

DRAFT

DRAFT
PEDOMAN PELAKSANAAN PASAL 15
UU NO. 5/1999 TENTANG LARANGAN PRAKTEK
MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK
SEHAT

DRAFT

**PEDOMAN PELAKSANAAN PASAL 15
UU NO: 5/1999 TENTANG LARANGAN PRAKTEK MONOPOLI DAN
PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT**

DAFTAR ISI

BAB I	LATAR BELAKANG
BAB II	TUJUAN DAN CAKUPAN DIBUATNYA PEDOMAN
	2.1. Tujuan dibuatnya Pedoman
	2.2. Cakupan Pedoman
BAB III	PERJANJIAN TERTUTUP DAN PASAL TERKAIT
	3.1. Konsep dan Definisi Perjanjian Tertutup
	3.2. Pengertian <i>Exclusive Dealing, Tying Agreement</i> dan <i>Special Discount</i>
	3.3. Penjabaran Unsur Pasal 15
	3.4. Pasal Terkait
Bab IV	LATAR BELAKANG DIBUATNYA PERJANJIAN TERTUTUP DAN CONTOH KASUS
	4.1. Latar Belakang Pelaku Usaha Membuat Perjanjian Tertutup
	4.2. Dampak Positif dan Negatif Dibuatnya Perjanjian Tertutup
	4.3. Hal-hal yang Perlu Diperhatikan untuk Menganalisis Terjadinya Pelanggaran Pasal 15
	4.4. Persaingan dan Kerugian Konsumen yang Diakibatkan oleh Dilaksanakannya Perjanjian Tertutup
	4.5. Contoh Kasus
	4.3.1. Pelanggaran Pasal 15.1
	4.3.2. Pelanggaran Pasal 15.2
	4.3.3. Pelanggaran Pasal 15.3
Bab V	SANKSI
Bab VI	PENUTUP

BAB I LATAR BELAKANG

Perjanjian tertutup merupakan suatu perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha agar dapat menjadi sarana dan upaya bagi pelaku usaha untuk dapat melakukan pengendalian oleh pelaku usaha terhadap pelaku usaha lain secara vertikal ("Pengendalian Vertikal"), baik melalui pengendalian harga maupun melalui pengendalian non-harga. Strategi perjanjian tertutup ini pada umumnya lebih banyak dilakukan pada *level* distribusi produk barang dan/atau jasa.

Bentuk-bentuk perjanjian tertutup yang dimaksud oleh Undang-undang No.5 Tahun 1999, tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ("UU No. 5 Tahun 1999") dalam Pasal 15 adalah:

- (1) Perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa hanya akan memasok barang dan/atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan/atau di tempat tertentu (dalam hukum persaingan usaha, dalam Bahasa Inggris istilahnya adalah *exclusive dealing*).
- (2) Perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha dengan pihak (pelaku usaha) lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok (dalam hukum persaingan usaha, dalam Bahasa Inggris istilahnya adalah *tying*).
- (3) Perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan/atau jasa, yang memuat persyaratan bahwa pelaku usaha yang menerima barang dan/atau jasa dari pelaku usaha pemasok (dalam hukum persaingan usaha, dalam Bahasa Inggris istilahnya adalah *special discount*):
 - a. harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok, atau
 - b. tidak akan membeli barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok.

DRAFT

Perjanjian tertutup yang secara aktual maupun potensial berakibat secara umum merugikan pelaku usaha lain dan/atau konsumen dan/atau secara khusus melanggar/menghambat persaingan usaha yang sehat harus dilarang dan, jika hal tersebut telah terjadi, harus ditindak. Oleh karenanya penyusunan pedoman pelaksanaan ketentuan hukum Pasal 15 tentang Perjanjian Tertutup sangat penting, KPPU memerlukan pedoman mengenai cara bagaimana melaksanakan ketentuan Pasal 15 dari Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang mengatur Perjanjian Tertutup. Hal ini penting untuk diperhatikan karena dengan membuat Perjanjian Tertutup pelaku usaha dapat menjalankan usahanya untuk kepentingan sendiri atau golongan tertentu dengan cara-cara yang dapat merugikan pelaku usaha lain.

Dalam konteks perjanjian tertutup, pada umumnya pelaku usaha bersedia menerima persaingan antar produk yang bersaing yang dihasilkan oleh produsen yang berbeda pada pasar yang sama (*interbrand competition*) yang ketat, tetapi kemudian secara sangat kuat mengendalikan persaingan antar distributor (*intra-brand competition*). Dengan demikian, melalui perjanjian tertutup pelaku usaha dapat secara negatif memanfaatkan peluang yang besar yang dimilikinya yang diperolehnya dari perjanjian tertutup tersebut untuk mengurangi persaingan yang sehat, dan selanjutnya mengganggu iklim usaha. Sebagai akibatnya pelaku usaha yang tidak terlibat dalam perjanjian tertutup dapat mengalami kesulitan mengakses pasar, hal ini menjadikan perjanjian tertutup potensial melanggar ketentuan Pasal 25 (1) a dan Pasal 25 (1) c.

Karena persaingan yang sehat terganggu, maka produsen yang melaksanakan perjanjian tertutup kemungkinan besar akan berperilaku oligopolis atau bahkan monopolis, yaitu mengenakan harga yang lebih tinggi dari harga persaingan guna memaksimalkan keuntungan. Akibatnya konsumen harus membayar harga yang lebih tinggi dari harga pada *level* persaingan. Sering kali strategi ini sangat efektif bagi pelaku usaha untuk melakukan pengaturan harga maupun non-harga dalam mendistribusikan produk.

Tanpa mengurangi kemungkinan terjadinya kerugian besar yang ditanggung konsumen pada level distribusi dan kemungkinan terjadinya hambatan besar bagi pengusaha baru untuk masuk pasar, karena tidak dapat dipungkiri bahwa perjanjian tertutup kemungkinan juga memiliki akibat positif, maka dalam melaksanakan ketentuan Pasal 15 tentang Perjanjian Tertutup dari UU No. 5 Tahun 1999, dalam kaitannya dengan pasal-pasal lain dari Undang-undang tersebut maupun tidak, diperlukan penafsiran yang tidak kaku atas ketentuan

DRAFT

Pasal 15 tersebut¹. Untuk membantu KPPU dalam menafsirkan ketentuan Pasal 15 tersebut secara tidak kaku diperlukan pedoman pelaksanaan Pasal 15, dan agar dalam pelaksanaannya tidak terjadi benturan antara ketentuan Pasal tersebut dengan pasal-pasal lainnya yang terkait. Pedoman ini juga penting untuk tujuan pembuktian terjadinya pelanggaran Pasal 15. Pelaksanaan strategi perjanjian tertutup dapat melanggar ketentuan UU No.5 Tahun 1999 bilamana secara hipotetis dapat dibuktikan bahwa perjanjian tertutup tersebut memenuhi kriteria sebagai perjanjian tertutup yang dilarang.

¹ *Rule of Reason* adalah suatu doktrin yang dikembangkan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat (US Supreme Court) dalam menginterpretasikan Sherman Antitrust Act. Doktrin ini dinyatakan dan diterapkan dalam kasus *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* 221 US 1 (1911). Menurut doktrin ini, hanya kombinasi-kombinasi dan kontrak-kontrak yang secara tidak wajar mengganggu perdagangan yang tunduk pada larangan-larangan dari antitrust law, dan penguasaan kekuatan monopoli tidak dengan sendirinya illegal.

Doktrin *Rule of Reason* telah diadopsi oleh European Court of Justice (ECJ) dalam yurisprudensinya sendiri dan telah muncul dalam konteks Pasal 28 EC (Treaty Establishing the European Community) (es Pasal 30), yang melarang pembatasan kuantitatif impor (atau tindakan yang mempunyai akibat yang serupa). Dalam kasus *Cassis Dijon Rewe de v Zentral AG - Bundesmonopolverwaltung Fur Branntwein* (Case 120/78) ECJ membuat perbedaan antara tindakan melanggar Pasal 28 yang secara tidak jelas berlaku (*indistinctly applicable*) sebagai lawan dari yang secara jelas berlaku (*distinctly applicable*). Tindakan-tindakan yang secara tidak jelas berlaku adalah yang, secara *prima facie*, tidak melindungi produsen dalam negeri atas importir, dan efeknya adalah serupa terhadap keduanya. ECJ berpendapat bahwa tindakan yang secara tidak jelas berlaku yang menguntungkan para pedagang domestik atas para importir tidak selalu melanggar Pasal 28. Mereka bisa dibenarkan jika mereka memenuhi 'syarat-syarat wajib' - yaitu bilamana tindakan tersebut diperlukan untuk melindungi masyarakat atau konsumen.

Berbeda dari *illegal per se rule* (doktrin yang dikembangkan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *Drystone Pipe & Steel Co. vs US* 175 US 211 (1899) yang mewajibkan Pengadilan untuk secara hati-hati mempersempit penerapan *illegal per se rule* dan dalam menerapkannya harus:

1. membuktikan tindakan tersebut secara *prima facie* menunjukkan bahwa seseorang akan selalu atau hampir selalu cenderung membatasi persaingan dan mengurangi *output*;
2. membuktikan tindakan tersebut bukan merupakan suatu tindakan yang dirancang untuk meningkatkan efisiensi ekonomis dan memperluas pasar, akan tetapi kurang kompetitif;
3. secara hati-hati menguji kondisi-kondisi pasar; dan
4. tidak memperhatikan bukti-bukti mengenai *competitiveness behavior*, menghindari perluasan *per se treatment* untuk mencakup hubungan-hubungan bisnis baru atau hubungan-hubungan bisnis yang inovatif.

BAB II

TUJUAN DAN CAKUPAN DIBUATNYA PEDOMAN

1. Tujuan Pembuatan Pedoman

Pembuatan pedoman mengenai pelaksanaan Pasal 15 tentang perjanjian tertutup dari UU No. 5 Tahun 1999 adalah tugas Komisi Pengawas Persaingan Usaha ("KPPU"). Pedoman ini dibuat sebagai upaya untuk menyampaikan pandangan KPPU tentang pengertian perjanjian tertutup sebagaimana dimaksudkan dalam UU No. 5 Tahun 1999.

Pedoman ini disampaikan kepada para pelaku usaha, praktisi hukum, ekonom, pejabat pemerintah, serta masyarakat umum agar dengan mudah memahami secara jelas apa pandangan KPPU tentang apa yang dimaksud dengan:

- a. Perjanjian tertutup;
- b. Ketentuan mengenai perjanjian tertutup yang dianggap melanggar UU No. 5 Tahun 1999;
- c. Metode pendekatan yang dilakukan oleh KPPU dalam melaksanakan penegakan ketentuan tersebut.

Dengan adanya pedoman ini diharapkan penegakan hukum persaingan usaha, khususnya ketentuan mengenai perjanjian tertutup akan terbantu.

2. Cakupan Pedoman

Pedoman ini menjelaskan prinsip-prinsip umum dan standar-standar dasar yang digunakan oleh KPPU dalam melaksanakan analisis untuk menilai suatu perjanjian tertutup sebagaimana diatur dalam pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999.

Pedoman ini harus dilihat sebagai penjelasan yang bersifat umum, sehingga dalam praktek, penerapan pedoman ini akan disesuaikan dengan proses penyelidikan dan pemeriksaan secara kasus per kasus. Selain hal tersebut, pedoman ini diharapkan lebih menjelaskan batasan-batasan ketentuan dalam perjanjian tertutup yang dianggap melanggar prinsip-prinsip hukum persaingan.

BAB III PERJANJIAN TERTUTUP DAN PASAL TERKAIT

1. Konsep dan Definisi Perjanjian Tertutup

Perjanjian Tertutup (*exclusive agreement*) adalah perjanjian antara pelaku usaha selaku pembeli dan penjual untuk melakukan kesepakatan secara eksklusif yang dapat berakibat menghalangi atau menghambat pelaku usaha lain untuk melakukan kesepakatan yang sama. Di samping penetapan harga, hambatan vertikal lain yang merupakan hambatan bersifat non-harga seperti yang termuat dalam perjanjian eksklusif adalah pembatasan akses penjualan atau pasokan, serta pembatasan wilayah dapat dikategorikan sebagai perjanjian tertutup.

Perjanjian tertutup pada prinsipnya merupakan bagian penting dari hambatan vertikal (*vertical restraint*), maka perjanjian tertutup memiliki dua katagori yaitu hambatan untuk persaingan yang sifatnya *intrabrand* dan hambatan untuk persaingan yang sifatnya *interbrand*. Persaingan *intrabrand* adalah persaingan antara distributor atau pengecer untuk suatu produk yang berasal dari manufaktur atau produsen yang sama. Oleh karena itu, hambatan yang bersifat *intrabrand* terjadi ketika akses penjualan distributor atau pengecer dibatasi oleh produsen. Sedangkan persaingan *interbrand* adalah persaingan antar manufaktur atau produsen untuk suatu jenis atau kategori barang di pasar bersangkutan yang sama. Hambatan *interbrand* terjadi bila produsen menciptakan pembatasan persaingan terhadap produk pesaingnya.

Perjanjian tertutup merupakan salah satu strategi yang dapat ditempuh oleh pelaku usaha untuk meningkatkan kekuatan pasar yang mungkin akan mengganggu iklim persaingan dan pada akhirnya akan merugikan konsumen. UU No. 5 Tahun 1999 telah mengantisipasi hal ini dengan melarang beberapa tindakan (strategi) yang termasuk dalam kategori perjanjian tertutup, karena potensial menimbulkan kerugian masyarakat (*welfare loss*).

Perjanjian tertutup merupakan salah satu bentuk teknis dari hambatan vertikal (*vertical restraint*). Dalam UU No. 5 Tahun 1999 terdapat beberapa pasal yang mengatur strategi hambatan vertikal semacam ini, dan khusus untuk perjanjian tertutup diatur dalam pasal 15. Khusus pada pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999, beberapa tindakan yang dilarang meliputi:

DRAFT

- a. Perjanjian distribusi eksklusif
- b. Perjanjian penjualan/pembelian barang dan/atau jasa tertentu yang bersifat mengikat (*tying agreement*)
- c. Perjanjian penetapan harga dan atau diskon tertentu yang dikaitkan dengan *tying agreement*
- d. Perjanjian penetapan harga dan atau diskon tertentu yang dikaitkan dengan pelarangan untuk membeli barang dan atau jasa dari pesaing (*exclusive dealing* dikaitkan dengan potongan harga).

Dalam hukum persaingan, pendekatan sebagaimana diatur dalam Pasal 15 ini harus menggunakan interpretasi yang fleksibel dan tidak kaku sebagaimana dimaksud oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam Putusannya No. 05 K/KPPU/2007 tertanggal 4 April 2008² sesuai kasusnya, untuk membuktikan

² Sebagai perbandingan tentang penerapan *Rule of Reason* terhadap perjanjian-perjanjian tertutup dapat dibaca bunyi Pasal 101 (eks Pasal 81) dan Pasal 102 (eks Pasal 82) Treaty on the European Community yang berbunyi sebagai berikut di bawah ini, dan dibaca bersama-sama (*juncto*) Putusan European Court of Justice dalam kasus *Cassis Dijon Rewe de v Zentral AG - Bundesmonopolverwaltung Fur Branntwein* (Case 120/78) (*vide* Footnote 1 di atas):

Pasal 101 (ex Pasal 81 TEC)

1. *The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:*

- (a) *directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;*
- (b) *limit or control production, markets, technical development, or investment;*
- (c) *share markets or sources of supply;*
- (d) *apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- (e) *make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*

2. *Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.*

3. *The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:*
- *any agreement or category of agreements between undertakings,*
 - *any decision or category of decisions by associations of undertakings,*
 - *any concerted practice or category of concerted practices,*

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the

DRAFT

bahwa pelaku usaha membuat perjanjian tertutup yang melanggar Undang-Undang dapat sehingga dapat dikenai sanksi.

2. Pengertian *Exclusive Dealing*, *Tying Agreement* dan *Special Discount*

Menurut pemahaman dari sudut pandang teori ekonomi, yang dimaksud dengan:

a. *Exclusive Dealing*

Adalah suatu perjanjian yang terjadi di antara orang-orang yang berada pada *level* yang berbeda pada proses produksi atau jaringan distribusi suatu barang atau jasa. *Exclusive dealing* atau perjanjian tertutup ini terdiri dari:

- (i) *Exclusive Distribution Agreement* di mana pelaku usaha membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima produk hanya akan memasok atau tidak memasok kembali produk tersebut kepada pihak tertentu atau di tempat tertentu saja. Dengan kata lain pihak distributor

resulting benefit, and which does not:

- (a) *impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*
- (b) *afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.*

Pasal 102 (ex Pasal 82 TEC)

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) *directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*
- (b) *limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*
- (c) *applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- (d) *making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*

DRAFT

diikat berdasarkan kesepakatan dalam perjanjian untuk hanya boleh memasok produk kepada pihak tertentu dan di tempat tertentu saja.

- (ii) *Tying Agreement.*
- (iii) *Vertical Agreement on Discount.*

b. *Tying Agreement*

Adalah bentuk perjanjian distribusi berdasarkan mana distributor diperbolehkan untuk membeli suatu barang tertentu (*tying product*) dengan syarat harus membeli barang lain (*tied product*).

Adalah suatu perjanjian berdasarkan perjanjian tersebut, si penjual menjual produknya kepada pembeli dengan menetapkan persyaratan bahwa pembeli akan membeli produk lain dari penjual. Produk yang diinginkan oleh pembeli adalah produk pengikat (*tying product*) dan produk yang oleh penjual diwajibkan untuk dibeli oleh pembeli disebut sebagai produk ikatan (*tied product*). Dalam hal kewajiban untuk membeli produk ini ditetapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli karena tidak ada pilihan penjual lainnya, penjual akan memiliki posisi tawar yang tinggi (*dominant bargaining power/position*) dan menjadikan perjanjiannya berat sebelah. Nilai tawar yang dimiliki oleh penjual akan menjadi tinggi karena penjual memiliki *market power* yang besar, akan tetapi dari segi positifnya adalah bilamana produknya memiliki kualitas yang lebih baik, sehingga menjadi keinginan pembeli sendiri untuk membeli produknya.

c. *Special Discount*

Bilamana pelaku usaha ingin mendapatkan harga diskon untuk suatu produk tertentu yang dibelinya dari pelaku usaha yang lainnya, maka pelaku usaha harus bersedia membeli produk lain dari pelaku usaha tersebut atau tidak akan membeli produk yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaingnya.

DRAFT

3. Penjabaran Pasal 15

Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang hanya akan memasok atau tidak memasok kembali barang dan/atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan atau pada tempat tertentu.

Bentuk-bentuk perjanjian tertutup yang dilarang meliputi:

- Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999:
Perjanjian yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang hanya akan memasok atau tidak memasok kembali barang dan/atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan/atau pada tempat tertentu (*exclusive dealing distribution*).
- Pasal 15 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999:
Perjanjian yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok (*tying agreement*).
- Pasal 15 ayat (3) poin a. UU No. 5 Tahun 1999:
Perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan/atau jasa yang memuat persyaratan bahwa pelaku usaha yang menerima barang dan/atau jasa dari pelaku usaha pemasok harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok (*tying agreement* dikaitkan dengan potongan harga)
- Pasal 15 ayat (3) poin b. UU No. 5 Tahun 1999:
Perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan/atau jasa yang memuat persyaratan bahwa pelaku usaha yang menerima barang dan/atau jasa dari pelaku usaha pemasok tidak akan membeli barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok (*exclusive dealing* dikaitkan dengan potongan harga).

DRAFT

Adapun penjelasan dari Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999, ayat per ayat adalah sebagai berikut:

Pasal 15 ayat (1):

Perjanjian distribusi eksklusif (*exclusive distribution agreement*)

Ayat (1) menjelaskan larangan bagi pelaku usaha (hulu) untuk mengadakan perjanjian yang bersifat eksklusif dengan pelaku usaha lain. Berdasarkan unsur pelaku usaha lain sebagai pihak yang menerima barang dan/atau jasa, dijelaskan bahwa pelaku usaha lain tersebut dapat dikategorikan sebagai pemasok/penyalur dan/atau yang berada di tingkat hilir dalam satu rangkaian produksi dan distribusi vertikal. Sifat perjanjian tertutup dijelaskan melalui unsur hanya akan memasok atau tidak memasok kembali barang dan/atau jasa kepada pihak tertentu dan di tempat tertentu.

Pembatasan dalam kebebasan memberi pasokan (berdasarkan kriteria pelaku usaha/pihak tertentu dan di tempat tertentu) yang dikenakan oleh pelaku usaha (hulu) kepada pelaku usaha hilir merupakan faktor utama untuk memenuhi kriteria perjanjian yang diklasifikasikan sebagai perjanjian tertutup atau eksklusif. Selain akan berpotensi menimbulkan praktek-praktek yang merugikan persaingan sehat dalam rangkaian produksi - distribusi vertikal berupa persaingan *interbrand* dan *intrabrand*, maka unsur pembatasan pasokan pada tempat tertentu juga berpotensi menimbulkan terjadinya praktek pembagian wilayah.

Pasal 15 ayat (2):

Perjanjian *tying*

Dalam pasal 15 ayat 2 dijelaskan mengenai larangan bagi pelaku usaha untuk membuat perjanjian *tying*. Secara spesifik, pelaku usaha yang bertindak selaku pemasok (sektor hulu) tidak diperbolehkan untuk memberlakukan kewajiban bagi pelaku usaha lain (sebagai penerima pasokan dan/atau distributor) untuk membeli produk dan/atau jasa lain yang berbeda karakternya dengan produk pokoknya. Perbedaan karakteristik antara produk utama dan produk lainnya sebagaimana dapat dikur berdasarkan tingkat komplemen atau substitusinya merupakan faktor kunci dari praktek *tying* tersebut. Pengaitan penjualan atau pembelian yang bersifat wajib antara produk dan/atau jasa yang sama sekaIi berbeda dalam satu paket potensial akan melanggar pasal ini.

DRAFT

**Pasal 15 ayat (3):
Perjanjian penetapan harga dan atau diskon yang dikaitkan dengan praktek *tying* dan perjanjian tertutup/eksklusif (*exclusive dealing*).**

Pasal 15 ayat (3) tersebut memuat larangan mengenai kebijakan penetapan harga yang dikaitkan dengan praktek *tying* dan perjanjian tertutup/eksklusif (*exclusive dealing*).

Secara spesifik, pasal 15 ayat (3) poin a menjelaskan bahwa pelaku usaha (sebagai pemasok) dilarang untuk mengenakan harga tertentu dan/atau menetapkan tingkat diskon dan/atau potongan harga atas barang dan/atau jasa dengan syarat utama bahwa pelaku usaha yang menerima pasokan (distributor di tingkat hilir) harus membeli barang dan/atau jasa yang sama sekali tidak terkait dengan produk utama yang dibeli dari pemasok. Hal tersebut merupakan praktek yang mengkaitkan penetapan harga dan atau kebijakan diskon dengan praktek *tying*.

Pasal 15 ayat (3) poin b, secara spesifik menjelaskan bahwa pelaku usaha sebagai pemasok dilarang untuk menetapkan harga dan/atau menetapkan tingkat diskon dan atau potongan harga kepada pelaku usaha penerima pasokan (distributor di tingkat hilir), dengan larangan untuk membeli produk sejenis dari pesaing pelaku usaha pemasok sebagai syarat utama. Hal tersebut merupakan praktek yang mengkaitkan antara penetapan harga dan/atau kebijakan diskon dengan perjanjian yang bersifat eksklusif dan/atau tertutup.

Penjabaran unsur-unsur yang ada dalam pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 adalah sebagai berikut:

1. Pelaku Usaha

Pelaku usaha menurut pasal 1 angka 5 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.

DRAFT

2. Perjanjian

Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikat diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.

3. Pelaku Usaha Lain

Pelaku usaha lain adalah pelaku usaha yang mempunyai hubungan vertikal maupun horisontal yang berada dalam satu rangkaian produksi dan distribusi baik di hulu maupun di hilir dan bukan merupakan pesaingnya.

4. Pihak yang Menerima

Pihak yang menerima adalah pelaku usaha yang menerima pasokan berupa barang dan/atau jasa dari pemasok.

5. Barang

Barang menurut pasal 1 angka 16 adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

6. Jasa

Jasa menurut pasal 1 angka 17 adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

7. Memasok Kembali

Memasok kembali menurut penjelasan pasal 15 adalah menyediakan pasokan, baik barang maupun jasa, dalam kegiatan jual beli.

8. Pihak Tertentu

Pihak tertentu adalah pihak lain yang membeli barang dan/atau jasa dari pihak yang menerima barang dan/atau jasa dari pemasok.

DRAFT

9. Tempat Tertentu

Tempat tertentu adalah suatu wilayah geografis di mana barang dan/atau jasa tersebut akan diperdagangkan.

10. Barang dan Jasa Lain

Barang menurut pasal 1 angka 16 adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

Jasa menurut pasal 1 angka 17 adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

11. Harga

Adalah biaya yang harus dibayar dalam suatu transaksi barang dan/atau jasa sesuai kesepakatan antara para pihak di pasar bersangkutan.

12. Potongan Harga

Merupakan potongan harga (diskon) yang merupakan insentif yang diberikan oleh seorang produsen kepada distributor ataupun dari distributor kepada pengecernya, di mana harganya menjadi lebih murah daripada harga yang seharusnya dibayarkan.

4. Pasal-pasal Lain yang Terkait

Ketentuan mengenai perjanjian tertutup memiliki keterkaitan dengan pasal-pasal lain dalam UU No. 5 Tahun 1999.

1. Pasal 8 tentang larangan perjanjian penetapan harga jual kembali (*resale price maintenance*), berdasarkan perjanjian ini pelaku usaha penerima pasokan dilarang untuk memasok kembali barang yang dibeli dengan harga yang lebih rendah dari yang diperjanjikan (*resale at loss*).
2. Pasal 14 tentang larangan integrasi vertikal. Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang bertujuan untuk menguasai produksi sejumlah

DRAFT

produk yang termasuk dalam rangkaian produksi, yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat.

3. Pasal 16 tentang larangan membuat perjanjian dengan pihak lain di luar negeri yang memuat ketentuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Mengaitkan Pasal 16 ini dengan Pasal 15 tidak bisa dihindari karena pada hakekatnya perjanjian lahir dari adanya kesepakatan kedua belah pihak atau lebih. Bilamana pelaku usaha pemasok berada di luar negeri sehingga berada di luar jangkauan keberlakuan UU No. 5 Tahun 1999, maka tanpa menghubungkan Pasal 15 dengan Pasal 16 menjadikan UU No. 5 Tahun 1999, yang bertujuan menegakkan persaingan usaha yang sehat, pelaku usaha lain dan konsumen, menjadi impoten karena tidak ada yang dapat dikenai sanksi. Dengan menghubungkan Pasal 15 dengan Pasal 16, maka dalam keadaan tersebut sebelumnya, pelaku usaha yang menerima pasokan pun dapat dikenai sanksi karena atas dasar kesepakatannya sendiri yang diberikannya secara sukarela untuk membuat perjanjian tertutup dapat membawa kerugian bagi pelaku usaha lain, konsumen dan iklim persaingan usaha yang sehat.
4. Pasal 50 huruf b. mengatur tentang pengecualian yang diberikan UU No. 5 Tahun 1999 terhadap perjanjian yang berkaitan dengan hak atas kekayaan intelektual seperti lisensi, serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba.
5. Pasal 50 huruf c. mengatur tentang pengecualian terhadap perjanjian penetapan standar teknis produk barang dan atau/jasa yang tidak mengekang dan/atau menghalangi persaingan.
6. Pasal 50 huruf d. mengatur tentang pengecualian terhadap perjanjian dalam rangka keagenan yang isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan atau jasa dengan harga yang lebih rendah dari harga yang telah diperjanjikan.

BAB IV

LATAR BELAKANG PELAKU USAHA MEMBUAT PERJANJIAN TERTUTUP DAN CONTOH KASUS

1. Latar Belakang Pelaku Usaha Membuat Perjanjian Tertutup

Akibat positif dan negatif pelaku usaha melakukan perjanjian tertutup, adalah karena dengan perjanjian tertutup pelaku usaha dapat:

a) Meningkatkan kekuatan pasar (*market power*)

Pengertian dari kekuatan pasar atau *market power* adalah kemampuan pelaku usaha untuk menetapkan harga melebihi biaya marginal dari kegiatan produksi yang dilakukan, sehingga keuntungan yang dinikmati adalah keuntungan di atas *level* harga persaingan atau keuntungan normal.

Melalui perjanjian tertutup, maka akibat negatifnya adalah bahwa akses pelaku usaha lain untuk melakukan hal yang sama menjadi terbatas, sehingga akan mengurangi persaingan usaha langsung. Di samping itu perjanjian tertutup ini juga akan menghambat pelaku usaha baru untuk memasuki pasar. Jika dilihat dari sudut pandang pelaku usaha yang tidak terlibat perjanjian tertutup, maka strategi perjanjian tertutup akan mengakibatkan mereka menghadapi pembatasan akses distribusi sehingga kemampuan untuk ikut bersaing menjadi turun.

Oleh karena itu strategi ini dapat digunakan untuk mengurangi persaingan sehingga pelaku usaha dapat menetapkan harga lebih tinggi untuk mendapat keuntungan melebihi keuntungan yang wajar atau melebihi keuntungan pada posisi persaingan penuh.

b) Meningkatkan efisiensi

Perjanjian eksklusif, yang merupakan kontrak jangka panjang yang eksklusif antara produsen dan distributor sehingga secara positif akibatnya akan dapat mengurangi biaya observasi (*searching cost*), biaya transaksi, biaya monitoring sistem distribusi. Dengan adanya kepastian pasokan distribusi baik bagi

DRAFT

produsen maupun distributor sebagai akibat perjanjian eksklusif tersebut, maka efisiensi akan dapat dicapai.

c) Menjaga persaingan *intra*brand

Pelaku usaha pada umumnya membiarkan persaingan antar produsen (*interbrand competition*) karena secara teknis memang lebih sulit untuk membuat kartel antar produk. Di sisi lain untuk menjaga sistem distribusi, dengan dibuatnya perjanjian tertutup secara positif mereka meminimalkan persaingan antar distributor (*intra*brand competition) dengan melakukan perjanjian tertutup. Dengan demikian maka dengan perjanjian tertutup ada peluang untuk menambah kekuatan pasar, meskipun persaingan antar produk cukup ketat.

2. Dampak Positif dan Negatif Perjanjian Tertutup

Tidak secara otomatis perjanjian tertutup itu menimbulkan dampak negatif, akan tetapi juga dapat memberikan dampak positif sehingga oleh karenanya pelaku usaha tidak dapat dihukum hanya karena membuat perjanjian tertutup, bilamana perjanjian tertutup tersebut memberikan dampak positif. Perbedaan antara dampak positif dari dampak negatif dapat ditetapkan dengan (i) mempelajari latar belakang atau alasan mengapa pelaku usaha membuat perjanjian tertutup, dan (ii) menganalisis akibat/dampak dari dibuatnya perjanjian tertutup tersebut. Dampak positif dibuatnya perjanjian tertutup tersebut secara umum antara lain:

- a) Peningkatan spesialisasi antara produsen-distributor akan meningkatkan skala ekonomis masing-masing pihak, sekaligus mengurangi unsur ketidak-pastian dalam proses distribusi.
- b) Pengurangan biaya transaksi antara produsen-distributor sehingga terjadi peningkatan efisiensi.
- c) Peningkatan kepastian dalam melakukan usaha bagi pelaku usaha yang terikat dalam suatu perjanjian tertutup
- d) Mengurangi perilaku distributor mengambil kesempatan (peluang) *arbitrage*. Hal ini terjadi bila seorang membeli produk yang cukup ban yak, kemudian dijual ke pasar yang lain sehingga mendapat

DRAFT

keuntungan dari perbedaan harga jual pada pasar yang berbeda. Dampak tindakan *arbitrage* ini akan mengganggu pangsa pasar produsen yang sama di wilayah lain.

Sedangkan dampak negatif yang bisa disebabkan oleh dilaksanakannya perjanjian tertutup secara umum antara lain:

- a) Peningkatan hambatan masuk pasar bagi pelaku usaha potensial dan penutupan akses bagi pelaku usaha pesaing. Hambatan ini terjadi karena pelaku usaha yang tidak terlibat perjanjian tertutup tersebut terpaksa harus membangun jaringan distribusi sendiri atau mencari distributor independen. Proses pencarian dan membangun jaringan distribusi akan menimbulkan biaya (*integration cost & switching cost*) yang menjadi faktor hambatan yang signifikan bagi pelaku usaha yang tidak terlibat dalam perjanjian tertutup.
- b) Potensial terjadinya pembagian wilayah. Pembagian wilayah ini dapat terjadi bila alokasi distribusi antar produsen-distributor ke dalam beberapa wilayah, dimana untuk masing-masing wilayah terdapat beberapa distributor yang dominan. Bentuk perjanjian tertutup antar produsen-distributor, akan memudahkan bagi para distributor dalam mempertahankan wilayahnya masing-masing. Dengan demikian praktek perjanjian tertutup dapat memfasilitasi praktek kolusi pembagian wilayah terutama untuk pelaku usaha ditingkat hilir.
- c) Memungkinkan bagi pelaku usaha untuk meningkatkan kekuatan pasar, yang kemudian akan melakukan diskriminasi harga untuk memaksimalkan profit.
- d) Bagi konsumen, pada prinsipnya merupakan akibat dari pembatasan persaingan yang mengakibatkan pasar berstruktur tidak persaingan sempurna. Dalam pasar yang demikian, pelaku usaha pada umumnya akan menetapkan harga yang lebih tinggi dari harga persaingan untuk menambah keuntungan. Dalam kondisi yang demikian konsumen harus membayar harga yang lebih mahal, dan secara umum akan menimbulkan *welfare loss*.

DRAFT

Khusus untuk strategi *tying* (perjanjian pembelian dengan mengaitkan produk lain dalam suatu penjualan), dampak positif yang bisa muncul antara lain:

- a) Penjualan berbagai produk secara bersamaan akan mengurangi biaya transaksi, terutama dalam proses pengumpulan informasi, negosiasi serta manajemen logistik.
- b) Dalam kasus tertentu (misalnya untuk mesin yang rumit), produsen dapat mengikat pembeli sehingga kontrol kualitas terhadap bahan baku yang digunakan mesin tersebut dapat dilakukan. Dengan demikian tidak akan terjadi kesalahan penggunaan bahan baku yang memperburuk kinerja mesin.

Dampak negatif yang dapat terjadi dari *tying* di antaranya adalah:

- a) Merupakan salah satu bentuk pembatasan akses pasar yang diberlakukan oleh pelaku perjanjian ini terhadap pelaku usaha pesaingnya. Pada umumnya produk yang dijual dengan strategi *tying* adalah produk yang kurang laku dan atau menghadapi persaingan yang sangat kuat karena adanya produk substitusi.
 - b) Merupakan hambatan masuk ke pasar, terutama bagi pelaku usaha yang tidak memiliki kemampuan untuk memproduksi produk yang disertakan atau disyaratkan diluar produk utamanya.
 - c) Dapat menciptakan pasar monopoli, terutama dalam layanan purna jual, sebagai akibat ketergantungan pembeli terhadap kondisi purna jual yang diberikan oleh produsen.
 - d) Sebagai sarana untuk menyamakan praktek penetapan harga dan atau praktek menjual rugi.
3. Hal-hal yang Perlu Diperhatikan Sehubungan dengan Analisis Pelarangan Perjanjian Tertutup

Dalam hukum persaingan perjanjian tertutup harus dibuktikan dengan mempelajari latar belakang dibuatnya perjanjian tertutup tersebut serta menganalisis dampak dari dilaksanakannya hak-hak dan kewajiban-kewajiban para pihak yang lahir dari perjanjian tertutup tersebut. Pada awalnya untuk dapat membuktikan bahwa perjanjian tertutup tersebut melanggar atau tidak

DRAFT

melanggar ketentuan Pasal 15, maka pembuktian harus dilakukan sesuai dengan Tata Cara Penanganan Perkara sebagaimana diatur dalam Bab VII dari UU No. 5 Tahun 1999. KPPU wajib memperhatikan ketentuan Pasal 42 tentang alat-alat bukti, dan dalam hal terdapat kesulitan untuk memperoleh bukti-bukti seperti keterangan saksi, surat dan/atau dokumen serta keterangan pelaku usaha sendiri, adalah kewajiban hukum KPPU untuk menafsirkan dan menerapkan ketentuan Pasal 42 huruf d (petunjuk) secara luwes sehingga KPPU dapat mengumpulkan bukti yang diperoleh dari penilaian atas situasi, kondisi dan keadaan seputar perjanjian tertutup yang diduga telah dibuat pelaku usaha (*circumstantial evidence*).

Dalam hal setelah dilaksanakannya Tata Cara Penanganan Perkara terbukti secara cukup dan patut bahwa perjanjian tertutup memenuhi kriteria di bawah ini, maka tanpa memerlukan pembuktian lebih lanjut, perjanjian tertutup harus dinyatakan telah memenuhi kriteria pelanggaran Pasal 15:

- a) Perjanjian tertutup yang dilakukan harus menutup volume perdagangan secara substansial atau mempunyai potensi untuk melakukan hal tersebut. Berdasarkan pasal 4, ukuran yang digunakan adalah apabila akibat dilakukannya perjanjian tertutup ini, pengusaha memiliki pangsa 10% atau lebih.
- b) Perjanjian tertutup dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar, dan kekuatan tersebut dapat semakin bertambah karena strategi perjanjian tertutup yang dilakukan. Ukuran kekuatan pasar adalah sesuai dengan pasal 4 yaitu memiliki pangsa pasar 10% atau lebih.
- c) Dalam perjanjian *tying*, produk yang diikatkan dalam suatu penjualan harus berbeda dari produk utamanya.
- d) Pelaku usaha yang melakukan perjanjian *tying* harus memiliki kekuatan pasar yang signifikan sehingga dapat memaksa pembeli untuk membeli juga produk yang diikat. Ukuran kekuatan pasar adalah sesuai dengan pasal 4 yaitu memiliki pangsa pasar 10% atau lebih.

DRAFT

4. Persaingan dan Kerugian Konsumen yang Diakibatkan oleh Dilaksanakannya Perjanjian Tertutup

Strategi perjanjian tertutup secara jelas akan mengganggu persaingan dan selanjutnya akan merugikan konsumen. Bentuk hambatan masuk ke pasar dan atau penutupan akses oleh pelaku usaha tertentu terhadap pelaku usaha lainnya (pesaing) terjadi apabila pelaku usaha yang mempraktekkan perjanjian tertutup kemudian menciptakan hambatan vertikal (*vertical restraint*), terutama akses terhadap sumber bahan baku atau jaringan distribusi serta pemasaran. Akibat dari adanya perjanjian tertutup tersebut, maka pelaku usaha pesaing akan mengalami kesulitan dalam bentuk:

- a) Biaya untuk membangun jaringan integrasi sendiri dalam bentuk kontrak/perjanjian dengan distributor/pemasok.
- b) Biaya untuk koordinasi dengan distributor/pemasok.
- c) Adanya kemungkinan terjadinya pembagian wilayah antar pelaku usaha sebagai akibat dari perjanjian eksklusif, sehingga sulit bagi pengusaha baru untuk memasuki wilayah tertentu. Hal ini terjadi bila struktur di tingkat bahan baku maupun distribusi/pengecer cenderung terkonsentrasi pada beberapa pelaku usaha yang dominan.

Dengan adanya hambatan (*barrier to entry*) tersebut, maka potensi pelaku usaha akan berlaku sebagai monopolis atau perusahaan dominan akan sangat besar. Akibatnya konsumen akan dirugikan karena harus membayar dengan harga yang lebih tinggi dari harga persaingan, yang kemudian akan timbul *welfare loss* (kesejahteraan yang hilang).

5. Contoh Kasus

- (a) Perjanjian Tertutup (Pasal 15 ayat 1)

Produsen X mendistribusikan produknya kepada distributor dengan menentukan syarat bahwa distributor yang menerima produk (barang dan/atau jasa) tersebut hanya akan memasok atau tidak memasok produk tersebut kepada pihak tertentu dan/atau di tempat tertentu. Misalnya pelanggaran Pasal 15 ayat 1 dalam Perkara No. 11/KPPU-I/2005 (Semen Gresik) yang telah

DRAFT

dikuatkan oleh Mahkamah Agung dalam Putusannya No. 05K/KPPU/2007, tanggal 4 April 2008.

Berdasarkan hasil penyelidikan dan pemeriksaan, KPPU menemukan fakta bahwa PT. Semen Gresik, Tbk membagi Jawa Timur menjadi 8 (delapan) area pemasaran. Dalam rangka memasarkan produknya, PT. Semen Gresik, Tbk menunjuk distributor PT. Semen Gresik, Tbk dan para distributor mengikatkan diri melalui suatu perjanjian jual beli yang menempatkan para distributor sebagai distributor mandiri/pembeli lepas. Meskipun posisi para distributor ini sebagai pembeli lepas namun PT. Semen Gresik, Tbk menetapkan harga jual di tingkat distributor dan mewajibkan distributor untuk menjual sesuai harga tersebut, menentukan pihak yang bisa menerima pasokan dari distributor, melarang distributor menjual semen merek lain.

PT. Semen Gresik, Tbk menerapkan suatu pola pemasaran yang dikenal dengan nama "*Vertical Marketing System*" (VMS). VMS ini merupakan pedoman bagi para distributor untuk hanya memasok jaringan di bawahnya (Langganan tetap/LT dan Toko). Pola ini melarang distributor memasok LT dan toko yang bukan kelompoknya. Pola VMS tidak berjalan efektif meskipun pelanggaran terhadap VMS ini akan dikenakan sanksi. Tidak berjalannya VMS ini berakibat pada terjadinya perang harga antar distributor karena perilaku LT yang berpindah-pindah distributor dan melakukan penawaran harga serendah mungkin kepada setiap distributor.

Untuk menyikapi perang harga tersebut PT. Semen Gresik, Tbk memfasilitasi pertemuan-pertemuan di kantornya. Atas inisiatif para distributor, maka dibentuklah suatu perkumpulan distributor yang bernama Konsorsium Distributor Semen Gresik Area 4 Jawa Timur. Kesepakatan yang dicapai dalam pembentukan konsorsium adalah memperketat pelaksanaan VMS, mematuhi harga jual semen gresik sesuai dengan harga yang ditetapkan, membagi jatah distribusi dan berkoordinasi serta saling berbagi informasi antara sesama anggota konsorsium. Maksud dan tujuan pembentukan konsorsium adalah untuk menghadapi perilaku para LT dan Toko dan menghilangkan perang harga. Konsorsium ini kemudian membentuk Kantor Pemasaran bersama yang dibiayai

DRAFT

secara bersama, yang bertugas mengumpulkan pesanan Semen Gresik dari LT dan melanjutkan pesanan tersebut pada PT. Semen Gresik, Tbk yang sebenarnya merupakan inti dari kegiatan usaha dari masing-masing distributor tersebut.

Dengan terlaksananya VMS secara ketat oleh Konsorsium berakibat hilangnya persaingan diantara distributor, tidak dimungkinkannya distributor memperluas usahanya dan tidak dimungkinkannya LT mendapat pasokan selain dari distributornya. Keberadaan konsorsium juga menghilangkan kesempatan LT untuk menjaga harga yang telah ditentukan oleh PT. Semen Gresik, Tbk.

Berdasarkan fakta-fakta yang ada, Majelis Komisi memutuskan:

1. Menyatakan bahwa para terlapor yang merupakan Distributor PT. Semen Gresik, Tbk dan PT. Semen Gresik, Tbk terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999
2. Menyatakan bahwa para terlapor yang merupakan Distributor PT. Semen Gresik, Tbk dan PT. Semen Gresik, Tbk terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999
3. Menyatakan bahwa para terlapor yang merupakan Distributor PT. Semen Gresik, Tbk dan PT. Semen Gresik, Tbk terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999
4. Menyatakan bahwa para terlapor yang merupakan Distributor PT. Semen Gresik, Tbk dan PT. Semen Gresik, Tbk terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 15 ayat (3) huruf b UU No. 5 Tahun 1999
5. Menyatakan bahwa para terlapor yang merupakan Distributor PT. Semen Gresik, Tbk dan PT. Semen Gresik, Tbk tidak terbukti melanggar Pasal 19 huruf d UU No. 5 Tahun 1999
6. Menyatakan bahwa para terlapor yang merupakan Distributor PT. Semen Gresik, Tbk dan PT. Semen Gresik, Tbk tidak terbukti melanggar Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No. 5 Tahun 1999
7. Memerintahkan PT. Semen Gresik, Tbk untuk menghapus klausul yang menetapkan harga jual kembali yang lebih rendah dan menghentikan upaya untuk mengatur harga jual.

DRAFT

8. Memerintahkan para Distributor PT. Semen Gresik, Tbk membubarkan konsorsium.
9. Memerintahkan PT. Semen Gresik, Tbk untuk menghapus klausul yang melarang para distributornya untuk menjual semen merek lain selain semen Gresik dalam setiap perjanjiannya
10. Menghukum para terlapor yang merupakan Distributor PT. Semen Gresik, Tbk untuk membayar denda secara tanggung renteng sebesar Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar) rupiah yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran penerimaan bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Perbendaharaan dan Kas Negara (KPKN Jakarta I) yang beralamat di Jl. Ir. H. Juanda No. 19 Jakarta Pusat melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 1212.
11. Menghukum PT. Semen Gresik, Tbk untuk membayar denda sebesar Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar) rupiah yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran penerimaan bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Perbendaharaan dan Kas Negara (KPKN Jakarta I) yang beralamat di Jl. Ir. H. Juanda No. 19 Jakarta Pusat melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 1212.

Pertimbangan Putusan Mahkamah Agung adalah sebagai berikut:

Mahkamah Agung dapat menerima keberatan KPPU selaku Pemohon Kasasi terhadap Putusan judex facti yang salah menerapkan hukumnya terhadap Pasal 15.1 UU No. 5 Tahun 1999. Mahkamah Agung berpendapat bahwa pasal ini dengan jelas melarang pembuatan perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa hanya akan memasok atau tidak memasok kembali barang dan/atau jasa tersebut kepada pihak tertentu. Dalam perjanjian jual beli antara Terlapor XI dengan Terlapor I sampai dengan X, diperintahkan bahwa Terlapor hanya akan memasok semen Gresik, sehingga jelas Pemohon I sampai dengan XI/Termohon Kasasi I sampai dengan XI telah melanggar ketentuan Pasal 15 ayat 1 UU No. 5 Tahun 1999.

DRAFT

(b) Contoh Kasus Perjanjian Tying (Pasal 15 ayat 2)

Perkara No. 01/KPPU-L/2003 (Garuda) yang dikuatkan oleh Mahkamah Agung dalam Putusannya No. 01K/KPPU/2004, tertanggal 5 September 2005.

Dari hasil pemeriksaan terhadap PT. Garuda Indonesia, Pelapor, 17 (tujuh belas) saksi dan dokumen-dokumen yang diperoleh selama pemeriksaan, Majelis Komisi mendapatkan fakta-fakta sebagai berikut.

PT. Garuda Indonesia pada tanggal 28 Agustus 2000 melakukan kesepakatan dengan PT. Abacus Indonesia bahwa distribusi tiket penerbangan PT. Garuda Indonesia di wilayah Indonesia hanya dilakukan dengan *dual access* melalui terminal Abacus. Alasan hanya memberikan *dual access* kepada PT. Abacus Indonesia sebagai penyedia sistem Abacus di Indonesia adalah karena biaya transaksi untuk reservasi dan booking penerbangan internasional dengan menggunakan sistem abacus lebih murah.

Tujuan *dual access* hanya dengan sistem Abacus adalah agar PT. Garuda Indonesia dapat mengontrol biro perjalanan wisata di Indonesia dalam melakukan reservasi dan pemesanan (*booking*) tiket penerbangan serta agar semakin banyak biro perjalanan wisata di Indonesia yang menggunakan sistem Abacus untuk melakukan reservasi dan *booking* penerbangan internasional terlapor yang pada akhirnya akan mengurangi biaya transaksi penerbangan internasional PT. Garuda Indonesia.

Agar *dual access* dapat berjalan efektif, PT. Garuda Indonesia membuat persyaratan bagi biro perjalanan wisata yang akan ditunjuk sebagai agen pasasi domestiknya harus menyediakan sistem Abacus terlebih dahulu sebelum memperoleh sambungan sistem ARGA. Sistem ARGA merupakan sistem yang dipergunakan untuk melakukan reservasi dan *booking* tiket domestik PT. Garuda Indonesia, sedangkan sistem Abacus dipergunakan untuk melakukan reservasi dan booking tiket internasional.

PT. Garuda memiliki 95% saham di PT. Abacus Indonesia. PT. Garuda Indonesia menempatkan dua orang direksinya sebagai komisaris PT. Abacus Indonesia. Hal ini menimbulkan konflik kepentingan karena kegiatan usaha PT. Garuda Indonesia dan PT.

DRAFT

Abacus Indonesia saling berkaitan. Hal ini terlihat pada setiap rapat sinergi antara PT. Garuda Indonesia dan PT. Abacus Indonesia, setidaknya-tidaknya mereka mengetahui dan menyetujui setiap kesepakatan rapat yang diambil termasuk di dalamnya tentang kebijakan *dual access*.

Kebijakan ini menimbulkan hambatan bagi penyedia CRS lain dalam memasarkan sistemnya ke biro perjalanan wisata. Mayoritas biro perjalanan wisata memilih CRS Abacus yang disediakan PT. Abacus Indonesia, karena memberikan kemudahan untuk mendapatkan akses reservasi dan *booking* tiket domestik PT. Garuda Indonesia. Sedangkan CRS selain Abacus kurang diminati oleh Biro Perjalanan Wisata karena tidak terintegrasi dengan sistem ARGA. Ketiadaan sistem ARGA mengakibatkan biro perjalanan wisata tidak dapat melakukan *booking (issued)* tiket penawaran yang lebih baik dibandingkan tawaran dari penyedia sistem Abacus. Persyaratan Abacus *connection* menyebabkan biro perjalanan wisata yang hanya menjadi agen pasasi domestik PT. Abacus dan biaya sewa perangkat Abacus. Padahal sistem Abacus tidak digunakan untuk reservasi tiket domestik, PT. Garuda menggunakan sistem ARGA.

Pada akhirnya setelah melalui proses serangkaian putusan, Majelis Komisi KPPU menetapkan putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa PT. Garuda Indonesia secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 14 UU No. 5 Tahun 1999
2. Menyatakan bahwa PT. Garuda Indonesia secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999
3. Menyatakan bahwa PT. Garuda Indonesia secara sah dan meyakinkan tidak melanggar Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999
4. Menyatakan bahwa PT. Garuda Indonesia secara sah dan meyakinkan tidak melanggar Pasal 19 huruf a, b, dan d UU No. 5 Tahun 1999
5. Menyatakan bahwa PT. Garuda Indonesia secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 26 UU No. 5 Tahun 1999
6. Memerintahkan PT. Garuda Indonesia untuk membayar denda administratif sebesar Rp. 1.000.000.000,- (satu millar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Megara sebagai setoran penerimaan negara bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Perbendaharaan dan Kas

DRAFT

Negara (KPKN Jakarta I) yang beralamat di Jl. Ir. H. Juanda No. 19 Jakarta Pusat melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 1212.

7. Memerintahkan PT. Garuda Indonesia untuk melaksanakan putusan ini, dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari kalender, terhitung sejak diterimanya petikan putusan ini.

Pertimbangan Putusan Mahkamah Agung adalah sebagai berikut:

Pertimbangan Mahkamah Agung dalam putusannya dalam perkara ini tidak secara spesifik diberikan terhadap atau berkenaan dengan penerapan Pasal 15 ayat 2, akan tetapi lebih didasarkan pada pertimbangan mengenai cacat hukum dalam proses pemeriksaan perkara yang dilakukan oleh *judex facti*.

Pasal 44 ayat 2 UU No. 5 Tahun 1999 memungkinkan pelaku usaha untuk mengajukan keberatan terhadap putusan KPPU kepada Pengadilan Negeri, dan Pengadilan Negeri harus memeriksa keberatan pelaku usaha tersebut dalam waktu sebagaimana yang diatur dalam Pasal 45 ayat 1 UU No. 5 Tahun 1999. Mahkamah Agung berpendapat bahwa yang menjadi dasar pemeriksaan Pengadilan Negeri adalah putusan KPPU dihubungkan dengan keberatan yang diajukan oleh pelaku usaha, karena itu sesuai dengan Pasal 5 ayat 2 PERMA No. 01 Tahun 2003 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU, yang, dengan demikian, pemeriksaan keberatan oleh Pengadilan Negeri hanya atas dasar putusan dan berkas perkara dari KPPU. Bilamana Majelis Hakim Pengadilan Negeri berpendapat perlu pemeriksaan tambahan, setelah mempelajari putusan KPPU dan berkas perkaranya, maka melalui putusan sela, perkara dikembalikan ke KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan (Pasal 6 ayat 1 PERMA No. 01 Tahun 2003). Dengan demikian, pemeriksaan tambahan yang dimaksud adalah demi tercapainya kejelasan permasalahan menurut pendapat Majelis Hakim Pengadilan Negeri setelah mempelajari putusan dan berkas perkara dari KPPU tersebut, dan bukannya untuk pengajuan bukti-bukti baru atas permintaan Pemohon. Dengan demikian, Putusan Sela Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 23 September 2003 No. 001/KPPU/2003/ PN.JKT.PST

DRAFT

yang memerintahkan KPPU agar melakukan pemeriksaan tambahan dengan menerima alat-alat bukti lain yang diajukan oleh Pemohon adalah bertentangan dengan Pasal 41 ayat 1 UU No. 5 Tahun 1999 berdasarkan mana Pemohon selaku pelaku usaha yang diperiksa oleh KPPU diwajibkan untuk menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam penyelidikan dan/atau pemeriksaan.

Dari apa yang diuraikan di atas, dapat dilihat bahwa dari Putusan Mahkamah Agung yang menguatkan Putusan KPPU dan membatalkan Putusan Pengadilan Negeri, pertimbangan hukumnya sama sekali tidak menjelaskan bagaimana penerapan atau penafsiran terhadap Pasal 15 ayat 2 UU No. 5 Tahun 1999 seharusnya dilakukan.

- (c) Contoh Kasus Perjanjian Tying dengan Potongan Harga (Diskon) (Pasal 15 ayat 3. a)

KPPU belum memiliki kasus tentang Pasal ini, sehingga untuk menjelaskan mengenai contoh kasus pasal ini dapat dipahami dalam ilustrasi berikut ini.

PT X memproduksi suatu piranti lunak (*soft ware*) komputer, dalam bentuk *operating system*. Selain itu, PT X juga memproduksi piranti lunak berupa *browser*. Kemudian PT X melakukan perjanjian/transaksi jual beli dengan konsumennya dengan memberikan potongan harga (*discount*) dimana salah satu persyaratan dalam perjanjian tersebut mengharuskan konsumen membeli *operating system* berikut dengan *browsernya*. Potongan harga tersebut membuat harga jual yang ditetapkan oleh PT X terhadap *operating system* serta *browser* (dalam satu paket) lebih rendah (dilakukan potongan harga) bila dilakukan melalui pembelian yang terpisah. Praktek ini akan memaksa konsumen PT X untuk membeli juga produk PT X dibanding produk perusahaan lain dengan pertimbangan harga yang lebih rendah. Kasus ini akan berdampak negatif pada persaingan bila PT X mempunyai posisi yang dominan dipasar produk utama (*operating system*).

DRAFT

- (d) Contoh Kasus Perjanjian Tertutup Dikaitkan dengan Potongan Harga (Diskon) (Pasal 15 ayat 3. b)

Perkara No. 02/KPPU-I/2004 (Telkom SLI) yang dikuatkan oleh Mahkamah Agung dalam Putusannya No. 01K/KPPU/2005, tertanggal 15 Januari 2007.

Kondisi yang terjadi dalam penyediaan jasa telekomunikasi ini adalah tertutupnya layanan kode akses 001 dan 008 di beberapa wartel, dan sebagai gantinya disediakan kode akses 017. hal ini dilakukan sebagai konsekuensi adanya perjanjian kerjasama (PKS) antara Telkom dan wartel yang mensyaratkan wartel untuk hanya menjual produk Telkom, dan Telkom berhak menutup akses layanan milik operator lain di wartel. Berdasarkan analisis situasi di atas, maka KPPU berinisiatif untuk menanganinya sebagai perkara terhadap telkom. Majelis Komisi membuat pertimbangan berdasarkan 2 (dua) unsur yang terdapat dalam tiga pasal yang diduga dilanggar oleh PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk, yaitu unsur pelaku usaha dan unsur pasar yang bersangkutan. Akhirnya berdasarkan bukti-bukti yang telah dihasilkan dari pemeriksaan dan penyelidikan atas perkara ini, Majelis Komisi memutuskan:

1. Menyatakan bahwa PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) huruf a UU No. 5 Tahun 1999.
2. Menyatakan bahwa PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (3) huruf b UU No. 5 Tahun 1999.
3. Menyatakan bahwa PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1999.
4. Menyatakan bahwa PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf c UU No. 5 Tahun 1999.
5. Menyatakan bahwa PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999.
6. Menetapkan pembatalan klausula yang menyatakan bahwa pihak penyelenggara atau pengelola warung Telkom hanya boleh menjual jasa dan atau produk PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk dalam Perjanjian kerja sama antara PT.

Telekomunikasi Indonesia Tbk dengan penyelenggara atau pengelola warung telkom

7. Memerintahkan PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktek monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dengan cara (a) meniadakan persyaratan PKS atas pembukaan akses SLI dan atau jasa telpon internasional lain selain produk PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk di wartel (b) membuka akses SLI dan atau jasa telpon internasional lain selain produk terlapor di warung telkom.

Pertimbangan Putusan Mahkamah Agung adalah sebagai berikut:

Pertimbangan Mahkamah Agung dalam putusannya dalam perkara ini tidak secara spesifik diberikan terhadap atau berkenaan dengan penerapan Pasal 15 ayat 3. b, akan tetapi lebih didasarkan pada pertimbangan bahwa *judex facti* salah menerapkan hukum dengan pertimbangan bahwa:

- a. Pasal 38 sampai dengan Pasal 44 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang Tata Cara Penanganan Perkara oleh KPPU, karena itu objek pemeriksaan *judex facti* adalah putusan KPPU yang diambil berdasarkan tata cara dalam ketentuan undang-undang tersebut;
- b. tidak ada suatu ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999 tentang bagaimana seharusnya bentuk suatu pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU, sehingga risalah pertemuan yang mencatat keterangan saksi, ahli ataupun keterangan pihak-pihak lain (termasuk keterangan Pelaku Usaha) dapat digunakan sebagai bahan pertimbangan putusan KPPU;
- c. putusan KPPU, menurut Pasal 43 ayat 4 UU No. 5 Tahun 1999 harus dibacakan dalam suatu sidang yang dinyatakan terbuka untuk umum, dan sesuai dengan Penjelasan Pasa; 43 ayat 3 UU No. 5 Tahun 1999, pengambilan putusan oleh KPPU dilakukan dalam suatu sidang Majelis yang beranggotakan sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang anggota Komisi; dan

DRAFT

- d. mengenai saksi-saksi, sebagaimana yang telah dipertimbangkan oleh *judex facto* dalam putusannya, seyogyanya dipertimbangkan oleh *judex facti* setelah memasuki pemeriksaan pokok perkara dalam menilai apakah keterangan saksi-saksi tersebut mempunyai kekuatan pembuktian, dan bukannya sebagai salah satu alasan procedural untuk membatalkan putusan KPPU.

Dari apa yang diuraikan di atas, dapat dilihat bahwa dari Putusan Mahkamah Agung yang menguatkan Putusan KPPU dan membatalkan Putusan Pengadilan Negeri, pertimbangan hukumnya sama sekali tidak menjelaskan bagaimana penerapan atau penafsiran terhadap Pasal 15 ayat 3. b UU No. 5 Tahun 1999 seharusnya dilakukan.

BAB V SANKSI

Aturan Sanksi

Dalam UU No. 5 Tahun 1999 diatur ketentuan sanksi terhadap pelanggarnya yang dapat berupa tindakan, pidana pokok dan pidana tambahan. Adapun sanksi pelanggaran terhadap perjanjian tertutup (pasal 15) adalah sebagai berikut:

1) Tindakan Administratif

Komisi berwenang menjatuhkan tindakan administratif terhadap pelanggaran berupa:

- a) Penetapan pembatalan perjanjian kepada pelaku usaha yang melakukan perjanjian tertutup
- b) Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktek monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat.
- c) Penetapan pembayaran ganti rugi
- d) Pengenaan denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp. 25.000.000.000,00 (dua puluh lima milyar rupiah)

Di samping sanksi administratif yang dapat dijatuhkan oleh KPPU, UU No. 5 Tahun 1999 menetapkan sanksi pidana yang hanya dapat dijatuhkan oleh Pengadilan dan dilaksanakan oleh Kepolisian/Kejaksaan.

2) Pidana Pokok

Pelanggaran terhadap ketentuan Pasa1 15 UU No. 5 Tahun 1999 diancam pidana denda serendah-rendahnya Rp. 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) dan setinggitingginya Rp. 25.000.000.000,00 (dua puluh lima milyar rupiah) atau pidana kurungan selama-lamanya 5 (lima) bulan.

DRAFT

3) Pidana Tambahan

Pidana tambahan dapat dijatuhkan terhadap pelanggaran pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 adalah:

- a) Pencabutan ijin usaha
- b) Larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun dan selama-lamanya 5 (lima) tahun; atau
- c) Penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

DRAFT

BAB VI PENUTUP

Pedoman Pelaksanaan Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 ini disusun sebagai bentuk pelaksanaan tugas dan kewenangan KPPU dalam mengimplementasikan UU No. 5 Tahun 1999.

Lebih lanjut, sesuai ketentuan Pasal 35 huruf f UU No. 5 tahun 1999, KPPU diberikan tugas untuk menyusun pedoman dan atau publikasi untuk penjelasan pada para pihak terkait mengenai pertimbangan KPPU dalam menerapkan ketentuan Pasal 15. Adapun pedoman dan atau publikasi lain yang dapat dijatuhkan oleh KPPU dalam perkembangannya akan diatur lebih lanjut dalam ketentuan lain.

Pada akhirnya, diharapkan pedoman Pasal 15 ini dapat memberikan kepastian hukum pada dunia usaha dan meningkatkan rasionalitas pelaku usaha untuk tidak melakukan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.