Bagi dunia usaha dan pelaku usaha, pendekatan hukum pidana tidak selalu membuahkan hasil yang terbaik. Sebaliknya, pendekatan hukum pidana sebagai *premium remedium* dapat menghambat akselerasi pembangunan demokrasi ekonomi karena kekakuan dan formalitasnya, setidaknya hal itu dapat dilihat dari lamanya waktu proses hukum pidana dari penyidikan sampai

putusan yang berkekuatan hukum tetap dibandingkan dengan proses administratif yang dilakukan oleh KPPU sampai Mahkamah Agung;

26. Bahwa dalam konteks *ultimum remedium*, maka penggunaan hukum pidana adalah jalan terakhir manakala bidang hukum lain tidak mampu menyelesaikan persoalan tertentu. *In casu*, penggunaan hukum pidana baru dilakukan jika ternyata proses administratif yang dilaksanakan KPPU berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak berjalan efektif yang ditandai dengan tidak dipatuhinya putusan administratif yang mempunyai kekuatan hukum tetap oleh pelaku usaha. Hal ini dilandasi pada pandangan bahwa sesungguhnya hukum pidana tidak mempunyai tujuan pada dirinya sendiri. Hukum pidana bukanlah tujuan itu sendiri, tetapi hanya instrumen yang bertujuan untuk menciptakan ketertiban sosial, termasuk dalam konteks ini adalah menciptakan kesejahteraan sosial dan mendorong terciptanya demokrasi ekonomi. Sebaliknya, jika proses pidana dilaksanakan tanpa menunggu putusan administratif yang mempunyai kekuatan hukum tetap, maka hal itu berarti menempatkan hukum pidana sebagai tujuan itu sendiri atau dengan kata lain, penjatuhan pidana adalah tujuan akhirnya. Dalam kerangka inilah, Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak menjadikan hukum pidana sebagai instrumen untuk menciptakan kesejahteraan sosial dan demokrasi dalam bidang ekonomi sebagaimana cita-cita UU nomor 5 Tahun 1999, tetapi sekedar instrumen untuk menghukum semata;

27. Bahwa oleh karena UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak mempunyai pengaturan yang memadai tentang tata laksana penyelidikan dan tidak memberikan kewenangan kepada anggota dan pegawai KPPU untuk menjadi penyidik atau Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) maka penggunaan pendekatan hukum pidana sebagai *ultimum remedium* seharusnya diserahkan kepada penyidik dan penyidik dari unsur Kepolisian Negara Republik Indonesia. Hal itu dimungkinkan karena UU Nomor 5 Tahun 1999 tetap mengatur tindak pidana administratif tentang persaingan usaha tidak sehat, sehingga proses hukum pidana terhadap tindak pidana administratif tetap dapat

berjalan. Namun demikian, pelaksanaan penegakan hukum pidana terhadap tindak pidana di bidang persaingan usaha mulai dari penyelidikan dan penyidikan tidak dapat dilaksanakan sendiri oleh KPPU karena UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak mengatur kewenangan menjadi penyidik dan PPNS. Oleh karenanya penyelidikan dan penyidikan dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 harus diserahkan kepada Kepolisian Negara Republik Indonesia;

28. Bahwa permohonan penghapusan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah konsekuensi yuridis dan logis dari permohonan penghapusan frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999. Oleh karenanya pertimbangan konstitusional, yuridis dan filosofis yang mendasari permohonan penghapusan frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 juga berlaku terhadap Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999, khususnya yang berkaitan dengan tidak adanya kepastian hukum dalam pasal-pasal tersebut sehingga dapat menghambat pembangunan demokrasi ekonomi yang diwujudkan dalam persaingan usaha yang sehat, *fair* dan transparan sebagaimana diamanatkan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 dan cita hukum UU Nomor 5 Tahun 1999;

29. Berdasarkan uraian di atas dan sesuai dengan isi permohonan ini, maka semestinya Mahkamah Konstitusi yang dikenal sebagai "*the guardian and the final interpreter of constitution*" untuk menyatakan bahwa kaidah-kaidah undang-undang yang diatur dalam Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 secara keseluruhan adalah bertentangan dengan kaidah konstitusi tentang asas negara hukum, kepastian hukum yang adil dan pembangunan demokrasi ekonomi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi dapat menyatakan bahwa Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 inkonstitusional dan membatalkannya;

30. Bahwa untuk memperkuat dalil-dalil yang Pemohon kemukakan di atas, dalam pemeriksaan perkara ini, Pemohon selain mengajukan bukti-bukti, juga akan menghadirkan ahli-ahli untuk memperkuat dalil-dalil Pemohon;

D. PERMOHONAN PEMERIKSAAN CEPAT

1. Bahwa pada saat perbaikan permohonan ini diajukan ke Mahkamah Konstitusi, Pengadilan Negeri Bandung telah memutus keberatan yang diajukan oleh Pemohon atas Putusan KPPU Nomor 12/KPPU-L/2015. Salah satu keberatan yang diajukan adalah terkait dengan putusan KPPU yang melampaui batas kewenangan karena, pertama, menafsirkan frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 sehingga mencakup pihak-pihak di luar pelaku usaha sehingga penafsiran tersebut dipandang bertentangan dengan Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang secara tegas menyatakan bahwa persekongkolan hanya terjadi antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya. Kedua, KPPU melampaui batas kewenangannya berdasarkan Pasal 47 UU Nomor 5 Tahun 1999 karena membatalkan tender yang seharusnya menjadi kompetensi Pengadilan Tata Usaha Negara;
2. Bahwa berdasarkan Pasal 45 ayat (3) dan ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999, Pemohon diberikan hak untuk mengajukan kasasi dalam waktu 14 hari sejak pemberitahuan putusan dan diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam waktu 30 hari sejak keberatan diterima;
3. Bahwa dengan permohonan pemeriksaan cepat ini, Pemohon berharap Majelis Hakim Konstitusi dapat memberikan putusan sesegera mungkin, khususnya terkait dengan tafsir konstitusional atas frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 agar putusan tersebut dapat dijadikan pedoman bagi Mahkamah Agung dalam mengambil keputusan atas keberatan yang diajukan Pemohon, khususnya mempertimbangkan makna "*pihak lain*" dalam pasal *a quo*;

4. Bahwa Pemohon memohon kepada Mahkamah agar dapat mengabulkan permohonan pemeriksaan cepat demi mencegah terjadinya kerugian konstitusional yang lebih besar yang secara potensial dapat dialami kembali oleh Pemohon;

E. PROVISI

1. Bahwa dengan mempertimbangkan Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 yang mengatur batas waktu putusan kasasi oleh Mahkamah Agung, dan mempertimbangkan Pasal 58 UU MK yang menyatakan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tidak berlaku surut, maka untuk mencegah terjadinya kerugian konstitusional Pemohon yang lebih besar dan secara bersamaan memperkuat perlindungan hak-hak konstitusional Pemohon, maka Pemohon memohon kepada Mahkamah Konstitusi untuk menerbitkan putusan sela untuk menunda penerapan Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 oleh Mahkamah Agung;
2. Bahwa menunjuk Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009 halaman 31-32 yang menyebutkan pendapatnya sebagai berikut:

“bahwa dalam praktik pemeriksaan perkara pengujian undang-undang seringkali untuk kasus-kasus tertentu dirasakan perlunya putusan sela dengan tujuan melindungi pihak yang hak konstitusionalnya amat sangat terancam sementara pemeriksaan atas pokok permohonan sedang berjalan.

Bahwa Mahkamah berpendapat putusan sela perlu untuk diterapkan apabila dengan putusan tersebut tidak akan menimbulkan kerancuan hukum di satu pihak, sementara di pihak lain justru akan memperkuat perlindungan hukum.

Menimbang bahwa relevansi dan signifikansi diterbitkannya putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD adalah untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia apabila suatu norma hukum diterapkan sementara pemeriksaan atas pokok permohonan masih berjalan padahal hak-hak konstitusional Pemohon yang dirugikan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir...”

Permohonan provisi sejalan dengan pertimbangan hukum di atas karena memenuhi dua hal. Pertama, putusan provisi tidak menimbulkan **kerancuan hukum** karena putusan tersebut secara khusus hanya berkaitan dengan Pemohon dan tidak menjangkau pihak-pihak lain yang sedang mengajukan kasasi dalam perkara persaingan usaha kepada Mahkamah Agung. Kedua, putusan tentang frasa "*pihak lain*" justru akan menguatkan perlindungan hukum bagi Pemohon karena mempunyai kejelasan yuridis tentang frasa "*pihak lain*" dalam pasal-pasal *a quo*;

3. Bahwa disebutkan pula pendapat Mahkamah dalam putusan *a quo* halaman 32 bahwa:

"Menimbang bahwa karena permohonan provisi tersebut terkait dengan pengujian undang-undang, meskipun permohonan beralasan, namun yang dapat dikabulkan oleh Mahkamah hanya menunda penerapan Pasal 32 ayat (1) huruf c juncto Pasal 32 ayat (3) UU KPK oleh Presiden, yakni tindakan administratif berupa pemberhentian pimpinan KPK yang menjadi Terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan"

Meskipun dalam kasus yang berbeda, namun terdapat kesamaan dalam hal penundaan penerapan ketentuan tentang tindakan administratif. Dalam kaitannya dengan Pemohon, Pemohon saat ini mengajukan kasasi yang merupakan upaya hukum administratif sebagaimana diatur dalam Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999. Oleh karenanya dengan merujuk putusan Mahkamah *a quo* maka Mahkamah dapat menunda penerapan Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999, yaitu:

- Penundaan penerapan Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 sampai dengan Mahkamah mengeluarkan putusan dalam perkara *a quo*;

Dengan demikian, cukup beralasan secara hukum bagi Mahkamah untuk mengabulkan permohonan provisi dimaksud.

4. Permohonan penundaan pelaksanaan Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak menghapus hak Pemohon untuk mengajukan kasasi atas Putusan Pengadilan Negeri Bandung;

5. Berdasarkan hal di atas, Pemohon memohon kepada Mahkamah agar dapat menerbitkan putusan sela sebagaimana tersebut di atas;

F. PETITUM

Bahwa dari seluruh dalil-dalil yang diuraikan di atas dan bukti-bukti terlampir, serta keterangan para ahli yang akan didengar dalam pemeriksaan perkara, dengan ini Pemohon memohon kepada Yang Mulia Majelis Hakim Konstitusi agar berkenan memberikan putusan sebagai berikut:

Dalam Provisi:

1. Menerima permohonan provisi dari Pemohon;
2. Menunda pelaksanaan Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 sampai dengan Mahkamah mengeluarkan putusan dalam perkara *a quo*;
3. Penundaan pelaksanaan Pasal 45 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak menghilangkan hak Pemohon untuk mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung;

Dalam Pokok Perkara:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2817) sebatas berkaitan dengan frasa "*pihak lain*" **bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**, sepanjang tidak ditafsirkan sebagai "**... pelaku usaha lain**";
3. Menyatakan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2817) sebatas berkaitan dengan frasa "*pihak lain*" **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat** dengan segala akibat hukumnya, sepanjang tidak ditafsirkan sebagai "**... pelaku usaha lain ...**";

4. Menyatakan Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2817) sebatas berkaitan dengan frasa "*penyelidikan*" **bertentangan dengan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;**
5. Menyatakan Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2817) sebatas berkaitan dengan frasa "*penyelidikan*" tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya;
6. Menyatakan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2817) secara keseluruhan bertentangan dengan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
7. Menyatakan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2817) secara keseluruhan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya;
8. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Atau apabila Majelis Hakim Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.2] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-30, sebagai berikut:

1. Bukti P-1a : Fotokopi Akta Pendirian perseroan Terbatas PT. Bandung Raya Indah Lestari, tanggal 1 September 2005;
2. Bukti P-1b : Fotokopi Keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor C-34646 HT.01.01 TH.2005 tentang Pengesahan Akta Pendirian Perseroan Terbatas Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia;
3. Bukti P-2a : Fotokopi Akta Pernyataan Keputusan Rapat PT. Bandung Raya Indah Lestari, tanggal 4 Februari 2008;
4. Bukti P-2b : Fotokopi Keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor AHU-29113.AH.01.02.Tahun 2008 tentang Persetujuan Akta Perubahan Anggaran Dasar Perseroan;
5. Bukti P-3 : Fotokopi Akta Pernyataan Keputusan Para Pemegang Saham Di Luar Rapat Umum Pemegang Saham PT. Bandung Raya Indah Lestari;
6. Bukti P-4 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
7. Bukti P-5 : Fotokopi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
8. Bukti P-6a : Fotokopi Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;
9. Bukti P-6b : Fotokopi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;
10. Bukti P-7 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
11. Bukti P-8 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan;

12. Bukti P-9 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas;
13. Bukti P-10 : Fotokopi Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Perkara Nomor 12/KPPU-L/2015;
14. Bukti P-11 : Fotokopi Peraturan Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender;
15. Bukti P-12a : Fotokopi Surat PT. Bandung Raya Indah Lestari Nomor 048/BRIL-PLTSa/YS/IX/2009 perihal Permohonan sebagai Pemrakarsa Pembangunan PLTSa, tanggal 15 September 2009;
16. Bukti P-12b : Fotokopi Laporan Akhir Studi Kelayakan Pembangkit Listrik Dengan Bahan Bakar Sampah di Kota Bandung Tahun 2007;
17. Bukti P-12c : Fotokopi Analisis Dampak Lingkungan Rencana Pembangunan Pembangkit Listrik Tenaga Sampah Kota Bandung Tahun 2008;
18. Bukti P-13 : Fotokopi Peraturan Daerah Kota Bandung Nomor 14 Tahun 2010 tentang Belanja Jasa Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah dengan Badan Usaha;
19. Bukti P-14 : Fotokopi Peraturan Daerah Kota Bandung Nomor 09 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Sampah;
20. Bukti P-15 : Fotokopi Keputusan Walikota Bandung Nomor 658.1/Kep.010-Bappeda/2012 tentang Penetapan Badan Usaha Pemrakarsa dan Pemberian Kompensasi Dalam Rangka Rencana Kerjasama Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha;

21. Bukti P-16 : Fotokopi Keputusan Walikota Bandung Nomor 660/Kep.061-BPLH/2013 tentang Daftar Calon Peserta Lelang Yang Lulus Prakualifikasi Pengadaan Badan Usaha Secara Pelelangan Umum Dalam Rangka Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah dengan Badan Usaha;
22. Bukti P-17 : Fotokopi Keputusan Walikota Bandung Nomor 658.1/Kep.763-BPLH/2013 tentang Penetapan Pemenang Lelang Pengadaan Badan Usaha Secara Pelelangan Umum Dalam Rangka Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha;
23. Bukti P-18 : Fotokopi Keputusan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kota Bandung Nomor 30 Tahun 2013 tentang Persetujuan Atas Rencana Perjanjian Kerja Sama Dalam Rangka Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerja Sama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha;
24. Bukti P-19 : Fotokopi artikel berjudul "KPPU Batalkan PT. BRIL, Tahapan Pembangunan PLTSa Tetap Berjalan", fokusjabar.com, Selasa, 23 Agustus 2016;
25. Bukti P-20 : Fotokopi artikel berjudul "Pemkot Bandung Tender Ulang Pembangunan Pembangkit Listrik Tenaga Sampah", <http://beritadaerah.co.id>, diunduh tanggal 24 Agustus 2016;
26. Bukti P-21 : Fotokopi Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara;
27. Bukti P-22 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;

28. Bukti P-23 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi;
29. Bukti P-24a : Fotokopi Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur;
30. Bukti P-24b : Fotokopi Peraturan Presiden Nomor 13 Tahun 2010 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur;
31. Bukti P-25 : Fotokopi Dokumen Lelang Pemerintah Kota Bandung berjudul Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha, bertanggal Maret 2013;
32. Bukti P-26 : Fotokopi Berita Acara Sidang Majelis Komisi Pemeriksaan Terlapor III Pada Pemeriksaan Lanjutan;
33. Bukti P-27 : Fotokopi Rancangan Undang-Undang Nomor ... Tahun 1998 tentang Larangan Praktek Monopoli;
34. Bukti P-28 : Fotokopi Risalah Rapat Pembahasan Rancangan Undang-Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tanggal 18 Nopember 1998;
35. Bukti P-29 : Fotokopi Risalah Rapat Pembahasan Rancangan Undang-Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tanggal 30 Nopember 1998;
36. Bukti P-30 : Fotokopi Risalah Rapat Pembahasan Rancangan Undang-Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tanggal 7 Desember 1998;

Selain itu, Pemohon pada persidangan tanggal 30 November 2016 mengajukan dua orang ahli yaitu **I Gde Pantja Astawa** dan **Chairul Huda** yang

telah memberikan keterangan lisan dan/atau tertulis di bawah sumpah dalam persidangan tersebut di atas, yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. I Gde Pantja Astawa

Setelah ahli membaca dan menelaah ataupun mengkaji substansi (pokok-pokok) permohonan Pemohon dalam perkara *a quo* serta respon berupa keterangan dari pihak Pemerintah, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Ketua Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dan tanggapan berupa catatan yang disampaikan oleh beberapa Anggota Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi maka ahli akan menyampaikan pandangan/pendapat dari perspektif Hukum Administrasi terhadap perkara *a quo*.

Bahwa dalam perkara *a quo*, yang dimohonkan untuk diuji adalah norma beberapa pasal yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yaitu norma yang terkandung dalam Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf l, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5). Semua norma yang terdapat dalam pasal-pasal tersebut bertalian dengan keberadaan KPPU beserta fungsi, tugas dan wewenangnya, yang secara atributif ditentukan dan diberikan oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Karena itu, agar dapat diperoleh kejelasan tentang norma yang terkandung dalam beberapa pasal Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang dimohonkan untuk diuji, apakah bertentangan ataukah tidak dengan UUD 1945), kiranya penting untuk disampaikan pemahaman yang menyeluruh tentang KPPU, dalam arti kata: institusi apakah sebetulnya KPPU itu?

Pertama, dari segi *legal standing*, KPPU adalah lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah serta pihak lain [vide Pasal 30 ayat (2) UU 5/1999]. Karena KPPU adalah lembaga independen maka keberadaannya dibentuk tersendiri dan dikeluarkan dari tugas dan tanggung jawab pemerintahan sehari-hari. Meskipun demikian, KPPU tetap bertanggungjawab secara langsung kepada Presiden [vide Pasal 30 ayat (3) UU 5/1999]. Artinya, keberadaan KPPU tetap berada dalam ranah pemerintahan/eksekutif, namun dalam

pelaksanaan tugas-wewenangnya dijamin independensinya dari pengaruh fungsi-fungsi pemerintahan sehari-hari. Dengan demikian, independensi dan netralitas KPPU dijamin oleh UU, baik secara struktural maupun secara fungsional. Dalam menjalankan tugas-wewenangnya, KPPU tidak dapat diintervensi ataupun dipengaruhi oleh cabang-cabang kekuasaan yang lain. Demikian pula KPPU tidak boleh diintervensi untuk kepentingan politik ataupun untuk kepentingan bisnis pihak-pihak yang terkait;

Kedua, dari segi **fungsi**, KPPU adalah lembaga yang menjalankan fungsi administratif, sekaligus fungsi yustisial.

Fungsi administratif KPPU itu tampak dari bunyi ketentuan Pasal 30 ayat (1) UU 5/1999 yang menyebutkan, "*Untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang selanjutnya disebut Komisi*". Nomenklatur "Pengawas" pada KPPU (yang mengawasi pelaksanaan Undang- Undang No. 5/1999) adalah nomenklatur Hukum Administrasi, karena berkenaan dengan "**Instrumen Penegakan hukum dalam Hukum Administrasi**". Dalam konteks ini, ten Berge dalam bukunya "*Bescherming Tegen Overheid*" menyebutkan bahwa "*instrument penegakan Hukum Administrasi Negara meliputi **pengawasan** dan penegakan **sanksi**. Pengawasan merupakan langkah preventif untuk memaksakan kepatuhan, sedangkan penerapan sanksi merupakan langkah represif untuk memaksakan kepatuhan*".

Sejalan dengan pendapat ten Berge tersebut di atas, maka baik pengawasan maupun sanksi yang merupakan instrumen penegakan hukum dalam Hukum Administrasi Negara, normanya dijumpai dalam UU 5/1999, khususnya ketentuan Pasal 35 dan Pasal 36.

Dalam ketentuan Pasal 35 UU 5/1999 disebutkan bahwa:

"Tugas Komisi meliputi:

- a. melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16;
- b. melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 24;
- c. melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28;
- d. mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36;
- e. memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- f. **menyusun pedoman** dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-undang ini;
- g. memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat“ (**Khusus untuk Tugas Komisi menyusun pedoman sebagaimana di atur dalam Pasal 35 huruf f di atas, lebih lanjut diuraikan pada bagian keempat: Fungsi Regulatory**),

sedangkan dalam ketentuan Pasal 36 disebutkan bahwa:

“Wewenang Komisi meliputi:

- 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;

- 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 dari 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 pendapat ten Berge dan ketentuan Pasal 35 dan Pasal 36 UU 5/1999 tersebut di atas, maka dapat dikatakan bahwa KPPU adalah institusi ataupun lembaga yang melakukan penegakan hukum dalam Hukum Administrasi Negara, dan oleh karenanya domain

kerja (dalam arti kata tugas-wewenangnya) berada dalam domein (hukum) administrasi.

Sehubungan dengan itu, menjadi sangat relevan mengetengahkan wewenang KPPU untuk "**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**" sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 36 huruf c yang telah disebutkan di atas. Pertanyaan yang timbul kemudian adalah, apakah penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU itu penyelidikan yang bersifat administratif ataukah pidana? Jawaban atas pertanyaan tersebut adalah:

1. Bahwa wewenang KPPU untuk melakukan penyelidikan harus diletakkan dalam kerangka penegakkan hukum dalam Hukum Administrasi Negara, khususnya pengawasan atas pelaksanaan UU 5/1999, apakah ada ataukah tidak pelanggaran terhadap UU *a quo* berdasarkan laporan dari masyarakat dan dari pelaku usaha, atau atas inisiatif KPPU sendiri;
2. Bahwa untuk mengetahui ada atau tidak adanya pelanggaran terhadap UU *a quo*, maka KPPU melakukan penyelidikan untuk mencari, menemukan, dan mengumpulkan data, informasi, dan fakta (*to search, collect, and fact finding*);
3. Bahwa hasil penyelidikan tersebut kemudian disimpulkan oleh KPPU. Bila kesimpulannya ada pelanggaran maka KPPU kemudian menyidangkannya untuk diambil putusan berupa penjatuhan sanksi administratif bila terbukti adanya pelanggaran terhadap UU *a quo*. Dari rangkaian proses penegakan hukum (dalam Hukum Administrasi Negara) yang diawali dengan pengawasan sampai dengan penjatuhan sanksi berupa tindakan administratif, maka penyelidikan yang dilakukan KPPU yang berada dalam proses penegakan hukum *a quo* adalah **penyelidikan yang (sepenuhnya) bersifat**

administratif, bukan penyelidikan dalam artian *Pro Justitia* sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 1 angka UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP yang menyebutkan: “Penyelidikan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang **diduga sebagai tindak pidana** guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini“. Hal yang demikian itu *mutatis mutandis* berlaku terhadap frasa **penyelidikan** yang terdapat dalam ketentuan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999.

Ketiga, masih dalam kaitannya dengan penegakan hukum dalam Hukum Administrasi, yaitu penerapan sanksi. Secara atributif wewenang untuk menerapkan sanksi diberikan kepada KPPU.

Kewenangan KPPU dalam menjatuhkan ataupun menerapkan sanksi tersebut adalah bertalian dengan fungsi yustisial sebagai bagian dari penegakan hukum dalam Hukum Administrasi Negara, Dalam hal ini KPPU adalah lembaga **Quasi Pengadilan** atau **Semi Pengadilan (quasi judicial)**, yaitu mempunyai wewenang mengadili walaupun bukan sebagai institusi pengadilan.

Fenomena menjamurnya lembaga quasi judisial dalam khasanah sistem kekuasaan kehakiman Indonesia-seperti halnya Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), Komisi Informasi Pusat (KIP), Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu), Ombudsman, dll- merupakan hal yang baru, sehingga bangunan teoritis tentang hal tersebut sangat minim. Dengan mengutip pertimbangan-pertimbangan putusan Pengadilan Texas dalam kasus *Perdue, Brackett, Flores, Utt & Burn versus Linebarger, Goggan, Blair* sebagaimana disitir oleh Jimly Assidique dalam tulisannya, mengambil beberapa kriteria sebuah lembaga yang dikategorikan sebagai quasi judisial, yaitu:

1. kekuasaan untuk memberikan penilaian;
2. kekuasaan untuk mendengar dan menentukan atau memastikan fakta-fakta untuk membuat putusan;

3. kekuasaan untuk membuat amar putusan dengan pertimbangan-pertimbangan yang dibuatnya;
4. kekuasaan untuk menguji saksi-saksi, untuk memaksa saksi untuk hadir, dan untuk mendengar para pihak dalam persidangan;
5. kekuasaan untuk menegakkan keputusan atau menjatuhkan sanksi hukuman.

UU 5/1999 memang tidak secara eksplisit menyebut KPPU sebagai pengadilan, namun dengan merujuk kriteria-kriteria tersebut di atas, KPPU adalah quasi judicial-semi pengadilan. Beberapa ketentuan yang menegaskan kedudukan KPPU sebagai semi pengadilan adalah ketentuan Pasal 35 huruf a, huruf b, huruf c, dan huruf d, serta Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf e, huruf f, dan huruf h UU 5/1999.

Sebagai lembaga semi pengadilan, sanksi yang berupa tindakan administrasi dan sanksi hukum (pidana kurungan) yang dapat dijatuhkan oleh KPPU kepada pihak yang melanggar norma UU 5/1999 adalah sebagaimana diatur dalam Pasal 47, Pasal 48, dan Pasal 49. Terhadap sanksi yang diatur dalam UU 5/1999 sekurang-kurangnya menunjuk 2 (dua) hal, yaitu:

1. UU 5/1999 merupakan *Administrative Penal Law*. Artinya Hukum Pidana merupakan instrumentalia untuk meng-efektifkan sanksi hukum lainnya, seperti sanksi administrasi atau perdata. Dengan demikian, sanksi pidana adalah *Ultimum Remedium*, setelah sanksi administrasi atau perdata dijatuhkan sebagai *Primum Remedium*;
2. UU 5/1999 menerapkan sanksi secara kumulatif atau bersama-sama antara Hukum Administrasi dengan Hukum Pidana ke dalam bentuk komulasi internal dan komulasi eksternal. Komulasi internal merupakan penerapan dua atau lebih sanksi administrasi secara bersama-sama, misalnya pengenaan denda dan atau pencabutan izin, sedangkan komulasi eksternal merupakan penerapan sanksi administrasi bersama-sama dengan sanksi pidana.

Menunjuk konstataasi yang demikian itu, tampak bahwa sanksi merupakan bagian penting dalam setiap peraturan perundang-undangan. Bahkan ten Berge menyebutkan bahwa sanksi merupakan inti dari penegakkkan hukum dalam Hukum Administrasi Negara. Terlebih di tengah masyarakat perdagangan dan perindustrian yang berkembang dewasa ini, keberadaan sanksi administrasi semakin penting artinya.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidarta, di dalam kehidupan masyarakat masa kini di mana segala bentuk usaha besar dan kecil bertambah memainkan peranan penting di dalam kehidupan masyarakat, maka sanksi administrasi memainkan peranan yang penting. Sanksi administrasi yang dapat berbentuk penolakan pemberian izin setelah dikeluarkannya izin sementara (preventif) atau mencabut izin yang telah diberikan (represif), jauh lebih efektif untuk memaksa orang mentaati ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur usaha dan industri, seperti halnya UU 5/1999. Itulah sebabnya mengapa dalam UU 5/1999 sanksi administratif lebih diutamakan sebagai *Primum Remedium* dibandingkan dengan sanksi pidana sebagai *Ultimum Remedium*.

Keempat, Fungsi *Regulatory*

Pasal 35 huruf f menentukan bahwa salah satu tugas KPPU adalah “Menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan undang-undang ini”. Terhadap ketentuan *a quo*, timbul pertanyaan: apakah tugas penyusunan pedoman itu dapat ditafsirkan memberikan kewenangan regulatori kepada KPPU untuk mengatur hal-hal yang diperlukan dalam rangka melaksanakan ketentuan UU 5/1999 itu atau tidak.

Dalam Hukum Tata Negara berdasarkan prinsip kedaulatan rakyat atau demokrasi, kewenangan regulasi yang bersifat mengikat untuk umum terkait erat dengan fungsi legislasi yang hanya dapat dilakukan oleh kekuasaan negara apabila telah mendapat persetujuan rakyat yang

berdaulat, yaitu melalui para wakilnya di lembaga perwakilan rakyat. Tidak satu orang rakyatpun yang dapat dikurangi haknya dan dibebani dengan kewajiban tanpa disetujui sendiri oleh rakyat yang berdaulat itu menurut prosedur demokrasi berdasarkan konstitusi yang berlaku (*the principle of constitutional democracy*).

Jika suatu lembaga atau pejabat publik tertentu (*staat organ, public office, public official*) hendak mengatur, mengurangi hak, dan/atau membebaskan sesuatu kewajiban tertentu kepada subjek hukum warga negara dalam lalu lintas hukum, maka satu-satunya bentuk hukum yang diperbolehkan untuk mengatur hal itu adalah dalam bentuk Undang-Undang yang dibentuk menurut UUD 1945, yaitu oleh DPR atas persetujuan bersama dengan Presiden. Bentuk peraturan lain yang bersifat mengikat hanya diperkenankan apabila peraturan itu secara eksplisit mendapatkan delegasi kewenangan mengatur dari Undang-Undang (*legislative delegation of rule-making power*) atau paling rendah mendapat sub-delegasi kewenangan pengaturan satu tingkat ke bawah. Misalnya, UU memberikan delegasi kewenangan kepada PP, dan PP memberikan sub-delegasi kewenangan lagi kepada Peraturan Menteri.

Pengecualian atas berlakunya prinsip "*legislative delegation of rule-making power*" itu hanya dimungkinkan atas pertimbangan bahwa dalam menjalankan tugas konstitusionalnya seorang kepala pemerintahan memerlukan keleluasaan bertindak berdasarkan prinsip '*frijes ermessen*'. Untuk itu, kepada Presiden diberi kewenangan karena kedudukannya sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan negara berdasarkan Pasal 4 ayat (1) UUD 1945, untuk menetapkan satu jenis peraturan yang bersifat administratif dan menyangkut urusan internal pemerintahan, yang oleh UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, diberi nama Peraturan Presiden (Perpres). Peraturan Presiden ini dapat ditetapkan secara mandiri (otonom) oleh Presiden menurut kebutuhan hukum yang timbul dalam rangka kelancaran pelaksanaan tugas-tugas internal

pemerintahan dengan tanpa didahului oleh atau didasarkan atas perintah pengaturan oleh UU.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa selain Presiden, tidak ada lembaga lain atau pejabat lain yang diperbolehkan membuat peraturan yang bersifat mengikat untuk umum kecuali jika kewenangan demikian secara tegas didelegasikan oleh UU atau disubdelegasikan oleh suatu peraturan pelaksana Undang-Undang, seperti PP atau peraturan lain yang ditentukan oleh Undang-Undang. Oleh sebab itu, jika kepada KPPU tidak secara eksplisit dan tegas diberi kewenangan mengatur lebih operasional oleh UU Nomor 5 Tahun 1999, maka KPPU tidak dapat disebut mempunyai kewenangan regulasi.

Jika dipelajari, UU Nomor 5 Tahun 1999 sama sekali tidak memberi kewenangan untuk mengatur kepada KPPU. Karena itu, KPPU tidak dapat disebut sebagai "**self-regulatory body**". KPPU memang bersifat independen, tetapi bukan dalam bidang regulasi. Jika dikaitkan dengan '*trias politica*', campuran fungsi KPPU hanya menyangkut fungsi eksekutif/administratif dan yudikatif. Artinya, yang dimaksudkan dengan pedoman dalam Pasal 35 huruf f tidak dapat dikategorikan sebagai bentuk peraturan (*regels*). Lembaga-lembaga lain seperti Mahkamah Agung (MA), Mahkamah Konstitusi (MK), Bank Indonesia (BI), dan Komisi Pemilihan Umum (KPU), misalnya-secara eksplisit memang dinyatakan dalam Undang-Undang diberi kewenangan untuk mengatur. Karena itu, MA berwenang menetapkan Peraturan Mahkamah Agung (Perma), MK menetapkan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK), BI menetapkan Peraturan Bank Indonesia (PBI), dan demikian pula KPU menetapkan Peraturan KPU.

Semua bentuk peraturan MA, MK, BI, dan KPU itu termasuk ke dalam pengertian peraturan perundang-undangan sebagai "*sub-ordinate legislation*" berdasarkan ketentuan undang-undang yang mengatur kewenangan lembaga-lembaga itu masing-masing. Tidak demikian

halnya dengan UU yang mengatur tentang KPPU sama sekali tidak memberikan kewenangan regulasi semacam itu.

Pasal 35 huruf f UU Nomor 5 Tahun 1999 hanya memungkinkan bagi KPPU untuk menyusun pedoman kerja atau “manual” yang meskipun isinya dapat saja bersifat mengatur tetapi tidak dapat disebut sebagai peraturan dalam pengertian hukum. Dalam teori perundang-undangan, pedoman semacam itu hanya disebut sebagai “*beleids-regel*” atau “*policy rules*”. Pasal 35 huruf f itu hanya menyatakan bahwa KPPU mempunyai tugas yang salah satunya adalah “*menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan undang-undang ini*”.

Memang benar, dalam Bab VII UU Nomor 5 Tahun 1999 itu tentang Tata Cara Penanganan Perkara, pada Pasal 38 ayat (4) ditentukan bahwa “*Tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut oleh Komis*”. Bahkan pada Pasal 40 ayat (2) ditentukan pula bahwa “*Pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilaksanakan sesuai dengan tata cara sebagaimana diatur dalam Pasal 39*”. Ketentuan-ketentuan tersebut selama ini ditafsirkan oleh KPPU sebagai pemberian kewenangan kepada KPPU untuk mengatur, sehingga oleh karena itu, selama ini KPPU telah menerbitkan pelbagai peraturan KPPU yang dimaksudkan untuk melaksanakan perintah Pasal 38 ayat (4) tersebut di atas, seperti Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara dan Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender.

Namun demikian, dalam rangka melaksanakan prinsip ‘*checks and balances*’ dan mencegah kesewenang-wenangan dan penyalahgunaan kekuasaan maka itulah sebabnya UU 5/1999 kewenangan regulasi tidak diberikan kepada KPPU. Fungsi regulator diberikan kepada Pemerintah, sedangkan KPPU hanya sebagai operator kegiatan pengawasan sampai ke fungsi peradilan. Lagi pula,

rumusan ketentuan-ketentuan tersebut di atas, seharusnya tidak ditafsirkan sebagai pemberian kewenangan menetapkan peraturan, kecuali hanya dimaksudkan untuk pengaturan-pengaturan yang bersifat teknis administratif yang cukup diatur dalam bentuk pedoman sebagai "*beleids-regel*". Karena itulah kewenangan mengatur sama sekali tidak tercantum dalam ketentuan Pasal 35 mengenai tugas dan ketentuannya Pasal 36 mengenai wewenang KPPU. Pasal 35 huruf f hanya menyebutkan tugas KPPU untuk menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan undang-undang ini. Demikian pula dalam Pasal 36 tidak terdapat adanya ketentuan yang memberi wewenang kepada KPPU untuk menetapkan sesuatu peraturan.

Oleh karena itu, ketentuan Pasal 38 ayat (4) sebagaimana dimaksud di atas sudah seharusnya dipahami dalam konteks Pasal 35 huruf f. Tata cara penyampaian laporan sebagai bagian dari rangkaian kegiatan dan pelaksanaan tugas KPPU menurut Pasal 38 ayat (4) dapat ditentukan sendiri aturannya oleh KPPU dalam bentuk pedoman sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35 huruf f. Dengan demikian pedoman dimaksud hanya berupa aturan kebijakan atau '*beleids-regels*' (*policy rules*), bukan dalam bentuk peraturan resmi atau '*regulation*'. Sebagai pedoman, tentu aturan kebijakan yang menjadi isinya tidak dapat dipersoalkan atau dijadikan objek perkara di pengadilan. Namun, apabila bentuk hukumnya disebut resmi sebagai peraturan maka tentu hal itu dapat dijadikan objek peradilan, yaitu misalnya Peraturan KPPU itu dapat dimohonkan pengujiannya kepada Mahkamah Agung sesuai dengan yang dimaksudkan dalam Pasal 24A ayat (1) UUD 1945. Aturan kebijakan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (*beleids-regel*) yang disusun dalam bentuk pedoman itu tentu saja **tidak boleh berisi norma-norma hukum baru**. Isinya hanya berupa pedoman kerja, yang bersifat mengatur hal-hal teknis administratif. Membentuk norma hukum baru saja tidak boleh, apalagi menafsirkan bunyi pasal UU dengan menambah, mengubah, ataupun memodifikasinya sehingga

memunculkan norma hukum baru yang substansinya justru bertentangan dengan norma UU yang ditafsirkannya, seperti yang dilakukan oleh KPPU melalui Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 yang tanpa wewenang (*onbevoegheid*) menafsirkan bunyi ketentuan Pasal 22 UU 5/1999. Selain tanpa wewenang melakukan penafsiran terhadap Pasal 22 UU 5/1999, Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 yang nota bene sebagai "*beleids regel*", juga telah melampaui batas-batas kebebasan bertindak, dalam arti kata tidak lagi dalam kerangka "*freies ermessen*". Bahkan Peraturan *a quo* telah merusak tatanan hukum yang berlaku dan keluar dari asas-asas sebagai kendali bagi peraturan kebijakan, seperti asas negara berdasar atas hukum, asas perlindungan terhadap masyarakat, dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemen beginselen van behoorlijk bestuur; general principle of good administration*). Semuanya itu telah berujung pada tindakan sewenang-wenang.

Karena itu, guna memperoleh kejelasan makna atas norma yang terkandung dalam ketentuan Pasal 22 (Pasal 23 dan Pasal 24) UU 5/1999 sebagaimana yang menjadi bagian petitum yang diajukan oleh Pemohon, maka pilihan yang paling bijak adalah menyerahkan sepenuhnya kepada MK sebagai "*the guardian and the final interpreter of constitution*", dengan catatan:

a. Bahwa meskipun suatu peraturan perundang-undangan sudah mencerminkan dasar-dasar yuridis, sosiologis, dan filosofis, namun hal itu tidak menjamin bahwa peraturan perundangan tidak ada lagi kekurangannya. Kenyataan memperlihatkan bahwa relatif banyak dijumpai peraturan perundang-undangan yang kurang baik.. Hal itu terjadi karena rumusan normanya tidak jelas sehingga tidak jelas arti, maksud, dan tujuannya (*ambiguous*), atau rumusan normanya dapat ditafsirkan dalam berbagai arti (*interpretative*), atau terjadi ***inkonsistensi*** dalam penggunaan istilah, atau sistematika yang tidak

baik, bahasa yang berbelit-belit sehingga sukar dimengerti, dan lain sebagainya;

- b. Bahwa UU 5/1999 memperlihatkan *inkonsistensi* pemaknaan istilah “**Persekongkolan**” sebagaimana terdapat pada rumusan norma yang terkandung dalam ketentuan Pasal 1 angka 8 dengan rumusan norma ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24, padahal ketiga pasal terakhir ini berada di bawah Bagian Keempat yang berjudul PERSEKONGKOLAN.

Pasal 1 angka 8: “**Persekongkolan** atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol “

Rumusan makna dari istilah Persekongkolan tersebut di atas memperlihatkan dengan jelas bahwa **pihak yang bersekongkol** adalah Pelaku Usaha dengan Pelaku Usaha Lain. Tidak demikian halnya dengan rumusan norma yang terdapat dalam ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 berikut ini:

Bagian Keempat

PERSEKONGKOLAN

Pasal 22: “Pelaku usaha dilarang **bersekongkol** dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat” ;

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” ;

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”;

2. Chairul Huda

Ahli membatasi diri hanya berpendapat terutama berkaitan dengan pengaturan kewenangan “penyelidikan” Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), yang menjadi isu utama pengujian (*judicial review*) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ini.

Berbicara tentang “penyelidikan” dalam *criminal justice system*, tidak dapat dilepaskan dari konstruksi pengaturan KUHAP mengenai hal tersebut. Mengingat umumnya Hukum Acara Pidana di negara-negara lain tidak memisahkan atau membedakan penyelidikan dan penyidikan. Demikian pula halnya dengan HIR sebagai acuan beracara pidana sebelum KUHAP, hanya mengenal istilah penyidikan (*opsporing*) dan tidak mengenal istilah dan tahap penyelidikan. Oleh karena itu, sekalipun diakui bahwa cukup banyak Undang-Undang yang “mengatur hukum acara sendiri”, yang sedikit banyak menyimpang dari KUHAP terkait penegakan hukum tindak pidana-tindak pidana tertentu, tetapi bagian besar dari *criminal justice system* yang didalamnya terdapat proses penyelidikan, harus mengacu pada KUHAP. Apalagi ketika suatu Undang-Undang menggunakan istilah “penyelidikan”, tetapi tidak mendefinisikan, menentukan tentang ruang lingkup kewenangan dan tata cara pelaksanaan wewenang penyelidikan, semisal UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, maka tentunya *lex generalis*-nya ada di dalam KUHAP yang seharusnya dijadikan acuan.

Motivasi utama pembedaan antara penyelidikan dan penyidikan adalah upaya untuk lebih memberikan perlindungan hak asasi manusia. Hal ini dikarenakan dengannya diharapkan dapat dihindari penggunaan upaya paksa yang bersifat eksekutif. Dengan pembedaan penyelidikan dan penyidikan, penggunaan upaya paksa oleh penyelidik hanya dapat dilakukan atas perintah penyidik [Pasal 5 ayat (1) huruf b KUHAP] atau dalam keadaan yang sangat mendesak [Pasal 102 ayat (2) KUHAP]. **Dalam keadaan normal, penyelidikan sama sekali belum dimungkinkan upaya paksa.** Selain itu, secara historis

penggunaan istilah penyelidikan dalam Hukum Indonesia pertama kali diintrodusir dalam UU Nomor 11/PNPS/1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi. Mengingat ancaman pidana yang sangat berat yang diancamkan terhadap tindak pidana subversi, pada dasarnya dari sejak semula UU Subversi menghendaki agar penggunaan upaya paksa dalam pemberantasan subversi dilakukan secara berhati-hati, terukur dan dalam keadaan yang benar-benar perlu. Semangat inilah yang diteruskan oleh KUHAP. Oleh karena itu, **masalah pengaturan penyelidikan dalam undang-undang, bukan semata-mata sebagai persoalan yang berkaitan dengan koherensi dalam *criminal justice system*, tetapi juga menjadi bagian dari mandat yang dimiliki Mahkamah Konstitusi untuk melindungi hak asasi manusia, melalui *judicative control* terhadap undang-undang dan pelaksanaannya.**

Upaya paksa yang merupakan pembatasan, pengurangan atau perampasan hak asasi manusia, pada hakekatnya merupakan kewenangan penyidik. Penyalahgunaan kewenangan ini dapat dipraperadilan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 10 *juncto* Pasal 77 *juncto* Pasal 95 ayat (2) KUHAP. Upaya paksa oleh penyidik, hanya dapat dilakukan atas perintah penyidik, supaya juga bisa diuji keabsahannya, atau setidaknya dalam keadaan yang sangat mendesak dan perlu. Oleh karena itu, upaya paksa baik yang dilakukan oleh penyidik ataupun penyidik, pada hakekatnya hanya dapat dilakukan apabila dimungkinkan oleh Undang-Undang sebagai pengaturan secara tertulis (*lex scripta*), secara tegas (*lex stricta*) dan secara jelas (*lex certa*). Hal ini merupakan ejawantah asas legalitas dalam Hukum Acara Pidana yang terkandung dalam Pasal 3 KUHAP. Dengan asas ini maka **Hukum Acara Pidana hanya dapat diadakan dengan Undang-Undang** (*strafordering heft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien*). Tekanan pengaturan Hukum Acara Pidana ada pada proses (pengurangan hak individu) dan prosedur (perlindungan hak individu), yang kesemuanya dijalankan oleh aparat peradilan pidana menyebabkan persyaratan pengaturannya jauh lebih “ketat”, sehingga harus dengan Undang-Undang dan tidak dimungkinkan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang.

Konsep di atas, justru tampaknya kurang mendapat perhatian dalam ketentuan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pasal 36 huruf c dan huruf d Undang-Undang tersebut memberikan kewenangan penyelidikan kepada KPPU, tetapi tidak memberikan kepada komisi tersebut rincian wewenang dimaksud. Undang-Undang tersebut tidak menentukan upaya paksa yang dapat dilakukannya oleh penyelidik atas perintah penyidik atau upaya paksa yang dapat dilakukan penyelidik sendiri dalam keadaan mendesak dan perlu, dalam pelaksanaan kewenangannya tersebut. Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang menentukan bahwa pelaku usaha dan atau pihak lain yang diperiksa “wajib menyerahkan alat bukti yang diperlukan” dan “dilarang menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan”, dapat dipandang sebagai upaya paksa. Dalam hal ini sekalipun ketentuan tersebut merupakan pengaturan kewenangan penyelidikan KPPU yang bersifat “memaksa”, tetapi tidak dipersyaratkan bahwa hal itu dapat dilakukan atas perintah penyidik. Dalam hal ini ketentuan yang pada hakekatnya berisi upaya paksa tersebut dapat dilakukan dalam tahap penyelidikan, sehingga tidak dapat diuji keabsahannya dalam sidang praperadilan. Berbeda sekali dengan upaya paksa yang dilakukan dalam penyelidikan oleh penyelidik atas perintah penyidik (seperti yang didalam Pasal 5 ayat (1) huruf b KUHAP dimana penyelidik atas perintah penyidik melakukan penangkapan, melarang orang meninggalkan tempat, pemeriksaan dan penyitaan surat, ataupun membawa dan menghadapkan seseorang kepada penyidik), semuanya masih mungkin dipraperadilan. Bahkan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat justru dapat dipandang sebagai kewenangan-kewenangan yang hanya dapat dilakukan penyidik untuk kepentingan *pro justitia* dalam tahap penyidikan.

Kealpaan pembentuk undang-undang UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang mengatur upaya paksa oleh penyelidik tanpa persyaratan bahwa hal itu hanya dapat

dilakukan atas perintah penyidik, merupakan pengaturan tersebut bersifat *over reacting*, dimana upaya-upaya paksa dapat dilakukan secara eksekutif, dan tentunya *non accountability*. Hal ini menyebabkan perlindungan hak asasi manusia telah sangat diabaikan oleh pembentuk undang-undang tersebut. Dengan demikian, tidak hanya seperti yang dinyatakan Pemohon, bahwa pengaturan penyelidikan dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat seharusnya dinyatakan inkonstitusional bertentangan dengan asas *lex sine scriptis*, tetapi justru sama sekali tidak mencerminkan suatu pengaturan yang dimaksudkan untuk mewujudkan negara hukum. Tidak mengherankan jika KPPU dalam upaya membuat kewenangan penyelidikan tersebut efektif, membuat pengaturan sendiri di bawah level Undang-Undang. **Bayangkan hak asasi manusia seseorang dibatasi, dikurangi, atau bahkan dirampas oleh KPPU dengan melakukan upaya paksa ketika melakukan penyelidikan, tanpa dapat diuji keabsahannya, karena semata-mata merupakan kewenangan penyidik (tanpa atas perintah penyidik), dan rinciannya didasarkan pada ketentuan dibawah undang-undang. Tentunya pemberian kewenangan penyelidikan kepada KPPU dan pelaksanaannya yang demikian itu, dengan kasat mata telah dilakukan pembentuk undang-undang dengan tidak memperhatikan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.**

Sementara itu, pengaturan KUHAP mengenai kewenangan “penyelidikan” berada di bab tentang “penyidikan” (Bab XIV KUHAP). Sedangkan Pasal 1 angka 5 KUHAP menentukan bahwa “penyelidikan” adalah “serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam undang-undang”. Penyelidikan (*inquiry*) oleh karenanya merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari kewenangan penyidikan (*investigation*). Mengingat bagian terpenting dari penyelidikan, bukan semata-mata “mencari dan menemukan suatu peristiwa” yang bagi pelapor/pengadu/penyelidik sendiri “diduga sebagai tindak pidana”, tetapi lebih jauh lagi “menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan” atas adanya peristiwa itu. Apakah peristiwa dimaksud merupakan suatu tindak pidana atau

bukan, ataupun apakah ada buktinya atau tidak sebagai tindak pidana, serta siapakah yang dapat ditetapkan sebagai tersangka atas hal itu, semuanya ditentukan dalam tahap penyidikan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 KUHAP.

Dalam konstruksi KUHAP di atas, **penyelidikan merupakan bagian (*apart of*) dari penyidikan**, sehingga boleh jadi jika suatu Undang-Undang telah mengatur tentang penyidikan maka pada hakekatnya telah pula mengatur tentang penyelidikan, karena penyelidikan adakan bagian dari penyidikan. Namun demikian, **tidak pada tempatnya jika dalam Hukum Acara Pidana yang ditentukan dalam Undang-Undang di luar KUHAP, pembentuk undang-undang hanya mengatur tentang penyelidikan, tetapi tidak mengatur bagian utamanya, yaitu ketentuan tentang penyidikan**. Sementara itu, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat mengatur kewenangan penyelidikan oleh KPPU, tetapi tidak memberikan kepada komisi tersebut kewenangan penyidikan. Penyidikannya menurut Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, “dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku”, yaitu penyidikan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 *juncto* Pasal 106 s.d. Pasal 136 KUHAP. Penyidikan tindak pidana dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dilakukan oleh penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf a KUHAP (Penyidik Polri), karena UU tersebut sama sekali tidak membentuk Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS), sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf b KUHAP dan karenanya tidak mengatur kewenangannya sebagaimana diisyaratkan dalam Pasal 7 ayat (2) KUHAP.

Konstruksi pengaturan penyelidikan tanpa pengaturan penyidikan yang dilakukan dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat **merupakan pengaturan yang tidak lengkap (*incomplete*)**, yang tidak sejalan dengan asas kepastian hukum (*legal certainty*), proses hukum yang adil dan penerapan prosedur yang tidak memihak

(*due process and fair procedure*), serta perlakuan yang sama dihadapan hukum (*equality before the law*), sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Apalagi dalam pasal-pasal tersebut kewenangan “penyelidikan” KPPU selalu dialternatif-kumulatiskan (dan atau) dengan “pemeriksaan” administrasi yang juga merupakan wewenang lembaga tersebut. Pembentuk undang-undang tidak melakukan diferensiasi dengan memadai antara kewenangan dalam *domain* Hukum (Acara) Pidana dan kewenangan dalam *domain* Hukum Administrasi. Akibatnya penyalahgunaan dengan “mempertukarkan” atau “mencampuradukkan” kedua kewenangan yang masing-masing memiliki konsekuensi yang berbeda tersebut sangat mungkin dilakukan oleh KPPU. Bukan tidak mungkin, pengaturan dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tersebut menjadi “*lapak*” memperdagangkan pengaruh (*trading in influence*) bagi oknum-oknum yang tidak bertanggung jawab. Untuk itu, menjadi tugas Mahkamah Konstitusi menghentikan “praktek tidak sehat atau curang” yang mungkin dilakukan KPPU dengan “mempertukarkan” atau “mencampuradukkan” kewenangan penyelidikan dan pemeriksaan tersebut.

Dalam KUHAP, pengaturan mengenai pejabat “penyelidik” (Pasal 4 dan Pasal 5 KUHAP) dan pengaturan tentang pejabat “penyidik” (Pasal 6 s.d. 12 KUHAP berada pada Bagian Kesatu tentang Penyelidik dan Penyidik, dalam bab IV KUHAP tentang “Penyidik dan Penuntut Umum”). Hal ini menunjukkan bahwa penyelidik sepenuhnya subordinat dari penyidik. Hubungan penyidik dan penyelidik adalah hubungan atasan-bawahan, sehingga mereka berada dalam susunan hirarkis, dimana pelaksanaan tugas dan kewenangan penyelidikan sepenuhnya dipertanggungjawabkan penyelidik kepada penyidik. Dalam rangka menjamin keterpaduan dalam pelaksanaan kewenangan penyelidik dan penyidik, **kewenangan penyelidikan dan penyidikan seharusnya diberikan pada instansi yang sama.** Ketentuan KUHAP tentang pejabat “penyelidik” dan pejabat “penyidik” di atas adalah pengaturan bagi Polri sebagai *general investigator*.

Berbeda halnya dengan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, justru penyelidik dan penyidik merupakan pejabat dari instansi yang berbeda. Penyelidik tindak

pidana dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah KPPU, sedangkan penyidikanya adalah Penyidik Polri. Sementara Undang-Undang tersebut tidak menentukan atau tidak mendelegasikan kepada peraturan perundangan yang lebih rendah tentang syarat pendidikan/pelatihan, kepangkatan, maupun kompetensi penyelidik KPPU. Oleh karena itu, hubungan hirarkhis yang seyogianya terbangun, sama sekali tidak diintrodusir dalam Undang-Undang tersebut.

UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat justru “merusak” hubungan tata kerja antara penyidik dan penyelidik. Pasal 44 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat justru mengandung isyarat direktif dari penyelidik kepada penyidik. Dalam hal ini KPPU yang berwenang memutuskan ada atau tidaknya pelanggaran larangan praktek monopoli dan persaingan tidak sehat, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (3) menyerahkan “(ke)putusan” administrasi yang telah diambilnya kepada penyidik **“untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku”**, dalam hal pelaku usaha tidak melaksanakannya dalam tenggang waktu (tiga puluh) hari sejak keputusan tersebut diberitahukan. Mengingat KPPU juga mempunyai kewenangan sebagai penyelidik, maka penyerahan putusan KPPU untuk dilakukan penyidikan oleh Penyidik Polri dapat dipandang sebagai “perintah” dan bersifat “imperatif”. Dalam hal ini Penyidik Polri bukan “dapat” melakukan penyidikan, tetapi karena penyerahan keputusan tersebut “untuk dilakukan penyidikan” menyebabkan seolah-olah “harus” dilakukan dan secara hirarkhi Penyidik Polri karenanya justru seperti “dibawah” penyelidik/KPPU.

Ketentuan direktif juga terlihat dari Pasal 44 ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang menentukan: “Putusan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (4) merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan”. Dengan undang-undang ini, Keputusan KPPU mau tidak mau harus dipandang oleh Penyidik Polri sebagai “bukti permulaan yang cukup”. Dalam

KUHAP istilah “bukti permulaan” digunakan untuk penetapan tersangka, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 14 KUHAP, dan istilah “bukti permulaan yang cukup” digunakan untuk melakukan penangkapan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 KUHAP. Kedua hal tersebut merupakan *domain* kewenangan penyidik, dan bukan penyelidik, sehingga adanya ketentuan tersebut telah menyebabkan penyidik kehilangan “independensinya”. Padahal pelaksanaan kewenangan penyidik dan penyidik, merupakan bagian dari *criminal justice system*, yang merupakan ejawantah pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang merdeka, sebagaimana diamanatkan Pasal 24 ayat (1) *juncto* ayat (2) UUD 1945.

Keseluruhan uraian di atas, menurut Ahli, cukup menjadi alasan bagi Mahkamah Konstitusi untuk mengabulkan seluruh permohonan Pemohon, terkait konstitusionalitas UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, khususnya Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5). Memang ketika apa yang dialami Pemohon (*principal*) belum mengemuka, setelah lebih dari 17 tahun Undang-Undang ini berlaku, tidak dirasakan adanya pelanggaran hak-hak konstitusional karena penormaan dan penerapan pelaksanaan kewenangan penyidikan oleh KPPU berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tersebut. Namun dilihat dari masa pembentukannya, UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat memang tergolong *panic regulation*, ketika pemerintah berusaha membuktikan kepada publik bahwa tuntutan reformasi hukum telah dipenuhi, tetapi bukan tidak mungkin justru hal itu disusupi kepentingan ekonomi negara lain, yang pada gilirannya mengabaikan hak asasi manusia bagi pelaku usaha bangsa Indonesia sendiri.

[2.3] Menimbang bahwa Presiden telah menyampaikan keterangan dalam persidangan Mahkamah tanggal 14 November 2016 dan telah pula menyampaikan keterangan tertulis yang diterima Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 13 Desember 2016, yang pada pokoknya sebagai berikut:

I. POKOK PERMOHONAN PEMOHON

1. Bahwa Pemohon adalah Perseroan Terbatas yang mengikuti tender pengadaan barang dan jasa terkait rencana pembangunan Pembangkit Listrik Tenaga Sampah (PLTSa) di Bandung yang merasa dirugikan dengan keberlakuan ketentuan *a quo* karena menyebabkan terjadinya pengambilalihan hak milik Pemohon berupa hak atas proyek pembangunan PLTSa di Kota Bandung, dengan kronologi sebagai berikut:
 - a. Pemohon telah mengajukan permohonan pemrakarsa proyek kerjasama penyediaan infrastruktur pembangunan Pembangkit Listrik Tenaga Sampah (PLTSa) dengan melampirkan seluruh persyaratan. Berdasarkan prakarsa tersebut, selanjutnya Walikota Bandung mengeluarkan SK Nomor 658.1/Kep.010-BAPPEDA/2012 yang memuat penetapan badan usaha pemrakarsa rencana pembangunan infrastruktur pengolahan sampah berbasis teknologi ramah lingkungan melalui mekanisme kerjasama antara pemerintah dan badan usaha yang diberikan kepada PT. Bandung Raya Indah Lestari (Pemohon).
 - b. Setelah Pemohon ditetapkan sebagai Pemrakarsa, maka Pemerintah Kota Bandung selanjutnya mengadakan lelang pengolahan sampah, dan yang keluar sebagai pemenang lelang adalah Pemohon yang ditetapkan dalam Keputusan Walikota Bandung. Penetapan Pemohon sebagai pemenang lelang juga telah disetujui DPRD Kota Bandung.
 - c. Namun sampai saat ini, Perjanjian kerjasama antara Pemerintah Kota Bandung dengan Pemohon selaku pemenang lelang tidak juga ditandatangani, bahkan penandatanganan perjanjian terancam batal karena Pemohon telah menjalani pemeriksaan di Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dan telah diputus berdasarkan Putusan Nomor 12/KPPU-L/2015. Putusan tersebut menyatakan Pemohon terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-Undang *a quo*.
2. Bahwa frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* tidak memberikan kepastian hukum, bersifat multi tafsir dan tidak jelas sehingga membuat ruang bagi lembaga tertentu untuk bertindak

sewenang-wenang. Menurut Pemohon frasa "*pihak lain*" dalam ketentuan *a quo* bermakna "*pelaku usaha lain*" dan tidak konsisten jika mengacu kepada definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*, sehingga ketentuan *a quo* seharusnya ditafsirkan dengan "*pelaku usaha lain*" dan bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Pemohon menganggap KPPU memperluas makna frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22 Undang-Undang *a quo*, sehingga makna frasa "*pihak lain*" mencakup pihak-pihak lain di luar pelaku usaha. Penafsiran KPPU atas frasa "*pihak lain*" bertentangan dengan definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*.

3. Bahwa frasa "*penyelidikan dan/atau pemeriksaan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) merugikan Pemohon dengan alasan sebagai berikut:
 - a. ketentuan *a quo* tidak memberikan kepastian hukum tentang kewenangan yang diberikan kepada KPPU apakah kewenangan untuk melakukan penyelidikan pidana ataukah kewenangan untuk melakukan pemeriksaan administratif. Menurut Pemohon frasa dalam ketentuan *a quo* mengatur kewenangan kepada KPPU secara akumulatif dan alternatif. Undang-Undang *a quo* juga tidak memberikan acuan yang jelas tentang kapan suatu pemeriksaan KPPU disebut pemeriksaan administratif dan kapan disebut penyelidikan pidana.
 - b. frasa "*penyelidikan*" dalam ketentuan *a quo* bukanlah pemeriksaan administratif akan tetapi penyelidikan pidana disebabkan frasa tersebut merujuk kepada penyelidikan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), dan juga apabila dikaitkan dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) yang mengatur tentang tahapan penyidikan berdasarkan Putusan KPPU.
 - c. menurut Pemohon ketentuan *a quo* tidak mengatur tata laksana penyelidikan secara cermat dan siapa pelaksana/penegak hukumnya, karena frasa

“penyelidikan” dalam ketentuan *a quo* tidak disertai dengan ketentuan lain tentang tata caranya atau pelaksanaan penyelidikannya sehingga menimbulkan pertanyaan apakah setiap peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana atautkah hanya peristiwa persaingan usaha yang bersifat administratif. Serta sama sekali tidak mengatur kewenangan KPPU untuk menjadi pejabat penyelidik.

4. Bahwa Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang *a quo* inkonstitusional karena pemeriksaan KPPU hanya bersifat administratif, ketentuan *a quo* menekankan proses pidana dan bertentangan dengan Pasal 44 ayat (2) Undang-Undang *a quo* yang menekankan proses administratif dalam penyelesaian sengketa, seharusnya proses administratif lebih didahulukan karena lebih kondusif. Pasal *a quo* menurut Pemohon lebih mengedepankan pendekatan hukum pidana.

II. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PEMOHON

Sehubungan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, menurut Pemerintah dalam permohonannya Pemohon tidak dapat menjelaskan secara jelas hubungan antara hak kontitusional yang dirugikannya dengan berlakunya ketentuan *a quo*. Dengan demikian, berdasarkan keterangan di atas anggapan Pemohon bukan merupakan masalah konstitusionalitas keberlakuan norma batu ujinya melainkan masalah penerapan norma yang ditafsirkan berbeda oleh Pemohon. Oleh karena itu, menurut Pemerintah adalah tepat jika Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi secara bijaksana menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

Namun demikian, Pemerintah memohon melalui Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, untuk mempertimbangkan dan menilai apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak, sebagaimana yang ditentukan oleh Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 maupun berdasarkan putusan-putusan

Mahkamah Konstitusi terdahulu (Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan putusan Nomor 11/PUU-V/2007).

III. KETERANGAN PEMERINTAH ATAS MATERI PERMOHONAN YANG DIMOHONKAN UNTUK DIUJI

Sebelum Pemerintah menyampaikan keterangan terkait norma materi muatan yang dimohonkan untuk diuji oleh Pemohon, perkenankanlah Pemerintah terlebih dahulu menyampaikan landasan filosofis UU 5/1999 sebagai berikut: Bahwa UU 5/1999 merupakan salah satu perangkat hukum yang penting dalam industri yang berbasis pasar. Melalui Undang-Undang tersebut Pemerintah berupaya melindungi iklim persaingan yang sehat antar pelaku usaha.

Persaingan usaha yang sehat merupakan elemen penting untuk mewujudkan industri yang berdaya saing tinggi, sehingga diharapkan akan mendorong pelaku usaha untuk melakukan peningkatan mutu produk, peningkatan inovasi, peningkatan teknologi, serta peningkatan kualitas pelayanan bagi konsumen yang pada akhirnya akan mendorong untuk menciptakan pasar yang kompetitif tidak hanya dalam pasar nasional namun juga di pasar global. UU 5/1999 disusun untuk menegakkan aturan hukum dan memberikan perlindungan hukum yang sama bagi setiap pelaku usaha dalam upaya menciptakan persaingan usaha yang sehat, serta memberikan jaminan kepastian hukum untuk lebih mendorong percepatan pembangunan ekonomi dalam upaya meningkatkan kesejahteraan umum dan mewujudkan demokrasi ekonomi berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, yang menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi di dalam proses produksi dan pemasaran barang dan/atau jasa sehingga mendorong industri menjadi berdaya saing tinggi dan mampu mendukung pembangunan ekonomi yang berkelanjutan.

UU 5/1999 adalah payung dari kebijakan persaingan (*competition policy*). Salah satu tujuannya adalah untuk 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.

UU 5/1999 melarang perbuatan pelaku usaha yang bertujuan menghambat atau menghilangkan persaingan usaha antara lain melalui penutupan akses pasar, kolusi, kartel, persekongkolan dalam tender dan tindakan lain yang bertujuan untuk menghilangkan persaingan.

1. Sehubungan dengan dalil Pemohon yang menganggap frasa "*pihak lain*" dalam ketentuan Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* menimbulkan inkonsistensi dengan Ketentuan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*, sehingga bersifat multi tafsir, dan membuat ruang bagi lembaga tertentu untuk bertindak sewenang-wenang. Menurut Pemohon, frasa "*pihak lain*" dalam ketentuan Undang-Undang *a quo* bertentangan (inkonstitusional) dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 karena bertentangan dengan terciptanya kepastian hukum.

Bahwa ketentuan dalam Pasal:

Pasal 22

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

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.

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.

Bahwa berdasarkan isi pasal-pasal di atas, Pemohon menyimpulkan:

- a. KPPU telah memperluas makna "*pihak lain*" sehingga mencakup tidak saja "*pelaku usaha lain*" sebagaimana tercantum dalam definisi persekongkolan atau konspirasi usaha yang diatur dalam ketentuan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo* yang menyatakan bahwa: "*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*". (butir 6.6 halaman 10).
- b. Frasa "*pihak lain*" dalam ketentuan Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo*, mengandung ketidakpastian hukum atau bersifat multi tafsir sehingga memungkinkan untuk ditafsirkan secara luas bahkan menyalahi tafsir otentik "*pihak lain*" yang menurut Pemohon (butir 6.7 halaman 11):
 - sudah tegas diatur dalam ketentuan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*;
 - melanggar prinsip legalitas yang merupakan refleksi dari prinsip negara hukum yang dianut oleh Negara Republik Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945;
 - melanggar prinsip pengakuan jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
 - melanggar larangan mengambil hak milik orang lain secara sewenang-wenang yang dijamin dalam Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 dan juga bertentangan dengan prinsip demokrasi ekonomi yang melandasi perekonomian nasional yang menekankan efisiensi berkeadilan sesuai dengan amanat konstitusi Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.
- c. Bahwa pernyataan Pemohon berpegang pada pengertian persekongkolan sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* adalah bentuk kerjasama

yang dilakukan oleh “*pelaku usaha*” dengan “*pelaku usaha lain*” sebagaimana dimaksud Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*, mengandung unsur penjelasan bahwa:

(1) Dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* yang tidak boleh bersekongkol adalah pelaku usaha dengan pihak lain.

Di dalam Undang-Undang *a quo* **tidak ada ketentuan yang mengatur mengenai pengertian “*pihak lain*”**, yang dengan jelas diatur adalah pengertian mengenai “***pelaku usaha***” (Pasal 1 angka 5) yang berbunyi: 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. Sementara dalam penjelasan Pasal-Pasal Undang-Undang *a quo*, untuk Pasal 1 angka 8, dinyatakan “*cukup jelas*”. Ini menunjukkan bahwa yang dimaksud dengan persekongkolan adalah “*bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain*” dan yang dilakukan “*dengan maksud*” untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.

(2) Ketentuan dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* berdasarkan analisa tersebut di atas, juga dapat diartikan bahwa menurut Undang-Undang *a quo* persekongkolan itu terjadi antara pelaku usaha dengan pihak lain tanpa mengacu kepada apakah pihak lain tersebut pelaku usaha atau yang lainnya mengingat tidak ada penjelasan mengenai siapa “*pihak lain*” tersebut di dalam Undang-Undang *a quo*.

Terhadap dalil atau kesimpulan Pemohon tersebut, Pemerintah memberikan penjelasan sebagai berikut:

- a. Berlandaskan pada Pasal 35 huruf f Undang-Undang *a quo*, KPPU menyusun pedoman pelaksanaan Pasal 22 Undang-Undang *a quo*.

Pasal 35 huruf f berbunyi:

Tugas Komisi meliputi:

- f. *Menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-Undang ini.*
- b. Di dalam pedoman tersebut disebutkan bahwa “Praktek persekongkolan dalam tender ini dilarang karena dapat menimbulkan persaingan tidak sehat dan bertentangan dengan tujuan dilaksanakannya tender tersebut, yaitu untuk memberikan kesempatan yang sama kepada pelaku usaha agar dapat ikut menawarkan harga dan kualitas yang bersaing. Sehingga pada akhirnya dalam pelaksanaan proses tender tersebut akan didapatkan harga yang termurah dengan kualitas yang terbaik.”
- c. Di dalam Pedoman tersebut juga dinyatakan bahwa “proses penegakan hukum Undang-Undang *a quo*, pandangan dan putusan Komisi dalam melakukan pemeriksaan atas praktek persekongkolan dalam tender yang diduga melanggar Undang-Undang *a quo* **tetap didahulukan**, dan tidak hanya terbatas pada Pedoman.” (KPPU, 2009:8).

Pada Bagian 3.1 Pedoman Pasal 22 Undang-Undang *a quo* diuraikan:

(2). Unsur Bersekongkol

Bersekongkol adalah “Kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.”

(3). Unsur Pihak Lain

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.**”

- d. Secara konsep, dalam kegiatan tender terdapat dua macam pembatasan persaingan yaitu:

- (1) pembatasan persaingan yang dilakukan pejabat penyelenggara tender (*Public restrictions of competition*)
 - (2) pembatasan persaingan diantara pelaku usaha-pelaku usaha peserta tender (*Private restrictions of competition*)
- e. Panduan tentang *Bid-Rigging* yang diterbitkan oleh otoritas persaingan Bulgaria bersama *United Nations Conference On Trade And Development* (UNCTAD) menunjukkan bahwa untuk memastikan persaingan di antara pelaku usaha yang mengambil bagian dalam prosedur tender di Uni Eropa diatur berdasarkan pada *Article 15, para 1 of the LPS and/or Article 101, para 1 of the Treaty for the Functioning of the European Union* (TFEU). Sementara terhadap pembatasan persaingan yang bersumber pada otoritas penyelenggara tender, diatur terpisah melalui *The Public Procurement Act* (PPA) dan *The Ordinance on Awarding Small Public Procurement* (OASPP).
- Panduan tersebut menyatakan bahwa:
- “In the case of public restrictions of competition the establishment of a violation of the principle of free and loyal competition could serve as grounds for repealing the respective acts, actions or omissions of the contracting authorities in accordance with the control competences of the CPC (the Commission on Protection of Competition) further to Article 120 and the following articles of The Public Procurement Act (PPA)”.*
- f. Dari sisi substansi kegiatan tender, kata “*pihak lain*” menunjukkan pihak penyelenggara tender. Kalimat “*bersekongkol dengan pihak lain*” dapat memberi makna bahwa siapapun, termasuk pejabat Pemerintah sebagai penyelenggara tender (melalui kebijakannya) tidak boleh dengan sengaja membatasi persaingan usaha.
 - g. Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo* mendefinisikan Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.

Dengan demikian pengertian persekongkolan berdasarkan definisi pada Pasal 1 angka 8 adalah persekongkolan antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lain.

- h. Pasal 22 Undang-Undang *a quo* tidak menjelaskan mengenai pengertian pihak lain. Sehingga menimbulkan pertanyaan siapa yang dimaksud "*pihak lain*" tersebut.
 - i. Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, mohon kiranya Mahkamah dapat memberikan penafsiran terhadap frasa "*pihak lain*" pada Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo*.
2. Mengenai frasa "*penyelidikan*", bahwa frasa "*penyelidikan dan atau pemeriksaan*" pada Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i dan Pasal 41 ayat (1), dan ayat (2) merugikan Pemohon karena:
- a. ketentuan *a quo* tidak memberikan kepastian hukum tentang kewenangan yang diberikan kepada KPPU, apakah kewenangan untuk melakukan penyelidikan pidana ataukah kewenangan untuk melakukan pemeriksaan administratif. Menurut Pemohon frasa "*penyelidikan*" dalam ketentuan *a quo* mengatur kewenangan kepada KPPU secara akumulatif dan alternatif. Undang-Undang *a quo* juga tidak memberikan acuan yang jelas tentang kapan suatu pemeriksaan KPPU disebut pemeriksaan administratif dan kapan disebut penyelidikan pidana.
 - b. frasa "*penyelidikan*" dalam ketentuan *a quo* bukanlah pemeriksaan administratif akan tetapi penyelidikan pidana, hal ini disebabkan karena frasa tersebut merujuk kepada penyelidikan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), dan juga apabila dikaitkan dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang *a quo* yang mengatur tentang tahapan penyidikan berdasarkan Putusan KPPU.
 - c. Menurut Pemohon ketentuan *a quo* tidak mengatur tata laksana penyelidikan secara cermat dan siapa pelaksana/penegak hukumnya, karena frasa "*penyelidikan*" dalam ketentuan *a quo* tidak disertai dengan ketentuan lain tentang tata cara atau pelaksanaan penyelidikannya,

sehingga menimbulkan pertanyaan apakah setiap peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana ataukah hanya peristiwa persaingan usaha yang bersifat administratif serta sama sekali tidak mengatur kewenangan KPPU untuk menjadi pejabat penyidik.

Terhadap dalil Pemohon tersebut, Pemerintah memberikan penjelasan sebagai berikut:

- a. Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i Undang-Undang *a quo* menyebutkan wewenang Komisi meliputi:
 - 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 atau persaingan usaha tidak sehat.
 - 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.
- b. Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang *a quo* menyebutkan:

Pasal 41 ayat (1)
Pelaku usaha dan atau pihak lain yang diperiksa wajib menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan.

Pasal 41 ayat (2)
Pelaku usaha dilarang menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan.
- c. Jika hanya melihat Pasal tersebut, memang penyelidikan KPPU sifatnya administratif artinya KPPU melakukan pemeriksaan terhadap dokumen, namun Pasal tersebut belum mengatur mengenai proses penyelidikan

itu sendiri, oleh karena itu harus melihat pasal-pasal lainnya yaitu Pasal 40, Pasal 42, Pasal 43, dan Pasal 44 Undang-Undang *a quo*.

- d. “Penyelidikan” dalam KUHAP memiliki pengertian “*serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam Undang-Undang ini*”.
- e. Penyelidikan dalam Undang-Undang *a quo* memiliki pengertian serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh investigator (KPPU) untuk mendapatkan bukti yang cukup sebagai kelengkapan dan kejelasan laporan klarifikasi, laporan hasil kajian, hasil penelitian, dan hasil pengawasan.
- f. Dengan demikian yang dimaksud dengan penyelidikan dalam Undang-Undang *a quo* dengan penyelidikan yang diatur dalam KUHAP adalah berbeda, karena dalam KUHAP penyelidikan dilakukan oleh penyidik dalam hal ini Polisi, sedangkan penyelidikan dalam Undang-Undang *a quo* dilakukan oleh Investigator KPPU bukan oleh Polisi.
- g. Ketentuan *a quo* memang tidak mengatur ketentuan tata laksana penyelidikan tetapi pengaturan mengenai tata cara penyelidikan bukan tidak ada, aturannya ada dalam Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara yang mengatur mengenai tahapan penanganan perkara yang meliputi penyampaian laporan, klarifikasi laporan, jangka waktu klarifikasi laporan, perkara inisiatif, penyelidikan dan tata cara penyelidikan, pemberkasan, sidang majelis komisi, putusan majelis komisi, upaya hukum keberatan, dan permohonan eksekusi.
- h. Menurut Pemohon tidak adanya ketentuan yang mengatur kewenangan KPPU menjadi pejabat penyidik menimbulkan ketidakpastian hukum, pendapat Pemohon tidak tepat karena sebagaimana disampaikan diatas penyelidikan dalam Undang-Undang *a quo* dilakukan oleh Investigator KPPU bukan oleh Polisi sehingga adalah tidak mungkin investigator itu menjadi pejabat penyidik.

- i. Justru untuk kepastian hukum KPPU itu hanya investigator dalam melaksanakan kewenangan KPPU sebagaimana diatur dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i Undang-Undang *a quo*.
3. Terhadap dalil pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang *a quo* inkonstitusional karena pemeriksaan KPPU hanya bersifat administratif, ketentuan *a quo* menekankan proses pidana dan bertentangan dengan Pasal 44 ayat (2) Undang-Undang *a quo* yang menekankan proses administratif dalam penyelesaian sengketa, Pemerintah memberikan penjelasan sebagai berikut:
 - a. Bunyi ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5)
 - (4) *Apabila ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) tidak dijalankan oleh pelaku usaha, Komisi menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.*
 - (5) *Putusan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (4) merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan.*
 - b. Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) tidak bisa dilihat secara terpisah. Ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) harus dimaknai sebagai upaya terakhir dalam penegakan hukum (*ultimum remedium*). Artinya KPPU dalam melakukan penanganan perkara berdasarkan pada Pasal 36, kemudian Pasal 36 diperkuat oleh Pasal 42, Pasal 42 memungkinkan KPPU menyerahkan perkara kepada Polisi, kemudian dalam hal pelaksanaan Putusan, KPPU juga didukung oleh Polisi artinya kalau sampai batas waktu yang ditentukan oleh KPPU Pelaku Usaha tidak melaksanakan putusan secara sukarela, maka memungkinkan KPPU untuk menyerahkan pelaksanaan putusan kepada Polisi.
Dengan demikian menurut Pemerintah, dalil pemohon yang menyatakan bahwa Ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang *a quo*

yang menekankan proses pidana menurut Pemerintah adalah tidak benar,

IV. PETITUM

Berdasarkan keterangan dan argumentasi tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Majelis Hakim Konstitusi yang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan pengujian (*constitutional review*) ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dapat memberikan putusan sebagai berikut:

- 1) Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
- 2) Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*);
- 3) Memohon Mahkamah dapat memberikan penafsiran terhadap frasa "*pihak lain*" pada Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo*;
- 4) Menolak permohonan pengujian Pemohon terhadap Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h dan huruf i, Pasal 41 ayat (1), ayat (2), serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
- 5) Menyatakan ketentuan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h dan huruf i, Pasal 41 ayat (1), ayat (2) serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat **tidak bertentangan** dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Selain keterangan lisan dan/atau keterangan tertulis Presiden di atas, Presiden juga menyampaikan secara tertulis Jawaban Pemerintah Atas Pertanyaan Hakim Mahkamah Konstitusi Dalam Persidangan Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang diterima di persidangan

Mahkamah pada tanggal 23 November 2016, yang pada pokoknya sebagai berikut:

I. Pertanyaan Yang Mulia Hakim Konstitusi Patrialis Akbar yang pada pokoknya menanyakan:

1. Tentang penyelidikan dan penyidikan, aturannya ada dalam Pedoman KPPU, mohon dijelaskan dasar hukumnya dari mana?

KPPU menyusun Peraturan KPPU Nomor 01 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara. Adapun yang menjadi dasar hukum KPPU dalam menyusun Pedoman-Pedoman adalah ketentuan Pasal 35 huruf f Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang berbunyi:

“Tugas Komisi meliputi:

f. menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-Undang ini”.

2. Perbedaannya, kalau di KPPU itu investigasi dilakukan investigator sedangkan KUHAP itu adalah penyidik, dalam hal ini adalah Kepolisian Negara Republik Indonesia sehingga KPPU akhirnya menyerahkan hasil penyelidikan kepada penyidik sebagai bukti permulaan untuk melakukan proses penyidikan lebih lanjut. Apakah persoalan posisi KPPU ini bersifat administratif ataukah bertindak sebagai penyidik?

Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administratif karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif. Hal ini sudah ditegaskan dalam penjelasan umum paragraf 9 (sembilan) UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU 5/1999) yang menyatakan bahwa:

“KPPU dibentuk sebagai lembaga independen yang terlepas dari pengaruh pemerintah dan pihak lain, yang berwenang melakukan pengawasan persaingan usaha dan menjatuhkan sanksi. Sanksi tersebut berupa tindakan administratif, sedangkan sanksi pidana adalah wewenang pengadilan”.

II. Pertanyaan Yang Mulia Majelis Hakim Konstitusi Suhartoyo yang pada pokoknya menanyakan:

1. Karena pemaknaan pihak lain dalam Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 itu memang menjadi lebih luas sehingga siapapun bisa bermain di konteks persekongkolan itu. Tetapi kalau kemudian dibatasi hanya seperti Pasal 1 angka 8 itu sangat terbatas dan bentuk-bentuk persekongkolannya seperti apa?

Dalam aktifitas tender, ada dua jenis pembatasan yaitu persekongkolan vertikal dan horizontal. Persekongkolan vertikal terjadi diantara penyelenggara tender dan peserta tender, jika hal ini terjadi maka persekongkolan dimaksud masuk dalam tindak pidana korupsi sehingga bukan merupakan kewenangan KPPU. Dalam konteks persaingan usaha, persekongkolan vertikal bukan merupakan kolusi melainkan korupsi. Dengan demikian sebenarnya tidak berarti Pasal 1 angka 8 mengabaikan persekongkolan vertikal tetapi justru meletakkan posisi KPPU secara substansi untuk menangani kolusi antara pelaku usaha. Hal ini sebagaimana dijelaskan dalam *The OECD Global Forum on Competition debated Collusion and Corruption in Public Procurement* yang diselenggarakan pada bulan Februari 2010, yang menyimpulkan pengertian kolusi dan korupsi dalam tender sebagai berikut:

“Collusion involves a horizontal relationship between bidders in a public procurement, who conspire to remove the element of competition from the process. Bid rigging is the typical mechanism of collusion in public contracts: the bidders determine between themselves who should “win” the tender, and then arrange their bids-for example, by bid rotation, complementary bidding or cover pricing-in such a way as to ensure that the designated bidder is selected by the purportedly competitive process. In most legal systems, bid rigging is a hard core cartel offence, and is accordingly prohibited by the competition law. In many countries bid rigging is also a criminal offence”.

“Corruption occurs where public officials use public powers for personal gain, for example, by accepting a bribe in exchange for granting a tender. While usually occurring during the procurement process, instances of post-award corruption also arise. Corruption constitutes a vertical relationship between the public official concerned, acting as buyer in the transaction, and one or more bidders, acting as sellers in this instance. Corruption is generally prohibited by the national criminal justice rules, legislation on ethics in public office or by the specific public procurement regulations”.

2. Masalah penyelidikan dan permaknaannya *pro justicia* atau bukan? Kenapa tiba-tiba langsung menjadi penyidikan.

Secara penafsiran Pasal 34 ayat (2) UU 5/1999 tidak ada pengaturan yang secara tegas mengatur fungsi *pro justicia* kepada KPPU karena Pasal tersebut hanya mengatur mengenai pembentukan sekretariat.

Pasal 34 ayat (2)

“Untuk kelancaran pelaksanaan tugas, Komisi dibantu oleh sekretariat”

Selain itu, Presiden pada persidangan tanggal 9 Januari 2017 mengajukan satu orang ahli yaitu **Ningrum Natasya Sirait** yang telah memberikan keterangan lisan dan/atau tertulis di bawah sumpah dalam persidangan tersebut di atas, yang pada pokoknya sebagai berikut:

Perkenankan ahli menyampaikan 6 (enam) hal terlebih dahulu sebagai pengantar penjelasan ahli dan akan menjadi landasan berfikir serta menganalisa permohonan Pemohon, yaitu:

- A. Hukum persaingan usaha secara umum;
- B. Sejarah singkat hukum persaingan usaha di Indonesia;
- C. Penafsiran Undang-Undang;
- D. Azas dalam Peraturan Perundang-undangan;
- E. Kewenangan Membuat Peraturan; dan
- F. Teori Diskresi dan Kemanfaatan Hukum.

A. Hukum Persaingan Usaha

Indonesia mengenal budaya yang berorientasi pada harmoni dan kebersamaan. Budaya ini juga ada dalam aspek ekonomi dan dikenal dengan ekonomi kekeluargaan dan gotong royong. Persaingan sering dipersepsikan negatif karena dianggap mementingkan kepentingan sendiri. Bersaing diartikan sebagai tindakan individualistis, berorientasi pada kepentingan sepihak dan dengan berbagai cara berupaya mencapai keuntungan sebesar-besarnya. Sebaliknya melalui persaingan diharapkan akan mampu mengoptimalkan hasil yang dicapai melalui proses efisiensi, inovasi dari strategi yang terbaik. Robert Bork, pemikir dan Hakim Amerika terkemuka banyak memberikan landasan dalam Hukum Persaingan mengatakan:

“Why should we want to preserve competition anyway? The answer is simply that competition provides society with the maximum output that can be achieved at any given time with the resources as its command. Under a competitive regime, productive resources are combined and separated, shuffled and reshuffled in search for greater profits through greater efficiency. Each productive resources moves to that employment, where the value of its marginal product, and hence the return paid to it, is greatest. Output is maximized because there is no possible rearrangement of resources that could increase the value to consumers of total output. Competition is desirable, therefore, because it assists in achieving prosperous society and permits individual consumers to determine by their actions what goods and services they want most.

Persaingan di dalam dunia usaha berarti upaya mendapatkan keuntungan melalui mekanisme pasar. Persaingan usaha untuk mendapat keuntungan maksimum dilakukan dalam bentuk harga, jumlah, jenis produk, iklan, pelayanan ataupun kombinasi berbagai faktor yang akan dinilai konsumen. Ekonom Alfred Marshal mengusulkan istilah persaingan digantikan dengan “*economic freedom*” (kebebasan ekonomi) dalam menggambarkan atau mendukung tujuan positif dari proses persaingan. Persaingan dalam ekonomi diartikan sebagai hal positif sebagai jawaban terhadap upaya mencapai *equilibrium* diartikan sebagai berikut:

A situation in a market in which firms or sellers independently strive for the patronage of buyers in order to achieve a particular business objective, e.g. profits, sales and/or market share. Competition in this context is often equated with rivalry. Competitive rivalry between firms can occur when there are two firms or many firms. This rivalry may take place in terms of price, quality, service or combinations of these and other factors, which customers may value. Competition is viewed as an important process by which firms are forced to become efficient and offer greater choice of products and services at lower prices. It gives rise to increased consumer welfare and allocative efficiency. It includes the concept of "dynamic efficiency" by which firms engage in innovation and foster technological change and progress.

Hukum Persaingan adalah elemen esensial dalam mengawal proses persaingan usaha, sehingga dibutuhkan adanya Undang-Undang sebagai "*code of conduct*" bagi pelaku usaha untuk bersaing secara sehat. Negara berkepentingan bahwa kebijakan persaingan ditujukan untuk menjaga kelangsungan proses kebebasan bersaing yang diselaraskan dengan *freedom of trade* (kebebasan berusaha), *freedom of choice* (kebebasan untuk memilih) dan *access to market* (akses ke pasar). Hasil akhirnya diharapkan memberikan kesejahteraan kepada masyarakat dalam bentuk harga terjangkau, pilihan produk, pelayanan, dan lain-lain.

Skema persaingan diilustrasikan ahli ekonomi Adam Smith dengan *laissez faire* (*allow to do*) atau bebas melakukan apa saja, bahwa dari berbagai transaksi ekonomi yang independen, pada dasarnya terdapat harmoni alami dimana manusia mencari pekerjaan, produser menghasilkan barang, konsumen membelanjakan penghasilannya untuk membeli produk berdasarkan pilihan masing-masing. Produser berusaha mencari cara produksi yang paling efisien untuk mendapatkan keuntungan maksimum, pekerja akan memilih bekerja pada produser yang efisien untuk mendapatkan upah maksimum dan konsumen akan membeli dari produser penghasil barang dengan harga murah, kualitas baik dan ketersediaan yang mudah. Smith juga menekankan bahwa bila efisiensi pasar berjalan maksimum, maka intervensi pemerintah terhadap pasar sebenarnya tidak

diperlukan. *Economic efficiency* adalah deskripsi yang menggambarkan upaya pencapaian tujuan kesejahteraan yang maksimum ataupun upaya mendapatkan nilai maksimum dari sumber daya masyarakat yang terbatas dan dipergunakan untuk mengukur *economic welfare*. Proses persaingan mengakibatkan adanya pelaku usaha yang kalah bersaing, tetapi persaingan melalui proses yang fair dianggap sebagai cara paling tepat dalam ekonomi untuk mencapai kesejahteraan melalui alokasi sumber daya maksimum.

B. Sejarah Singkat Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

UU Nomor 5 Tahun 1999 dikenal dengan Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Tujuan dari UU Nomor 5 Tahun 1999 bukan hanya melindungi konsumen ataupun hanya menjadi peraturan yang menjadi acuan bagi pelaku usaha, tetapi dalam jangka panjang memberikan jaminan terhadap proses persaingan. Undang-Undang memberikan "*level playing field*" atau kesempatan yang relatif sama bagi pelaku usaha untuk berusaha, bersaing dan masuk pasar.

UU Nomor 5 Tahun 1999 secara eksplisit menyebutkan tujuan objektif kebijakan persaingan usaha di Indonesia. Hal ini terdapat pada Pasal 2 dan Pasal 3, yaitu menjamin kepentingan umum, meningkatkan efisiensi perekonomian nasional, meningkatkan kesejahteraan rakyat, mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, kecil dan menengah, mencegah praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan pelaku usaha dan terciptanya efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Ketiga tujuan Undang-Undang Hukum Persaingan Indonesia menjadi dasar fundamental bagi implementasi undang-undang yaitu penekanan pada kepentingan umum, kesejahteraan rakyat serta efisiensi nasional (*maximization of consumer welfare and efficiency*) dimana tujuan tersebut dicapai melalui proses persaingan. Pemahaman terhadap persepsi apa yang menjadi tujuan dari undang-undang Hukum Persaingan suatu negara adalah penting karena mempengaruhi kebijakan yang menyangkut ekonomi, perdagangan, keuangan, industri, sosial

politik, perlindungan terhadap golongan ekonomi tertentu dan Badan Usaha Milik Negara (BUMN). Melalui kebijakan persaingan serta tujuan undang-undang dapat disimpulkan dalam beberapa garis besar, yaitu efisiensi ekonomi, akses masuk ke pasar, larangan hambatan masuk pasar (*barrier to entry*), larangan terhadap konsentrasi pasar hanya pada beberapa pelaku usaha, larangan kolusi antar pesaing, kesejahteraan konsumen, efisiensi dan lain sebagainya.

Persaingan menghasilkan efisiensi serta kesejahteraan masyarakat. Dalam hal ini kebutuhan akan adanya suatu kebijakan persaingan dan Hukum Persaingan menjadi faktor yang menentukan dalam proses persaingan itu sendiri. Dalam berbagai aturan Hukum Persaingan justru persaingan yang dilindungi dan bukan difokuskan pada perlindungan terhadap pelakunya.

Hampir 16 tahun UU Nomor 5 Tahun 1999 ditegakkan banyak dirasakan dampak baik dalam bidang ekonomi, kesempatan maupun kesejahteraan konsumen sesuai dengan tujuan undang-undang. Hal ini sejalan dengan tugas pokok fungsi lembaga penegak hukum persaingan di Indonesia yaitu Komisi Pengawas Persaingan Usaha (selanjutnya disebut "KPPU") yang diamanatkan oleh UU Nomor 5 Tahun 1999.

UU Nomor 5 Tahun 1999 mengacu kepada Pasal 5 ayat (1), Pasal 21 ayat (1), Pasal 27 ayat (2), dan Pasal 33 UUD 1945 dimana penjabaran demokrasi ekonomi yang terkandung dalam UUD 1945 dituangkan dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XVI/MPR/1998 tentang Politik Ekonomi dalam Rangka Demokrasi Indonesia, dan yang terkait dengan persaingan tertuang dalam Pasal 3 yang berbunyi:

"Dalam pelaksanaan Demokrasi Ekonomi tidak boleh dan harus ditiadakan terjadinya penumpukan aset dan pemusatan kekuatan ekonomi pada seorang sekelompok orang atau perusahaan yang tidak sesuai dengan prinsip keadilan dan pemerataan".

dan setelah UU Nomor 5 Tahun 1999 diundangkan, MPR memberikan penegasan kembali melalui Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VI/MPR/2001 Tahun 2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa, dan

berkaitan dengan etika ekonomi dan bisnis termuat dalam Bab II: Pokok-Pokok Etika Kehidupan Berbangsa butir ke-3 Ekonomi dan Bisnis sebagai berikut:

“Etika Ekonomi dan Bisnis dimaksudkan agar prinsip dan perilaku ekonomi dan bisnis, baik oleh perseorangan, institusi, maupun pengambil keputusan dalam bidang ekonomi dapat melahirkan kondisi dan realitas ekonomi yang bercirikan persaingan yang jujur, berkeadilan, mendorong berkembangnya etos kerja ekonomi, daya tahan ekonomi dan kemampuan saing, dan terciptanya suasana kondusif untuk pemberdayaan ekonomi yang berpihak kepada rakyat kecil melalui kebijakan secara berkesinambungan. Etika ini mencegah terjadinya praktik-praktik monopoli, oligopoli, kebijakan ekonomi yang mengarah kepada perbuatan korupsi, kolusi, dan nepotisme, diskriminasi yang berdampak negatif terhadap efisiensi, persaingan sehat, dan keadilan, serta menghindarkan perilaku menghalalkan segala cara dalam memperoleh keuntungan”.

C. Penafsiran Undang-Undang

Rasanya bagaikan menggarami lautan bila ahli menguraikan teori penafsiran Undang-Undang di hadapan Hakim Konstitusi di Mahkamah Konstitusi ini sebagai *“the guardian of Constitution and the sole interpreting of Constitution”*, namun perlu disampaikan sebagai sebuah keutuhan dalam pandangan dan pendapat ahli mengenai permohonan *constitutional judicial review* ini. Hukum yang dituangkan dalam Undang-Undang oleh para pembuat undang-undang tentunya telah berusaha untuk membuat Undang-Undang yang baik agar bisa menjangkau peristiwa-peristiwa yang akan datang dan dapat berlaku untuk waktu yang lama. Walaupun disadari bahwa Undang-Undang tentu dapat dan perlu menyesuaikan dengan jamannya, sebagaimana pepatah dalam bahasa Belanda, *het recht hink achter de feiten aan*, hukum (Undang-Undang) selalu berjalan di belakang peristiwa yang terjadi dimasyarakat.

Pasal 5 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Perundang-Undangan (selanjutnya disebut dengan “UU No. 12 Tahun 2011”) menyebutkan bahwa dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada azas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang baik, diantaranya sebagaimana dimuat dalam huruf f adalah kejelasan

rumusan yang dalam penjelasan pasal tersebut dijelaskan bahwa “Yang dimaksud dengan “asas kejelasan rumusan” adalah bahwa setiap Peraturan Perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan Peraturan Perundang-undangan, sistematika, pilihan kata atau istilah, serta bahasa hukum yang jelas dan mudah dimengerti sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya”.

Carl Von Savigny mengajarkan tentang penafsiran sebagai rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam Undang-Undang. Penafsiran hukum bukan metode yang dapat digunakan semauanya namun harus terpusat kepada penafsiran undang-undang. Interpretasi atau menafsir undang-undang (*wetsuitleg*) menurut ajaran hukum sebenarnya adalah alat pembantu dalam memberi arti, maksud atau rasio terhadap suatu ketentuan undang-undang karena ketentuan hukum tidak dapat memberikan penyelesaian hukum terhadap permasalahan pada dunia nyata. Oleh karena itu dibutuhkan penafsir Undang-Undang yang memahami tujuan hukum sesungguhnya dan keputusannya memiliki legitimasi yang mengikat, dalam praktek di Indonesia adalah kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Terdapat beragam teori dan metode penafsiran peraturan perundang-undangan. Para ahli menyepakati bahwa bahwa pertama-tama harus selalu dilakukan penafsiran gramatikal (*taatkundige interpretatie*), karena pada hakikatnya, untuk dapat memahami teks undang-undang, yang sering disebut “bunyi undang-undang”, maka harus dimengerti lebih dahulu terhadap peristilahan atau kata-kata dan tata kalimat didalam suatu konteks bahasa yang digunakan pembuat undang-undang dalam merumuskan peraturan perundang-undangan. Apabila perlu dapat diperdalam dengan penafsiran otentik (*authentieke interpretatie*), yaitu penafsiran terhadap kata, istilah atau pengertian didalam peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan sebelumnya oleh pembuat undang-undang sendiri.

Seandainya setelah dilakukan penafsiran gramatikal dan penafsiran otentik tetap tidak dapat dipahami atau tetap menimbulkan silang pendapat, maka dapat dilakukan penafsiran sejarah (*historische interpretatie*), yaitu penafsiran dilakukan terhadap isi suatu peraturan perundang-undangan dengan meninjau latar belakang

sejarah pembentukan atau terjadinya peraturan undang-undang yang bersangkutan, termasuk pandangan atau ideologi yang dianut para pembuat undang-undang waktu itu. Salah satunya lagi dapat ditempuh dengan membaca kembali risalah/catatan pembahasan rancangan undang-undang (*memorie van toelichting*) dan bila diperlukan, bertanya langsung pada pihak-pihak yang terlibat pembuatan undang-undang.

Lebih jauh lagi bila ternyata metode-metode tersebut masih tidak mampu memberikan kepastian terhadap sebuah ketentuan, maka dapat ditempuh penafsiran sosiologis/teleologis (*sociologische/teleologische interpretatie*), hakim walaupun memiliki kebebasan dalam menafsirkan, namun sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dengan demikian, seorang hakim harus memiliki kemampuan dan keaktifan untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*) yang merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim dalam penerapan peraturan umum terhadap peristiwa hukum yang konkrit dan hasil penemuan hukum menjadi dasar baginya untuk mengambil keputusan. Oleh karena itu, maka dengan kearifan dan kebijaksanaannya, maka hakim dapat melakukan konstruksi dan penghalusan hukum yang membawa kemanfaatan bagi masa depan bangsa.

D. Asas Dalam Peraturan Perundang-Undangan

Penafsir Undang-Undang juga terikat kepada kepada azas-azas hukum sehingga dapat terukur tingkat kebenaran dan kepastian hukumnya. Hukum mengatur seluruh aspek kehidupan manusia dalam bernegara, sehingga sangat banyak ragam hukum yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan, baik derajatnya, kekhususannya maupun kebaruannya. Oleh karena itu terdapat setidaknya 3 (tiga) asas yang menjadi acuan penafsir Undang-Undang yaitu:

- a) Asas *lex specialis derogat legi generali* adalah asas penafsiran hukum yang mengatur bahwa hukum yang bersifat khusus (*lex specialis*) mengesampingkan hukum yang bersifat umum (*lex generalis*). Dalam asas ini harus diperhatikan bahwa ketentuan yang akan mengesampingkan (*lex specialis*) haruslah sederajat dengan ketentuan yang akan dikesampingkan

(*lex generalis*), undang-undang harus dengan undang-undang, sebagai contoh, Kitab Undang-Undang Hukum Dagang akan mengesampingkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sepanjang yang berkaitan dengan perdagangan.

- b) Asas *lex superior derogat legi inferiori* atau sering juga disebut asas hierarki adalah azas penafsiran hukum yang mengatur bahwa peraturan yang lebih tinggi mengesampingkan yang lebih rendah. Asas ini diterapkan ketika terjadi suatu peristiwa yang sama tetapi terdapat ketentuan peraturan perundang-undangan yang berbeda derajatnya, maka harus dipergunakan derajat yang lebih tinggi, sebagai contoh bila terdapat perbedaan pengaturan antara undang-undang dengan peraturan pemerintah, maka peraturan pemerintah harus dikesampingkan dan harus berpatokan kepada Undang-Undang karena undang-undang lebih tinggi derajatnya bila dihadapkan dengan peraturan pemerintah. Hal ini diterapkan dalam sistem hukum positif Indonesia yang dapat diketahui dengan melihat ketentuan Pasal 7 UU No. 12 Tahun 2011 yang mengatur jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan menjadi:

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- 3) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- 4) Peraturan Pemerintah;
- 5) Peraturan Presiden;
- 6) Peraturan Daerah Provinsi; dan
- 7) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

dan dipertegas dalam ayat (2) yang menyebutkan bahwa kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

- c) Asas *lex posterior derogat legi priori* adalah asas penafsiran hukum yang mengatur bahwa hukum yang baru mengesampingkan hukum yang lama, dalam arti bahwa hukum yang baru tersebut sederajat dengan hukum yang lama dan hukum yang baru tersebut mengatur hal yang sama dengan apa yang telah diatur oleh hukum yang lama, sehingga peraturan yang lama diganti

dengan peraturan yang baru dan hukum lama tersebut menjadi tidak berlaku lagi. Biasanya dalam peraturan yang baru akan secara eksplisit menyebutkan peraturan mana yang tidak lagi berlaku, sebagai contoh UU No. 12 Tahun 2011 pada Pasal 102 menyatakan bahwa pada saat undang-undang tersebut mulai berlaku, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dicabut dan dinyatakan tidak berlaku.

E. Kewenangan Membuat Peraturan dan Kewenangan Diskresi

Konsekuensi penerapan prinsip pemisahan atau pembagian kekuasaan, kewenangan eksekutif untuk membentuk peraturan perundang-undangan hanya dapat dilakukan berdasarkan Undang-Undang Dasar atau Undang-Undang terlebih untuk lembaga yang pembentukannya atas perintah Undang-Undang Dasar atau Undang-Undang. Oleh karena itulah maka sumber kewenangan pembentukan peraturan perundang-undangan berasal dari atributif (*attributie van rechtsmacht*), dan delegatif/derivatif (*delegatie van bevoegdheid*).

Kewenangan atributif dalam pembentukan peraturan perundang-undangan adalah kewenangan asli (orisinil) yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar atau Undang-Undang kepada lembaga atau pejabat tertentu. Berdasarkan wewenang yang ada padanya yang dimaksud adalah wewenang yang ada pada Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara (*ambt*) yang diperoleh dari ketentuan perundang-undangan yang berlaku yang disebut dengan kewenangan atributif.

Sedangkan kewenangan delegatif/derivatif adalah kewenangan yang diberikan oleh pemegang kewenangan atributif kepada pejabat atau lembaga tertentu di bawahnya, untuk mengatur lebih lanjut peraturan yang dibuat oleh pemegang kewenangan atributif. Kewenangan yang dilimpahkan kepadanya adalah kewenangan yang berasal dari pelimpahan wewenang dari pejabat atasan atau pejabat lain yang berwujud:

- a) Mandat (pelimpahan wewenang berwujud suatu mandat adalah bahwa pertanggungjawaban tindakan yang dilimpahkan kepada mandataris Pejabat yang diberi mandat adalah masih tetap menjadi tanggung jawab si pemberi mandat).

- b) Delegasi (pelimpahan wewenang dalam bentuk atau berwujud delegasi maka pertanggungjawaban si pemberi delegasi (delegant) telah berpindah sepenuhnya kepada si penerima delegasi (delegatoris).

Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 mengatur lembaga-lembaga (bukan hanya lembaga negara), yang berwenang membentuk peraturan perundang-undangan lainnya, yaitu: Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Mahkamah Agung (MA), Mahkamah Konstitusi (MK), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), Komisi Yudisial (KY), Bank Indonesia (BI), Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Lembaga-lembaga tersebut, pada prakteknya sering tidak memperhatikan ketentuan ayat (2) bahwa peraturan yang dibuatnya diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan dengan penjelasan bahwa “Yang dimaksud dengan “berdasarkan kewenangan” adalah penyelenggaraan urusan tertentu pemerintahan sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan”

Dengan demikian, tidak semua lembaga negara berwenang membentuk peraturan perundang-undangan, lembaga-lembaga yang telah dengan jelas diatur dalam undang-undang memiliki kewenangan untuk membuat peraturan adalah:

- a) Mahkamah Konstitusi sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi pada Penjelasan Umum berbunyi:

“Hukum acara yang diatur dalam Undang-Undang ini memuat aturan umum beracara di muka Mahkamah Konstitusi dan aturan khusus sesuai dengan karakteristik masing-masing perkara yang menjadi kewenangan Mahkamah

Konstitusi. Untuk kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya, Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan untuk melengkapi hukum acara menurut Undang-Undang ini”,

dan Pasal 86 yang berbunyi:

“Mahkamah Konstitusi dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya menurut Undang-Undang ini.

dengan penjelasan pasal yang berbunyi:

“Ketentuan ini dimaksudkan untuk mengisi kemungkinan adanya kekurangan atau kekosongan dalam hukum acara berdasarkan Undang-Undang ini”.

- b) Mahkamah Agung sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang telah diubah beberapa kali, terakhir dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, pada Pasal 79 berbunyi:

“Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-undang ini”.

dengan penjelasan pasal yang berbunyi:

“Apabila dalam jalannya peradilan terdapat kekurangan atau kekosongan hukum dalam suatu hal, Mahkamah Agung berwenang membuat peraturan sebagai pelengkap untuk mengisi kekurangan atau kekosongan tadi. Dengan Undang-undang ini Mahkamah Agung berwenang menentukan pengaturan tentang cara penyelesaian suatu soal yang belum atau tidak diatur dalam Undang-undang ini.

Dalam hal ini peraturan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung dibedakan dengan peraturan yang disusun oleh pembentuk Undang-undang. Penyelenggaraan peradilan yang dimaksudkan Undang-undang ini hanya merupakan bagian dari hukum acara secara keseluruhan. Dengan demikian Mahkamah Agung tidak akan mencampuri dan melampaui pengaturan tentang hak dan kewajiban warga negara pada umumnya dan tidak pula mengatur

sifat, kekuatan, alat pembuktian serta penilaiannya ataupun pembagian beban pembuktian.”

- c) Bank Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia yang telah diubah beberapa kali, terakhir dengan Perpu Nomor 2 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia, dalam banyak pasal memberikan kewenangan membuat peraturan, yaitu Pasal 1 angka 8, Pasal 1 angka 9, Pasal 2 ayat (3), Pasal 6 ayat (3), Pasal 10 ayat (3), Pasal 11, Pasal 15, Pasal 18, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 25, Pasal 30, Pasal 38, Pasal 43, Pasal 44, Pasal 51, Pasal 71, Pasal 72, adapun kami kutip beberapa pasal, yaitu:

- i. Pasal 1 angka 8, yang berbunyi:

“Peraturan Bank Indonesia adalah ketentuan hukum yang ditetapkan oleh Bank Indonesia dan mengikat setiap orang atau badan dan dimuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia”.

- ii. Pasal 1 angka 9, yang berbunyi:

“Peraturan Dewan Gubernur adalah ketentuan hukum yang ditetapkan oleh Dewan Gubernur yang memuat aturan-aturan intern antara lain mengenai tata tertib pelaksanaan tugas dan wewenang Dewan Gubernur, kepegawaian, dan organisasi Bank Indonesia”

- iii. Pasal 2 ayat (3), yang berbunyi:

“Setiap perbuatan yang menggunakan uang atau mempunyai tujuan pembayaran atau kewajiban yang harus dipenuhi dengan uang jika dilakukan di wilayahnegera Republik Indonesia wajib menggunakan uang rupiah, kecuali apabila ditetapkan lain dengan Peraturan Bank Indonesia”.

Ketentuan Pasal 8 UU No. 12 Tahun 2011 adalah perwujudan dari konsep negara hukum, yaitu setiap tindakan pemerintahan harus berdasarkan atas hukum, karena dalam negara terdapat prinsip *wetmatigheid van bestuur* atau azas legalitas. Asas ini menentukan bahwa tanpa adanya dasar wewenang yang diberikan oleh suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka segala macam aparat pemerintah tidak akan memiliki wewenang yang dapat mempengaruhi atau mengubah keadaan atau posisi hukum warga masyarakatnya.

Prakteknya, ada suatu lembaga atau pejabat yang membentuk peraturan bukan atas dasar atribusi atau delegasi pembentukan peraturan perundang-undangan. Peraturan tersebut dibentuk berdasarkan kewenangan pejabat atau lingkungan jabatan/lembaga sebagai pelaksanaan fungsi administrasi negara, sehingga terdapat bentuk keputusan lain yang disebut sebagai peraturan kebijakan (*beleidsregels*) yang sifatnya memiliki kemiripan dengan peraturan perundang-undangan, sering disebut sebagai peraturan perundang-undangan semu. Namun perlu ditegaskan bahwa *beleidsregels* bukan merupakan peraturan perundang-undangan.

Peraturan kebijakan tersebut didasarkan kepada kebebasan pertimbangan atau kebebasan bertindak (atau tidak bertindak) (*freies ermessen* atau *discretionary powers*), sifatnya mengikat secara umum dan muncul dalam lingkup penyelenggaraan pemerintahan yang "tidak terikat" (*vrijbeleid*), dalam arti tidak diatur secara tegas oleh peraturan perundang-undangan. Jadi dimungkinkan bahwa suatu lembaga negara mempunyai dasar kewenangan untuk membentuk suatu peraturan, namun bukan merupakan suatu peraturan perundang-undangan.

Freies ermessen merupakan suatu bentuk penyimpangan yang dimungkinkan terhadap pengertian *wet matigheid van bestuur* atau asas legalitas. Diskresi sebagai bentuk wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan tertentu dalam lingkup administrasi atau tata kelola pemerintahan. Diskresi muncul karena adanya tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai, tujuan bernegara dari paham negara kesejahteraan adalah untuk menciptakan kesejahteraan rakyat. Dengan demikian, sepanjang demi kepentingan rakyat banyak, maka tidak ada alasan bagi pejabat atau lingkungan jabatan/lembaga sebagai pelaksanaan fungsi administrasi negara untuk menolak mengambil suatu kebijakan dan tidak dapat menolak berdasarkan atas dengan dalih ketiadaan peraturan perundang-undangan (*rechtsvacuum*).

F. Teori Kemanfaatan Hukum

Hukum ditegakkan dengan memperhatikan 3 (tiga) hal, yaitu kepastian, keadilan dan kemanfaatannya. Ketiga hal ini harus sejalan seiring dan

harmonis walaupun dalam KENYATAANNYA SERING TERJADI BENTURAN ANTARA KEPASTIAN HUKUM DENGAN KEMANFAATAN, ATAU ANTARA KEADILAN DENGAN KEPASTIAN HUKUM, ANTARA KEADILAN DENGAN KEMANFAATAN.

KEPASTIAN HUKUM SERING MENJADI PADA POSISI YANG PALING UTAMA DIBANDINGKAN DENGAN KEADILAN MAUPUN KEMANFAATAN. KEPASTIAN HUKUM AKAN MEMBERIKAN KEJELASAN KEPADA MASYARAKAT MENGENAI HAK DAN KEWAJIBANNYA DIHADAPAN HUKUM, KETIADAAN KEPASTIAN HUKUM AKAN MEMBUAT MASYARAKAT MENJADI TIDAK TAHU APA YANG HARUS DILAKUKANNYA, TIDAK TAHU APAKAH YANG DILAKUKANNYA BENAR ATAU SALAH, DILARANG ATAU TIDAK DILARANG OLEH HUKUM. KEPASTIAN HUKUM AKAN MENJADI PENJAGA BAGI PENCARI KEADILAN TERHADAP TINDAKAN KESEWENANG-WENANGAN DARI PETUGAS PENEGAK HUKUM YANG MUNGKIN MENYALAHGUNAKAN (*ABUSE*) KEWENANGAN YANG DIBERIKAN OLEH PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DALAM MENJALANKAN TUGASNYA SEBAGAI PENEGAK HUKUM.

KEADILAN HUKUM ADALAH SALAH SATU TUJUAN HUKUM YANG PALING BANYAK DAN PALING LAMA DIBICARAKAN, NAMUN TIDAK DAPAT DIPASTIKAN SEPERTI APA KEADILAN ITU KARENA KEADILAN BISA MENJADI SANGAT RELATIF DAN SUBJEKTIF BAGI PENERIMANYA. PRINSIP DASAR KEADILAN ADALAH KESEIMBANGAN PROPORSIONAL ANTARA HAK DAN KEWAJIBAN. KEADILAN MEMUAT KEBENARAN, IMPARSIALITAS, DAPAT DIPERTANGGUNGJAWABKAN DAN MEMPERLAKUKAN SEMUA MANUSIA SAMA DIHADAPAN HUKUM.

KEMANFAATAN HUKUM SERINGKALI MENJADI YANG TERAKHIR DIPERHATIKAN DALAM TUJUAN HUKUM, SEBENARNYA INI ADALAH ARTI DARI TUJUAN HUKUM ITU SENDIRI, TIDAK ADA ARTINYA BILA MEMBERIKAN KEPASTIAN DAN KEADILAN BILAMANA TIDAK MENDATANGKAN KEMANFAATAN BAGI MANUSIA ATAU MASYARAKAT. KEMANFAATAN HUKUM ATAU SERING JUGA DISEBUT *UTILITAS*, MENILAI APAKAH SUATU KEBIJAKAN SOSIAL POLITIK, EKONOMI DAN HUKUM SECARA MORAL MEMBAWA MANFAAT YANG BERGUNA ATAU SEBALIKNYA BAGI MANUSIA ATAU MASYARAKAT. BAIK ATAU BURUKNYA SUATU HUKUM HARUS DIUKUR DARI AKIBAT YANG DIHASILKAN OLEH PENERAPAN HUKUM TERSEBUT. SUATU HUKUM DINYATAKAN BAIK BILAMANA AKIBAT-AKIBAT YANG DIHASILKAN DARI PENERAPAN HUKUM TERSEBUT MEMBAWA KEBAIKAN, KEBAHAGIAAN DAN BERKURANGNYA

PENDERITAAN, DAN SEBALIKNYA, HUKUM AKAN DINYATAKAN BURUK BILA MEMBAWA KETIDAKADILAN, KEBURUKAN, KERUGIAN DAN JUSTRU MENINGKATKAN PENDERITAAN.

TEORI INI DIAKUI SEBAGAI DASAR-DASAR EKONOMI BAGI PEMIKIRAN HUKUM.

Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan dan hukum merupakan salah satu alatnya. Tujuan hukum adalah semata-mata untuk memberikan kemanfaatan, kebahagiaan atau kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Hasil akhir kemanfaatan hukum dilihat dari akibat-akibat yang dihasilkan proses penerapan hukum. Kemanfaatan hukum ini akan menjadi alat ukur bagi validitas dan efektivitas suatu ketentuan hukum yang diciptakan dan ditegakkan.

I. Pokok-Pokok Permohonan Pemohon

Setelah ahli membaca dan menganalisa pokok-pokok permohonan dari Pemohon dalam perkara *a quo*, perkenankan ahli menyampaikan pandangan dan pendapat atas permohonan pengujian ini dengan urutan pokok-pokok permohonan Pemohon dan langsung ahli beri tanggapan dan pandangan. Adapun pokok-pokok permohonan Pemohon yang akan ahli beri tanggapan dan pandangan, dikelompokkan menjadi:

- a) Permohonan pengujian ketentuan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 terkait dengan frasa “pihak lain”;
- b) Permohonan pengujian ketentuan Pasal 36 huruf c., huruf d., huruf h., dan huruf i., Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 terkait dengan frasa “penyelidikan”,

terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945

II. Tanggapan Atas Permohonan Pemohon

1. Pokok-pokok Permohonan pengujian ketentuan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, UU Nomor 5 Tahun 1999 terkait dengan frasa “pihak lain”

1.1. Bahwa pada pokoknya Pemohon berpendapat:

- 1.1.1. frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang *quo* tidak memberikan kepastian hukum,

bersifat multitafsir dan tidak jelas sehingga membuat ruang bagi lembaga tertentu untuk bertindak sewenang-wenang.

1.1.2. frasa “pihak lain” dalam ketentuan *a quo* bermakna “pelaku usaha lain” dan tidak konsisten jika mengacu kepada definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*, sehingga ketentuan *a quo* seharusnya ditafsirkan dengan “pelaku usaha lain” dan bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.

1.1.3. Pemohon menganggap KPPU memperluas makna frasa “pihak lain” dalam Pasal 22 Undang-Undang *a quo*, sehingga makna frasa “pihak lain” mencakup pihak-pihak lain di luar pelaku usaha. Penafsiran KPPU atas frasa “pihak lain” bertentangan dengan definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*.

1.2. Teori hukum persaingan usaha tentang persekongkolan.

1.2.1. *Black's Law Dictionary* memberikan definisi persekongkolan (*conspiracy*) didefinisikan sebagai:

“a combination or confederacy between two or persons formed for the purpose of committing, by their joint efforts, some unlawful or criminal act, or some act which is innocent in it self, but becomes unlawful when done concerted action of the conspirators, or for the purpose of using criminal or unlawful means to the commission of an act not in it self unlawful”.

1.2.2. *Konspirasi* atau persekongkolan dalam penawaran umum diartikan sebagai bentuk perjanjian kerjasama di antara para penawar yang seharusnya bersaing, dengan tujuan memenangkan peserta tender tertentu. Perjanjian ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta lelang yang setuju untuk tidak mengajukan penawaran, atau oleh para peserta lelang 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.

1.3. *Memorie van Toelichting* persekongkolan dengan pihak lain.

1.3.1. Sebagaimana teori penafsiran hukum terhadap Undang-Undang, *in casu* adalah UU Nomor 5 Tahun 1999, maka ahli akan terlebih dahulu melihat kembali dan menguraikan sejarah catatan/risalah pembuatan undang-undang, yang dalam bahasa lain kita kenal sebagai *memorie van toelichting* (yang untuk selanjutnya disebut sebagai “MvT”) UU Nomor 5 Tahun 1999 dan satu hal yang harus kita ingat bahwa kondisi negara kita pada waktu itu yang sedang luar biasa.

1.3.2. Rancangan Undang-Undang ini, pada awalnya tidak memuat pasal mengenai persekongkolan secara tersendiri, hal ini terlihat dalam Surat Nomor R.U.01/3237/DPR-RI/1998 tanggal 8 Oktober 1998 dari Ketua DPR-RI H. Harmoko kepada Presiden Republik Indonesia yang menyampaikan Usul Inisiatif DPR-RI mengenai RUU tentang Larangan Praktek Monopoli, diantaranya memuat:

“Bagian Kedua

PERSEKONGKOLAN ANTARA PARA PESAING

Pasal 21

Setiap pelaku usaha, dilarang melakukan persekongkolan dengan pelaku usaha pesaingnya untuk:

- 1. Menetapkan harga yang sama untuk produk yang sama; atau*
- 2. Membatasi peredaran dan atau penjualan barang-barang produksi mereka dengan maksud agar jumlah barang yang ditawarkan di pasar menjadi berkurang; atau*
- 3. Membagi pasar perdagangan barang menjadi daerah pasar perdagangan masing-masing pelaku usaha, sehingga untuk*

satu daerah pasar perdagangan hanya tersedia barang dari satu pelaku usaha; atau

4. Membatasi para pelaku usaha untuk saling berhubungan langsung dengan konsumen yang sama; atau

5. Mendapat akses ke barang-barang dan jasa dari para pelaku usaha pesaingnya; atau

6. mengatur pemenang tender.

dengan penjelasan Pasal 22 sebagai berikut

“Tujuan dari diaturnya larangan adanya persekongkolan yang mempengaruhi perdagangan adalah untuk mengatur sikap atau perilaku para pelaku usaha dalam melaksanakan kegiatan usahanya. Melalui pengaturan tentang larangan persekongkolan ini diharapkan akan mempunyai dampak yang besar dan konkrit bila dibandingkan kalau hanya diatur dalam satu Kode Etik”

1.3.3. Risalah rapat tanggal 14 Oktober 1998, dalam matriks Daftar Inventarisasi Masalah (yang untuk selanjutnya disebut “DIM”), pemerintah mengusulkan Pasal 21 tersebut dihapus, kecuali huruf f. dan menjadi pasal tersendiri, yang dalam matriks DIM termuat sebagai berikut:

“Usulan Pemerintah:

Berkenaan dengan materi yang cukup penting dan belum tertampung dalam RUU DPR, maka agar diusulkan ditambah pasal-pasal baru: “Pelaku Usaha dalam mengikuti tender dilarang bersama pihak lainnya melakukan pemufakatan untuk mengatur pemenang tender”.

1.3.4. Risalah Rapat tanggal 18 November 1998, dalam DIM Pemerintah menjelaskan mengenai pandangan pemerintah, yang salah satu bagian risalah mencatat sebagai berikut:

“Justru di dalam rangka kecurangan didalam komponen harga ini, kami melihat bahwa perlunya adalah sesuai dengan Pasal 21

mengenai persekongkolan antara para pesaing khususnya butir F mengenai masalah mengatur pemenang tender ini merupakan sebenarnya kecurangan dalam komponen harga. Dalam hal ini memang kami menyarankan adanya satu butir yaitu atau pasal malahan dalam bagian keempat ini yaitu mengenai masalah praktek untuk mengatur pemenang tender yang dilarang, yaitu para pelaku usaha dalam mengikuti tender dilarang bersama pihak lainnya melakukan pemufakatan untuk melakukan pemenang tender dan juga praktek yang kadang-kadang dilakukan oleh Perusahaan Besar untuk menghancurkan perusahaan lain, sehingga disarankan adanya pasal baru yaitu pelaku usaha dilarang melakukan pemasokan barang dan atau jasa dengan cara melakukan jual rugi dengan maksud mengganggu persaingan usaha, ini kaitannya dengan anti damping-lah harga ngerugi untuk merusak usaha lain gitulah, ini perlu diaturlah.

- 1.3.5. Risalah Rapat Hari Rabu, tanggal 16 Desember 1998, dalam matriks DIM Pemerintah menjelaskan beberapa hal, diantaranya: “Jadi pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk kecuali nanti alih bahasanya menyalahkan saya itu lain lagi. Tapi saya sudah buka-buka kalau kata kerjanya itu bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur pemenang tender dan seterusnya. Setelah mengatur itu di-insert atau menentukan. Jadi selengkapnya adalah pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur atau menentukan pemenang tender yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat”.

dan mendapatkan tanggapan Pimpinan Rapat sebagai berikut:

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

“Ini usulan rumusan yang dilengkapi. Mungkin ada yang ingin melengkapi?”

Anggota: Drs. Dede Suganda Adiwinata

“Saya kira substansinya sama saja pak. hanya barangkali ini masalah klimaks. Memang kalau ada kata melakukan itu memang kalimat persekongkolan. kalau tidak ada kata melakukan itu bersekongkol. Saya kira begitu, jadi kalau ada kata melakukan itu persekongkolan. Tapi kalau tidak ada kata melakukan itu dilarang bersekongkol. Saya kira itu tidak jadi masalah.

Kemudian kemaren kami perbincangkan yang menyangkut pihak lain. Pertama bisa perusahaan yang mengadakan tender. Bisa stafnya yang melaksanakan teknis tender. Bisa juga pelaku pesaing. Oleh karena itu disana disebutkan pihak lain.

Kalau sekarang ditambah menentukan, barangkali mengatur lebih luas daripada menentukan dan tidak semua orang disini mengatur. Kalau mengatur itukan lebih luas daripada menentukan. Arahnya itu kepada menentukan. Tapi kalau dilihat dari pelaku-pelaku yang tadi saya kemukakan, itu tidak semuanya menentukan. Bisa saja yang menentukan itu panitia demikian banyaknya. Saya kira dengan kata mengatur ini sudah mencakup keseluruhan menurut saya.

Pendapat Pemerintah

Terima kasih bapak pimpinan,

Sebenarnya usul kami untuk menambah dan atau menentukan itu biar lebih luas kemungkinan kemungkinan yang terjadi dilapangan tidak ada maksud lain. Sehingga pasal ini nanti betul-betul menjadi lebih efektif, itu satu.

Kedua, menyambung apa yang telah disampaikan oleh Pak Walid tadi bahwa dalam prakteknya dalam istilahnya tadi tidak ditenderkan. Sebenarnya begini pak, kalau menurut ketentuan

yang ada. Tender itu kan tawaran, dalam sistem kita itu kan tawaran atau tender itu bisa dilakukan dengan terbuka, terbatas penunjukkan. Jadi kalau tadi itu kalau istilahnya tidak ada tender itu sebenarnya tendernya tidak dilakukan secara terbuka. Dan menurut aturan memang ada kan tender yang sekian milyar harus terbuka untuk umum sekian terbatas, sekian cukup. Ini semua kan tender hanya sistem pelaksanaannya itu disesuaikan dengan nilai atau jumlah yang ditawarkan. Menurut hemat kami tender ini sudah menyangkut seluruh pekerjaan tadi, apakah itu nanti terbuka atau terbatas dls. Jadi menurut kami dengan satu kata tender mustinya sudah bisa meliputi apa yang dikawatirkan oleh Pak Walid tadi.

Anggota: HA. Walid SH.

Sedangkan khusus untuk bagian persekongkolan ini ada pemikiran adanya payung terhadap jenis jenis bersekongkolan yang kemungkinan belum teridentifikasi atau pun terjaring dengan ketentuan ketentuan tiga pasal yang sudah kita sepakati. Jadi permasalahannya yang pokok apakah payung gede yang dimasukan pak sekjen Pasal 15 itu sudah cukup untuk memayungi semuanya atau masing-masing bagian paling tidak bagian ke 4 yaitu persekongkolan ini memang perlu payung tersendiri permasalahan ini saja dulu Pak Ketua.

1.3.6. Risalah Rapat Kerja tanggal 15 Februari 1999, dalam pembahasan ini, usulan draft telah menjadi:

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

1.3.7. Bahwa memang benar untuk membaca sebuah peraturan perundang-undangan harus dilakukan secara hierarkis dan berurutan, namun dalam penyusunannya sangat sering terjadi bahwa pembuat undang-undang membuat normanya terlebih

dahulu baru kemudian membuat pengertian umum, namun bila kembali kepada MvT, tercatat bahwa mengenai pendefinisian diserahkan ke Tim Perumus (yang untuk selanjutnya disebut “Timus”) sehingga sangat ada kemungkinan terlewat untuk membahas mengenai hal ini.

1.3.8. Bahwa dengan demikian menurut maksud pembuat undang-undang yaitu DPR dan Pemerintah mengenai ketentuan persekongkolan tender memang menginginkan bahwa frasa untuk persekongkolan tender ini adalah “pihak lain” dan tidak terbatas kepada pelaku usaha lain saja.

1.4. Praktek penerapan Pasal 22

1.4.1. UU Nomor 5 Tahun 1999 mengatur sebanyak 24 pasal dugaan pelanggaran terhadap praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, namun dari seluruh pasal-pasal dugaan pelanggaran, Pasal 22-lah yang paling banyak ditangani oleh KPPU. Berdasarkan data Putusan KPPU, sejak tahun 2000 hingga tanggal 22 Desember 2016 tercatat setidaknya terdapat 275 Putusan KPPU dan 73 (atau sebesar 63%)diantaranya adalah Putusan KPPU terkait dengan persekongkolan tender berdasarkan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

1.4.2. Sedikit lebih detail, ahli mencoba mengolah data putusan KPPU pada rentang waktu tersebut. Dari 173 putusan terkait dengan persekongkolan tender, 123 diantaranya (atau sebesar 71%) melibatkan pihak lain selain pelaku usaha, antara lain Panitia Pengadaan terlepas dari pengadaan dilakukan secara manual ataupun menggunakan Lembaga Pengadaan Secara Elektronik (“LPSE”). Panitia dalam konteks putusan ini juga mencakup sampai kepada Unit Layanan Pengadaan (“ULP”), Panitia Pengadaan (“PPK”) dan Panitia Penerima Hasil Pekerjaan (“PPHP”) dalam skema pengadaan barang dan jasa. Saya sampaikan fakta-fakta bahwa dalam proses penegakan hukum

selama ini KPPU telah menerapkan putusan yang mencakup pihak lain termasuk menjatuhkan sanksi denda kepada pihak lain sebagai efek penjera. Bahkan putusan yang berkekuatan hukum tetap tersebut dikuatkan di tingkat Mahkamah Agung dan telah menjadi fakta hukum yang mengikat dimana pihak lain tersebut juga telah membayarkan denda sehingga proses penegakan hukum UU Nomor 5 Tahun 1999 telah diselesaikan dengan baik sesuai tujuannya. Lihat tabel di bawah:

No.	PUTUSAN KPPU	TERLAPOR PIHAK LAIN	PUTUSAN PN	PUTUSAN MA
1.	57/KPPU-L/2008 Pengadaan Material Persiapan MFO-nisasi Mesin PLTD Tenau PT PLN (Persero) Wilayah NTT Cabang Kupang	Panitia Pelelangan dan Pemilihan Langsung Pekerjaan Pengadaan Barang PT PLN (Persero) Wilayah NTT Cabang Kupang Untuk Pengadaan Material MFO-nisasi Mesin MAK 8m 453ak SN: 26841 s/d 26844 PLTD Tenau PT PLN (Persero) Wilayah NTT Cabang Kupang Tahun 2007 (Panitia Tender) Denda: Rp. 1.000.000.000 (satu milyar rupiah)	404 A-E/Pdt.KPPU/2009/PN.Dps tgl 16 Desember 2009 menguatkan putusan KPPU	796 K/PDT.SUS/2010 tgl 21 September 2010 menguatkan putusan KPPU (berkekuatan hukum tetap di MA)
2.	27/KPPU-L/2009 Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 tahun 1999 dalam Tender Pengandaan dan Pengiriman Modul SMP	Panitia Pengandaan dan Pengiriman Modul SMP Terbuka Tahun Anggaran 2009 Denda: Rp.500.000.000 (lima ratus juta)		

	Terbuka (berkekuatan hukum tetap di KPPU)	rupiah)		
3.	19/KPPU-L/2010 Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dalam Tender Konstruksi Bidang Jalan dan Jembatan Kabupaten Bengkalis	Panitia Lelang Barang/Jasa Konstruksi Bidang Jalan dan Jembatan Dinas Bina Marga dan Pengairan Kabupaten Bengkalis Tahun Anggaran 2009 Denda: Rp. 100.000.000 (seratus juta rupiah)	177Pdt.KPPU/2009/PN.P br tgl 7 Maret 2011 (Menang), 120/Pdt.G/KPPU/2011/P N.PBR tgl. 27 Oktober 2011 menguatkan putusan KPPU	474 K/PDT.SUS/2012 tgl 15 Oktober 2012 menguatkan putusan KPPU (berkekuatan hukum tetap di MA)
4.	21/KPPU-L/2010 Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dalam Tender Pekerjaan Pembangunan pada Satuan Kerja Listrik Pedesaan Bengkulu (berkekuatan hukum tetap di KPPU)	Panitia Pengadaan Pekerjaan Pembangunan Jaringan Distribusi pada Satuan Kerja Listrik Pedesaan Bengkulu di Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral Republik Indonesia Direktorat Jenderal Listrik dan Pemanfaatan Energi Listrik Pedesaan Bengkulu Tahun Anggaran 2009 Denda: Rp. 150.000.000 (seratus lima puluh juta rupiah)	-	-
5.	40/KPPU-L/2010	Panitia Pelelangan	-	-

	<p>Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dalam Pelelangan Pekerjaan Pengadaan dan Pemasangan Marka di Dinas Perhubungan Provinsi Jawa Barat</p> <p>(berkekuatan hukum tetap di KPPU)</p>	<p>Pekerjaan Pengadaan dan Pemasangan Marka Jalan 40.000 M' Dinas Perhubungan Jawa Barat Tahun Anggaran 2009</p> <p>Denda: Rp. 50.000.000 (lima puluh juta rupiah)</p>		
6.	<p>08/KPPU-I/2011</p> <p>Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dalam Tender Pekerjaan Pembangunan Pelabuhan Laut Samboja, Pembangunan Pelabuhan Terpadu di Kecamatan Kota Bangun Pada Paket Pekerjaan Pendamping Kegiatan Pembangunan Pelabuhan Terpadu Dinas Perhubungan Kabupaten Kutai Kartanegara Provinsi Kalimantan Timur Tahun Anggaran 2009</p> <p>(berkekuatan hukum tetap di KPPU)</p>	<p>Panitia Tender Pekerjaan Pembangunan Laut Samboja, Pembangunan Pelabuhan Terpadu Di Kecamatan Kota Bangun di Dinas Perhubungan Kabupaten Kutai Kartanegara Tahun Anggaran 2009</p> <p>Denda: Rp. 15.000.000 (lima belas juta rupiah)</p>	-	-

1.4.3. Dari 123 Putusan tersebut, sebanyak 72 putusan (atau sebesar 59%) diputus bersalah dan diajukan upaya keberatan ke pengadilan negeri. Dari putusan pengadilan negeri tersebut hanya 6 (enam) yang tidak ajukan upaya hukum kasasi oleh pihak yang berperkara di KPPU.

- 1.4.4. Mahkamah Agung tercatat telah menerima 66 upaya kasasi terhadap putusan KPPU Pelanggaran Pasal 22 dengan adanya pihak lain dan telah menguatkan 48 putusan (atau sebesar 73%) dan membatalkan 8 putusan (atau sebesar 12%) dan 10 putusan (atau sebesar 15%) masih menunggu putusan MA.
- 1.4.5. Terhadap pihak lain tersebut, KPPU tercatat beberapa kali melimpahkan kepenegak hukum lain mengenai dugaan adanya tindak pidana oleh pihak lain yang ditemukan dalam proses penanganan perkara persekongkolan tender, antara lain dalam Tender Pengadaan Tinta Sidik Jari Pemilu Legislatif Tahun 2004 dan Tender Panitia Tender/Pelelangan Penerapan KTP berbasis NIK Nasional (KTP Elektronik) Tahun 2011-2012.
- 1.5. Pendapat ahli
- 1.5.1. Sebelum lebih lanjut, perlu diingat bahwa Pemohon dalam Putusan KPPU Nomor 12/KPPU-L/2015 dinyatakan bersalah melanggar ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.
- 1.5.2. Ketentuan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 walaupun berada dalam Bagian Keempat tentang Persekongkolan, namun masing-masing memuat ketentuan pelanggaran yang berbeda-beda dan tidak saling terkait. Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 spesifik mengatur mengenai persekongkolan tender, Pasal 23 UU Nomor 5 Tahun 1999 spesifik mengatur mengenai persekongkolan informasi atau persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang, sedangkan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 spesifik mengatur mengenai persekongkolan untuk menghambat perdagangan.
- 1.5.3. Dengan demikian menjadi tidak jelas, tidak pada tempatnya dan berlebihan, Pemohon mengajukan permohonan terhadap Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang tidak dikenakan kepada Pemohon dan tidak ada kerugian konstitusional bagi

Pemohon atas ketentuan Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999.

- 1.5.4. Bahwa KPPU berdasarkan ketentuan Pasal 35 huruf f UU Nomor 5 Tahun 1999 memiliki tugas untuk membuat pedoman dan publikasi terhadap Undang-Undang ini.
- 1.5.5. Bahwa sebagaimana uraian dalam butir 1.4. tersebut di atas bahwa perkara pelanggaran Pasal 22 tentang persekongkolan tender adalah perkara yang paling banyak ditangani oleh KPPU dan Pasal 22 hanya memiliki penjelasan yang singkat mengenai tender yaitu tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau menyediakan jasa.
- 1.5.6. Mengingat bahwa perkara persaingan usaha yang paling banyak ditangani oleh KPPU adalah persekongkolan tender, sementara UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan penjelasan yang lebih lanjut, maka pada Tahun 2005, KPPU mengeluarkan Surat Edaran KPPU Nomor 184/SE/KPPU/VI/2005 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat (yang untuk selanjutnya disebut "SEKPPU No. 184 Tahun 2005").
- 1.5.7. Dalam perkembangannya, SEKPPU No. 184 Tahun 2005 ini kemudian diubah oleh KPPU menjadi Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender (untuk selanjutnya disebut "PerKPPU No. 2 Tahun 2010") yang mencabut serta menyatakan tidak berlaku lagi dan mengambilalih muatan SEKPPU No. 184 Tahun 2005.
- 1.5.8. Sampai pada titik ini, masih diperlukan kajian kembali maksud tujuan kepentingan KPPU merubah SEKPPU No. 184 Tahun

2005 menjadi PerKPPU No. 2 Tahun 2010 dengan mengingat ketentuan Pasal 8 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011.

1.5.9. Berdasarkan ketentuan Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 diatur bahwa Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Mahkamah Agung (MA), Mahkamah Konstitusi (MK), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), Komisi Yudisial (KU), Bank Indonesia (BI), Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

1.5.10. Sedangkan Pasal 8 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 memberikan batasan berupa Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

1.5.11. PerKPPU No. 2 Tahun 2010 pada bagian menimbang menyatakan “bahwa untuk melaksanakan ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender, dipandang perlu untuk menetapkan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Penerapan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 terhadap Persekongkolan dalam Tender”.

1.5.12. Frasa “melaksanakan ketentuan” tidak dapat ditafsirkan sama dengan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

“Melaksanakan” selalu dikaitkan dengan kewenangan yang secara tegas diberikan pada subyek hukum tertentu oleh Undang-Undang (peraturan perundang-undangan) sedangkan “berdasarkan” tidak terkait dengan pemberian kewenangan, tetapi semata-mata hanya menunjukkan untuk suatu hal tertentu diatur dasar hukumnya.

1.5.13. Disisi lain, Pedoman ini memberikan kemanfaatan yang baik dalam penegakan hukum persaingan usaha khususnya dalam memberikan pemahaman kepada masyarakat luas mengenai dampak buruknya persekongkolan tender dan juga modus-modus yang dipakai oleh pelaku persekongkolan untuk mengambil keuntungan sebesar-besarnya dari uang negara yang dialokasikan untuk pembangunan.

1.5.14. Melalui pedoman ini kita mengenal bahwa cakupan tender ini meliputi tawaran mengajukan harga untuk:

- a. memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan;
- b. mengadakan barang dan atau jasa;
- c. membeli suatu barang dan atau jasa; dan
- d. menjual suatu barang dan atau jasa.

1.5.15. Melalui pedoman ini kita juga mengetahui bahwa tawaran untuk mengajukan harga tersebut ditempuh dengan cara:

- a. tender terbuka;
- b. tender terbatas;
- c. pelelangan umum;
- d. pelelangan terbatas;
- e. penunjukan langsung;
- f. pemilihan langsung.

1.5.16. Melalui pedoman ini jugalah kita mengenal 3 (tiga) jenis modus persekongkolan, yaitu:

- a. persekongkolan tender secara horizontal, persekongkolan ini terjadi antara pelaku usaha dengan sesama pelaku

usaha dengan cara menciptakan persaingan semu diantara peserta tender.

- b. persekongkolan secara vertikal, persekongkolan ini terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha dengan panitia tender atau pemilik atau pemberi pekerjaan.
- c. persekongkolan vertikal dan horizontal, merupakan persekongkolan antara panitia tender atau pemilik pekerjaan dengan pelaku usaha yang melibatkan dua atau tiga pihak terkait proses tender. Bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, dimana baik panitia tender pemberi pekerjaan, maupun pelaku usaha melakukan proses tender hanya secara administratif dan tertutup.

1.5.17. Dalam praktek penanganan perkara, KPPU sangat sering dan bahkan mayoritas menangani perkara persekongkolan tender vertikal atau vertikal dan horisontal yang melibatkan panitia tender maupun pemilik pekerjaan (bohir) sebagai pihak lain. Dan ini adalah ciri khas dari persekongkolan tender di Indonesia. Hal ini juga telah teridentifikasi sejak pembahasan pembentukan UU Nomor 5 Tahun 1999 pada Tahun 1999, dimana pemerintah mengusulkan persekongkolan ini juga termasuk persekongkolan dengan pihak lain agar bisa menjadi ketentuan yang menjadi payung yang bisa mencakup praktek-praktek persekongkolan antara pelaku usaha dengan pihak lain. Risalah rapat juga mencatat bahwa usulan ini diterima oleh DPR-RI

1.5.18. Melihat kemanfaatan tersebut di atas, penafsiran terhadap Undang-Undang, asas-asas hukum, maka saya berpendapat bahwa pedoman *in casu* Pedoman Pasal 22 adalah telah sesuai dengan kewenangan KPPU untuk membuat pedoman sebagaimana diatur dalam Pasal 35 huruf f., namun dengan tetap berpegang pada asasnya, maka selayaknya pedoman tersebut

tidak difahami sebagaimana sebagai peraturan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011.

1.5.19. Bahwa dengan mengacu dan berdasarkan MvT, jelas bahwa KPPU tidak memperluas pengertian “pihak lain” karena hal ini memang merupakan usulan pemerintah yang kemudian disetujui oleh DPR-RI sehingga pengertian “pihak lain” bisa mencakup siapa saja yang terlibat dalam persekongkolan tender.

1.5.20. Bahwa terdapat perbedaan antara ketentuan Pasal 22 dan Pasal 1 butir 8, bila mengacu pada teori penafsiran hukum dan bahwa hukum itu harus membawa kemanfaatan, maka kiranya perlu Majelis Hakim Konstitusi yang Mulia ini memberikan penafsiran yang sangat tepat mengenai hal ini. Tanpa bermaksud menggurui terlebih memaksakan pendapat, alangkah tepat bila Majelis memberikan penafsiran bahwa “pihak lain” adalah pihak lain karena pada prakteknya persekongkolan tender di Indonesia selalu melibatkan pihak lain selain pelaku usaha. Sehingga bila ditafsirkan secara sempit sebagai pelaku usaha lain, justru akan terjadi pembiaran terhadap praktek-praktek persekongkolan tender yang melibatkan pihak lain karena tidak ada perangkat hukum yang mencakupnya. Bila hal ini di biarkan maka kemanfaatan hukum dalam hal ini Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 akan dirasakan tidak efektif untuk menjerat perilaku persekongkolan tersebut.

1.5.21. Bahwa KPPU tidak berwenang menghukum pihak lain, ini adalah hal yang berbeda, untuk itulah diperlukannya *joint investigation* antara KPPU dengan penegak hukum lainnya, seperti Kepolisian RI, Kejaksaan RI, dan KPK RI. Setahu saya KPPU telah memiliki Nota Kesepahaman (“MOU”) dengan lembaga-lembaga tersebut, hal ini harusnya ditindaklanjuti dengan *joint investigation*, tidak hanya berhenti di upacara penandatanganan Nota Kesepahaman saja. Sebagaimana praktek di Negara lain, maka *joint*

investigation lazim di lakukan karena kesadaran bahwa masing masing lembaga mempunyai kewenangan yang berbeda dan saling melengkapi sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Kerjasama antara lembaga akan diikuti oleh adanya Petunjuk Pelaksanaan atau Petunjuk Tehnis untuk menghindari tumpang tindih kewenangan dalam melaksanakan tugas masing-masing.

2. Pokok-pokok permohonan pengujian ketentuan Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 terkait dengan frasa “penyelidikan”
 - 2.1. Bahwa pada pokoknya Pemohon berpendapat:
 - 2.1.1. bahwa ketentuan *a quo* tidak memberikan kepastian hukum tentang kewenangan yang diberikan kepada KPPU apakah kewenangan untuk melakukan penyelidikan pidana ataukah kewenangan untuk melakukan pemeriksaan administratif. Menurut Pemohon frasa dalam ketentuan *a quo* mengatur kewenangan kepada KPPU secara akumulatif dan alternatif. Undang-Undanga *quo* juga tidak memberikan acuan yang jelas tentang kapan suatu pemeriksaan KPPU disebut pemeriksaan administratif dan kapan disebut penyelidikan pidana.
 - 2.1.2. bahwa frasa “*penyelidikan*” dalam ketentuan *a quo* bukanlah pemeriksaan administratif akan tetapi penyelidikan pidana disebabkan frasa tersebut merujuk kepada penyelidikan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (“KUHAP”), dan juga apabila dikaitkan dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) yang mengatur tentang tahapan penyidikan berdasarkan Putusan KPPU.
 - 2.1.3. bahwa menurut Pemohon ketentuan *a quo* tidak mengatur tata laksana penyelidikan secara cermat dan siapa pelaksana/penegak hukumnya, karena frasa “*penyelidikan*” dalam ketentuan *a quo* tidak disertai dengan ketentuan lain

tentang tata caranya atau pelaksanaan penyelidikannya sehingga menimbulkan pertanyaan apakah setiap peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana ataukah hanya peristiwa persaingan usaha yang bersifat administratif. Serta sama sekali tidak mengatur kewenangan KPPU untuk menjadi pejabat penyelidik.

2.2. Model Penegakan Hukum di Berbagai Negara

2.2.1. Hukum persaingan usaha pertama kali dikenal di Amerika Serikat pada tahun 1890, atas inisiatif Senator John Sherman dari Partai Republik, Kongres Amerika Serikat mengesahkan undang-undang "*Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies*". *The Sherman Act* dimaksudkan untuk memerangi persekongkolan bisnis dari perekonomian Amerika Serikat pada abad ke-19 dan sampai saat terdapat 2 (dua) kategori perilaku yang tetap menjadi landasan penegakan *Antitrust Law*. Pertama, menyatakan pelanggaran, melarang kontrak, persekongkolan dan konspirasi yang membatasi perdagangan, dan mengatur penjara dan denda untuk pelanggaran. Individu dan perusahaan yang menderita kerugian karena persekongkolan diperbolehkan untuk menuntut di pengadilan federal untuk ganti rugi. Kedua, melarang monopoli, berusaha untuk berkonspirasi untuk memonopoli setiap bagian dari perdagangan atau perdagangan di antara beberapa negara, atau dengan negara asing. Lembaga yang mengawasi pelaksanaan hukum persaingan usaha di Amerika adalah *Federal Trade Commission* (yang untuk selanjutnya disebut "FTC") yang didirikan berdasarkan *FTC Act* yang menggambarkan penegasan terhadap kedudukan FTC sebagai lembaga yang memiliki kewenangan khusus di bidang persaingan usaha dan FTC hanya bisa menangani

pelanggaran persaingan usaha secara perdata dan tidak memiliki kewenangan untuk melakukan penanganan pidana terhadap pelanggaran ketentuan persaingan usaha yang merupakan kewenangan *Departemen of Justice- Antitrust Division*.

2.2.2. Hukum persaingan usaha di Jerman diatur dengan “*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*” atau disebut dalam bahasa Inggris dengan nama “*Act against Restraints of Competition*” yang berlaku mulai tahun 1958 dan lembaga yang menanganinya adalah *Bundeskartellamt*. *Bundeskartellamt* memiliki kewenangan dan independensi untuk melakukan penyelidikan dan pengambilan putusan dalam lingkup persaingan usaha. *Bundeskartellamt* dapat melakukan semua tahapan penyelidikan dan mengajukan bukti-bukti yang dianggap penting. Dan untuk mendukung bukti-bukti yang obyektif, *Bundeskartellamt* dapat memanggil saksi-saksi dan saksi ahli. *Bundeskartellamt* bebas dalam memutuskan suatu kasus, tidak dapat dipengaruhi baik oleh pemerintah maupun pihak lain. Di dalam struktur hukum persaingan *Bundeskartellamt* merupakan suatu peradilan tingkat pertama yang merupakan *administrative act*. Keberatan terhadap putusan *Bundeskartellamt* diajukan banding di Pengadilan Tinggi dan khusus di tangani oleh Senat Kartel di Mahkamah Agung Jerman (*Bundesgerichtshof*).

2.2.3. Parlemen (*Diet*) Jepang pada tanggal 4 April 1947, mengesahkan undang-undang yang diberi nama “*Shiteki Dokusen no Kinshi Oyobi Kosei Torihiki no Kakuho ni Kansuru Horitsu*”, disingkat menjadi “*Dokusen Kinshi Ho*” atau yang dalam bahasa Inggris disebut sebagai “*Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade*” atau “*Anti Monopoli Act*” dan sebagai pengawas

pelaksanaan *Anti Monopoli Act* dibentuklah *Japan Fair Trade Commission* (yang untuk selanjutnya disebut "JFTC") yang memiliki wewenang administratif (*administrative power*), wewenang untuk mengeluarkan peraturan (*quasi-legislative power*), wewenang melakukan penyelidikan dan penyidikan, serta wewenang untuk menjatuhkan sanksi (*quasi-judicial power*). JFTC bertanggung jawab secara administratif kepada Perdana Menteri namun independensi JFTC dalam membuat keputusan tidak dapat dipengaruhi oleh pihak manapun. JFTC adalah komisi administratif independen yang dibentuk meniru *the Federal Trade Commission* di AS. JFTC terdiri dari seorang ketua, dan 4 (empat) komisioner yang ditunjuk oleh Perdana Menteri Jepang dengan persetujuan dari Kongres. Ketua JFTC dan empat komisionernya melaksanakan wewenang mereka secara independen dan tidak dapat digugat ketika melaksanakan kewenangannya.

2.3. MvT Penyelidikan

2.3.1. MvT mencatat bahwa sejak awal memang terdapat usulan kewenangan bagi KPPU untuk melakukan penyelidikan sebagaimana tertuang dalam lampiran Surat Nomor R.U.01/3237/DPR-RI/1998 tanggal 8 Oktober 1998 dari Ketua DPR-RI H. Harmoko kepada Presiden Republik Indonesia yang menyampaikan Usul Inisiatif DPR-RI mengenai RUU tentang Larangan Praktek Monopoli, pada Pasal 36, mengusulkan wewenang KPPU sebagai berikut:

1. *Menerima laporan tertulis dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tertentu tentang adanya praktek monopoli yang dilakukan oleh pelaku usaha lainnya.*
2. *Melakukan penelitian tentang kemungkinan adanya kegiatan-kegiatan usaha yang dapat menimbulkan praktek monopoli.*

3. *Melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus-kasus atau praktek monopoli yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha tertentu yang dijumpai Komisi sebagai hasil dari penelitiannya.*
4. *Menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaannya tentang ada atau tidak adanya praktek monopoli.*
5. *Memberitahukan kesimpulan dari hasil penyelidikan dan atau pemeriksaannya kepada pelaku usaha yang diduga melakukan tindakan praktek monopoli disertai dengan rekomendasinya.*
6. *Menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melakukan praktek monopoli.*

dan rancangan undang-undang awal inipun tidak banyak berubah dengan UU Nomor 5 Tahun 1999 sampai dengan sekarang.

2.3.2. Rapat tanggal 7 Januari 1999, Sekjen Depperindag menyampaikan bahwa:

Oleh karena karena itu sekali lagi komisi ini perlu diberi wewenang mengenai masalah tersebut yang seperti tadi katakan kalau hasil penyelidikannya itu adalah katakanlah berindikasikan pidana maka ya dengan sendirinya harus langsung diserahkan ke penuntut umum, dan penuntut umum tinggal meneruskan saja tidak perlu melakukan penyelidikan awal lagi. dengan demikian proses penyelesaian perkaranya itu bisa relatif cepat.

2.3.3. Rapat tanggal 11 Januari 1999, FABRI, Drs. Taufiqurochman Ruki, SH., menyampaikan:

“Karena kewenangan Komisi ini kemudian disamping yang tertuang dalam Pasal 35 juga masih ada masuk lagi dalam pasal lain, misalnya Pasal 38, Pasal 39 dll. Dengan

dimasukkannya ke Pasal 36 secara substansi tidak berbeda. Jadi mereka bisa dimasukkan disini dengan catatan nanti pada Pasal 35 butir (4) kita katakan bahwa mengambil tindakan sesuai dengan kewenangan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36 UU ini. Jadi tidak ada pasal sekian, pasal sekian tapi itu cukup satu pasal saja yaitu Pasal 36. Dengan catatan lagi bahwa kita harus betul-betul teliti bahwa kewenangan-kewenangan itu betul-betul harus kita tuangkan secara terperinci di dalam Pasal 36 ini. Dari kajian kami ini ada memanggil setiap pelaku ya tentunya memanggil dalam rangka pemeriksaan, memanggil menghadirkan saksi ya tentunya dalam rangka meminta keterangan, lalu menghubungi dan meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitan dengan penyelidikan. Jadi secara substansial memang itu kewenangan-kewenangan yang harus dilekatkan kepada Komisi dalam rangka langkah-langkahnya dia dalam rangka melaksanakan tugas-tugas dia.

2.3.4. Fraksi PDI memberikan catatan dalam rapat tanggal 18 Februari 1999 sebagai pandangan akhir yang dibacakan oleh Drs. Sebastian Massardy Kaphat bahwa:

Fraksi PDI menegaskan agar pelaksanaan pasal-pasal ini tidak tumpang tindih dengan tugas dan wewenang lembaga-lembaga penegak hukum yang memiliki kewenangan penyelidikan dan penyidikan. Terjadinya ketegangan antara Kepolisian dan kejaksaan pada waktu lalu menyangkut penyidikan suatu perkara merupakan hal yang memalukan. Karena apabila kewenangan komisi itupun nantinya dipersoalkan oleh lembaga lain yang memiliki kewenangan di bidang itu hanya akan menambah keruwetan dan kerancuan penegakan hukum. Padahal pengawasan terhadap praktik-praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sangat

penting. Oleh karena itu sejak awal hal itu harus diantisipasi, agar tidak terjadi konflik kepentingan lembaga-lembaga itu yang menimbulkan kesan di masyarakat sebagai "berebut pepesan kosong".

2.4. Pendapat Ahli

2.4.1. Berdasarkan ketentuan Pasal 36 huruf c, KPPU berwenangan untuk 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 KPPU sebagai hasil penelitiannya dan berdasarkan ketentuan Pasal 36 huruf d. KPPU juga berwenangan untuk menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau hasil pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

2.4.2. Sebagai tindak lanjut dari UU Nomor 5 Tahun 1999 khususnya Pasal 34 ayat (1) bahwa pembentukan KPPU serta susunan organisasi, tugas, dan fungsinya ditetapkan dengan Keputusan Presiden maka Presiden menerbitkan Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha (untuk selanjutnya disebut dengan "Keppres 75 Tahun 1999"). Pasal 8 Keppres 75 Tahun 1999 mengatur bahwa susunan organisasi KPPU terdiri dari:

- a. Anggota Komisi;
- b. Sekretariat.

2.4.3. Pasal 10 Keppres 75 Tahun 1999 memberikan kewenangan delegatif bahwa tata cara pelaksanaan tugas dan wewenang KPPU diatur lebih lanjut dengan Keputusan KPPU.

2.4.4. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah *sweeping legislation* yang dibuat dengan ketergesaan karena adanya kebutuhan sebagai bagian dari

Letter of Intent Indonesia kepada IMF pada waktu itu sehingga waktu nya cukup mendesak, maka hal ini juga terlihat dalam Bab VII UU Nomor 5 Tahun 1999 mengatur mengenai tata cara penanganan perkara yang apabila dibaca secara menyeluruh, tata cara penanganan perkara yang diatur dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 sangat singkat, sumir dan hanya pada pokok-pokoknya saja, namun Pasal 38 ayat (4) UU Nomor 5 Tahun 1999 mengatur bahwa “Tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut oleh Komisi” dan Pasal 40 ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 mengatur bahwa “Pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilaksanakan sesuai dengan tata cara sebagaimana diatur dalam Pasal 39” memberikan ruang bagi KPPU untuk mengatur mengenai tata cara penyampaian laporan dan tata cara pemeriksaan baik berdasarkan laporan dan maupun tanpa adanya laporan. Atas dasar ketentuan inilah kemudian tanggal 8 September 2000, KPPU mengeluarkan Keputusan Komisi Nomor 5/KPPU/Kep/IX/2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (untuk selanjutnya disebut “KepKPPU No. 5 Tahun 2000”). Kemudian dalam rangka meningkatkan transparansi dan efektivitas penanganan perkara di KPPU, maka dipandang perlu untuk menyempurnakan KepKPPU No. 5 Tahun 2000 yang pada tanggal 18 April 2006 diubah dengan Peraturan KPPU No. 01 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara (untuk selanjutnya disebut “PerKPPU No. 01 Tahun 2006”). PerKPPU No. 01 Tahun 2006 ini kemudian kembali dilakukan perubahan karena untuk menyesuaikan dengan perkembangan dan untuk lebih meningkatkan kualitas dan transparansi dalam melaksanakan

penanganan perkara di KPPU, maka pada tanggal 6 Januari 2010, KPPU menerbitkan Peraturan KPPU Nomor 01 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara (untuk selanjutnya disebut “PerKPPU No. 01 Tahun 2010”).

2.4.5. Penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU sangat sempit ruang lingkupnya yaitu hanya terbatas pada ruang lingkup persaingan usaha saja. Hal ini tercermin dalam Pasal 1 angka 18 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang mengatur bahwa Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktek-praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

2.4.6. Penyelidikan yang kita kenal selama ini adalah penyelidikan sebagaimana dimuat dalam Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (yang untuk selanjutnya disebut “KUHAP”) yang berbunyi “Penyelidik adalah pejabat polisi negara Republik Indonesia yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk melakukan penyelidikan”. Sedangkan wewenang penyelidik diatur dalam Pasal 5 ayat (1) KUHAP yang mempunyai kewenangan:

- a. menerima laporan atau pengaduan dari seorang tentang adanya tindak pidana;
- b. mencari keterangan dan barang bukti;
- c. menyuruh berhenti seorang yang dicurigai dan menanyakan serta memeriksa tanda pengenal diri; serta,
- d. mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab.

dengan demikian jelas bahwa kewenangan penyelidik berdasarkan KUHAP terbatas pada tindak pidana.

2.4.7. Persaingan usaha di Indonesia tidak diatur secara jelas sebagai hukum pidana atau hukum perdata, tetapi Pasal 4

ayat (2) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU mengatur bahwa keberatan terhadap putusan KPPU diajukan sesuai dengan prosedur pendaftaran perkara perdata. Sehingga dengan demikian, penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU tidak berada dibawah ranah hukum pidana.

2.4.8. Pasal 36 huruf j UU Nomor 5 Tahun 1999 mengatur bahwa KPPU berwenang memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian dipihak pelaku usaha atau masyarakat. UU Nomor 5 Tahun 1999 sama sekali tidak mengatur seperti apa bentuk putusan KPPU tersebut. KPPU pernah membuat putusan yang mempergunakan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” dalam Putusan KPPU Nomor 03/KPPU-I/2002 tentang Tender Penjualan Saham dan Obligasi PT. Indomobil Sukses Internasional, Tbk. (untuk selanjutnya disebut dengan “Putusan Indomobil”). Mahkamah Agung dalam putusan kasasi membatalkan Putusan Indomobil dengan alasan bahwa KPPU tidak berwenang mempergunakan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”

2.4.9. Berkaitan dengan sanksi, dalam Pasal 48 UU Nomor 5 Tahun 1999 memuat tentang Pidana Pokok dan Pasal 49 UU Nomor 5 Tahun 1999 memuat mengenai Pidana Tambahan, namun bila dicermati paragraf 9 Penjelasan Umum UU Nomor 5 Tahun 1999, yang berbunyi:

“Agar implementasi undang-undang ini serta peraturan pelaksanaannya dapat berjalan efektif sesuai azas dan tujuannya, maka perlu dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha, yaitu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh pemerintah dan pihak lain, yang berwenang melakukan

pengawasan persaingan usaha dan menjatuhkan sanksi. Sanksi tersebut berupa tindakan administratif, sedangkan sanksi pidana adalah wewenang pengadilan.

2.4.10. Putusan KPPU sendiri walaupun tanpa irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa”, berdasarkan ketentuan Pasal 46 ayat (1) UU Nomor 5 Tahun 1999, dalam hal tidak terdapat keberatan, makamemiliki kekuatan hukum yang tetap, walaupun untuk dapat memiliki kekuatan eksekutorial berdasarkan ketentuan Pasal 46 ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tetap harus meminta penetapan eksekusi ke Pengadilan Negeri.

2.4.11. Bahwasannya PerKPPU No. 1 Tahun 2010 ini juga dipandang masih banyak kekurangannya ini adalah hal yang lain. Bila perlu ditinjau kembali apakah memang telah memenuhi unsur-unsur prinsip-prinsip hukum acara (*due process of law*) yang menjamin antara lain: independensi, integritas, netralitas atau imparisialitas, proporsionalitas, profesionalitas, kesetaraan, sopan santun, keterpercayaan dari lembaga yang diberikan kewenangan tersebut.

2.4.12. Permasalahan yang saat ini mengemuka adalah pada saat proses transisi dari hasil penyelidikan yang dilakukan oleh investigator KPPU menuju ke persidangan majelis. Pasal 40 PerKPPU No. 1 Tahun 2010 mengatur bahwa Rapat Komisi yang dihadiri oleh Pimpinan Komisi yang menentukan disetujui atau tidak disetujuinya sebuah laporan hasil penyelidikan investigator KPPU menjadi perkara untuk disidangkan oleh Majelis Komisi. Praktek inilah yang seringkali dianggap tidak sesuai dengan prinsip-prinsip hukum acara karena rapat komisi yang dihadiri oleh anggota komisi menyetujui adanya dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999, maka

anggota komisi juga yang menjadi majelis komisi yang memutusnya.

2.4.13. Praktek seperti ini juga terjadi dalam sistem hukum di Amerika, maka untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kewenangan, dalam sistem hukum di Amerika terdapat *Administrative Law Judges* (yang untuk selanjutnya disebut "ALJ") yang bukan investigator yang menyelidiki dan bukan anggota komisi yang nantinya akan memutus perkaranya. ALJ berperan untuk menentukan apakah hasil penyelidikan investigator telah memenuhi persyaratan untuk menjadi sebuah perkara atau tidak, bila memenuhi persyaratan maka akan diteruskan ke Anggota Komisi untuk diputuskan. ALJ bahkan secara independen menyatakan bahwa perkara ada atau tidak walaupun dalam struktur menjadi bagian dari US FTC. Anggota Komisi US FTC hanya baru bersentuhan dan ikut dalam proses penanganan perkara tersebut setelah ditunjuk sebagai majelis komisi.

2.4.14. Saya berpendapat bahwa dalam rangka mengisi ketidaksempurnaan Undang-Undang, kekosongan hukum dan berdasarkan tujuan hukum yang meliputi kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum, maka tindakan KPPU untuk mengeluarkan PerKPPU No. 1 Tahun 2010 dapat dibenarkan karena bila hanya berdasarkan pada Bab VII tentang Tata Cara Penanganan Perkara UU No. 5 Tahun 1999, yang apabila dibaca secara menyeluruh, maka kita akan ketahui bahwa Bab VII *a quo* hanya mengatur pokok-pokoknya saja yang sangat singkat dan sumir. PerKPPU No. 1 Tahun 2010 saya pandang justru memberikan manfaat yang luas untuk menjaga hak-hak dan kewajiban dari siapa pun yang berperkara di KPPU dan menjaga agar KPPU juga tidak menyalahgunakan kewenangan yang dimilikinya.

2.4.15. Kewenangan penyelidikan KPPU terbatas pada hukum persaingan usaha dan tidak mencakup wilayah hukum pidana, karena KPPU hanya berwenang dalam lingkup hukum persaingan usaha. Mahkamah Agung telah mengklasifikasikan Hukum Persaingan Usaha merupakan bagian dari hukum perdata sehingga perlu pengaturan yang lebih komprehensif. Disamping itu untuk memastikan bahwa tidak terjadi *abuse of power* perlu diingat bahwa putusan KPPU mendapatkan *review* atau pemeriksaan terhadap penerapan hukum melalui pengajuan keberatan di Pengadilan Negeri dan pengajuan upaya hukum kasasi di Mahkamah Agung.

III. Simpulan Ahli dan Penutup

Berdasarkan dengan hal-hal pokok-pokok yang diajukan oleh Pemohon dan berdasarkan uraian-uraian yang telah ahli jabarkan di atas, maka ahli berkesimpulan sebagai berikut:

1. Dalam konteks Indonesia, maka berdasarkan *memorie van toelichting* UU Nomor 5 Tahun 1999, praktek penanganan perkara selama ini, dan kemanfaatannya, telah tepat bahwa pihak lain dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 didefinisikan sebagai pihak lain, tidak diterjemahkan sebagai pelaku usaha lain yang justru akan membatasi dari ketentuan hukum itu sendiri.
2. Berdasar kewenangan yang diberikan oleh Pasal 35 huruf f UU Nomor 5 Tahun 1999, KPPU dapat membuat pedoman dan/atau publikasi terhadap substansi UU Nomor 5 Tahun 1999 dalam bentuk *beleidsregels*. Sifatnya memiliki kemiripan dengan peraturan perundang-undangan atau perundang-undangan semu tetapi bukan peraturan perundang-undangan.
3. UU Nomor 5 Tahun 1999 telah memberikan batasan yang jelas mengenai kewenangan KPPU, penyelidikan dan sanksi yang dapat diberikan oleh KPPU berada dalam ranah hukum administrasi, dan kewenangan penyelidikan dan memutus yang dimiliki oleh lembaga sejenis KPPU adalah wajar sepanjang

pelaksanaannya tetap memperhatikan prinsip-prinsip hukum acara yang baik dan dalam hal ini menerapkan *due process of law*.

4. Penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU berada dalam ranah hukum administrasi sehingga tidak termasuk dalam ruang lingkup KUHAP. Oleh karena ketiadaan hukum yang mengaturnya maka dengan itikad baik demi memberikan kepastian hukum dan keadilan bagi para pencari keadilan serta mencegah kesewenangan-wenangan KPPU, maka KPPU menerbitkan Tata Cara Penanganan Perkara.

[2.4] Menimbang bahwa Dewan Perwakilan Rakyat telah menyampaikan keterangan dalam persidangan Mahkamah tanggal 23 November 2016 dan telah pula menyampaikan keterangan tertulis yang diterima Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 14 Desember 2016, yang pada pokoknya sebagai berikut.

A. KETENTUAN UU NOMOR 5 TAHUN 1999 YANG DIMOHONKAN PENGUJIAN TERHADAP UUD 1945

Pemohon dalam permohonannya mengajukan pengujian terhadap Pasal 22; Pasal 23; Pasal 24; Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i; Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2); dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5 Tahun 1999, yang dianggap Pemohon bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Bahwa isi ketentuan pasal-pasal *a quo* adalah sebagai berikut:

1. Pasal 22

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

2. 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.”

3. 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.”

4. Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i

“Wewenang Komisi meliputi:

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 dari penelitiannya;

d. 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 dari penelitiannya;

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;”

5. Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2)

(1) Pelaku usaha dan atau pihak lain yang diperiksa wajib menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan.

(2) Pelaku usaha dilarang menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan.

6. Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5)

(4) Apabila ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) tidak dijalankan oleh pelaku usaha, Komisi menyerahkan putusan

tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

- (5) *Putusan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (4) merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan.*

B. HAK DAN/ATAU KEWENANGAN KONSTITUSIONAL YANG DIANGGAP PEMOHON TELAH DIRUGIKAN OLEH BERLAKUNYA PASAL-PASAL A QUO DALAM UU 5 TAHUN 1999

Pemohon dalam permohonan *a quo* mengemukakan bahwa hak konstitusionalnya telah dirugikan dan dilanggar oleh berlakunya ketentuan Pasal 22; Pasal 23; Pasal 24; Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i; Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2); dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5 Tahun 1999 yang pada intinya sebagai berikut:

1. Bahwa frasa "*pihak lain*" dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU 5 Tahun 1999 tidak memberikan kepastian hukum sehingga tidak dapat mewujudkan tujuan untuk menciptakan demokrasi dalam bidang ekonomi melalui persaingan usaha yang sehat, karena frasa "*pihak lain*" bersifat multi tafsir dan tidak jelas sehingga membuka ruang bagi lembaga tertentu untuk bertindak sewenang-wenang. Sehingga kesewenang-wenangan tersebut menghilangkan hak yang dimiliki Pemohon sebagai pemenang sebuah kompetisi yang *fair*, transparan, dan terbuka. Selain itu, menurut pemohon terdapat inkonsistensi kaidah norma Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 sepanjang frasa "*pihak lain*" dengan definisi persekongkolan pada Pasal 1 angka 8 UU *a quo*. Menurut Pemohon frasa "*pihak lain*" seharusnya dimaknai sebagai frasa "*pelaku usaha lain*". Selain itu, frasa "*pihak lain*" bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;
2. Bahwa frasa "*penyelidikan dan atau pemeriksaan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan kepastian hukum tentang kewenangan yang diberikan pasal-pasal ini kepada KPPU apakah itu kewenangan untuk melakukan

penyelidikan pidana ataukah pemeriksaan administratif? Artinya secara akumulatif penyelidikan yang dilakukan KPPU menjadi penyelidikan administratif sekaligus penyelidikan pidana. Hal ini membingungkan Pemohon tentang pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU;

3. Bahwa frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan kepastian hukum bagi Pemohon karena "*penyelidikan*" dalam pasal tersebut tidak disertai dengan ketentuan lain tentang tata caranya atau pelaksanaan penyelidikannya. Pemohon beranggapan bahwa penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU sama persis dengan penyelidikan yang dilakukan oleh Kepolisian Republik Indonesia. Menurut Pemohon konteks frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak mengatur siapakah pihak yang diberikan wewenang untuk melaksanakan penyelidikan. Sehingga menurut Pemohon merasa hak konstitusionalitasnya telah dirugikan dengan adanya frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 terlepas nantinya akan dilanjutkan atau tidak dilanjutkan ke tahap penyidikan. Dengan demikian, frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) UUD Tahun 1945;
4. Bahwa apabila frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah inkonstitusional dan tidak mengikat secara hukum, maka ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 dinyatakan inkonstitusional dan tidak mengikat secara hukum karena hasil pemeriksaan KPPU hanya bersifat administratif, sehingga proses pidana terhadap sengketa persaingan usaha harus didahului dengan penyelidikan yang dilakukan oleh Kepolisian Negara Republik Indonesia. Ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU *a quo* menekankan proses pidana dan secara prinsipil bertentangan dengan Pasal 44 ayat (2) UU *a quo* yang menekankan proses administratif dalam

penyelesaian sengketa persaingan usaha. Sehingga menurut pemohon ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU *a quo* tidak adanya kepastian hukum sehingga dapat menghambat pembangunan demokrasi ekonomi yang diwujudkan dalam persaingan usaha yang sehat, *fair*, dan transparan. Dengan demikian Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU *a quo* bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945

Bahwa pasal-pasal *a quo* dianggap Pemohon bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 yang berketentuan sebagai berikut:

1. Pasal 1 ayat (3)

“Negara Indonesia adalah negara hukum.”

2. Pasal 28D

(1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

3. Pasal 28H ayat (4)

(4) Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun.

4. Pasal 33 ayat (4)

(1) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi Nasional.”

C. KETERANGAN DPR RI

Terhadap dalil para Pemohon sebagaimana diuraikan dalam permohonan *a quo*, DPR RI dalam penyampaian pandangannya terlebih dahulu menguraikan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) dapat dijelaskan sebagai berikut:

1. Kedudukan Hukum (*legal standing*) Pemohon

Kualifikasi yang harus dipenuhi oleh para Pemohon sebagai pihak telah diatur dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 *juncto* Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah

Konstitusi (selanjutnya disebut Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi), yang menyatakan bahwa "*Para Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:*

- a. *perorangan warga negara Indonesia;*
- b. *kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
- c. *badan hukum publik atau privat; atau*
- d. *lembaga negara*".

Hak dan/atau kewenangan konstitusional yang dimaksud ketentuan Pasal 51 ayat (1) tersebut, dipertegas dalam penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan "*hak konstitusional*" adalah "*hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*" Ketentuan Penjelasan Pasal 51 ayat (1) ini menegaskan, bahwa hanya hak-hak yang secara eksplisit diatur dalam UUD 1945 saja yang termasuk "*hak konstitusional*".

Oleh karena itu, menurut Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya sebagai Pemohon dalam permohonan *a quo* sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud dalam "*Penjelasan Pasal 51 ayat (1)*" dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang *a quo*.

Mengenai batasan kerugian konstitusional, Mahkamah Konstitusi telah memberikan pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu Undang-Undang harus memenuhi 5 (lima)

syarat (vide Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007) yaitu sebagai berikut:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
- c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Jika kelima syarat tersebut tidak dipenuhi oleh Pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang *a quo*, maka Pemohon tidak memiliki kualifikasi kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai Pemohon. Menanggapi permohonan Pemohon *a quo*, DPR RI berpandangan bahwa Pemohon harus dapat membuktikan terlebih dahulu apakah benar Pemohon sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, khususnya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagai dampak dari diberlakukannya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji.

Berdasarkan uraian-uraian tersebut di atas, terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, DPR RI menyerahkan sepenuhnya kepada Ketua/Majelis Hakim Konstitusi Yang Mulia untuk mempertimbangkan dan menilai apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 51 ayat (1)

Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 011/PUU-V/2007 mengenai parameter kerugian konstitusional.

2. Pengujian Atas Pasal-Pasal *A Quo* UU Nomor 5 Tahun 1999 Terhadap UUD 1945

1) Dalam permohonan provisi

Bahwa terhadap permohonan provisi Pemohon tersebut, DPR RI memberi berpandangan sebagai berikut:

- a. bahwa Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi tidak mengenal permohonan provisi dalam pengujian undang-undang;
- b. bahwa dalam setiap pengujian undang-undang, undang-undang yang diuji tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan UUD 1945 (vide Pasal 58 Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi);
- c. bahwa ketentuan permohonan provisi dikenal dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara sebagaimana diatur dalam Pasal 63 Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan, *"Mahkamah Konstitusi dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi"*;
- d. bahwa mekanisme suatu permohonan provisi sifatnya harus penting dan mendesak;
- e. bahwa permohonan provisi adalah permohonan yang bersifat sementara dan sama sekali tidak ada hubungannya dengan pokok permohonan.

2) Dalam pokok perkara

- a. Bahwa pembentukan Undang-Undang *a quo* sudah sejalan dengan amanat UUD 1945 dan telah memenuhi syarat dan ketentuan sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011

tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (selanjutnya disebut UU 12 Tahun 2011) dengan argumentasi sebagai berikut;

- 1) Bahwa tujuan nasional sebagaimana diamanatkan dalam alinea ke 4 UUD 1945 yaitu "*...yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu undang-undang dasar negara Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Pancasila;*
- 2) Bahwa Republik Indonesia adalah negara yang berkedaulatan rakyat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menyebutkan "*kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.* Hal tersebut mengandung makna bahwa Undang-Undang Dasar adalah merupakan sumber hukum tertulis tertinggi dalam hierarki perundang-undangan yang menjadi sumber hukum bagi setiap komponen bangsa untuk menjalankan kedaulatannya berupa pelaksanaan fungsi, tugas, dan kewenangannya dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Bahwa DPR RI berdasarkan UUD 1945 adalah lembaga Negara yang merupakan representasi rakyat yang diberikan kedualatan/kekuasaan oleh UUD 1945 untuk membuat Undang-Undang. Dan jika dikaitkan dengan konsep negara Indonesia adalah negara hukum [Pasal 1 ayat (3) UUD 1945], maka Undang-Undang merupakan hukum yang harus dijunjung tinggi dan dipatuhi oleh setiap komponen masyarakat termasuk didalamnya Pemohon dan juga negara dalam menyelenggarakan negara dan pemerintahan. Gagasan negara hukum yang dianut UUD 1945 ini menegaskan adanya pengakuan normatif dan

empirik akan prinsip supremasi hukum (*Supremacy of Law*) yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*Supremacy of Law*) pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya adalah konstitusi yang mencerminkan hukum tertinggi.

- 3) Bahwa selain asas supremasi hukum (*Supremacy of Law*) dalam konsep negara hukum sebagaimana dianut dalam UUD Tahun 1945 yaitu asas legalitas (*Due Process of Law*). Dalam konsep negara hukum dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*Due Process of Law*), yaitu bahwa segala tindakan penyelenggara negara dan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Dengan demikian setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau “*rules and procedures*” (*regels*).
- 4) Bahwa pembentukan Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dimaksudkan untuk menegakkan aturan hukum dan memberikan perlindungan yang sama bagi setiap pelaku usaha di dalam upaya untuk menciptakan persaingan usaha yang sehat. Undang-Undang ini memberikan jaminan kepastian hukum untuk lebih mendorong percepatan pembangunan ekonomi dalam upaya meningkatkan kesejahteraan umum, serta sebagai implementasi dari semangat dan jiwa UUD 1945. Agar implementasi undang-undang ini serta peraturan pelaksanaannya dapat berjalan efektif sesuai asas dan tujuannya, maka perlu dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha, yaitu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh pemerintah dan pihak lain, yang berwenang melakukan pengawasan persaingan usaha dan menjatuhkan sanksi. Sanksi tersebut berupa tindakan administratif, sedangkan sanksi pidana adalah wewenang

pengadilan. Secara umum, materi dari Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ini mengandung 6 (enam) bagian pengaturan yang terdiri dari: 1. Perjanjian yang dilarang; 2. Kegiatan yang dilarang 3. Posisi dominan; 4. Komisi Pengawas Persaingan Usaha 5. Penegakan hukum 6. Ketentuan lain-lain. Undang-Undang ini disusun berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, serta berasaskan kepada demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum dengan tujuan untuk: 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 praktek-praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan pelaku usaha; serta menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha dalam rangka meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat.

- b. Bahwa DPR RI tidak sependapat dengan dalil Pemohon yang beranggapan ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* sepanjang frasa "*pihak lain*" tidak memberikan kepastian hukum sehingga tidak dapat mewujudkan tujuan untuk menciptakan demokrasi dalam bidang ekonomi melalui persaingan usaha yang sehat, karena frasa "*pihak lain*" bersifat multi tafsir dan tidak jelas sehingga membuka ruang bagi lembaga tertentu untuk bertindak sewenang-wenang. Bahwa terhadap dalil para Pemohon tersebut DPR RI berpandangan bahwa:

- 1) "*Persekongkolan*" harus dilakukan oleh dua pihak atau lebih yang bertujuan untuk melakukan suatu tindakan atau kegiatan kriminal atau melawan hukum secara bersama-sama (*Black's Law Dictionary*). Pada hakekatnya persekongkolan atau konspirasi

bertentangan dengan keadilan, karena tidak memberikan kesempatan yang sama kepada seluruh pelaku usaha. Undang-undang *a quo* dibuat untuk mewujudkan iklim usaha yang kondusif dilakukan melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi setiap pelaku usaha besar. Lebih lanjut, berdasarkan definisi dari Mahkamah tinggi USA bahwa “*conspiracy is an agreement which has consequence of concerted action*”, yaitu “persekongkolan merupakan suatu perjanjian yang konsekuensinya adalah perilaku yang saling menyesuaikan”. Selain itu, persekongkolan juga sering dipersamakan dengan “konspirasi/*conspiracy*” dengan istilah “*collusion*”/“kolusi”, yakni sebagai “*a secret agreement between two or more people for deceitful or produlent purpose*” (Christopher Pass and Bryan Lowes), artinya bahwa dalam kolusi tersebut ada suatu perjanjian rahasia yang dibuat oleh 2 (dua) orang atau lebih dengan tujuan penipuan atau penggelapan yang sama artinya dengan konspirasi dan cenderung berkonotasi buruk/negatif. Namun, bentuk persekongkolan tidak harus dibuktikan dengan adanya perjanjian, tetapi dapat dalam bentuk kegiatan lain yang tidak mungkin diwujudkan dalam suatu perjanjian (Dayu Padmara Rengganis, 2013: 39).

- 2) Dari penjelasan pengertian persekongkolan tersebut, tentu harus melibatkan pihak lain. “*pihak lain*” tidak terbatas hanya pelaku usaha lain misalnya pihak swasta saja, bisa juga pemerintah ketika bersangkutan dengan tender atau pengadaan barang dan jasa yang terkait dengan pemerintah yang didalamnya terdapat staf atau pegawai. Dalam prinsip umum pengadaan barang jasa pemerintah terhadap prinsip umum *good governance* yaitu tender pengadaan barang dan jasa dilakukan secara jujur oleh semua pihak. Hal ini

sejalan dengan tujuan pembentukan undang-undang *a quo* yaitu 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.

3) Oleh karena itu, sudah tepat frasa "*pihak lain*" dalam UU *a quo* serta frasa "*pihak lain*" dalam UU *a quo* tidak bersifat multitafsir dan sangat jelas. Frasa "*pihak lain*" Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo*, memberikan landasan hukum yang komprehensif terkait dengan para pihak dalam hal larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sehingga tidak menghalangi jaminan kepastian hukum. Dengan demikian, ketentuan Pasal 22 Pasal 23, Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.

4) Bahwa yang dimaksud dengan "*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.

c. Bahwa DPR RI tidak sependapat dengan dalil Pemohon yang beranggapan ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* merupakan suatu bentuk inkonsistensi kaidah norma antara frasa "*pihak lain*" dengan definisi persekongkolan pada Pasal 1

angka 8 Undang-Undang *a quo*. Menurut Pemohon frasa "*pihak lain*" seharusnya dimaknai sebagai frasa "*pelaku usaha lain*". DPR RI berpandangan bahwa hal tersebut bukanlah suatu bentuk inkonsistensi penormaam kaidah suatu Undang-Undang. Pembentuk hukum telah menimbang dengan matang penormaam frasa "*pihak lain*" Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 dengan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang *a quo*. Frasa "*pihak lain*" tidak merujuk kepada pengertian persekongkolan atau konspirasi usaha tetapi frasa "*pihak lain*" ini penjabaran pasal-pasal mengenai kegiatan persekongkolan, sehingga frasa "*pihak lain*" perlu dimasukkan sebagai kebutuhan untuk memperjelas "persekongkolan" yang dimaksud dalam pasal-pasal *a quo*. Apabila frasa "*pihak lain*" Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang *a quo* diganti dengan frasa "*pelaku usaha lain*" maka justru akan mempersempit makna dari ketentuan *a quo* tersebut dan tidak sesuai dengan tujuan awal pembentuk Undang-Undang *a quo*.

- d. Bahwa untuk menjamin efektivitas pelaksanaan UU 5 Tahun 1999, pembentuk undang-undang memberikan tugas kepada KPPU untuk menyusun Peraturan KPPU, Pedoman, dan/atau Publikasi sesuai dengan ketentuan Pasal 35 huruf f *juncto* Pasal 38 ayat (4) yang berketentuan sebagai berikut:

- *Pasal 35 huruf f:*

Tugas Komisi meliputi:

f. menyusun pedoman dan/atau publikasi yang berkaitan dengan undang-undang ini;

- *Pasal 38 ayat (4):*

(4) Tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut oleh Komisi.

Adapun terhadap kewenangan KPPU dalam menyusun suatu peraturan, pedoman, dan atau publikasi tersebut telah dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung yang menolak permohonan *Judicial*

Review terhadap Peraturan Komisi Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara.

Lebih lanjut terkait dengan daya ikat Peraturan KPPU telah diatur dalam ketentuan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang memberikan kewenangan kepada Komisi yang dibentuk oleh undang-undang untuk membentuk suatu peraturan perundang-undangan yang memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dibentuk berdasarkan kewenangan. Dalam pelaksanaan tugas tersebut KPPU telah menyusun berbagai peraturan, pedoman, dan/atau publikasi terkait UU Nomor 5 Tahun 1999.

- e. Bahwa terhadap dalil Pemohon bahwa Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang *a quo* sepanjang frasa "*penyelidikan dan atau pemeriksaan*" tidak memberikan kepastian hukum. DPR RI berpandangan bahwa KPPU merupakan lembaga yang bersifat independen dan yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat serta menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha juga berperan untuk menciptakan dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif. Kedudukan KPPU merupakan lembaga administratif karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif. Penyelidikan dan/atau pemeriksaan dalam Undang-Undang *a quo* merupakan serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh investigator KPPU untuk mendapatkan bukti yang cukup sebagai kelengkapan dan kejelasan laporan klarifikasi, laporan hasil kajian, hasil penelitian, dan hasil pengawasan dalam penyelidikan dan/atau pemeriksaan administratif. Sehingga sanksi yang dijatuhkanpun merupakan sanksi administratif. Lebih lanjut pencantuman "*penyelidikan dan atau pemeriksaan*" merupakan suatu penegasan bahwa kegiatan penyelidikan dan/atau pemeriksaan

dilakukan oleh KPPU dalam untuk mendapat kejelasan guna untuk menjatuhkan putusan administratif. Sehingga persangkaan dan pengaitan oleh Pemohon terhadap penyelidikan pidana tidaklah benar karena dalam Undang-Undang *a quo* pun sudah ditegaskan bahwa yang dilakukan KPPU adalah penyelidikan dan/atau pemeriksaan administratif.

- f. Bahwa Pemohon mendalilkan terhadap Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang *a quo* sepanjang kata "*penyelidikan*" tidak memberikan kepastian hukum bagi Pemohon karena "*penyelidikan*" dalam pasal tersebut tidak disertai dengan ketentuan lain tentang tata caranya atau pelaksanaan penyelidikannya. Bahwa terhadap dalil Pemohon tersebut, DPR RI berpandangan bahwa penyelidikan yang dimaksud oleh Undang-Undang *a quo* merupakan tindakan yang dipergunakan terhadap kegiatan yang dilakukan oleh komisi sebelum memberikan putusan administratif terhadap dugaan telah terjadi suatu pelanggaran terhadap Undang-Undang *a quo*. KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha, sehingga KPPU tidak menjatuhkan sanksi pidana maupun perdata, bahwa sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif. Bahwa Undang-Undang *a quo* telah memberikan wewenang kepada KPPU untuk melakukan penyelidikan secara administratif, maka kegiatan penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU adalah sah menurut peraturan perundang-undangan. Bahwa Undang-Undang *a quo* menyatakan bahwa penyelidikan KPPU adalah penyelidikan administratif. Sehingga tidak ada hak konstitusionalitas Pemohon yang dirugikan dengan adanya frasa "*penyelidikan*" dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2). Dengan demikian, ketentuan Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;

- g. Bahwa DPR RI berpandangan seyogyanya Pemohon dalam memahami Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang *a quo* harus dikaitkan juga dengan memahami Pasal 44 ayat 1), ayat (2), dan ayat (3) yang mempunyai hubungan dan rangkaian alur atau tahapan yang jelas dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5). Bahwa Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) juga tidak berdiri sendiri, tetapi juga harus dikaitkan dengan Pasal 45 dan Pasal 46 Undang-Undang *a quo* dimana sebelumnya Pemohon melaksanakan putusan KPPU, Pemohon diberikan hak untuk mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri dan Kasasi di ke Mahkamah Agung. Artinya, pasal-pasal Undang-Undang *a quo* tersebut mengutamakan penyelesaian perkara secara administratif sebagai *PrimumRemidium*, penyelesaian perkara tersebut ditangani oleh lembaga khusus yaitu KPPU, dengan tetap memberikan kesempatan kepada Pemohon untuk melakukan upaya hukum “keberatan” atas putusan administratif KPPU kepada Pengadilan Negeri dan kasasi ke Mahkamah Agung. Sehingga ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang *a quo* tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.
- h. Bahwa dengan demikian atas dasar uraian tersebut, DPR RI berpandangan bahwa ketentuan Pasal 22; Pasal 23; Pasal 24; Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i; Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2); dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 33 ayat (4) UUD 1945, juga tidak merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon.
- i. Bahwa selain pandangan secara konstitusional, teoritis dan yuridis, sebagaimana telah diuraikan diatas, dipandang perlu untuk melihat latar belakang perumusan dan pembahasan pasal-pasal terkait dalam Undang-Undang *a quo* sebagaimana tercantum dalam lampiran

keterangan DPR RI yang merupakan satu kesatuan dan bagian yang tidak terpisahkan dengan Keterangan DPR RI ini.

Bahwa DPR RI memohon agar kiranya, Ketua Majelis Hakim Konstitusi memberikan amar putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan permohonan Pemohon *a quo* ditolak untuk seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan *a quo* tidak dapat diterima;
2. Menyatakan Keterangan DPR RI dikabulkan untuk seluruhnya;
3. Menyatakan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
4. Menyatakan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Apabila Majelis Hakim Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

LAMPIRAN KETERANGAN DPR RI
PERMOHONAN PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999
TENTANG LARANGAN PRAKTEK MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA
TIDAK SEHAT
TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945
DALAM PERKARA
NOMOR 85/PUU-XIV/2016

Latar belakang pembentukan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam Risalah Rapat

Pembahasan RUU tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

1) Terkait dengan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Rapat Panitia Kerja Panitia Khusus Ke-1 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Tanggal 18 November 1998:

- Pemerintah (Menperindag/PROF. DR. IR. Rahardi Ramelan, MSc), menyampaikan bahwa: “Justru di dalam rangka kecurangan di dalam komponen harga ini, kami melihat bahwa perlunya adalah sesuai dengan Pasal 21 mengenai persekongkolan antara para pesaing khususnya butir F mengenai masalah mengatur pemenang tender ini merupakan sebenarnya kecurangan dalam komponen harga. Dalam hal ini memang kami menyarankan adanya satu butir yaitu atau pasal malahan dalam bagian keempat ini yaitu mengenai masalah praktek untuk mengatur pemenang tender yang dilarang. yaitu para pelaku usaha dalam mengikuti tender dilarang bersama pihak lainnya melakukan permufakatan untuk melakukan pemenang tender dan juga praktek yang kadang-kadang dilakukan oleh Perusahaan Besar untuk menghancurkan perusahaan lain. sehingga disarankan adanya pasal baru yaitu pelaku usaha dilarang melakukan pemasokan barang dan atau jasa dengan cara melakukan jual rugi dengan maksud mengganggu persaingan usaha. ini kaitannya dengan anti damplinglah harga ngerugi untuk merusak usaha lain gitulah. irii perlu diaturlah.

(vide halaman 301-302)

2) Terkait dengan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Rapat Panitia Kerja Ke-2 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tanggal 7 Desember 1998:

- PEMERINTAH (SEKJEN DEPPERINDAG/DRS. MUCHTAR, M.Sc.) menyampaikan bahwa: “Saya hanya sedikit memberikan *background*. tadinya kenapa kita usulkan adalah karena kalau kita sepakat bahwa perjanjian itu termasuk yang tidak tertulis. sebenarnya persekongkolan itulah bagian

daripada perjanjian-perjanjian yang tidak tertulis. Namun demikian, kami juga sebenarnya tidak keberatan sedainya pengertian atau perumusan "persekongkolan" ini diatur secara eksplisit agar supaya lebih jelas. Hal yang mungkin perlu kita pertimbangkan. kalau nanti itu katakanlah mau dirumuskan. itu mohon nanti terminologi-terminologinya ini di *check* kembali dengan Bahasa Indonesia kita. Sebab kalau saya lihat di kamus. Bersekongkol itu kan bersepakat untuk clan lain sebagainya. Sedangkan persekongkolan adalah hal atau cara atau hasil kerja persekongkolan. Okh karena itu. ini mohon nanti bisa di terminologinya mana yang tepat. apakah persekongkolan atau bersekongkol. untuk itu nanti bisa. Tetapi substansinya kami tidak keberatan. begitu juga nanti konspirasi nanti juga apakah itu persis dengan persekongkolan mohon agar supaya tidak menimbulkan berbagai penafsiran. Sebab kalau konspirasi itu bisajuga diartikan komplotan atau kelompok orang yang ingin melakukan kejahatan misalnya. Jadi ini saya hanya masalah terminologi saja. nanti biar lebih jelas ticalak menimbulkan salah pengertian. Tetapi substansi bahwa persekongkolan itu diatur didalam perumusan ini. kami tidak keberatan. Terima kasih Pimpinan.

(vide halaman 849-850)

- IR. NY. Arijanti Sigit Prakoeswo dari Fraksi KP, menyampaikan bahwa: “Jadi saya masih berfikir bahwa kegiatan usaha lebih tepat disini, karena kegiatan usaha itu mencakup yaitu yang belum kita bicarakan pemusatan tadi kemudian persekongkolan dan lain-lain. Tetapi persekongkolan yang dilakukan oleh lembaga-lembaga dan tidak oleh perorangan-perorangan.

(vide halaman 998)

- 3) Diskusi terkait frasa “pihak lain” pada Pasal 1 huruf o yang mendefinisikan ‘konsumen’ dalam Rapat Panitia Kerja ke-2 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tanggal 7 Desember 1998

- H. Yusuf Talib, S.H. (Fraksi Karya Pembangunan), menyatakan bahwa: Jadi memang perbedaan dengan Pemerintah itu hanya pada kata terakhir saja. **Yaitu Pemerintah mengajukan “pelaku usaha”, sedangkan draft kita adalah orang lain.** Ada bisa mengcover **pelaku usaha kalau orang**

diganti pihak saya kira covered sudah. Jadi atau kepentingan lain. Sedangkan setelah kami mempelajari dengan teman-teman semuanya Rancangan Undang-Undang tentang Perlindungan Konsumen, kami punya keyakinan bahwa substansi yang ada di Rancangan Undang-Undang ini lebih mantap dan lebih pas daripada yang ada di dalam Lembaga Perlindungan Konsumen. Jadi ini lebih dahulu biar saja nanti Undang-Undang sana yang menyesuaikan ini bukan dibalik saya kira. Jadi **dengan catatan tadi orang itu diganti dengan pihak, sehingga pengertiannya bisa termasuk apa yang diinginkan Pemerintah.** Saya kira itu, kalau itu setuju saya kira tidak usah Timus lagi.

(vide halaman 857 – 858)

- Diskusi terkait frasa “pihak lain” pada Pasal 1 huruf o yang mendefinisikan ‘konsumen’ dalam Rapat Panitia Kerja ke-2 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Samsuedin (Ketua Rapat/Fraksi ABRI), menyatakan bahwa:

“Baik, kelihatannya ini kita punya lebih bagus, makhluk hidup berarti binatang bisa itu ya. Jadi karena ini Cuma tadi Pak **cuma orang diganti pihak** ini barangkali sudah masuk ini. Kalau Bapak setuju ya saya putuskan jadi saja ini. Silakan Pak.” **(vide halaman 858)**

- Diskusi terkait frasa “pihak lain” pada Pasal 1 huruf o yang mendefinisikan ‘konsumen’ dalam Rapat Panitia Kerja ke-2 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Drs. Muchtar, M.Sc (Pemerintah/Sekjen Depperindag), menyatakan bahwa:

“Terima kasih Bapak Pimpinan. Dan kami setuju dengan usulan koreksi sedikit dari Pak Yusuf tadi bahwa orang diganti pihak lain, sehingga orang lain pun nanti implisit atau eksplisit juga bisa meliputi pelaku usaha. Terima kasih Pak.”

(vide halaman 858)

- 4) Usulan pemerintah terkait Pasal 15 ayat (3) mengenai substansi potongan harga, terdapat usulan dari Pemerintah yang menyinggung mengenai penggunaan frasa ‘pihak lain’ dalam Rapat Panitia Kerja ke-3 RUU Larangan

Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tanggal 9 Desember 1998.

- Drs. Muchtar, M.Sc (Pemerintah/Sekjen Depperindag), menyatakan bahwa:

“Di dalam kelompok penetapan harga ini juga kami usulkan karena adanya satu pasal yang isinya adalah: Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian tentang harga atau potongan harga tertentu atas suatu barang atau jasa yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan atau jasa tersebut tidak akan menerima barang dan atau jasa yang sama atau sejenis **dari pihak lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha tersebut**. Terima kasih.” **(vide halaman 936)**

5) Terkait dengan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Rapat Panitia Kerja Ke-6 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tanggal 16 Desember 1998:

- Bpk. Drs. Dede Suganda Adiwinata dari *Fraksi Karya Pembangunan*, menyampaikan bahwa: “Saya kira substansinya sama saja Pak, hanya barangkali ini masalah klimaks. Memang kalau ada kata melakukan itu memang kalimat persekongkolan, kalau tidak ada kata melakukan itu bersekongkol. Saya kira begitu, jadi kalau ada kata melakukan itu persekongkolan. Tapi kalau tidak ada kata melakukan, itu dilarang bersekongkol. Saya kira itu tidak jadi masalah. Kemudian kemarin kami perbincangkan yang menyangkut pihak lain. **Pertama bisa perusahaan yang mengadakan tender. Bisa stafnya yang melaksanakan teknis tender. Bisa juga pelaku pesaing. Oleh karena itu disana disebutkan pihak lain.**”

(vide halaman 1076-1077)

5) Terkait dengan Pasal 36 dan Pasal 41 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Rapat Panitia Kerja ke-7 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tanggal 7 Januari 1999.

- Samsuedin (Ketua Rapat/Fraksi ABRI), menyatakan bahwa:

Jadi ini masih menyangkut komisi **kita belum bisa memasukan pihak lain, pihak pengusahanya nanti kita carikan lah itu**. Apakah nanti ada

perubahan judul lagi karena ini berkembang setelah kita bicara begini ternyata ada kelemahan-kelamahan. Tapi sekarang ini kita masih berkuat pada komisi dulu, komisi tentang tugasnya, tentang kewajibannya tentang wewenangnya dan mungkin sanksi itu barangkali bisa dibicarakan sekarang. Soal tadi mengenai pengusahanya sendiri itu kita renungkan setelah ini dimana kira-kira sebaiknya, barangkali kita perlu bicara intern dulu. Kemudian nanti kita sampaikan kepada Pemerintah, jadi kita tuntaskan dulu masalah komisi tadi ada usul tentang kewajiban dan usul tentang sanksi. Saya persilakan Pak Yanto. **(vide halaman 1146)**

6) Terkait dengan Pasal 36 dan Pasal 46, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam Rapat panitia kerja Ke-7 Pembahasan RUU Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tanggal 07 Januari 1999:

➤ H. Yusuf Talib, S.H dari Fraksi KP, menyampaikan bahwa:

“Untuk itu mau kita cantumkan dimana itu terhadap pelaku usahanya ini kan mengenai komisi. Satu substansi mengenai pelaku usaha belum ada yang menyangkut kewajiban ia untuk menyampaikan seluruh dokumen perusahaan yang diperlukan termasuk yang bersifat rahasia dalam konteks keperluan pemeriksaan penyelidikan, karena kalau kewenangan penyidikan tidak disepakati untuk ini, kita tidak sepakat. Ini barangkali perlu kita pikirkan lebih jauh tidak sekedar dicantumkan apa ditugas, apa dikewajiban tapi efektivitas dari pada itu harus ada satu pasal tersendiri yang. mewajibkan pelaku usaha yang diduga berdasarkan laporan atau proaktif dari pada pemeriksaan langsung dari pada komisi terjadi perbuatan yang bersifat monopolistik atau pun persaingan usaha yang tidak sehat. Itu harus kita carikan tempatnya di mana itu, sebab di dalam bab-bab sebelumnya tidak ada itu.” **(vide halaman 1146)**

➤ H. Yusuf talib, S.H dari Fraksi KP, menyampaikan bahwa: “Kalau di situ berarti sengketanya sudah ada, disini kewajiban pelaku usaha untuk menyerahkan. Jadi ada kewajiban hak atau kewajiban yang harus diberikan kepada komisi untuk meminta semua dokumen. Untuk bisa efektif ketentuan

itu pelaku usaha yang bersangkutan diwajibkan menyerahkan itu. Kalau dia tidak mau menyerahkan kena sanksi, jadi kedua-duanya bisa kena sanksi komisi yang membuka rahasia juga kena sanksi pelaku usaha yang tidak mau menyerahkan dokumen yang bersifat rahasia juga bisa kena sanksi. Terima kasih.” (**vide halaman 1146**).

- Pemerintah (Sekjen Depperindag/DRS.Muchtar, M.Sc, menyampaikan bahwa: “Sebenarnya ini termasuk kita apakah akan memberi wewenang kepada Komisi untuk mengumumkan putusnya atau tidak, itu sebetulnyajuga terkait dengan tugas dan wewenang secara keseluruhan yang akan kita sepakati bersama terhadap Komisi ini, misalnya ini tadi dalam hal penyidikan. Sebab Bapak/Ibu sekalian; kalau Komisi itu nanti misalnya diberi wewenang untuk menyidik, maka hasilnya itu nanti dapat langsung, kalau itu misalnya pidana hasilnya dapat langsung diberikan kepada Penuntut Umum. Dan Penuntut Umum tinggal meneruskan, tidak perlu melakukan penyelidikan awal kembali. Persoalannya tadi disampaikan oleh Bapak Taufieq kaitan dengan Undang-Undang Nomor 8 bahwa Penyidik dan harus PNS. Memang ketentuan umumnya begitu, tetapi kalau misalnya ada keinginan secara spesifik yang dicantumkan di dalam suatu Undang-Undang bahwa diinginkan adanya penyidik, pemberian kewenangan untuk menyidik kepada suatu Lembaga, menurut pendapat kami kok tidak ada masalah, walaupun ini tidak persis, kami bisa merujuk salah satu pasal di Undang-Undang mengenai Zona Ekonomi Eksklusif. Di dalam Undang-Undang tersebut disebut lagi walaupun tidak persis, itu dinyatakan bahwa aparat penegak hukum di bidang penyidikan di Zona Ekonomi Eksklusif adalah Perwira Tentara Nasional Indonesia Angkatan Laut yang ditunjuk oleh Panglima ABRI dan sebagainya. Artinya katakan bahwa di dalam Undang-Undang ini menunjuk secara spesifik institusi yang dikehendaki untuk melakukan pendidikan. Padahal kalau tadi kembali kepada rumusan umum atau ketentuan umum mestinya penyidik itu adalah katakanlah PNS. Oleh karena itu, maka kami menginginkan supaya diberi wewenang, sebab kalau tidak nanti putusan-putusan yang dilaksanakan oleh Komisi itu nanti

prosesnya bisa lama lagi. Itu pertama. Kedua Bapak Pimpinan. memang mungkin kita masih ingat waktu pembahasan Pansus, ketika kita membahas mengenai kewenangan penyidikan dan sanksi apakah nanti perlu kurungan dan nggak, memang sebenarnya kita akan konsultasi dengan Mahkamah Agung. Oleh karena itu, kalau seandainya dalam kesempatan ini, misalnya kita belum mendapatkan kesepakatan tidak ada salahnya, tapi yang jelas kami ingin sampaikan kami merujuk salah satu Undang-Undang yang juga memberikan kewenangan secara khusus kepada institusi untuk melakukan penyidikan dalam proses hukum dimaksud.” (**vide halaman 1157**)

- DRS. Taufieqrochman Ruki, S.H dari Fraksi ABRI, menyampaikan bahwa:
“Kalau kaitahnya dengan masalah penanganan tuntas perkara ini dari segi pidana apabila dijumpai bahwa perbuatan diklasifikasikan dalam tindak pidana dapat dibuktikan, maka sebenarnya ada satu pasal yang merupakan escape bukan suatu escape tapi merupakan suatu celah besar. Kita katakan begini bahwa apabila ketentuan atau keputusan Komisi itu tidak dijalankan oleh pelaku usaha, maka kesimpulan atau keputusan Komisi diserahkan kepada penyidik untuk dilakukan tindakan penyidikan sesuai ketentuan Undang-Undang yang berlaku. Dimana kita katakan bahwa keputusan atau kesimpulan rekomendasi. Jadi sudah merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan suatu penyidikan. Kita menyadari bahwa kemungkinan akan ada pelaku usaha yang bandel. Kalau memang penyidik, kalau memang Komisi yakin dengan bukti-bukti permulaan yang cukup, dengan keputusan maka keputusan yang sudah tepat, si pelaku usaha masih bandel, maka keputusan ini dapat diserahkan kepada penyidik dan ini dianggap bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan tindakan penyidikan. Tetapi kepada Komisi tidak diberikan kewenangan penyidikan, karena kewenangan penyidikan sebagaimana diatur di dalam KUHP itu menyangkut kewenangan yang luas sekali, antara lain untuk menangkap, menahan, menggeledah, mensita. Apakah memang demikian dimaksudkan. Dari inisiator, terus terang tidak sampai kearah itu. Sebab ini kita masuk katagori yang *shock crime* tidak termasuk *shock crime*, kita bisa

melakukan lewat langkah-langkah yang lebih sistematis, yang lebih ilmiah, sehingga investasinya atau penyidikannya bisa lebih.” **(vide halaman 1158)**

- Sekjen Depperindag/DRS.Muchtar, M.Sc dari Pemerintah, menyampaikan bahwa:

“Sepanjang yang menyangkut pengumuman tapi yang penting adalah substansinya itu ada. Dan walaupun toh misalnya anggota Dewan berpendapat itu lebih tepat di dalam sanksi sebenarnya kami sendiri juga tidak dapat menerima, cuma yang tadi sepanjang yang menyangkut pendidikan, kami masih berpendapat bahwa komisi ini harus diberi wewenang untuk itu, sebab kalau tidak kami khawatir proses penyelesaian perkara atau proses penyelesaian hukumnya itu bisa memakan waktu yang cukup panjang. Oleh karena itu sekali lagi komisi ini perlu diberi wewenang mengenai masalah tersebut yang seperti tadi katakan kalau hasil penyidikannya itu adalah katakanlah berindikasikan pidana maka ya dengan sendirinya harus langsung diserahkan ke penuntut umum, dan penuntut umum tinggal meneruskan saja tidak perlu melakukan penyelidikan awal lagi. Dengan demikian proses penyelesaian perkaranya itu bisa relatif cepat.” **(vide halaman 1159)**

- Sekjen Depperindag/DRS.Muchtar, M.Sc (Pemerintah), Menyatakan bahwa:
“Sebenarnya kalau berbicara mengenai kewenangan sampai seberapa jauh penyidikan yang diharapkan tidak jauh berbeda dengan ketentuan-ketentuan yang ada. Persoalannya apakah dalam prakteknya nanti semuanya akan digunakan itu lain lagi. Tetapi penyidikan yang dimaksud di sini mestinya ruang lingkupnya sama dengan ketentuan atau perundangan yang berlaku. Sekali dalam prakteknya seandainya nanti tidak ditemukan tindakan-tindakan yang seperti dikhawatirkan nanti ya mestinya tidak dilakukan, tetapi kalau bicara ketentuan positifnya, tentunya pengertian penyidikan ini harus sesuai dengan aturan perundang-undangan yang berlaku. Cuma tadi kan masalahnya kan itu harus Pegawai Negeri, nah kalau dasarnya itu, maka nantinya memang di dasar umum, tapi kalau dalam suatu Undang-Undang ada kemauan atau ada politik hukum yang menginginkan pemberian institusi

itu untuk melakukan penyidikan bisa saja dan sudah ada presidennya yaitu Undang-Undang Zona Ekonomi Eksklusif walaupun tidak persis, tetapi ada rujukannya. Terima kasih Bapak Pimpinan.” **(vide halaman 1160-1161)**

- Sekjen Depperindag/DRS.Muchtar, M.Sc (Pemerintah), Menyatakan bahwa:

“Menanggapi yang disampaikan oleh Pak Walid tadi. Seandainya lembaga ini diberi wewenang untuk melakukan penyidikan tentunya nanti dalam rekrutmen stafnya apabila dia akan diberi tugas sebagai penyidik dia harus memenuhi syarat-syarat atau ketentuan-ketentuan yang berlaku di dalam penyidikan, antara lain misalnya pendidikan-pendidikan penyidik. Sebab kami juga punya penyidik, sebab kami kan ada direktorat meteorologi yang suka menera, memeriksa timbangan dan lain sebagainya. Nah kami punya tenaga-tenaga penyidik dari pegawai-pegawai yang ada di meteorologi itu untuk meneliti kasus-kasus kecurangan tirnbangan-tirnbangan dan orang yang diberi katakanlah sertifikat sebagai penyidik itu. Memang prosesnya harus melalui penyidikan dengan Polri dan lain sebagainya. Ini sekedar gambaran bahwa walaupun toh institusi itu diberi wewenang menyidik bukan berarti kemudian otomatis, kemudian nanti dia bisa melakukan penyidikan tidak, tetap dalam menjalankan tugasnya dia harus punya sertifikat penyidik yang menurut aturan yang ada harus kita ikuti. Ini pemikiran karni seandainya lembaga itu diberi kewenangan untuk melakukan penyidikan. Terima kasih Bapak Pimpinan.” **(vide halaman 1162)**
- Bpk. Rahadi Sayoga, S.H dari Fraksi KP, menyampaikan bahwa: “Jadi di dalam RUU ini memang sedemikian rupa sudah kita rumuskan bahwa keinginan untuk memberikan kewenangan kepada penyidik kepada komisi untuk melakukan penyidikan ini terkendali oleh Peraturan Perundangan yang ada Pak. Jadi tidak mungkin memang. Sebab jelas sekali dalam Pasal 6 ayat (l) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 rumusannya sedemikian jelas. Kalau kita juga inginkan rumusan bahwa komisi ini memiliki kewenangan untuk melakukan penyidikan, ini akan terjadi kerancuan di dalam pengaturan mengenai acara hukum yang sudah diatur di dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 ini. Karena kita tahu persis sifat-sifat dari komisi ini. Jadi tugas

dan kewenangan itu ada pada komisi. Sedangkan komisi ini secara eksplisit kita atur secara limitatif bahwa komisi ini adalah merupakan suatu lembaga yang tidak masuk dalam kriteria sebagaimana yang dimaksud Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981. **Oleh karena itu kewenangannya juga dibatasi sedemikian rupa, sehingga lebih kepada masalah-masalah yang berkaitan dengan penilaian dan pemeriksaan atau di sini kita gunakan juga terminologi penyelidikan yang bukan penyidikan.** Oleh karena itu berdasarkan batasan-batasan yang ada memang kewenangan komisi hanya sebatas kepada yang sekarang ini kita rumuskan ini. Jadi untuk lebih jauh dari itu memang tidak dimungkinkan oleh Peraturan Perundangan. Sebab nanti akan terjadi kekacauan di dalam sistem acara pidana. Demikian Pak Ketua terima kasih.” **(vide halaman 1162)**

➤ Bpk. Yanto, S.H dari Fraksi KP, menyampaikan bahwa:

“Untuk lebih mempertegas Pak, karena kalau tadi Pak Sekjen mengemukakan penyidik katakanlah timbangan begitu ya, itu mungkin fungsinya ya sudah bisa kita wadahi meskipun kita tidak menyebut sebagai penyidik. Maksud saya begini, apakah kewenangan penyidik timbangan ini katakanlah dia menemukan kasus dia ini dari kesimpulan temuannya itu menyerahkannya langsung ke Kejaksaan seperti yang kita maksudkan hasil penyidikan dari Komisi ini atau diserahkan juga ke Komisi. Kalau ke Komisi berarti sebenarnya apa yang dimau Pemerintah itu sudah terwadahi di dalam Undang-Undang ini, yaitu paling tidak di Pasal 45 itu atau Pasal 44. Jadi hasil Komisi pada akhirnya itu bisa diserahkan kepada penyidik sebagai bukti permulaan yang cukup untuk dilakukan penyidikan. Meskipun kita tidak menggunakan penyidik kalau maksudnya adalah itu dengan contoh kasus tadi penyidik timbangan berarti sebetulnya sudah tidak ada masalah. Kalau maksudnya begitu, tetapi kalau memang penyidik timbangan itu kalau dia menemukan kasus kemudian dia berkas kemudian diserahkan ke Kejaksaan, Kejaksaan tinggal membawa ke pengadilan, ya tentunya melalui proses intern sana atau menyerahkannya kepada Polisi. Ini pertanyaan saja. Kalau kepada Polisi sesungguhnya sudah terwadahi di sini. tetapi kalau bisa itu

langsung ke Kejaksaan barangkali itu harus kita diskusikan, berarti memang harus ada penyidikan betul. Tetapi kalau diserahkan kepada Polisi berarti sesungguhnya dia belum penyidikan yang dimaksudkan dalam Undang-Undang KUHAP itu. Dan kalau itu maksudnya sudah terwadahi di dalam Rancangan Undang-Undang ini.” **(vide halaman 1164)**

- H. Yusuf Talib, S.H. dari *Fraksi KP*, menyampaikan bahwa: “Saya ingin kembali saja dulu, tadi pada awal-awal yang sudah disepakati bersama kita menempatkan komisi ini sebagai suatu lembaga independen lepas dari campur tangan Pemerintah dan pihak lain. Kalau ini kita pegang berarti unsur yang ada di dalamnya itu pasti unsur non PNS. Kalau kemudian kita ingin mengcreate kewenangan penyidik sebagaimana diatur di dalam KUHAP, maka persyaratannya itu institusi itu harus institusi negara, institusi Pemerintahan dimana didalamnya itu PNS yang oleh Undang-Undang diberi kewenangan sebagai penyidik. Sebenarnya kan lembaga ini bukannya lembaga Pemerintah, kalau toh nanti ada Sekretariat status Sekretariat yang permanen itu pun bukan institusi Pemerintahan. Ini dulu kita pegang, jadi kalau statusnya demikian saya kira selama Undang-Undang tentang hukum acara pidana tidak dirubah tidak mungkin kita mengcreate PPNS di sini untuk melakukan tindak penyidikan. Beda dengan misalnya Undang-undang Pasar Modal, Undang-Undang tentang Kepabeanaan, tentang Pajak dan beberapa Undang-Undang lainnya yang secara tegas memberikan kewenangan untuk dibentuknya diberikan kewenangan penyidikan sehingga untuk itu diperlukan adanya Penyidik PNS (PPNS). Ini, ini saya kira status lembaganya dulu harus kita clearkan, artinya kan tidak bisa kalau tidak ada penyidik barangkali memang sebatas seperti kewenangan yang diberikan di dalam Rancangan Undang-Undang ini kan kewenangan melakukan penyelidikan dan pemeriksaan. Itu sudah jauh sebetulnya, dari hasil penyelidikan dan pemeriksaan itulah dirujuk atau diteruskan kemudian kepada aparat penyidik dalam hal ini aparat penyidik apa kita aparat penyidik polisi sebagai penyidik utama. Sedangkan kalau Kejaksaan itu kalau tidak salah ini Pak Taufieq ini dari Kepolisian lebih tahu barangkali itu mereka masih terikat pada Undang-

Undang Darurat Tahun 1955 yang belum dicabut di dalam KUHAP itu dibatasi dua tahun seharusnya diganti sampai sekarang belum diganti. Jadi sebetulnya kalau menurut KUHAP kalau yang namanya penyidik itu tunggal Polisi, kecuali untuk bidang-bidang yang memang memerlukan kekhususan atau spesialisasi bisa dicreate penyidik yang bukan dari aparat kepolisian, tetapi dari PNS dan dia berada di dalam koordinasi dan pengawasan pembinaan dari aparat polisi sebagai penyidik utama.” (**vide halaman 1165-1166**)

- Bpk. DRS. Taufiequrochman Ruki, S.H. dari Fraksi ABRI, menyampaikan bahwa: “Mengapa *lex specialis* ada dua hal, yang pertama tolong diingat ZEE bukan wilayah RI, dia bukan wilayah yurisdiksi RI, dimana Kepolisian RI mempunyai kewenangan penyidikan di wilayah yurisdiksi RI dia adalah di luar batas, yang kedua berkaitan dengan *equipment*, yang bisa menjangkau ZEE di negara Republik ini cuma TNI-AL dengan kemampuan peralatannya, dengan pertimbangan itu apakah dengan suatu spesifikasi semacam itu pada Komisi juga perlu dijadikan *lex specialis*, kalau itupun diberikan jangan dibaca sepotong-sepotong. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1995 ketika berbicara tentang penegakan hukum, Pasal 13 mengatakan bahwa kepada penyidik sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 pun masih diberikan kewenangan untuk melakukan penyidikan terhadap tindak pidana itu, jadi bukan satu-satunya AL, POLRI pun diberikan, kalau itu mau diberikan juga kepada Komisi sebaiknya kepada polisipun diberikan kewenangan untuk melakukan penyidikan terhadap Undang-Undang Praktek Monopoli ini, tapi nanti akan terjadi tumpang tindih, karena itu sebaiknya kita proses saja silakan Komisi karena ini merupakan hal yang rumit, silakan Komisi *menginvestigate* terhadap kasus ini kalau itu merupakan tindak pidana serahkan kepada POLRI untuk disidik lebih lanjut. Jadi sebetulnya penyidikan di sini agak rancu sedikit, karena ini terjemahan dari *investigate* (penyidikan) kalau itu penyidikan maka kembali ke KUHAP, karena itu bagaimana kalau kita kembalikan ke investigasi bukan penyidikan, kalau investigasi tidak kena dia kemari, karena memang pengertian kita, kita memberikan investigasi tapi

jangan diterjemahkan kepada penyidikan, sebab kalau penyidikan Undang-Undang Nomor 8 berlaku, penyelidikan, penelitian, pemeriksaan, hanya sampai di situ saja. Bahkan diberikan kewenangan lebih lanjut ada kuasi, legislasi ada juga kuasi *judicial* sampai mengambil keputusan menyatakan kamu salah dan tidak salah itu adalah kewenangan pengadilan tapi kepada mereka kita berikan.” **(vide halaman 1169-1170).**

- Bpk. DRS. Taufiequrochman Ruki, S.H. dari Fraksi ABRI, menyampaikan bahwa: “...Jadi mereka bisa dimasukkan disini dengan catatan nanti pada Pasal 35 butir (4) kita katakan bahwa mengambil tindakan sesuai dengan kewenangan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36 Undang-Undang ini. Jadi tidak ada pasal sekian, pasal sekian tapi itu cukup satu pasal saja yaitu Pasal 36. Dengan catatan lagi bahwa kita harus betul-betul teliti bahwa kewenangan-kewenangan itu betul-betul harus kita tuangkan secara terperinci di dalam Pasal 36 ini. Dari kajian kami ini ada memanggil setiap pelaku ya tentunya memanggil dalam rangka pemeriksaan, memanggil menghadirkan saksi ya tentunya dalam rangka meminta keterangan, lalu menghubungi dan meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitan dengan penyelidikan. Jadi secara substansial memang itu kewenangan-kewenangan yang harus dilekatkan kepada Komisi dalam rangka langkah-langkahnya dia dalam rangka melaksanakan tugas-tugas dia...”

“Kemudian yang ke-9 memberikan keputusan dari hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan kepada pelaku usaha yang diduga melakukan tindakan praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat. Disini yang ingin kami soroti, kami garisbawahi adalah tentang memberitahukan keputusan. Kita berkeinginan bahwa keputusan Komisi adalah berupa putusan, jadi bukan berupa bleid tapi berupa vonis. Jadi karena itu memberitahukan putusan dari hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan kepada pelaku usaha yang diduga melakukan tindak praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat. Nanti saya cek dulu dengan Pasal 38, 36. Kemudian yang butir (10) dikatakan itu menjatuhkan sanksi denda kepada pelaku usaha yang melanggar undang-undang ini dengan maksud bahwa sanksi administrasi juga diberikan

kewenangan kepada Komisi untuk menjatuhkannya. Karena itu kami menyarankan agar menjatuhkan sanksi administrasi dan sanksi denda kepada pelaku usaha yang melanggar Undang-Undang ini. Sedangkan pada butir (11), kami sarankan agar butir ini tidak dimasukkan ke dalam salah satu wewenang, karena kita akan membebaskan Komisi dari kewajiban-kewajibannya untuk menjadi para pihak yang bersengketa dengan pihak pengusaha, pelaku usaha di dalam suatu peradilan. Kalau memang pelaku usaha yang telah diputuskan oleh Komisi bahwa melakukan pelanggaran atau melakukan praktek monopoli atau melakukan persaingan usaha tidak sehat, tidak melakukan keputusan Komisi sesuai dengan tenggang waktu yang diberikan dan tidak mengajukan keberatan ke pengadilan maka limpahkan saja perkara itu/kasus itu kepada penyidik untuk disidik sesuai dengan kewenangan yang dimiliki oleh penyidik. Jadi tidak kita tarik Komisi untuk menjadi para pihak dalam suatu sengketa keperdataan. Demikian tanggapan kami tentang Pasal 36 ini beberapa kata dapat kita putuskan/bicarakan dalam Timus, beberapa poin perlu kita putuskan pada kesempatan ini. Terima kasih.”

(vide halaman 1206-1207)

- Bpk. Rahadi Sayoga, S.H dari *Fraksi KP*, menyampaikan bahwa: “Saya ingin menyampaikan pendapat mengenai usulan yang diusulkan oleh Pemerintah. Saya ingin tanggapinya usulan yang dirumuskan dalam Pasal 36 ini. Saya mulai dari bawah, Pak dari mulai nomor 11. Saya sependapat dengan yang disampaikan oleh Pak Taufieq, bahwa pencantuman poin 11 ini justru menempatkan Komisi itu menjadi pihak didalam menangani masalah ini. Oleh karena itu di dalam rangka menghindari penempatan Komisi sebagai pihak dan ini lebih bernuansa Keperdataan, konsep yang diajukan oleh Dewan diantisipasi dalam Pasal 43 ayat 4. Jadi apabila tidak dipatuhi maka akan diserahkan kepada Penyidik. Oleh karena itu butir (11) ini saya kira tidak perlu dicantumkan. Sedangkan pada poin 10, saya pikir justru sanksi ini adalah sanksi *administrative* yang perlu dimuat disana. Sedangkan sanksi yang lain, denda yang kita perkirakan akan bersubstitusi kurungan ini akan

dijatuhkan oleh lembaga peradilan. Oleh karena itu sanksi yang perlu dicantumkan dalam angka 10 adalah sanksi administratif. Yang ini di dalam draft sanksi administratif itu apa saja secara limitatif diatur disana.”

(vide halaman 1208)

- Pemerintah (Sekjen Depperindag/DRS. Muchtar, M.Sc.): menyampaikan bahwa: “Bapak Pimpinan, mengenai angka kami sebenarnya fleksible Cuma referensi sejak diketahui ini yang mungkin perlu kita adakan pengertian bersama dan tadi pengertian sejak diketahui oleh pelapor, yang mengetahui kapan, yang mengetahui ya pelapor itu sendiri. Ini yang mungkin belum dapat pertimbangan kita bersama. Kalau tadi kekhawatiran berapa pun hari yang kita tetapkan adanya lembaga kadaluwarsa saya tidak tahu ini apakah terkait masalah itu. Tapi seandainya itu terkait, seandainya ada masalah oleh pelapor dan seandainya itu sudah lewat waktu dan seandainya Komisi berpendapat bahwa memang diduga atau patut diduga itu akan terjadi, Komisi tanpa dilapori dia juga bisa bertindak sendiri sebab Komisi pada dasarnya kapan saja bisa melakukan tindakan penyelidikan ada atau tidak ada pelaporan. Jadi seandainya saya sebagai Komisi misalnya ada laporan yang terlambat dan kami percaya laporan itu substansinya betul saya bisa bertindak sendiri.”

(vide halaman 1229)

- IR. NY. Arijanti Sigit Prakoeswo dari Fraksi KP, menyampaikan bahwa: “Pemeriksaan itu tidak hanya tergantung pada Komisi Pak, juga pada yang diperiksa. Ini mohon dipertimbangkan, kalau yang diperiksa mempersulit pemeriksaan, lalu bagaimana. Yang diperiksa tidak mau datang, atau yang diperiksa belum siap untuk diperiksa. Saya pikir walaupun betul ada suatu bayangan tadi Pak Sekjen mengatakan bahwa seorang pengusaha kalau diperiksa terlalu lama itu jantungnya mangkel. Tetapi sebaliknya, itu kalau kita berdiri di pihak bahwa kita pengusaha. Kalau kita berdiri pada pihak pemeriksa, dipanggil tidak mau datang-datang, alasannya macam-macam. Kan ini proses pemeriksaan juga. Apakah kesulitan-kesulitan ini akan

dimasukkan dalam penjelasan atau saya sangat setuju dengan apa yang tercantum dalam RUU ini.

(vide halaman 1269)

- Bpk. Samsuudin Ketua Rapat, menyampaikan bahwa: “Kemudian membentuk pasal (baru) Pasal 41 (baru) yaitu untuk menampung bahwa pelaku usaha wajib menyerahkan barang-barang bukti, alat bukti yang berkaitan dengan masalah yang mau diteliti, dinilai maupun diadakan penyelidikan, dan selain wajib juga dilarang menolak atau menghambat. Jadi tidak dipersulit, jadi dimasukkan sebagai pasal (baru) Pasal 41.

(vide halaman 1230)

- Pemerintah (Sekjen Depperindag/DRS. Muchtar, M.Sc.): “Pertama seperti waktu kita bahas didalam proses Komisi tadi, didalam setiap penanganan perkara itu skema atau *time prime* dari penyelesaian ini harus cepat dan transparan. Nah oleh karena itu beberapa hal disini diusulkan, tidak melalui proses seperti layaknya proses hukum, jadi dari Pengadilan Niaga langsung ke Mahkamah Agung. Itu dasar pertimbangannya adalah agar prosesnya cepat, memang nanti ada komplikasi seperti yang disampaikan tadi beban kerja dan lain sebagainya. Tapi kalau dasar pemikiran bahwa proses penanganan perkara ini, itu perlu cepat, kemudian alternatif apa yang mungkin bisa kita upayakan agar supaya itu bisa terlaksana. Sebab kita sudah sepakat di depan bahwa Komisi kan tidak mempunyai kewenangan judicial penuh, hanya katakanlah semacam kuasi paling banyak. Karena Komisi tidak mempunyai kewenangan judicial penuh, maka dengan sendirinya kalau ada perkara yang dilimpahkan kepada Pengadilan, ya mestinya harus mengikuti proses seperti adanya. Kalau proses seperti adanya, padahal kita ada berkepentingan agar *time prime* penyelesaian sengketa ini cepat, tidak bisa terpenuhi. Ini satu.” **(vide halaman 1284)**
- 7) Terkait dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Rapat Panitia Kerja Ke-7 RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tanggal 07 Januari 1999:

- Bpk. DRS. Taufiqurochman Ruki, SH, dari Fraksi ABRI, menyampaikan bahwa “Kalau kaitannya dengan masalah penanganan tuntas perkara ini dari segi pidana apabila dijumpai bahwa perbuatan diklasifikasikan dalam tindak pidana dapat dibuktikan, maka sebenarnya ada satu pasal yang merupakan escape bukan suatu escape tapi merupakan suatu celah besar. Kita katakan begini bahwa apabila ketentuan atau keputusan komisi itu tidak dijalankan oleh pelaku usaha, maka kesimpulan atau keputusan Komisi diserahkan kepada penyidik untuk dilakukan tindakan penyidikan sesuai ketentuan Undang-Undang yang berlaku. Dimana kita katakan bahwa keputusan atau kesimpulan rekomendasi. Jadi sudah merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan suatu penyidikan. Kita menyadari bahwa kemungkinan aka nada pelaku usaha yang bandel. Kalau memang penyidik, kalau memang Komisi yakin dengan bukti-bukti permulaan yang cukup, dengan keputusan, maka keputusan yang sudah tepat, si pelaku usaha masih bandel, maka keputusan ini dapat diserahkan kepada penyidik dan ini dianggap bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan tindakan penyidikan, karena kewenangan penyidikan sebagaimana diatur di dalam KUHAP itu menyangkut kewenangan yang luas sekali, antara lain untuk menangkap, menahan, menggeledah, mensita. Apakah memang demikian dimaksudkan. Dari inisiator, terus terang tidak sampai kesana. **(vide halaman 1158)**

Pemerintah (Sekjen Depperindag/DRS. Muchtar, M.Sc.): “Pertama seperti waktu kita bahas di dalam proses Komisi tadi, didalam setiap penanganan perkara itu skema atau *time prime* dari penyelesaian ini harus cepat dan transparan. Nah oleh karena itu beberapa hal disini diusulkan, tidak melalui proses seperti layaknya proses hukum, jadi dari Pengadilan Niaga langsung ke Mahkamah Agung. Itu dasar pertimbangannya adalah agar prosesnya cepat, memang nanti ada komplikasi seperti yang disampaikan tadi beban kerja dan lain sebagainya. Tapi kalau dasar pemikiran bahwa proses penanganan perkara ini, itu perlu cepat, kemudian alternatif apa yang mungkin bisa kita upayakan agar supaya itu bisa terlaksana. Sebab kita sudah sepakat di depan bahwa Komisi kan tidak

mempunyai kewenangan judicial penuh, hanya katakanlah semacam kuasi paling banyak. Karena Komisi tidak mempunyai kewenangan judicial penuh, maka dengan sendirinya kalau ada perkara yang dilimpahkan kepada Pengadilan, ya mestinya harus mengikuti proses seperti adanya. Kalau proses seperti adanya, padahal kita ada berkepentingan agar time prime penyelesaian sengketa ini cepat, tidak bisa terpenuhi. Ini satu.” (**vide halaman 1284**)

[2.5] Menimbang bahwa Pihak Terkait, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), telah menyampaikan keterangan dalam persidangan Mahkamah tanggal 23 November 2016 dan telah pula menyampaikan keterangan tertulis yang diterima Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 24 November 2016, yang pada pokoknya sebagai berikut.

Pertama, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya disebut Undang-Undang Nomor 5) adalah suatu Undang-Undang yang dibentuk sebagai tonggak reformasi ekonomi di Indonesia, dengan latar belakang sebagai berikut:

- Undang-Undang Nomor 5 hadir atas amanat reformasi untuk melaksanakan demokrasi ekonomi atas fakta situasi ekonomi Indonesia di era orde lama yang bersifat sentralistis. Diharapkan Undang-Undang tersebut dapat menjadi sarana untuk menata kembali kegiatan usaha di Indonesia, agar dunia usaha dapat tumbuh serta berkembang secara sehat dan benar, sehingga tercipta iklim persaingan usaha yang sehat, serta terhindarnya pemusatan kekuatan ekonomi pada perorangan atau kelompok tertentu, antara lain dalam bentuk praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang merugikan masyarakat, yang bertentangan dengan cita-cita keadilan sosial.
- Selanjutnya Undang-Undang Nomor 5 diharapkan dapat memberikan jaminan kepastian hukum untuk lebih mendorong percepatan pembangunan ekonomi dalam upaya meningkatkan kesejahteraan umum, serta sebagai implementasi dari semangat dan jiwa UUD 1945.
- Undang-Undang Nomor 5 disusun berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, serta berasaskan kepada demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum dengan tujuan untuk

- 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 pelaku usaha; serta menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha dalam rangka meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat.
- Lebih jauh, kepastian hukum merupakan salah satu landasan utama dari pembentukan Undang-Undang Nomor 5. Dalam Undang-Undang Nomor 5 telah secara sangat matang dan cermat mengatur kerangka hukum yang diatur meliputi asas dan tujuan, perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, posisi dominan, KPPU, penegakan hukum, serta ketentuan lain-lain.

Kedua, dalam permasalahan penegakkan hukum, Undang-Undang Nomor 5 mengedepankan penyelesaian perkara secara efisien dan efektif untuk menjamin kepastian hukum bagi pelaku usaha. Dengan tujuan tersebut maka dibentuklah KPPU, suatu lembaga khusus yang ditujukan untuk menjaga efektivitas pelaksanaannya:

- Dari penjelasan umum Undang-Undang Nomor 5, diketahui bahwa KPPU adalah lembaga independen yang terlepas dari pengaruh pemerintah dan pihak lain, yang berwenang melakukan pengawasan persaingan usaha dan menjatuhkan sanksi. Sanksi tersebut berupa tindakan administratif, sedangkan sanksi pidana adalah wewenang pengadilan.
- Penanganan perkara di KPPU sepenuhnya bebas biaya.
- Proses penanganan perkara di KPPU bersifat cepat dengan batasan waktu (maksimal 150 hari kerja).

Ketiga, Undang-Undang 5 sangat berpegang teguh kepada asas yang menempatkan penegakan hukum pidana sebagai *Ultimum Remidium*. Hal ini terlihat dalam beberapa hal sebagai berikut:

- Mengutamakan penyelesaian perkara secara administratif sebagai *Primum Remidium*, penyelesaian perkara tersebut dilaksanakan oleh lembaga khusus yang menangani perkara persaingan usaha yaitu KPPU, dengan tetap

- memberikan kesempatan kepada pelaku usaha untuk melakukan upaya hukum "keberatan" atas putusan KPPU kepada pengadilan.
- Dalam proses penanganan perkara di KPPU seluruh dokumen-dokumen yang dihasilkan tidak mencantumkan istilah-istilah yang digunakan dalam proses penegakan hukum pidana, seperti "Pro justitia"; "Untuk Keadilan" atau "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa".
 - Undang-Undang Nomor 5 memberikan pengaturan yang sangat komprehensif dalam penyelesaian perkara secara administratif dalam Pasal 38 sampai dengan Pasal 46.
 - Dalam hal terbukti pelaku usaha melakukan tindakan anti persaingan yang bersifat melawan hukum (*Actus Reus*), jalan penyelesaian yang diutamakan oleh undang-undang ini ialah memberikan kewenangan kepada KPPU untuk melakukan tindakan administratif sesuai dengan ketentuan Pasal 47.
 - Kewenangan administratif tersebut dilaksanakan dalam suatu putusan KPPU yang dibacakan dalam suatu sidang yang terbuka untuk umum. Apabila pelaku usaha merasa keberatan atas putusan KPPU tersebut, pembentuk undang-undang memberikan jalan kepada pelaku usaha untuk melakukan upaya hukum keberatan ke Pengadilan Negeri sebagaimana diatur dalam Pasal 44 ayat (2). Dalam hal ini sangat jelas terlihat kepastian hukum diberikan pada pelaku usaha yang beritikad baik dan memilih untuk menempuh jalur administratif.
 - KPPU berpandangan pembentuk undang-undang memahami pada praktiknya memungkinkan adanya pelaku usaha yang tidak memiliki itikad baik. Tidak memiliki itikad baik yang dimaksud adalah tidak kooperatif dalam penyelidikan di KPPU, tidak kooperatif dalam pemeriksaan di KPPU atau tidak kooperatif dalam menjalankan Putusan KPPU. Perlu digarisbawahi bahwa Undang-Undang Nomor 5 tidak memberikan kepada KPPU kewenangan untuk melakukan upaya paksa sebagaimana "Pro Justitia" di Kepolisian. Dalam hal ini, tentunya kewenangan administratif yang dimiliki oleh KPPU tidak dapat menyelesaikan perkara tersebut.
 - Dalam proses penyelidikan dan/atau proses pemeriksaan di KPPU, Pelaku Usaha diberikan kesempatan untuk menempuh prosedur administratif yang

diberikan Undang-Undang Nomor 5. Namun demikian, dimungkinkan adanya oknum Pelaku Usaha yang tidak beritikad baik/tidak kooperatif. Dalam Pasal 41 Undang-Undang Nomor 5 diatur KPPU dapat menyerahkan kepada penyidik dalam proses "Pro Justitia" sebagai berikut:

- Pasal 41
 - (1) Pelaku usaha dan atau pihak lain yang diperiksa wajib menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan.
 - (2) Pelaku usaha dilarang menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan.
 - (3) Pelanggaran terhadap ketentuan ayat (2), oleh Komisi diserahkan kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang berlaku.
- Penjelasan Pasal 41 ayat (3)

Yang diserahkan oleh Komisi kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan tidak hanya perbuatan atau tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (2), tetapi juga termasuk pokok perkara yang sedang diselidiki dan diperiksa oleh Komisi.

Berdasarkan hal tersebut, terlihat bahwa Undang-Undang Nomor 5 telah mengatur penempatan penegakan hukum pidana sebagai *Ultimum Remidium* sekaligus hal ini membantah dalil Pemohon mengenai tidak jelasnya kapan proses administrasi dan pidana dimulai. Hal ini menunjukkan tidak mungkin terjadi kesewenang-wenangan oleh KPPU, dikarenakan pada saat penyerahan perkara kepada pihak Kepolisian pokok perkaranya pun beralih, dengan kata lain proses administratif di KPPU otomatis berhenti.

- Dalam kondisi tertentu dimungkinkan pelaku usaha tidak mengajukan keberatan terhadap putusan KPPU, namun juga pelaku usaha tersebut tidak memiliki itikad baik untuk melaksanakan Putusan KPPU. Undang-Undang Nomor 5 memberikan jalan keluar terhadap situasi tersebut, yaitu dengan dilanjutkan ke proses Penyidikan (Pro Justitia) sesuai dengan ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) yang berbunyi sebagai berikut:

- (4) Apabila ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak dijalankan oleh pelaku usaha, Komisi menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- (5) Putusan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (4) merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan.
- Secara legalitas, pengaturan tersebut adalah tepat, yaitu dengan tidak dilaksanakannya putusan KPPU, dapat diduga ada unsur sikap batin dari pelaku usaha yang menunjukkan niat jahat (*Mens Rea*).
 - Dengan terpenuhinya unsur *Actus Reus* berupa tindakan anti persaingan dan adanya dugaan *Mens Rea* berupa itikad buruk tidak melaksanakan putusan KPPU, maka dapat diduga ada unsur pidana. Dalam hal ini tepat apabila penyelesaian permasalahan tersebut diserahkan kepada Penyidik untuk dilakukan proses Penyidikan (*Pro Justitia*) sebagaimana diatur dalam Pasal 44 ayat (4) Undang-Undang Nomor 5 tersebut.
 - Dalam praktiknya, pelaksanaan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) tidaklah bersifat serta merta, tetapi harus melalui beberapa tahapan sebelum dapat dilakukan penyidikan. Tahapan yang dimaksud adalah putusan yang diserahkan harus telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) dan juga harus terdapat dugaan adanya tindak pidana terhadap perkara yang diserahkan. Perlu ditegaskan sampai dengan saat ini KPPU tidak pernah menyerahkan putusan KPPU kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan.
 - Kepolisian Republik Indonesia (selanjutnya disebut Polri) telah menandatangani Nota Kesepahaman dengan KPPU, dalam Nota Kesepahaman tersebut diatur putusan yang dapat diserahkan kepada Polri ialah putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap, meliputi putusan KPPU yang berkekuatan hukum yang tetap, putusan pengadilan negeri yang berkekuatan hukum yang tetap, dan/atau putusan Mahkamah Agung yang berkekuatan hukum tetap.
 - Lebih lanjut, penyerahan Putusan KPPU kepada penyidik Polri tersebut tidaklah serta merta ditindaklanjuti oleh Polri. Penilaian terhadap pemenuhan unsur

pidana merupakan kewenangan sepenuhnya dari pihak penyidik Polri. Prosedur penilaian terhadap hal tersebut di antaranya melalui tahapan gelar perkara yang dilakukan oleh pihak KPPU kepada pihak Polri. Dalam hal ini, penyidik Polri mempertimbangkan untuk menerima atau tidaknya perkara yang diserahkan oleh KPPU tersebut dengan mempertimbangkan ada tidaknya pidana dan kecukupan alat bukti. Apabila pihak Polri berpendapat tidak adanya unsur tindak pidana, maka akan memberitahukan secara tertulis kepada KPPU.

Keempat, untuk menjamin efektivitas pelaksanaan Undang-Undang Nomor 5, pembentuk undang-undang memberikan tugas kepada KPPU untuk menyusun Peraturan KPPU, Pedoman, dan/atau Publikasi sesuai dengan ketentuan Pasal 35 huruf f *juncto* Pasal 38 ayat (4). Berikut adalah bunyi dari kedua pasal tersebut:

- Pasal 35 huruf f:
Tugas Komisi meliputi:
 - f. menyusun pedoman dan/atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-Undang ini;
- Pasal 38 ayat (4):
(4) Tata cara pen yampaian laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut oleh Komisi.
- Adapun terhadap kewenangan KPPU dalam menyusun suatu peraturan, pedoman dan atau publikasi tersebut, telah dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung yang menolak permohonan Judicial Review terhadap Peraturan Komisi Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara.
- Lebih lanjut, terkait dengan daya ikat Peraturan KPPU telah diatur dalam ketentuan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang memberikan kewenangan kepada Komisi yang dibentuk oleh undang-undang untuk membentuk suatu peraturan perundang-undangan yang memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dibentuk berdasarkan kewenangan.
- Dalam pelaksanaan tugas tersebut KPPU telah menyusun berbagai peraturan, pedoman dan/atau publikasi terkait Undang-Undang Nomor 5. Berikut adalah beberapa Pedoman yang menurut pendapat kami memiliki kaitan langsung

dengan permasalahan Uji Materiil yaitu penafsiran frasa "pihak lain" dan penafsiran frasa "penyelidikan":

Penafsiran frasa "pihak lain"

- Dalam permasalahan penafsiran frasa "pihak lain", KPPU telah menyusun Peraturan Komisi Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Adapun hal-hal yang menjadi pertimbangan dalam penyusunan pedoman ini adalah dari menterjemahkan maksud dari pembentuk undang-undang serta melihat pengalaman KPPU dalam proses penegakan hukum terhadap persekongkolan yang terjadi di Indonesia.
- Dalam pedoman Pasal 22 didefinisikan 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.
- KPPU telah mempelajari *memorie van toelichting* Undang-Undang Nomor 5 untuk dapat memahami maksud dari pembentuk undang-undang terkait penggunaan frasa pihak lain. Dipahami bahwa penggunaan frasa pihak lain dengan maksud dan tujuan agar dapat menjangkau tindakan anti persaingan yang bersifat horizontal maupun vertikal yang ada di Indonesia. Hal ini, sangat sesuai dengan pengalaman KPPU dalam menangani perkara persaingan usaha, dimana sebagian besar persekongkolan yang terjadi di Indonesia melibatkan pihak-pihak di luar pelaku usaha. Pihak tersebut dapat meliputi perencana, pejabat dan/atau pemilik tender yang terkait. Hal ini dapat dilihat dari 45 (empat puluh lima) putusan KPPU terkait pelanggaran Pasal 22 yang telah dikuatkan di tingkat kasasi oleh Mahkamah Agung, selalu terdapat unsur pihak lain di luar pelaku usaha, baik itu panitia pengadaan maupun orang perorangan yang terlibat dalam persekongkolan.
- Berdasarkan hal tersebut, KPPU telah menguraikan dalam Pedoman Pasal 22 bentuk-bentuk persekongkolan meliputi persekongkolan horizontal, vertikal dan kombinasi. Persekongkolan horizontal ialah persekongkolan yang terjadi antar sesama pelaku usaha, sedangkan persekongkolan vertikal ialah persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha dengan perencana, pejabat,

- pemilik tender yang terkait, serta persekongkolan kombinasi ialah persekongkolan yang melibatkan sesama pelaku usaha dan perencana, pejabat dan/atau pemilik tender tersebut.
- Bahwa Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 5 yang berbunyi "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", telah membatasi kewenangan KPPU supaya tidak menjatuhkan sanksi kepada pihak di luar pelaku usaha.
 - Hal ini telah dilaksanakan oleh KPPU dalam penanganan perkara di KPPU yang melibatkan Pemohon. Perkara yang dimaksud adalah Perkara Nomor 12/KPPU-L/2015 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 terkait Pengadaan Badan Usaha Secara Pelelangan Umum Dalam Rangka Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha. Dalam perkara tersebut, KPPU hanya menjatuhkan sanksi administratif kepada Pemohon yang merupakan pelaku usaha dan tidak kepada pihak lain.

Penafsiran frasa "penyelidikan"

- Dalam permasalahan penafsiran frasa "penyelidikan", KPPU telah menyusun Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara. Peraturan tersebut berlandaskan pada filosofis Undang-Undang Nomor 5 yang mengedepankan penyelesaian administratif sebagai Primum Remidium.
- Melaksanakan maksud dari Undang-Undang Nomor 5 yang mengutamakan penyelesaian perkara secara administratif, maka proses penyelidikan KPPU bukan hanya ditujukan untuk mengetahui ada atau tidaknya tindak pidana, melainkan ditujukan untuk menunjang proses Pemeriksaan Administratif di KPPU. Hal ini terlihat dalam pengertian Penyelidikan dalam Pasal 1 angka 6 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 yang berbeda dengan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut KUHP).

- Dalam Pasal 1 angka 5 KUHAP, penyelidikan diartikan sebagai serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini. Sedangkan dalam Pasal 1 angka 6 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, penyelidikan diartikan sebagai serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh investigator untuk mendapatkan bukti yang cukup sebagai kelengkapan dan kejelasan laporan klarifikasi, laporan hasil kajian, hasil penelitian dan hasil pengawasan.
- Adapun Laporan Hasil Penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU dinilai kembali kelayakannya dalam suatu Gelar Laporan sesuai ketentuan Pasal 39 ayat (1) dan ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 yang berbunyi sebagai berikut:
 - (1) Unit Kerja yang menangani pemberkasan dan penanganan perkara melakukan penilaian la yak atau tidaknya laporan hasil penyelidikan untuk dilakukan gelar laporan.
 - (2) Laporan hasil penyelidikan yang dinilai la yak untuk dilakukan gelar laporan, disusun dalam rancangan laporan dugaan pelanggaran.

Proses Gelar Laporan tersebut ialah bentuk pelaksanaan ketentuan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 5 yang mengatur mengenai pentingnya kejelasan dan kelengkapan suatu Laporan. Dalam hal ini, jelaslah proses penyelidikan KPPU tersebut terutama merupakan sarana untuk menguji kejelasan dan kelengkapan suatu laporan/hasil penelitian untuk dapat atau tidaknya dilakukan tahap pemeriksaan pendahuluan sebagai bagian dari rangkaian proses administratif di KPPU.

Pada akhirnya, berdasarkan keterangan dan penjelasan sebagaimana diuraikan di atas, KPPU memberikan kesimpulan sebagai berikut:

1. Bahwa frasa "pihak lain" pada Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 telah memberikan kepastian hukum dan tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

2. Bahwa frasa "penyelidikan" pada Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h dan huruf i serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 telah memberikan kepastian hukum dan tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
3. Bahwa Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 telah memberikan kepastian hukum dan tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Berdasarkan keterangan dan penjelasan tersebut di atas, KPPU memohon kepada Majelis Hakim Konstitusi yang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan pengujian (*constitutional review*) ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dengan seadil-adilnya.

Selain itu, KPPU mengajukan ahli yaitu **Refly Harun** yang menyampaikan keterangan secara tertulis yang diterima Mahkamah pada 8 Februari 2017 yang pada pokoknya sebagai berikut.

I. Frasa Pihak Lain

Dalam Permohonan perkara Nomor 85/PUU-XIV/2016, pada pokoknya Pemohon mendalilkan bahwa ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU 5/1999) bertentangan dengan ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945).

Pasal 22 UU 5/1999

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

Pasal 23 UU 5/1999

“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”

Pasal 24 UU 5/1999

“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”

Lebih lanjut Pemohon berpendapat bahwa Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (KPPU) melalui pendekatan penafsiran ekstensif telah memperluas makna dari frasa “pihak lain” sehingga tidak hanya mencakup “pelaku usaha lain” sebagaimana definisi persekongkolan atau konspirasi usaha yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999, yang menyatakan “Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan pelaku usaha dengan pelaku usaha yang lain dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol”, melainkan juga mencakup pihak-pihak lain selain pelaku usaha termasuk “pihak pemerintah”.

Oleh karena itu, menurut Pemohon, frasa “pihak lain” *a quo* tidak memberikan kepastian hukum, multitafsir, tidak jelas, dan tidak konsisten mengacu pada ketentuan definisi “pihak lain” sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 1 angka 8 UU 5/1999.

Bertolak belakang dengan pemahaman Pemohon, ahli berpendapat memang jika berlandaskan pada penafsiran sistematis dengan menghubungkan atau membandingkan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 dengan Pasal 1 angka 8 UU 5/1999, maka penafsiran frasa “pihak lain” terbatas hanya “pelaku usaha lain” dan tidak menjangkau “pihak pemerintah” misalnya. Namun demikian, suatu aturan perundang-undangan tidak hanya ditafsirkan berdasarkan penafsiran sistematis, melainkan juga dapat ditafsirkan

berdasarkan penafsiran-penafsiran lain, termasuk penafsiran historis dan penafsiran kontekstual (progresif). Untuk itu, ahli akan menjabarkan pemaknaan frasa “pihak lain” dengan menggunakan 2 (dua) penafsiran historis dan penafsiran kontekstual tersebut.

1. Penafsiran Historis

Penafsiran historis merupakan metode penafsiran ketentuan dalam suatu peraturan perundang-undangan dengan cara meneliti sejarah pembentukan peraturan itu sendiri. Dengan menggali kembali maksud pembentuk undang-undang, maka ahli akan mencoba menarik pemaknaan frasa “pihak lain” ke dalam ruang pembahasan atau risalah catatan pembahasan (*memorie van toelichting*) UU 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Dalam Risalah Rapat Panitia Khusus (Pansus) Dewan Perwakilan Rakyat, tertanggal 18 Desember 1998, diketemukan penjelasan:

“Justru dalam rangka kecurangan di dalam komponen harga, kami melihat perlu adalah sesuai dengan Pasal 21 mengenai persekongkolan para pesaing, khusus butir f mengenai masalah mengatur pemenang tender merupakan sebenarnya kecurangan dalam komponen harga, dalam hal ini memang kami menyarankan ada butir, yaitu atau pasal, malahan dalam bagian keempat ini mengenai masalah praktik untuk mengatur pemenang tender dilarang, yaitu para pelaku usaha dalam mengikuti tender dilarang bersama pihak lainnya melakukan permufakatan untuk melakukan pemenang tender dan juga praktek kadang-kadang dilakukan oleh perusahaan besar menghancurkan perusahaan lain sehingga disarankan adanya pasal baru, yaitu pelaku usaha dilarang melakukan pemasokan barang dan jasa dengan melakukan jual rugi”

Selanjutnya dalam Rapat Panitia Kerja (Panja) UU 5/1999, tertanggal 16 Desember 1998, anggota Panja Suganda Adiwinata, menyatakan frasa “pihak lain”, sebagai berikut:

“Kemudian kemaren kami perbincangkan yang menyangkut pihak lain. Pertama bisa perusahaan yang mengadakan tender. Bisa juga pelaku pesaing. Oleh karena itu disana disebut pihak lain”

Berdasarkan risalah pembahasan, baik itu di rapat Pansud maupun di rapat Panja Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI), dapat disimpulkan atau ditegaskan bahwa penafsiran atas frasa “pihak lain” tidak dapat dimaknai terbatas “pelaku usaha lain” tapi juga menjangkau “pihak swasta” maupun “pihak pemerintah”.

Oleh karena itu, ahli berkesimpulan tidak terdapat pertentangan antara ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 dengan ketentuan UUD 1945. Malah penafsiran frasa “pihak lain” yang tidak terbatas “pelaku usaha lain” tersebut sejalan dengan semangat Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, yang mengharuskan perekonomian nasional diselenggarakan berdasarkan prinsip-prinsip keadilan, menjamin kemajuan (kesejahteraan), dan kesatuan ekonomi nasional.

2. Penafsiran Konstektual (Progresif)

Seharusnya perbedaan antara ketentuan Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 dan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 dimaknai dalam konteks saling melengkapi satu sama lain dalam satu kesatuan sistem hukum, yaitu keberadaan Pasal 1 angka 8 *juncto* Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 dianalogikan seperti bongkahan *puzzle* yang saling melengkapi dan menguatkan. Di satu sisi Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 mendefinisikan frasa “pihak lain” secara general atau umum. Di sisi lain untuk memperkuat eksistensi Pasal 1 angka 8 UU 5/1999, maka dibentuklah ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang mengkonkretkan sekaligus memperluas makna frasa “pihak lain” tidak terbatas “pelaku usaha lain”.

Kalaupun frasa “pihak lain” tidak dimaknai dalam konteks saling melengkapi sebagaimana dipaparkan di atas, maka berdasarkan pendekatan penafsiran kontekstual atau penafsiran progresif, seharusnya ketentuan Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 yang inkonstitusional, karena bertentangan dengan ketentuan UUD 1945, bukan malah Pasal 22, Pasal

23, dan Pasal 24 UU 5/1999. Hal itu dilandasi argumentasi bahwa penafsiran frasa “pihak lain” dalam Pasal 1 angka 8 terlalu sempit dan berpotensi dimanfaatkan para pelaku usaha untuk melakukan praktik persekongkolan atau permufakatan tender. Secara faktual, dari praktik persekongkolan atau permufakatan tender yang terkonfirmasi dalam beberapa kasus yang ditangani oleh KPPU, “pihak lain” dalam persekongkolan tender tidak hanya melibatkan “pelaku usaha lain”, melainkan juga melibatkan juga pihak di luar pelaku usaha lain, termasuk pejabat-pejabat pemerintah.

Menurut ahli, sekiranya Hakim Konstitusi melihat persoalan ini dalam proporsi yang faktual, maka sesungguhnya yang bertentangan dengan ketentuan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 bukanlah Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999, melainkan Pasal 1 angka 8 UU 5/1999, karena ketentuan *a quo* tidak mencerminkan prinsip-prinsip berkeadilan dan secara faktual penafsiran frasa “pihak lain” yang sempit tersebut berkontribusi atas kemunduran perekonomian nasional.

II. Frasa Penyelidikan

Pemohon dalam pemohonannya pada pokoknya mendalilkan bahwa ketentuan Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i *juncto* Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999 bertentangan dengan ketentuan UUD 1945, karena tidak memberikan kepastian hukum, apakah kewenangan penyelidikan tersebut masuk ke ranah penyelidikan pidana atau penyelidikan administratif. Selain itu, menurut Pemohon, UU 5/1999 tidak memberikan acuan jelas kapan suatu pemeriksaan KPPU disebut pemeriksaan penyelidikan administratif dan kapan penyelidikan pidana.

Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i UU 5/1999

Wewenang Komisi meliputi:

- 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;
- 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.

Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999

- (1) Pelaku usaha dan atau pihak lain yang diperiksa wajib menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan.
- (2) Pelaku usaha dilarang menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan.

Menurut ahli, frasa “penyelidikan” dalam UU 5/1999 tidak dalam konteks pro justitia sebagaimana ditentukan dalam ketentuan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), melainkan penyelidikan dalam konteks fungsi administratif atau verifikasi laporan masyarakat atau pelaku usaha terhadap dugaan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Fungsi administratif tersebut segaris lurus dengan pengenaan sanksi yang bersifat administratif yang melekat pada kelembagaan KPPU, sebagaimana diatur dalam Pasal 47 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999, sebagai berikut:

Pasal 47 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999

- (1) Komisi berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-undang ini.
- (2) Tindakan administratif sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat berupa:
 - a. Penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 13, Pasal 15, dan Pasal 16; 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).

Lebih lanjut penegasan atas fungsi administratif dari KPPU tersebut tertuang dalam Nota Kesepahaman KPPU dengan Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 06/KPPU/NK/X/2015 dan Nomor B/39/X/2015, yang memberikan batasan atas fungsi administratif dari KPPU dan fungsi penegakan hukum dari institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Menurut Pemohon, ketentuan Penyelidik merujuk pada ketentuan Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana/Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) yang mengatur bahwa Penyelidik adalah pejabat polisi negara Republik Indonesia yang diberi wewenang oleh Undang-Undang ini untuk melakukan penyelidikan. Menurut Ahli, Pemohon keliru dalam memahami konteks Penyelidik ini karena definisi Penyelidik tersebut adalah dalam konteks Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dan dalam konteks penyelidikan tindak pidana. Sementara Penyelidik dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah dalam konteks Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta dalam konteks untuk melakukan verifikasi administratif guna mengumpulkan alat bukti dalam rangka proses penegakan hukum persaingan usaha (bukan penyelidikan tindak pidana). Andapun diterima definisi Penyelidik dalam KUHP juga

termasuk Penyelidik dalam konteks di luar Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981, maka berlaku asas hukum *lex posterior derogat legi priori* (hukum yang kemudian mengenyampingkan hukum yang terdahulu). Oleh karena itu, menurut ahli, ketentuan Penyelidik dalam KUHAP tersebut dapat dikesampingkan oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Lebih lanjut untuk memberikan gambaran atau pemahaman yang komprehensif atas frasa “penyelidikan”, Ahli membagi interpretasi frasa “penyelidikan” oleh KPPU dalam 2 (dua) konteks. Pertama, sebagai upaya melindungi kepentingan (hak konstitusional) pelapor. Kedua, efektivitas penyelesaian perkara.

1. Melindungi Kepentingan Pelapor

Pemberian kewenangan penyelidikan kepada KPPU bukan tanpa pertimbangan atau landasan yang kuat. Salah satu faktor utama melekatkan kewenangan penyelidikan kepada kelembagaan KPPU didasari pada urgennya pemberian proteksi atau perlindungan atas kepentingan pelapor. Hal ini perlu dipahami lebih mendalam, karena pada tataran praktik, tidak semua pelapor memiliki *resources* yang memadai dalam menghimpun dan mencari alat bukti terhadap dugaan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Menyadari kondisi faktual tersebut, melalui kewenangan penyelidikan, KPPU dibebankan atau diberikan amanah oleh negara untuk memberikan perlindungan, menjamin perlakuan yang sama di hadapan hukum, dan memberikan dukungan maksimal bagi pelapor dalam mencari dan mengumpulkan alat-alat bukti [vide Pasal 28D ayat (1) UUD 1945]. Selain itu, keberadaan kewenangan penyelidikan oleh KPPU sangat penting dalam mengejawantahkan tujuan pembentukan UU 5/1999, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 3 yang meliputi:

- a. Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
- b. 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;
- c. Mencegah praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
 - d. Terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Berdasarkan pemahaman di atas maka dalil Pemohon yang menyatakan atau mendalilkan frasa “penyelidikan” yang melekat pada kewenangan KPPU bertentangan dengan ketentuan UUD 1945 adalah keliru karena tafsir yang dilakukan oleh Pemohon tidak didasari pada pemahaman yang komprehensif atas maksud dan tujuan pembentukan UU 5/1999 serta pentingnya keberadaan kewenangan “penyelidikan” KPPU dalam mewujudkan perekonomian nasional yang berbasis pada prinsip kerakyatan, kemanfaatan, dan keadilan.

2. Efektivitas Penyelesaian Perkara

Seperti diketahui bahwa penyelidikan KPPU menggunakan 2 (dua) pendekatan, yaitu pendekatan administratif (*premium remedium*) dan pendekatan pidana menjadi pilihan yang terakhir (*ultimum remedium*). Pendekatan pidana baru dapat diberlakukan oleh KPPU setelah pelaku usaha tidak melaksanakan putusan KPPU secara sukarela. Adapun mekanismenya KPPU menyerahkan pelaksanaan putusan kepada institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Rangkaian dari proses pengenaan sanksi administratif (dari KPPU) ke pengenaan sanksi pidana (ke kepolisian) tersebut dimaksudkan untuk mempercepat proses penyelesaian perkara persekongkolan atau pemufakatan tender. Pada posisi ini, eksistensi kewenangan “penyelidikan” KPPU menjadi sangat krusial, karena melalui kewenangan tersebut, KPPU menghubungkan antara kepentingan melindungi hak konstitusional pelapor dan kepentingan memberikan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan [vide Pasal 44 ayat (5) UU 5/1999].

Walaupun bukti permulaan yang cukup itu tidak serta merta menghilangkan independensi penyidik (Kepolisian Negara Republik Indonesia)

dalam penegakan hukum (*pro justitia*), setidaknya bukti permulaan ini menjadi titik awal (*starting point*) penyidik dalam menemukan/ mengumpulkan alat bukti tambahan dan menentukan siapa tersangkanya.

[2.5] Menimbang bahwa Pemohon, Presiden, dan Pihak Terkait telah menyampaikan kesimpulan yang diterima Kepaniteraan Mahkamah masing-masing pada tanggal 17 Januari 2017, yang pada pokoknya masing-masing tetap pada pendiriannya.

[2.6] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan merujuk berita acara persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini;

3. PERTIMBANGAN HUKUM

Kewenangan Mahkamah

[3.1] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945), Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), dan Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076), salah satu kewenangan konstitusional Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar;

[3.2] Menimbang bahwa oleh karena permohonan Pemohon adalah pengujian konstitusionalitas norma Undang-Undang, *in casu* Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat

(2), serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Republik Indonesia Nomor 2817, selanjutnya disebut UU 5/1999) terhadap UUD 1945 maka Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. badan hukum publik atau privat;
- d. lembaga negara;

Dengan demikian, Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan dan membuktikan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

[3.4] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, tanggal 31 Mei 2005, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007, tanggal 20 September 2007, serta putusan-putusan selanjutnya berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan

konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan uraian sebagaimana tersebut pada paragraf [3.3] dan paragraf [3.4] di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon dalam permohonan *a quo* yang mendalilkan sebagai berikut:

1. Pemohon adalah badan hukum privat;
2. Pemohon memiliki hak konstitusionalitas yang diatur dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945;
3. Pemohon menganggap hak konstitusionalnya dirugikan atau setidaknya-tidaknya berpotensi dilanggar hak konstitusionalnya dengan berlakunya Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999;
4. Kerugian konstitusional dan/atau potensi kerugian konstitusional Pemohon adalah sebagai berikut:
 - a. Terkait frasa “Pihak Lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999, Pemohon menguraikan kronologis sebagai berikut.
 - 1) Tanggal 15 September 2009 Pemohon mengajukan permohonan pemrakarsa proyek kerjasama penyediaan infrastruktur pembangunan

Pembangkit Listrik Tenaga Sampah (PLTSA) dilampiri, antara lain, *feasibility study* dan AMDAL dengan biaya sendiri;

- 2) Terhadap permohonan tersebut, Walikota Bandung mengeluarkan Surat Keputusan Nomor 658.1/Kep.010-BEPPEDA/2012 tentang Penetapan Badan Usaha Pemrakarsa dan Pemberian Kompensasi Dalam Rangka Rencana Kerjasama Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha yang isinya menetapkan Pemohon sebagai pemrakarsa yang bekerjasama dengan Pemerintah berdasarkan mekanisme sistem *Build-Operate-Transfer*;
- 3) Selanjutnya Pemerintah Kota Bandung mengadakan lelang pengolahan sampah yang dimenangkan oleh Pemohon berdasarkan Keputusan Walikota Bandung Nomor 658.1/Kep.763-BPLH/2013 tentang Penetapan Pemenang Lelang Pengadaan Badan Usaha Secara Pelelangan Umum Dalam Rangka Pembangunan Infrastruktur Pengolahan Sampah Berbasis Teknologi Ramah Lingkungan Melalui Mekanisme Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha, tanggal 14 Agustus 2013;
- 4) Keputusan DPRD Kota Bandung Nomor 30 Tahun 2013 tentang Persetujuan, antara lain, menyetujui penandatanganan kerja sama antara Pemerintah Kota Bandung dengan Pemohon, namun kerjasama tersebut tidak kunjung ditandatangani padahal berdasarkan Dokumen Lelang, perjanjian kerjasama tersebut selambat-lambatnya ditandatangani dalam jangka waktu 45 hari setelah penetapan lelang, yaitu paling lambat tanggal 28 September 2013;
- 5) Putusan KPPU Nomor 12/KPPU-L/2015 menyatakan bahwa Pemohon secara sah dan meyakinkan terbukti melanggar Pasal 22 UU 5/1999 dan menyatakan pengadaan badan usaha secara pelelangan umum dalam rangka pembangunan infrastruktur pengolahan sampah

berbasis teknologi ramah lingkungan melalui mekanisme kerjasama pemerintah dengan badan usaha di Kota Bandung batal demi hukum;

- 6) Putusan KPPU dimaksud telah memperluas makna “pihak lain” dalam Pasal 22 UU 5/1999 sehingga mencakup tidak saja “pelaku usaha lain” sebagaimana definisi persekongkolan atau konspirasi usaha yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999;
 - 7) Adanya norma yang bersifat multitafsir dan mengandung ketidakpastian hukum tersebut menyebabkan hilangnya jaminan kepastian hukum Pemohon dan mengakibatkan terjadinya pengambilalihan hak milik Pemohon berupa hak atas proyek pembangunan PLTSa di Kota Bandung;
 - 8) Adanya pernyataan Walikota Bandung yang berniat membatalkan hasil lelang sebagaimana nomor 3) di atas dan mengadakan lelang baru. Pembatalan tersebut merugikan Pemohon yang telah melakukan *feasibility study* dengan biaya sendiri dan telah mengikuti proses lelang secara fair, jujur, dan terbuka. Selain itu pembatalan dimaksud telah merusak reputasi Pemohon di mata dunia usaha nasional dan internasional;
- b. Terkait frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999 berpotensi merugikan hak konstitusional Pemohon karena Pemohon telah menjalani penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU dan penyelidikan tersebut dilaksanakan secara *pro justicia*. Dengan demikian, Pemohon sangat potensial untuk diperiksa dalam tahap penyidikan. Selanjutnya potensi kerugian akan bertambah bagi Pemohon apabila Pemohon dijatuhi sanksi pidana administratif.

[3.6] Menimbang bahwa berdasarkan uraian pada paragraf [3.5] dikaitkan dengan paragraf [3.3] dan paragraf [3.4] di atas, menurut Mahkamah, Pemohon adalah badan hukum privat yang berbentuk Perseroan Terbatas berdasarkan Akta Pendirian Perseroan Nomor 4, tanggal 1 September 2005 [vide bukti P-1a] dan

telah disahkan oleh Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia dengan Keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor C-34646 HT.01.01.TH.2005 tentang Pengesahan Akta Pendirian Perseroan Terbatas, tanggal 28 Desember 2005 [vide bukti P-1b]. Selanjutnya terkait dengan Yoseph Soenaryo sebagai pihak yang mewakili Pemohon untuk mengajukan permohonan *a quo*, berdasarkan Pasal 12 angka 1 Salinan Akta Nomor 7 tentang Pernyataan Keputusan Rapat PT. Bandung Raya Indah Lestari, tanggal 4 Februari 2008 menyatakan, “*Direksi berhak mewakili Perseroan didalam dan diluar Pengadilan tentang segala hal dan dalam segala kejadian, mengikat Perseroan dengan pihak lain dan pihak lain dengan Perseroan, serta menjalankan segala tindakan, baik yang mengenai kepengurusan maupun kepemilikan, akan tetapi dengan pembatasan bahwa untuk:*

- a. *meminjam atau meminjamkan uang atas nama Perseroan (tidak termasuk mengambil uang Perseroan di Bank);*
- b. *mendirikan suatu usaha atau turut serta pada Perusahaan lain baik didalam maupun diluar negeri;*

harus dengan persetujuan Dewan Komisaris” [vide bukti P-2a]. Adapun berdasarkan Akta Pernyataan Keputusan Para Pemegang Saham Di Luar Rapat Umum Pemegang Saham PT. Bandung Raya Indah Lestari, tanggal 09 Januari 2014 telah mengangkat Yoseph Soenaryo sebagai Direktur Utama [vide bukti P-3]. Dengan demikian, menurut Mahkamah, Yoseph Soenaryo berwenang mewakili PT. Bandung Raya Indah Lestari sebagai Pemohon dalam permohonan *a quo*.

Bahwa Pemohon mendalilkan Putusan KPPU telah memperluas makna “pihak lain” dalam Pasal 22 UU 5/1999 sehingga mencakup tidak saja “pelaku usaha lain” sebagaimana definisi persekongkolan atau konspirasi usaha yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999. Perluasan makna tersebut telah menimbulkan kerugian konstitusional Pemohon yakni adanya pembatalan hasil lelang yang telah dimenangkan oleh Pemohon. Akibat dari pembatalan ini bukan hanya kerugian materiil saja yang dialami Pemohon tetapi juga kerugian immateriil yaitu rusaknya reputasi Pemohon di mata dunia usaha nasional dan internasional. Selanjutnya terkait frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam Pasal 36

huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999 menurut Pemohon berpotensi merugikan hak konstitusional Pemohon yakni adanya kemungkinan Pemohon diperiksa dalam tahap penyidikan dan kemungkinan dijatuhi sanksi pidana administratif.

Terhadap kerugian konstitusional dan/atau potensi kerugian konstitusional Pemohon *a quo*, menurut Mahkamah, terdapat hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian konstitusional dan/atau potensi kerugian konstitusional yang dialami Pemohon tersebut dengan berlakunya pasal-pasal yang dimohonkan pengujian, dalam hal ini hak konstitusional atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum serta hak konstitusional atas hak milik yang tidak dapat diambil secara sewenang-wenang sebagaimana diatur dalam Pasal 28 UUD 1945. Bahwa kerugian konstitusional dan/atau potensi kerugian Pemohon tersebut tidak akan terjadi lagi apabila permohonan Pemohon dikabulkan. Dengan demikian, menurut Mahkamah, Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk bertindak sebagai Pemohon dalam permohonan *a quo*.

[3.7] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo* dan Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo* maka selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan.

Dalam Provisi

[3.8] Menimbang bahwa Pemohon dalam permohonannya telah mengajukan permohonan agar Mahkamah menjatuhkan putusan provisi dengan alasan untuk mencegah terjadinya kerugian konstitusional Pemohon yang lebih besar dan secara bersamaan memperkuat perlindungan hak-hak konstitusional Pemohon.

Bahwa terhadap tuntutan provisi Pemohon tersebut di atas, Mahkamah berpendapat, dalam hukum acara Mahkamah, Pasal 63 UU MK hanya mengatur mengenai putusan sela yang dapat diberikan terhadap permohonan Sengketa Kewenangan Lembaga Negara. Namun demikian, Mahkamah pernah menjatuhkan

putusan sela dalam permohonan pengujian Undang-Undang dengan pertimbangan sangat khusus, yaitu dalam Putusan Mahkamah Nomor 133/PUU-VIII/2009, bertanggal 29 Oktober 2009, antara lain, mempertimbangkan, “... *bahwa relevansi dan signifikansi diterbitkannya putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD adalah untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia apabila suatu norma hukum diterapkan sementara pemeriksaan atas pokok permohonan masih berjalan padahal hak-hak konstitusional Pemohon yang dirugikan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir*”.

Bahwa Pemohon mendalilkan putusan sela dalam perkara *a quo* diperlukan untuk mencegah terjadinya kerugian konstitusional Pemohon yang lebih besar namun Pemohon tidak menguraikan lebih lanjut apa yang dimaksud dengan kerugian konstitusional Pemohon yang lebih besar tersebut. Selain itu Pemohon juga tidak menjelaskan hak-hak konstitusional apa yang dirugikan yang tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir apabila suatu norma hukum telah diterapkan. Sehingga tidak ada alasan bagi Mahkamah untuk dapat mengabulkan permohonan Pemohon dimaksud. Dengan demikian, permohonan Pemohon terkait permohonan provisi tidak beralasan menurut hukum.

Pokok Permohonan

[3.9] Menimbang bahwa Pemohon mengajukan permohonan pengujian konstitusionalitas Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999 terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945.

Adapun alasan Pemohon mengajukan permohonan *a quo* pada pokoknya sebagai berikut.

- a. Frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 dikarenakan:
 1. Frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 tidak memberikan kepastian hukum sehingga tidak dapat mewujudkan tujuan

filosofinya untuk menciptakan demokrasi dalam bidang ekonomi melalui persaingan usaha yang sehat, karena frasa “pihak lain” bersifat multi tafsir dan tidak jelas sehingga membuka ruang bagi lembaga tertentu bertindak sewenang-wenang;

2. Terdapat inkonsistensi norma antara Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 dengan Pasal 1 angka 8 UU 5/1999. Di satu sisi, Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 menggunakan frasa “pihak lain” yang mempunyai makna umum sehingga membuka berbagai macam penafsiran. Di sisi lain, Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 secara tegas menyatakan bahwa persekongkolan hanya terjadi antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya. Meskipun frasa “pihak lain” dapat mengacu pada Pasal 1 angka 8 UU 5/1999, namun penggunaan frasa “pihak lain” dipandang tidak memberikan kepastian hukum dan rentan untuk ditafsirkan secara subjektif dengan memperluas makna dari frasa “pihak lain”. Dengan demikian guna memberikan kepastian hukum, Mahkamah dapat memberikan penafsiran konstitusional terhadap frasa “pihak lain” dalam pasal-pasal *a quo* yakni “pelaku usaha lain”;
- b. Frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999 bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 dikarenakan:
 1. Frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam pasal-pasal *a quo* menimbulkan ketidakpastian hukum karena tidak ada kejelasan apakah kewenangan penyelidikan yang dimiliki oleh KPPU merupakan penyelidikan pidana ataukah kewenangan untuk melakukan pemeriksaan administratif;
 2. Frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam pasal-pasal *a quo* mengatur kewenangan penyelidikan dan pemeriksaan secara akumulatif dan alternatif. Akumulatif berarti pemeriksaan yang dilakukan KPPU secara *mutatis mutandis* menjadi pemeriksaan sekaligus penyelidikan pidana. Alternatif berarti KPPU dapat memilih salah satu model pemeriksaan, apakah pemeriksaan administratif ataukah penyelidikan pidana. Hal tersebut

menimbulkan ketidakpastian hukum terlebih UU 5/1999 tidak memberikan acuan yang jelas tentang kapan suatu pemeriksaan KPPU disebut pemeriksaan administratif dan kapan disebut penyelidikan pidana. Terlepas apakah hasil pemeriksaan tersebut dilanjutkan atau tidak dilanjutkan dalam tahap penyidikan, namun pemeriksaan tersebut tetap dianggap sebagai penyelidikan yang berpotensi ditingkatkan menjadi penyidikan;

3. Frasa “penyelidikan” dalam pasal-pasal *a quo* bukanlah pemeriksaan administratif, melainkan penyelidikan pidana karena:

- Dalam terminologi hukum, frasa “penyelidikan” merujuk pada penyelidikan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;
- Jika dihubungkan dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999, Putusan KPPU merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan;

4. Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999 menimbulkan ketidakpastian hukum karena tidak mengatur mengenai tata laksana penyelidikan secara cermat sehingga menimbulkan ketidakjelasan kaidah dan norma;

5. Frasa “penyelidikan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999 tidak mengatur siapakah pihak yang diberikan wewenang untuk melaksanakan penyelidikan sehingga tidak satu pun yang berwenang melakukan penyelidikan sebagaimana diatur dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999. Pelaksanaan penyelidikan oleh KPPU adalah bentuk kesewenang-wenangan;

6. Menurut asas *lex sine scriptis*, suatu aturan tidak dapat diterapkan atau dilaksanakan jika tidak ada ketentuan yang mengatur tata laksana dan pelaksanaannya;

c. Ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999 mengedepankan pendekatan hukum pidana. Bagi dunia usaha dan pelaku usaha, pendekatan hukum pidana tidak selalu membuahkan hasil yang terbaik. Sebaliknya,

pendekatan hukum pidana sebagai *premium remedium* [sic!] dapat menghambat akselerasi pembangunan demokrasi ekonomi karena kekakuan dan formalitasnya, setidaknya hal itu dapat dilihat dari lamanya waktu proses hukum pidana dari penyidikan sampai putusan yang berkekuatan hukum tetap dibandingkan dengan proses administratif yang dilakukan oleh KPPU sampai Mahkamah Agung. Hal tersebut dikarenakan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999 tidak menjadikan hukum pidana sebagai instrumen untuk menciptakan kesejahteraan sosial dan demokrasi dalam bidang ekonomi sebagaimana cita-cita UU 5/1999, tetapi sekadar instrumen untuk menghukum semata;

[3.10] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil-dalil permohonannya, Pemohon telah mengajukan bukti-bukti tertulis yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-30 dan mengajukan ahli **I Gde Pantja Astawa** dan **Chairul Huda**, sebagaimana selengkapnya termuat dalam Duduk Perkara;

[3.11] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil keterangannya, di samping memberikan keterangan tertulis Presiden juga mengajukan ahli **Ningrum Natasya Sirait**, sebagaimana selengkapnya termuat dalam Duduk Perkara;

[3.12] Menimbang bahwa Dewan Perwakilan Rakyat telah memberikan keterangan secara tertulis yang keterangan selengkapnya termuat dalam Duduk Perkara;

[3.13] Menimbang bahwa di persidangan Pihak Terkait, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), telah memberikan keterangan secara tertulis dan juga mengajukan keterangan tertulis ahli **Refly Harun**, yang keterangan selengkapnya sebagaimana termuat dalam bagian Duduk Perkara;

[3.14] Menimbang bahwa setelah memeriksa dengan saksama dalil-dalil permohonan Pemohon, bukti-bukti yang diajukan Pemohon dan mendengar keterangan pihak-pihak serta ahli-ahli yang diajukan sebagaimana disebutkan pada paragraf [3.11] dan [3.13] di atas, Mahkamah memberikan pertimbangan sebagai berikut:

[3.14.1] Bahwa demokrasi ekonomi Indonesia dibentuk dengan berasaskan Pancasila dan UUD 1945 yang menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi dalam proses produksi dan pemasaran barang dan/atau jasa sehingga mendorong industri menjadi berdaya saing tinggi dan mampu mendukung pembangunan ekonomi yang berkelanjutan. Salah satu elemen penting untuk mewujudkan industri yang berdaya saing tinggi adalah persaingan usaha yang sehat. Persaingan usaha yang sehat dimaksud penting guna menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil. Dibentuknya UU 5/1999 tidak sekadar menjamin adanya kesejahteraan konsumen melainkan juga menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi sosial sebagai salah satu upaya peningkatan kesejahteraan rakyat.

Bahwa instrumen untuk memastikan persaingan antar pelaku usaha berlangsung dengan sehat dan hasilnya dapat terukur berupa peningkatan kesejahteraan masyarakat adalah dengan penegakan hukum persaingan usaha. Terkait hal tersebut, negara haruslah menciptakan peraturan persaingan usaha untuk mencapai tujuan demokrasi ekonomi sebagaimana diatur dalam Pasal 33 UUD 1945. Adapun UU 5/1999 mengatur mengenai siapa saja yang diberi kewenangan untuk melakukan penegakan hukum persaingan usaha, yaitu Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Pengadilan Negeri (PN), dan Mahkamah Agung (MA). KPPU berwenang untuk mengawasi penegakan hukum dan memastikan pengawasan terhadap pengecualian yang diatur dalam UU 5/1999, yakni pengecualian kepada pelaku usaha tertentu, kegiatan usaha tertentu serta perjanjian tertentu. PN diberi kewenangan untuk menangani keberatan terhadap putusan KPPU dan menangani pelanggaran hukum persaingan yang menjadi kewenangan peradilan pidana yang dimulai dari proses penyidikan dan penuntutan karena tidak dijalkannya putusan KPPU yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap. Adapun MA diberi kewenangan untuk menyelesaikan perkara pelanggaran hukum persaingan usaha apabila perkara tersebut diajukan upaya hukum kasasi. Namun demikian, hal tersebut bukanlah menjadi tujuan utama dari hakekat cita-cita UU 5/1999, karena yang terpenting dari UU 5/1999 *a quo* adalah

adanya kepastian hukum melalui norma-norma yang ada dalam Undang-Undang itu sendiri.

[3.14.2] Bahwa selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan dalil-dalil Pemohon tentang konstitusionalitas pasal-pasal yang dimohonkan Pemohon sebagai berikut:

1. Apakah frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang ditafsirkan selain “pelaku usaha lain” oleh KPPU bertentangan dengan UUD 1945?
2. Apakah frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999 bertentangan dengan UUD 1945?

[3.14.3] Bahwa terhadap permasalahan konstitusionalitas pertama, yakni mengenai frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang ditafsirkan selain “pelaku usaha lain” oleh KPPU, menurut Mahkamah, Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 merupakan ketentuan yang mengatur mengenai larangan persekongkolan dalam tender, persekongkolan untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan, dan persekongkolan untuk menghambat produksi dan/atau pemasaran dan/atau jasa pelaku usaha pesaingnya. Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 menyatakan, “*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*”. Merujuk definisi tersebut di atas secara tegas dan imperatif diperoleh suatu pemaknaan bahwa persekongkolan terjadi apabila terdapat sedikitnya 2 (dua) pelaku usaha yang saling bekerja sama melakukan tindakan yang melanggar hukum demi mencapai tujuan tertentu. Para pelaku usaha yang melibatkan diri dalam persekongkolan akan membuat sebuah komitmen yang bersifat rahasia dengan tujuan yang negatif.

Demikian halnya yang terjadi dalam persekongkolan tender, persekongkolan untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang

diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan, dan persekongkolan untuk menghambat produksi dan/atau pemasaran dan/atau jasa pelaku usaha pesaingnya, sebagaimana diatur dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU 5/1999 yang pada hakekatnya adalah juga suatu perbuatan yang dilakukan oleh sesama kompetitor atau pelaku bisnis. Persekongkolan dapat terjadi ketika dua atau lebih kompetitor setuju untuk tidak berkompetisi dengan satu sama lain dengan tujuan tertentu, misalnya dalam sebuah tender, persekongkolan terjadi apabila sesama peserta tender dengan sepakat tidak berkompetisi dengan maksud agar peserta tender tertentu memenangkan tender. Persekongkolan dalam tender dapat dilakukan secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian, penawaran sebelum dimasukkan, atau menciptakan persaingan semu, atau menyetujui dan/atau memfasilitasi, atau pemberian kesempatan eksklusif, atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Demikian halnya “modus” persekongkolan sebagaimana dimaksudkan juga dalam Pasal 23 dan Pasal 24 UU 5/1999.

Bahwa meskipun pembatasan makna atau definisi yang terdapat dalam ketentuan umum Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 tersebut harus dimaknai secara imperatif dan dipedomani serta dilaksanakan yang terimplementasi ke dalam pasal-pasal lain yang bersifat teknis operasional agar tidak terjadi multitafsir dan ada kepastian hukum, namun penting dipertimbangkan oleh Mahkamah, bahwa adanya pembatasan pihak yang terlibat dalam persekongkolan sebagaimana yang telah diuraikan di atas, yaitu hanya terbatas pada sesama pelaku usaha ternyata tidak dapat mengatasi modus berbagai praktik persekongkolan yang semakin beraneka ragam, mengingat semakin pesat persaingan usaha dan berbagai kemajuan teknologi, seperti halnya dalam persekongkolan tender, dimana kerjasama untuk mengatur tender dapat terjadi sejak tahap perencanaan, penyusunan DIPA, pembentukan panitia, dan dokumen persyaratan, prakualifikasi HPS, pada saat pembukaan tender, bahkan pada tahap paling akhir yaitu evaluasi pelaksanaan, sehingga pembatasan secara imperatif sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 tidak cukup lagi untuk mengimbangi dan

menjawab kebutuhan terhadap pemberantasan persekongkolan dimaksud guna menciptakan persaingan usaha yang sehat, demikian pula dalam modus yang dipakai dalam persekongkolan yang lainnya.

Bahwa berdasarkan uraian pertimbangan tersebut Mahkamah berpendapat agar makna persekongkolan sebagaimana yang dimaksudkan pada Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 dapat menjawab dan mengimbangi kompleksitas modus persekongkolan yang ada, maka harus diperluas tidak saja hanya antar pelaku usaha dalam pengertian yang konvensional akan tetapi juga “pihak yang terkait dengan pelaku usaha”. Pemaknaan demikian menurut Mahkamah tidak saja menjadikan frasa “pihak lain” sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang ada dalam praktik selama ini dan dapat menjangkau siapa saja dan tanpa batas, akan tetapi diharapkan akan menjadi terbatas yaitu sampai pada pihak yang ada kaitannya dengan pelaku usaha. Oleh karena itu, KPPU harus memiliki bukti yang cukup untuk membuktikan adanya keterlibatan pihak ketiga dalam menentukan keterkaitannya dengan pelaku usaha. Dengan demikian diperlukan kehati-hatian KPPU dalam menentukan keterkaitan pihak ketiga tersebut dengan pelaku usaha. Dengan demikian sepanjang KPPU tidak memiliki bukti yang cukup tentang keterkaitan pihak ketiga dengan pelaku usaha lainnya, hal itu tidak dapat diartikan sebagai bentuk persekongkolan. Oleh karena itu pemaknaan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang berkenaan dengan frasa “pihak lain” harus menyelaraskan dengan semangat yang ada dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 sebagaimana yang telah Mahkamah pertegas di atas, yaitu “pihak yang terkait dengan pelaku usaha”.

[3.14.4] Bahwa pertanyaan selanjutnya yang harus dijawab adalah apakah KPPU berwenang menafsirkan frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 sebagai selain “pelaku usaha lain” sebagaimana telah dipertimbangkan dalam paragraf **[3.14.3]** di atas. Dalam Pasal 35 huruf f UU 5/1999 disebutkan bahwa salah satu tugas KPPU adalah menyusun pedoman dan/atau publikasi yang berkaitan dengan UU 5/1999. Selanjutnya Pasal 38 ayat (4) UU 5/1999 menyatakan bahwa tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut oleh Komisi.

Bahwa berkenaan dengan hal tersebut UU 5/1999 tidak secara eksplisit mendelegasikan kewenangan mengatur kepada KPPU. Pasal 35 huruf f UU 5/1999 hanya memungkinkan KPPU untuk menyusun pedoman kerja atau “manual” yang meskipun isinya dapat saja bersifat mengatur tetapi hanya sebatas sebagai pedoman. Namun demikian untuk menilai tentang pedoman kerja atau “manual” yang dikeluarkan oleh KPPU hingga membuat penafsiran tentang pemaknaan pelaku usaha lain menjadi pihak lain sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999, Mahkamah harus membatasi diri untuk tidak terlalu jauh menilai hal tersebut, mengingat bukan menjadi kewenangan Mahkamah untuk menilai legalitas sebuah peraturan yang berada di bawah Undang-Undang. Oleh karena itu terkait dengan penafsiran KPPU tentang frasa “pelaku usaha lain” menjadi “pihak lain” yang didasarkan pada kewenangan yang ada dalam Pasal 35 huruf f dan Pasal 38 ayat (4) UU 5/1999 adalah menjadi domain lembaga lain dalam hal ini Mahkamah Agung untuk mengujinya. Namun demikian penting ditegaskan, KPPU dalam menyusun pedoman dimaksud harus mempertimbangkan dan tidak boleh bertentangan dengan tafsir Mahkamah terhadap pengertian “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 sebagaimana ditegaskan dalam paragraf **[3.14.3]** di atas.

[3.14.5] Bahwa berdasarkan uraian pertimbangan hukum pada paragraf **[3.14.3]** dan paragraf **[3.14.4]** di atas, argumentasi Pemohon bahwa frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang tidak selaras dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 yang telah dipertimbangkan pada paragraf **[3.14.3]** dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 beralasan menurut hukum untuk sebagian, mengingat Mahkamah tidak mengabulkan sebagaimana yang dimohonkan Pemohon, namun Mahkamah berpendapat bahwa frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 harus dimaknai “terkait pelaku usaha lain”.

[3.14.6] Bahwa terhadap dalil Pemohon yang kedua adalah konstitusionalitas frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999, yang menurut

Pemohon frasa dalam kedua pasal tersebut dapat menimbulkan ketidakjelasan kaidah dan norma serta merupakan bentuk kesewenang-wenangan. Terhadap dalil Pemohon tersebut, Mahkamah berpendapat bahwa, dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, KPPU adalah lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah serta pihak lain dan bertanggung jawab kepada Presiden [vide Pasal 30 UU 5/1999], dengan kata lain KPPU merupakan lembaga negara bantu (*state auxiliary organ*). Secara sederhana KPPU adalah lembaga negara yang bersifat *state auxiliary organ* yang dibentuk di luar konstitusi dan merupakan lembaga yang membantu pelaksanaan tugas lembaga negara pokok. KPPU memiliki kewajiban membuat pertanggungjawaban kepada Presiden. Pemberian pertanggungjawaban kepada Presiden juga menggambarkan bahwa fungsi KPPU sebagai lembaga negara bantu merupakan bagian dari lembaga negara utama di ranah eksekutif.

Berdasarkan Pasal 30 ayat (1) UU 5/1999, KPPU dibentuk untuk mengawasi pelaksanaan UU 5/1999. Selanjutnya Pasal 36 huruf I UU 5/1999 menyatakan bahwa KPPU berwenang untuk menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU 5/1999. Pengawasan dan penegakan sanksi merupakan instrumen penegakan hukum administrasi negara. Dengan kata lain, KPPU merupakan institusi yang melakukan penegakan hukum dalam hukum administrasi negara, dan oleh karenanya tugas serta wewenang KPPU berada dalam wilayah hukum administrasi. Dengan demikian frasa “penyelidikan dan atau pemeriksaan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999 yang merupakan wewenang KPPU haruslah diletakkan dalam bingkai penegakan hukum dalam hukum administrasi negara, yakni penyelidikan dan atau pemeriksaan untuk mengetahui ada atau tidaknya pelanggaran terhadap UU 5/1999. Hal ini sejalan dengan kewenangan KPPU untuk menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU 5/1999 [vide Pasal 36 huruf h UU 5/1999 *juncto* Pasal 47 UU 5/1999]. Dengan demikian frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam UU 5/1999 merupakan penyelidikan dalam konteks fungsi administratif atau verifikasi laporan masyarakat

atau pelaku usaha terhadap dugaan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat dengan cara mengumpulkan alat bukti yang cukup sebagai kelengkapan dan kejelasan laporan klarifikasi, laporan hasil kajian, hasil penelitian, dan hasil pengawasan dalam rangka penegakan hukum persaingan usaha dan bukan penyelidikan dalam pengertian *pro justitia* sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut UU 8/1981).

Dalam UU 8/1981 yang dimaksud dengan penyelidikan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut yang diatur dalam UU 8/1981. Adapun yang dimaksud dengan penyidik adalah pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia yang diberi wewenang oleh UU 8/1981 untuk melakukan penyelidikan. Penyelidikan dalam UU 8/1981 merupakan salah satu cara/metode daripada fungsi mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam Undang-Undang. Dengan demikian penyelidikan adalah bagian proses penegakan hukum yang secara tegas diatur dalam UU 8/1981 adalah merupakan tindakan yang mendahului tindakan lain, yaitu penindakan yang berupa penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, penetapan tersangka, pemeriksaan surat, pemanggilan untuk dilakukan tindakan pemeriksaan dan penyerahan berkas perkara kepada penuntut umum hingga sampai pada tahap persidangan.

Bahwa pengertian “penyelidikan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i UU 5/1999 dapat menjadikan pemaknaan yang multitafsir mengingat tidak jelasnya kewenangan lembaga KPPU sebagai penegak hukum dalam ranah pidana ataukah bukan, sehingga sangat dimungkinkan adanya praktik yang menyimpang ketika KPPU menggunakan kewenangan “penyelidikan” tersebut dalam rangka *pro justitia* ataukah bukan, sebab hal ini sangat berhimpitan dengan potensi dilanggarnya hak asasi pihak yang terhadapnya dilakukan penyelidikan. Dengan memaknai secara jelas apa yang dimaksudkan “penyelidikan” pada Pasal

36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i UU 5/1999, maka akan menempatkan proses penyelidikan yang dimaksudkan dalam UU 5/1999 akan memberikan kepastian tentang ruang lingkup dan batasan yang menjadi kewenangan KPPU guna memberikan kepastian hukum pihak yang terhadapnya dilakukan penyelidikan terutama bagi pelaku usaha.

Bahwa dengan uraian pertimbangan tersebut di atas Mahkamah berpendapat frasa “penyelidikan dan/atau pemeriksaan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) UU 5/1999 haruslah ditafsirkan sebagai “pengumpulan alat bukti sebagai bahan pemeriksaan”, bukan penyelidikan sebagaimana dimaksud dalam UU 8/1981. Terlebih dalam pertimbangan hukum sebelumnya Mahkamah telah menyatakan bahwa lembaga KPPU adalah lembaga penegak hukum dalam ranah hukum administrasi, sehingga seharusnya tindakan KPPU didalam ‘penyelidikan’ pun bukan dalam rangka *pro justitia*.

[3.14.7] Bahwa dalil Pemohon selanjutnya adalah ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999 mengedepankan pendekatan hukum pidana namun tidak menjadikan hukum pidana sebagai instrumen untuk menciptakan kesejahteraan sosial dan demokrasi dalam bidang ekonomi sebagaimana cita-cita UU 5/1999, tetapi sekedar instrumen untuk menghukum semata.

Terhadap dalil Pemohon tersebut Mahkamah berpendapat, bahwa UU 5/1999 merupakan *administrative penal law*, yaitu hukum pidana merupakan instrumen untuk lebih mengefektifkan sanksi hukum lainnya, seperti sanksi administrasi atau perdata. Dengan kata lain sanksi pidana merupakan *ultimum remedium* setelah sanksi administrasi atau perdata dijatuhkan sebagai *primum remedium*. Hal ini dikarenakan sanksi administrasi atau perdata dirasa jauh lebih efektif untuk dapat memaksa orang menaati ketentuan hukum yang mengatur mengenai usaha dan industri ketimbang menggunakan sanksi pidana secara langsung. Peletakkan sanksi pidana sifatnya lebih terbatas hanya sebagai *ultimum remedium* yang lebih memberikan kepastian hukum dan keadilan baik terhadap korban maupun pelaku itu sendiri. Adanya skala prioritas sanksi demikian akan memberikan kepastian hukum bagi pelaku usaha dan hal tersebut akan lebih

mendorong percepatan pembangunan ekonomi dalam upaya meningkatkan kesejahteraan umum sebagaimana tujuan dari pembentukan UU 5/1999.

Bahwa Pasal 44 ayat (4) UU 5/1999 baru dapat dilaksanakan apabila putusan KPPU yang berisi sanksi administrasi kepada pelaku usaha tidak dijalankan oleh pelaku usaha dimaksud dan apabila pelaku usaha tersebut tidak mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri terhadap putusan KPPU dimaksud. Dalam hal terjadi keadaan demikian, Putusan KPPU selanjutnya diserahkan kepada penyidik untuk kemudian dilakukan penyidikan. Putusan tersebut harus sudah berkekuatan hukum tetap sebelum diserahkan kepada penyidik. Dalam tahap penyidikan inilah berlaku ketentuan UU 8/1981, dan dalam keadaan yang demikian penyidik tidak kemudian serta merta kehilangan kewenangan untuk melakukan penyelidikan apabila hasil pemeriksaan yang telah diserahkan dari KPPU tersebut masih dipandang belum mencukupi. Berbeda dengan penyelidikan, penyidikan merupakan serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam UU 8/1981 untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang dengan bukti itu membuat terang tentang tindak pidana yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya. Dengan kata lain proses dari penyelidikan dan pelimpahan berkas perkara sampai kepada persidangan pengadilan adalah sebuah rangkaian proses yang terakumulasi dan tidak terputus dan hal tersebut termasuk dalam bingkai penegakan hukum pidana dan dalam konteks *pro justitia*.

Berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, menurut Mahkamah, dalil Pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) UU 5/1999 mengedepankan pendekatan hukum pidana namun tidak menjadikan hukum pidana sebagai instrumen untuk menciptakan kesejahteraan sosial dan demokrasi dalam bidang ekonomi sebagaimana cita-cita UU 5/1999, tetapi sekadar instrumen untuk menghukum semata, adalah tidak beralasan menurut hukum.

[3.15] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh uraian pertimbangan tersebut di atas, menurut Mahkamah, permohonan Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian.

4. KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

- [4.1] Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;
- [4.2] Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*;
- [4.3] Permohonan Provisi Pemohon tidak beralasan menurut hukum.
- [4.4] Pokok Permohonan Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian.

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076);

5. AMAR PUTUSAN

Mengadili,

Dalam Provisi:

Menolak Permohonan Provisi Pemohon.

Dalam Pokok Perkara:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian.

- 1.1. Menyatakan frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia

Nomor 2817) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai selain “dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain”, sehingga:

- Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat berbunyi:

Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pelaku usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

- Pasal 23 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat berbunyi:

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

- Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat berbunyi:

Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pelaku usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha 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.

1.2. Menyatakan frasa “penyelidikan” dalam Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, dan huruf i, serta Pasal 41 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2817)

bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “pengumpulan alat bukti sebagai bahan pemeriksaan”;

2. Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya;
3. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh delapan Hakim Konstitusi yaitu Anwar Usman, selaku Ketua merangkap Anggota, Suhartoyo, Manahan MP. Sitompul, I Dewa Gede Palguna, Aswanto, Wahiduddin Adams, Maria Farida Indrati, dan Saldi Isra masing-masing sebagai Anggota, pada hari **Senin**, tanggal **delapan belas**, bulan **September**, tahun **dua ribu tujuh belas**, yang diucapkan dalam sidang pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari **Rabu**, tanggal **dua puluh**, bulan **September**, tahun **dua ribu tujuh belas**, selesai diucapkan **pukul 12.04 WIB**, oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Arief Hidayat, selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, Suhartoyo, Manahan MP. Sitompul, I Dewa Gede Palguna, Aswanto, Wahiduddin Adams, Maria Farida Indrati, dan Saldi Isra dengan didampingi oleh Rizki Amalia sebagai Panitera Pengganti, dihadiri oleh Pemohon/Kuasanya, Presiden atau yang mewakili, Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili, dan Pihak Terkait.

KETUA,

ttd.

Arief Hidayat

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd.

Anwar Usman

ttd.

Suhartoyo

ttd.

Manahan MP. Sitompul

ttd.

I Dewa Gede Palguna

ttd.

Aswanto

ttd.

Wahiduddin Adams

ttd.

Maria Farida Indrati

ttd.

Saldi Isra

PANITERA PENGGANTI,

ttd.

Rizki Amalia

**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**