

**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

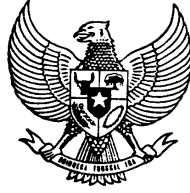
**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 85/PUU-XIV/2016**

**PERIHAL
PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999
TENTANG LARANGAN PRAKTIK MONOPOLI DAN
PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK
INDONESIA TAHUN 1945**

**ACARA
MENDENGARKAN KETERANGAN AHLI PRESIDEN
(VI)**

J A K A R T A

SENIN, 9 JANUARI 2017



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 85/PUU-XIV/2016**

PERIHAL

Pengujian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat [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)] terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

PEMOHON

1. PT Bandung Raya Indah Lestari

ACARA

Mendengarkan Keterangan Ahli Presiden (VI)

**Senin, 9 Januari 2017 Pukul 11.35 – 13.07 WIB
Ruang Sidang Gedung Mahkamah Konstitusi RI,
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat**

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|-------------------------|-----------|
| 1) Arief Hidayat | (Ketua) |
| 2) Anwar Usman | (Anggota) |
| 3) Aswanto | (Anggota) |
| 4) I Dewa Gede Palguna | (Anggota) |
| 5) Manahan MP Sitompul | (Anggota) |
| 6) Maria Farida Indrati | (Anggota) |
| 7) Patrialis Akbar | (Anggota) |
| 8) Suhartoyo | (Anggota) |
| 9) Wahiduddin Adams | (Anggota) |

Rizki Amalia

Panitera Pengganti

Pihak yang Hadir:

A. Kuasa Hukum Pemohon:

1. M. Ainul Syamsu
2. Hafisullah Amin Nasution
3. Teuku Mahdar Ardian
4. Syaefullah Hamid

B. Pemerintah:

1. Erwin Fauzi
2. Sutowibowo S.
3. Lasminingsih
4. M. Sys

C. Ahli dari Pemerintah:

1. Ningrum Natasya Sirait

D. Pihak Terkait:

1. Kurnia Syarani
2. M. Reza
3. Dendy Rahmat Sutrisno
4. Jimat Suhara

SIDANG DIBUKA PUKUL 11.35 WIB

1. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Bismillahirrahmaanirrahiim. Sidang dalam Perkara Nomor 85/PUU-XIV/2016 dengan ini dibuka dan terbuka untuk umum.

KETUK PALU 3X

Saya cek kehadirannya. Pemohon yang hadir siapa? Silakan.

2. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Terima kasih, Yang Mulia. Saya, Muhammad Ainul Syamsu. Kemudian, sebelah kanan saya Syaefullah Hamid, paling ujung kanan Hafisullah Amin Nasution, dan sebelah kiri saya Teuku Mahdar Ardian. Terima kasih, Yang Mulia.

3. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Terima kasih. Dari DPR tidak hadir. Dari Pemerintah yang hadir siapa? Saya persilakan.

4. PEMERINTAH: ERWIN FAUZI

Terima kasih, Yang Mulia. Dari Pemerintah, saya sendiri dari Kementerian Hukum dan HAM, Erwin Fauzi. Kemudian, di sebelah kiri saya masing-masing Ibu Lasminingsih, Staf Ahli Bidang Ahli Perdagangan Jasa Kementerian Perdagangan. Kemudian, Bapak M. Sys, Kepala Biro Hukum Kementerian Perdagangan. Kemudian Bapak Sutowibowo Setiadi, Kepala Bagian Bantuan Hukum, Biro Hukum Kementerian Perdagangan serta Ahli dari Pemerintah, Prof. Ningrum Natasya Sirait, SH., M.Li. terima kasih, Yang Mulia.

5. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Dari Pihak Terkait? Saya persilakan.

6. PIHAK TERKAIT: KURNIA SYARANI

Terima kasih, Yang Mulia. Kami dari KPPU yang hadir saya sendiri Kurnia Syarani sebagai Wakil Ketua. Kemudian, didampingi oleh Kepala Biro Hukum dan Staf Ahli Bidang Hukum kami, Pak Reza dari Kepala Biro Hukum, Pak Dendy dan satu dari Kabag Hukum Saudara Jimat. Terima kasih, Yang Mulia.

7. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih. Sebelum saya persilakan Ahli untuk memberikan keterangan, saya atas nama Mahkamah menyampaikan selamat tahun baru yang pertama pada semua pihak. Yang kemudian ... yang kedua, mohon maaf, kita mulai agak mundur karena tadi pagi sejak pukul 09.00 WIB kita mengadakan RPH dan yang dibicarakan ternyata tidak bisa kita selesaikan dalam waktu 2 jam agak mundur sedikit sehingga Sidang Pleno ini agak mundur diadakan, ya.

Baik. Dari Pemerintah sudah diajukan Ahli, Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait. Saya persilakan untuk maju ke depan untuk diambil sumpahnya terlebih dahulu. Rohaniwan beragama Kristen. Mohon berkenan Prof. Maria untuk memandu sumpah ... oh, Pak Manahan, ya, Pak Manahan. Saya persilakan, Yang Mulia.

8. HAKIM ANGGOTA: MANAHAN MP SITOMPUL

Kepada Ahli agar mengikuti lafal sumpah. "Saya berjanji sebagai Ahli, akan memberikan keterangan yang sebenarnya sesuai dengan keahlian saya. Semoga Tuhan menolong saya."

9. AHLI BERAGAMA KRISTEN

Saya berjanji sebagai Ahli, akan memberikan keterangan yang sebenarnya sesuai dengan keahlian saya. Semoga Tuhan menolong saya.

10. HAKIM ANGGOTA: MANAHAN MP SITOMPUL

Terima kasih.

11. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Yang Mulia. Silakan, Prof. Terima kasih, Rohaniwan. Baik. Saya persilakan, Prof. Ningrum untuk menyampaikan keterangan Ahlinya karena cukup tebal, tidak usah disampaikan secara keseluruhan. Cukup highlight, pokok-pokoknya saja yang bisa disampaikan. Saya persilakan, Prof. Ningrum.

12. AHLI DARI PEMERINTAH: NIGRUM NATASYA SIRAIT

Selamat siang dan salam sejahtera bagi kita semua. Yang Mulia, Ketua dan Hakim Mahkamah Konstitusi, Saudara Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Pemerintah Republik Indonesia,

dan Pihak Terkait yang saya Hormati, perkenankan saya Ningrum Natasya Sirait atas permintaan dari Pemerintah Republik Indonesia dalam Perkara Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang untuk selanjutnya saya sebut dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tercatat dalam registrasi Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi dengan Nomor 85/PUU-XIV/2016 tanggal 28 September 2016 dengan perbaikan permohonan tanggal 18 Oktober 2016 selanjutnya disebut permohonan Pemohon untuk menyampaikan keterangan Ahli sesuai dengan keahlian saya, yaitu hukum persaingan usaha secara lisan dan tulisan yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan.

Sebelum saya menjelaskan pandangan saya dan tanggapan saya terhadap permohonan Pemohon, maka dalam sidang yang terhormat ini perkenankan saya menyampaikan 6 hal terlebih dahulu sebagai pengantar penjelasan yang akan menjadikan landasan berpikir dan menganalisa permohonan Pemohon ... Pemohon, yaitu hukum persaingan secara ... usaha secara umum, sejarah singkat hukum persaingan di Indonesia, penafsiran undang-undang, asas dalam peraturan perundang-undangan, kewenangan membuat peraturan, dan teori diskresi dan kemanfaatan hukum, dan kami akan kemudian menyampaikan pokok-pokok permohonan ... respons terhadap permohonan Pemohon.

Yang Mulia Ketua dan Hakim Mahkamah Konstitusi yang saya hormati, hukum persaingan usaha di Indonesia kita 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, dan strategi yang terbaik.

Saya mengutip pandangan Robert Bork, Pemikir dan Hakim Amerika yang terkemuka yang 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..." saya akan persingkat, tetapi yang paling menonjol dari pendapat beliau adalah, "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 dalam dunia usaha berarti upaya mendapatkan keuntungan melalui mekanisme pasar, persaingan mendapatkan

keuntungan maksimum dilakukan melalui bentuk harga, jumlah, jenis produk, iklan, pelayanan, ataupun kombinasi berbagai faktor yang akan kemudian dinilai konsumen.

Ekonom Alfred Marshal bahkan sampai mengusulkan istilah Economic Freedom untuk menggambarkan tujuan positif dari proses persaingan. Persaingan dalam dunia ekonomi diartikan sebagai hal yang positif, sebagai jawaban terhadap upaya mencapai ekuilibrium dan 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, and so on." Yang perlu saya garis bawahi adalah, "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."

Yang Mulia, Ketua dan Hakim Konstitusi. Hukum persaingan adalah elemen esensial dalam mengawal proses persaingan usaha sehingga dibutuhkan adanya undang-undang sebagai court of conduct bagi pelaku usaha untuk bersaing secara sehat. Negara berkepentingan bahwa kebijakan persaingan adalah ditujukan untuk menjaga kelangsungan proses kebebasan bersaing yang diselaraskan dengan freedom of trade, freedom of choice, and access to market. Hasil akhir diharapkan memberikan kesejahteraan kepada masyarakat.

Skema persaingan diilustrasikan Ahli Ekonomi Adam Smith dengan laissez faire (allow to do). Kita bebas melakukan apa saja dari berbagai transaksi ekonomi yang independent, terdapat harmoni yang alami dimana manusia mencari pekerjaan, produsen menghasilkan barang, konsumen membelanjakan penghasilan untuk membeli produk berdasarkan pilihan masing-masing.

Saya persingkat, produsen mencari cara produksi yang paling efisien mencapai keuntungan maksimum, pekerja memilih bekerja pada produsen yang efisien untuk mendapatkan upah maksimum, dan konsumen membeli dari produsen dengan barang-barang yang berkualitas.

Smith bahkan menekankan, "Bila efisiensi pasar berjalan maksimum, maka intervensi pemerintah sebetulnya terhadap pasar tidak begitu diperlukan."

Saya akan masuk pada bagian ketiga, tapi sebelumnya saya perlu menggariskan bahwa persaingan jelas akan mengakibatkan pelaku usaha yang kalah bersaing, tetapi persaingan melalui proses yang fair dianggap sebagai cara yang paling tepat dalam ekonomi untuk mencapai kesejahteraan melalui alokasi sumber daya maksimum.

Poin berikutnya, sejarah singkat hukum persaingan di Indonesia. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dikenal dengan Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Tujuan

dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 bukan hanya melindungi konsumen ataupun hanya menjadi peraturan yang menjadi acuan bagi pelaku usaha, tetapi dalam jangka panjang justru memberikan jaminan terhadap proses persaingan. Undang-undang memberikan level playing field atau kesempatan yang relatif sama bagi pelaku usaha untuk berusaha, bersaing, dan masuk ke pasar.

Undang-Undang 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 kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha, baik besar, kecil, dan menengah. Mencegah praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha, dan terciptanya efektivitas 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. Di mana tujuan tersebut dicapai melalui proses persaingan.

Pemahaman terhadap persepsi apa yang menjadi tujuan dari Undang-Undang Hukum Persaingan suatu negara sangat penting karena akan mempengaruhi kebijakan yang menyangkut ekonomi, perdagangan, keuangan, industri, sosial politik, perlindungan terhadap golongan ekonomi tertentu, dan badan usaha milik negara.

Melalui kebijakan persaingan serta tujuan dapat disimpulkan beberapa garis besar. Efisiensi ekonomi, akses masuk pasar, larangan hambatan masuk ke pasar atau barrier to entry ... barrier to entry, larangan terhadap konsentrasi pasar, larangan yang hanya pada beberapa pelaku usaha, larangan kolusi antara pesaing, kesejahteraan konsumen, efisiensi, dan lain-lain.

Persaingan menghasilkan efisiensi, dan kesejahteraan masyarakat, dan dalam hal ini kebutuhan akan kebijakan dan hukum persaingan menjadi faktor yang menentukan dalam proses persaingan. Di dalam berbagai aturan hukum persaingan justru persaingan sendiri yang dilindungi dan bukan difokuskan pada perlindungan terhadap pelakunya.

Hampir 16 tahun Undang-Undang ini ditegakkan, banyak dirasakan dampak dalam bidang ekonomi, kesempatan, maupun konsumen yang sesuai dengan tujuan undang-undang. Hal ini sejalan dengan tujuan tugas pokok fungsi lembaga penegak hukum persaingan di Indonesia, yaitu Komisi Pengawas Persaingan Usaha. Selanjutnya saya akan sebut dengan KPTU yang diamanatkan oleh Undang-Undang Nomor 5.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengacu pada Pasal 5 ayat (1), Pasal 21 ayat (1), Pasal 27 ayat (2) terutama Pasal 33 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang kemudian penjabaran demokrasi ekonomi yang terkandung dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dituangkan dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor 16/MPR/1998 tentang politik ekonomi dan dalam rangka demokrasi Indonesia. Dalam Pasal 3 berbunyi, "Dalam pelaksanaan demokrasi ekonomi tidak boleh dan harus dihindarkan terjadinya penumpukan aset dan pemusatan kekuasaan ekonomi pada seorang, sekelompok orang atau perusahaan yang tidak sesuai dengan prinsip keadilan dan pemerataan."

Dan bahkan setelah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 diundangkan, MPR memberi penegasan kembali melalui ketetapan MPR Nomor 6/MPR tahun 2001 tentang etika kehidupan berbangsa dan berkaitan dengan etika ekonomi dan bisnis. Termuat dalam bab 2 yang berbunyi sebagai berikut.

"Etika ekonomi dan bisnis dimaksudkan agar prinsip, dan perilaku ekonomi dan bisnis, baik oleh perseorangan, institusi maupun pengambilan 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 yang menghalalkan segala cara dalam memperoleh keuntungan.

Pada poin c, saya akan menguraikan sedikit tentang penafsiran undang-undang. Yang Mulia Ketua dan Majelis Hakim Konstitusi yang saya hormati, rasanya bagaikan menggarami lautan bila saya menguraikan teori penafsiran undang-undang di hadapan Yang Mulia dan Hakim Konstitusi di Mahkamah Konstitusi sebagai *the guardian of constitution and the sole interpreting of constitution*. Namun, perlu saya merasa menyampaikan sebuah keutuhan dalam pandangan pendapat saya mengenai permohonan constitutional judicial review.

Hukum yang dituangkan dalam undang-undang oleh para pembuat undang-undang tentu telah berusaha membuat undang-undang yang baik agar bisa menjangkau peristiwa yang akan datang dan dapat berlaku untuk waktu yang lama. Walaupun disadari bahwa undang-undang tentu dapat dan perlu menyesuaikan dengan zamannya, sebagaimana pepatah dalam bahasa Belanda *het recht hink achter de feiten aan*. Hukum atau undang-undang selalu berjalan di belakang peristiwa yang terjadi di masyarakat.

Pasal 5 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Undang-Undang, selanjutnya saya sebut dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 menyebutkan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada asas pembentukan perundangan yang baik di antaranya dimuat dalam huruf f adalah kejelasan rumusan yang dalam penjelasan disebut ... disebutkan 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 juga mengajarkan ada beberapa penafsiran sebagai rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undangan.

Penafsiran bukan metode yang digunakan semauanya, namun harus terpusat pada penafsiran undang-undang. Interpretasi atau menafsir undang-undang menurut ajaran hukum sebenarnya adalah alat membantu dalam memberi arti maksud atau rasio terhadap suatu ketentuan undang-undang karena ketentuan hukum tidak dapat memberikan penyelesaian hukum terhadap permasalahan pada dunia nyata. Karena itu, dibutuhkan penafsiran undang-undang yang memahami tujuan hukum sesungguhnya dan keputusan memiliki legitimasi yang mengikat dalam praktik di Indonesia adalah sepenuhnya menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Saya akan menyingkatkan, ada berbagai para ahli menyepakati ada berbagai cara untuk melakukan penafsiran. Yang pertama saya ajukan adalah penafsiran secara gramatikal, pada hakikatnya memahami teks disebut bunyi undang-undang, maka harus dimengerti lebih dahulu terhadap peristilahan atau kata-kata atau tata kalimat dalam konteks bahasa yang digunakan pembuat undang-undang dalam merumuskan peraturan perundang-undangan.

Yang kedua adalah apabila diperlukan dapat diperdalam dengan penafsiran autentik atau autentik interpretasi, penafsiran terhadap kata, istilah, pengertian, dan dalam peraturan itu sendiri yang telah ditetapkan sebelumnya oleh pembuat undang-undang. Seandainya setelah dilakukan penafsiran gramatikal dan penafsiran autentik tetap belum dapat dipahami atau tetap menimbulkan silang pendapat, maka langkah berikutnya adalah dilakukan penafsiran sejarah atau historis interpretasi, penafsiran dilakukan terhadap peraturan, meninjau latar belakang sejarah pembentukan atau terjadinya peraturan yang bersangkutan, termasuk pandangan atau ideologi yang dianut para pembuat undang-undang. Salah satunya yang dapat ditempuh dengan membaca kembali risalah catatan pembahasan atau *memorie van toelichting* dan bila diperlukan bertanya langsung pada pihak yang terlibat.

Dalam komunal, istilah ini dikenal dengan legislative intent dimana dapat dipertanyakan apa makna dan maksud daripada pembuat undang-undang pada waktu itu. Bila ternyata hal ini masih perlu didukung, maka dapat melakukan memberikan kepastian ketentuan ditempuh dengan penafsiran sosiologi atau teleleologis hakim, walaupun memiliki kebebasan, namun sebagai penegak hukum wajib menggali, mengikuti, memahami nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dengan demikian, hakim memiliki kemampuan dan keaktifan menemukan hukum atau *rechtsvinding* yang merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim dalam penerapan peraturan perundang-undangan terhadap peristiwa hukum yang konkret dan hasil penemuan hukum menjadi dasar untuk mengambil suatu keputusan. Maka berdasarkan hal inilah dengan kearifan dan kebijaksanaannya, hakim dapat melakukan konstruksi penghalusan hukum yang membawa kemanfaatan bagi bangsa dan negara.

Berikutnya, saya melandaskan pemikiran pada asas dalam peraturan perundang-undangan, penafsir undang-undang yang juga terikat pada asas-asas hukum, 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, kekhususan, maupun kebaruannya. Karena itu, setidaknya-tidaknya saya mengambil tiga asas yang menjadi acuan penafsir undang-undang.

Yang pertama, asas *lex specialis derogat lex generalis*, yang di mana ketentuan hukum yang khusus mengesampingkan hukum yang umum dan asas ini diperhatikan ... yang dikesampingkan haruslah sederajat dengan ketentuan yang akan dikesampingkan.

Kemudian, asas *lex superior derogat lex inferior* atau disebut hierarki adalah asas penafsiran hukum yang mengatur bahwa peraturan yang lebih tinggi menyampingkan yang lebih rendah, asas ini diterapkan ketika suatu peristiwa yang sama terjadi, tetapi terdapat ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih berbeda derajatnya, maka harus dipergunakan derajat yang lebih tinggi sebagai contoh bila terdapat perbedaan pengaturan perundang-undangan. Hal ini kami contohkan pada Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 yang mengatur tentang hierarki peraturan perundang-undangan.

Yang ketiga adalah asas *lex posterior derogat lex priori*, 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 mengatur hal yang sama dan apa yang telah diatur oleh hukum yang lama sehingga peraturan yang lama diganti dengan peraturan yang lebih baru dan hukum lama menjadi tidak berlaku lagi. Sebagai contoh, kami contohkan Undang-Undang Nomor 12 yang mencabut Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 dan menggantikannya.

Kemudian, saya akan masuk pada poin 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 Tahun 1945 atau undang-undang, terlebih untuk lembaga yang pembentukannya atas dasar perintah Undang-Undang Dasar Tahun 1945 atau undang-undang.

Oleh karena itu, maka sumber kewenangan pembentukan peraturan perundang-undangan berasal dari atributif dan delegatif. Kewenangan atributif dalam pembentukan peraturan perundang-undangan adalah kewenangan asli, orisinil yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Tahun 1945 atau undang-undang kepada lembaga atau pejabat tertentu berdasarkan wewenang yang ada padanya.

Yang dimaksud adalah kewenangan yang ada pada badan atau pejabat tata usaha negara yang diperoleh dari ketentuan perundang-undangan yang berlaku yang disebut dengan kewenangan atributif. Sedangkan kewenangan delegasi atau 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 atau ... pejabat atasan atau pejabat lain yang berwujud mandat atau 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. Sedangkan delegasi pelimpahan wewenang dalam bentuk berwujud delegasi pertanggungjawaban si delegasi ... si pemberi delegasi telah berpindah sepenuhnya kepada si penerima delegasi atau delegatoris.

Hal ini kami sampaikan bahwa pada Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 mengatur lembaga-lembaga, bukan hanya lembaga negara yang berwenang mengatur peraturan perundang-undangan lainnya. Kami tidak akan membacakan kutipan-kutipannya, tetapi kami merujuk bahwa dalam hal ini undang-undang dengan jelas telah memberikan kewenangan tersebut, pertama kepada Mahkamah Konstitusi lewat Pasal 86.

Kepada Mahkamah Agung Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 dan telah diubah beberapa kali dan terakhir dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 di Pasal 79 dimana Mahkamah Agung diberikan kewenangan dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi penyelenggaraan peradilan dan terdapat juga dalam penjelasan. Selanjutnya adalah Bank Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 23 tahun 1999 dan disebutkan, kami kutipkan Pasal 1 angka 8, dan Pasal 1 angka 9, dan Pasal 2 ayat (3).

Dan kemudian yang perlu kami garisbawahi adalah ketentuan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 adalah perwujudan dari konsep negara hukum, yaitu setiap tindakan pemerintahan harus berdasarkan atas hukum, bukan ... karena dalam negara terdapat prinsip *wetmatigheid van bestuur* ataupun asas 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.

Tetapi pada praktiknya, ada 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, atau lembaga sebagai pelaksanaan fungsi administrasi negara, sehingga terdapat keputusan lain yang disebut sebagai peraturan kebijakan atau *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 pada asas kepada kebebasan pertimbangan atau kebebasan bertindak atau tidak bertindak (*freies ermessen* atau *discretionary power*), sifatnya mengikat secara umum dan muncul dalam lingkup penyelenggara pemerintah yang tidak terikat. Dalam arti tidak diatur secara tegas oleh peraturan perundang-undangan.

Jadi, dimungkinkan suatu lembaga negara mempunyai dasar kewenangan membentuk suatu peraturan, namun bukan merupakan suatu peraturan perundang-undangan. *Freies ermessen* merupakan suatu bentuk penyimpangan yang dimungkinkan terhadap pengertian 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 pelaksana fungsi administrasi negara untuk menolak mengambil suatu kebijakan dan tidak dapat menolak berdasarkan atau dasar dalih ketiadaan peraturan perundang-undangan.

Pertimbangan saya di huruf f adalah tentang teori kemanfaatan hukum. Hukum ditegakkan dengan memperhatikan tiga hal, yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan. Ketiga hal ini harus sejalan,

seiring, sejalan, dan harmonis walaupun dalam kenyataannya sering terjadi benturan antara kepastian hukum dan kemanfaatan atau antara keadilan dengan kepastian hukum, antara keadilan dengan kemanfaatan.

Kepastian hukum sering menjadi pada posisi yang paling utama dibandingkan dengan keadilan atau kemanfaatan. Kepastian hukum akan memberikan kejelasan kepada masyarakat mengenai hak dan kewajibannya di hadapan hukum. Ketiadaan kepastian hukum akan membuat masyarakat menjadi tidak tahu apa yang harus dilakukannya, tidak tahu apa 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 atau 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, imparialitas, dapat dipertanggungjawabkan, dan memperlakukan semua manusia sama di hadapan hukum.

Kemanfaatan hukum sering terja ... sering kali 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 sering disebut sebagai 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 yang dihasilkannya dari penerapan 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 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 sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Hasil kemanfaatan hukum dilihat dari hasil yang dihasilkan dalam proses penerapan hukum. Kemanfaatan hukum akan menjadi alat ukur bagi validitas dan efektifitas suatu ketentuan hukum yang diciptakan dan ditegakkan.

Yang Mulia Ketua dan Hakim Mahkamah Konstitusi, saya akan masuk kepada pokok-pokok permohonan Pemohon. Setelah saya membaca dan menganalisa pokok-pokok permohonan dari Pemohon dalam perkara a quo, maka perkenankan saya menyampaikan pandangan dan pendapat atas permohonan pengujian dengan urutan pokok-pokok permohonan Pemohon dan langsung saya beri tanggapan dan pandangan. Adapun pokok-pokok permohonan Pemohon yang akan saya beri tanggapan dan pandangan, saya kelompokkan menjadi dua, yaitu permohonan pengujian ketentuan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 terkait dengan frasa *pihak lain* dan permohonan pengujian ketentuan Pasal 36 huruf c, d, h, dan i, Pasal 41 ayat (1) terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Tanggapan atas permohonan Pemohon. Pokok-pokok penguji ... permohonan pengujian ketentuan Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 tentang frasa *pihak lain*.

Bahwa pada pokoknya Pemohon berpendapat frasa *pihak lain* dalam Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 undang-undang tidak memberi kepastian hukum, bersifat multitafsir, dan tidak jelas, sehingga membuat ruang bagi lembaga tertentu untuk bertindak sewenang-wenang. 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-pasal yang sudah saya sebutkan sebelumnya.

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

Saya akan mengajukan satu teori dalam persaingan tentang persekongkolan dimana di dalam black law dikatakan konspirasi atau persekongkolan adalah 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 itself, 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 itself unlawful.

Konspirasi atau persekongkolan dalam penalaran umum diartikan sebagai bentuk perjanjian kerja sama di antara 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 setuju 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.

Pada poin 1.3. Saya merujuk kepada memorie van toelichting setelah melakukan penelitian terhadap MvT dari DPR. Sebagai teori penafsiran hukum terhadap undang-undang in casu adalah Undang-Undang Nomor 5, maka saya terlebih dahulu melihat kembali menguraikan sejarah catatan risalah pembuatan undang-undang yang selanjutnya saya sebut dengan MvT. Tahun ... Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan satu hal yang harus kita ingat bahwa pada saat itu kondisi negara kita sedang dalam keadaan luar biasa, kita punya komitmen pada perubahan-perubahan regulasi dan deregulasi, dan rancangan undang-undang ini pada awalnya tidak memuat pasal mengenai persekongkolan secara tersendiri.

Hal ini dapat dilihat dalam Surat Nomor R.U.01.3237/DPR-RI/1998, tanggal 8 Oktober 1998 dari Ketua DPR-RI Bapak Harmoko kepada Presiden Republik Indonesia yang menyampaikan usul inisiatif DPR-RI mengenai RUU Larangan Praktik Monopoli, di antaranya memuat: bagian kedua, persekongkolan antara pesaing ... masih di usulan Pasal 21, "Setiap pelaku usaha dilarang melakukan persekongkolan dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga yang sama atau produk yang sama, membatasi peredaran atau penjualan, membagi pasar," dan seterusnya.

Dan hal ini berlanjut sampai di poin 4, dan 5, dan 6. Di poin 6 mengatur pemenang tender dengan penjelasan 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 konkret bila dibandingkan kalau hanya diatur dalam suatu kode etik.

Kemudian, kami mendapatkan fakta bahwa pada Risalah Rapat tanggal 14 Oktober 1998, dalam daftar isian inventarisasi masalah, Pemerintah mengusulkan Pasal 21 dihapus, kecuali huruf f dan menjadi pasal tersendiri 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.

Selanjutnya, dalam Risalah Rapat tanggal 18 November 1998, dalam DIM pemerintah menjelaskan pandangan pemerintah, salah satu risalah mencatat sebagai berikut. Justru di dalam rangka kecurangan di dalam komponen harga, kami melihat perlu adalah sesuai dengan Pasal 21 mengenai persekongkolan para pesaing, khususnya butir f mengenai

masalah mengatur pemenang tender merupakan sebenarnya kecurangan dalam komponen harga, dalam hal ini memang kami menyarankan adanya butir, yaitu atau pasal, malahan dalam bagian keempat ini mengenai masalah praktik 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 praktik yang 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 dan seterusnya.

Dalam risalah hari ... rapat hari Rabu, 16 Desember, pemerintah dalam matriks DIM menjelaskan beberapa hal. Jadi, pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk kecuali nanti ahli bahasanya menyalahkan saya, ini lain lagi, ini quote yang saya bacakan, tetapi saya sudah buka-buka atau 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 mendapat tanggapan pimpinan rapat sebagai berikut.

13. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Maaf, Prof. Agak dipersingkat.

14. AHLI DARI PEMERINTAH: NINGRUM NATASYA SIRAIT

Baik, Pak. Mungkin saya akan lanjut ke yang saya stressing. Saya mencatat adanya tanggapan untuk menegaskan perluasan dari makna *pihak lain* adalah tanggapan dari Drs. Dede Suganda Adiwinata yang menyatakan ... kemudian kemarin saya quote paragrafnya, kami perbincangkan yang menyangkut *pihak lain*. Pertama, bisa perusahaan tender. Bisa sifatnya yang melaksanakan teknis tender, bisa juga pelaku usaha pesaing.

Oleh karena itu, disebutkan *pihak lain*. Dan pemerintah juga memberi respons dan ada juga anggota DPR yang lain Bapak Walitesa, dan kemudian Risalah Rapat Kerja 15 Februari, akhirnya usulan draf telah menjadi Pasal 22 yang sekarang.

Memang benar untuk membaca peraturan perundang-undangan dilakukan secara hierarkis, namun dalam teknis penyusunannya sering terjadi bahwa pembuat undang-undang membuat normanya terlebih dahulu, kemudian membuat pengertian umum, namun bila kembali kepada MvT, tercatat bahwa mengenai pendefinisian diserahkan kepada

tim perumus. Saya berasumsi mungkin pada saat itu hal ini terlewatkan sehingga ada kemungkinan tidak dimasukkan di dalam undang-undang.

Dengan demikian, menurut maksud pembuat undang-undang, DPR dan pemerintah mengenai ketentuan persekongkolan tender, memang menginginkan bahwa frasa untuk persoalan tender ini adalah *pihak lain yang tidak terbatas pada pelaku usaha lain saja*.

Saya mempunyai beberapa dukungan setelah 16 tahun ini undang-undang ditegakkan, bagaimana dengan hal tersebut penerapan praktik Pasal 22? Beberapa fakta-fakta yang perlu saya sampaikan setelah undang-undang ditegakkan, ada fakta yang cukup luar biasa, yaitu 275 putusan KPPU, 173 atau 63% adalah yang berkaitan dengan Pasal 22. Ini angka yang sangat dramatis, kan menjadi semacam tanda bahwa di Indonesia ini menjadi masalah yang sangat polemik.

Sedikit lebih detail, saya mengolah Putusan KPPU dari rentang waktu tersebut, dari 173 putusan, 123 diantaranya sebesar 71% melibatkan pihak lain selain pelaku usaha, antara lain panitia pengadaan. Terlepas dari pengadaan dilakukan secara manual ataupun LPSE.

Saya menunjukkan ada beberapa juga putusan-putusan setelah melakukan penelitian, saya mencatat ada enam putusan yang bagi kami sebagai Ahli ini sebagai fakta hukum dan telah dieksekusi, telah ditegakkan, inkracht, dan bahkan selesai sampai pembayaran dendanya. Ada enam yang kami catatkan, ada yang berkekuatan hukum tetap di level KPPU dan ada yang sampai di Mahkamah Agung dikuatkan dalam hal pihak lain menjerat juga sampai kepada di luar dari pelaku usaha lain tersebut. Dan yang lebih dramatis, pelaku usaha pihak lain tersebut bahkan ikut membayar denda sesuai dengan putusan yang dijatuhkan oleh KPPU.

Oleh sebab itu, izinkan saya menyampaikan pendapat saya. Bahwa Pemohon dalam putusan KPPU dinyatakan bersalah dalam melanggar ketentuan Pasal 22 dan ketentuan pasal ... poin berikutnya, ketentuan Pasal 22, 23, 24 walaupun berada dalam bagian keempat tentang persekongkolan, namun masing-masing memuat tentang pelanggaran yang berbeda-beda dan tidak saling terkait. Pasal 22 spesifik mengatur persekongkolan tender, Pasal 22 mengatur persekongkolan informasi atau persekongkolan membocorkan rahasia dagang, dan 24 mengatur penghambatan perdagangan. Dengan demikian menjadi tidak jelas, tidak pada tempatnya, dan berlebihan, Pemohon mengajukan permohonan terhadap Pasal 23 dan 24 yang tidak dikenakan kepada Pemohon dan tidak ada kerugian konstitusional bagi Pemohon atas ketentuan Pasal 23, 24.

Selanjutnya. Bahwa KPPU berdasarkan ketentuan Pasal 35F Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 memiliki tugas membuat pedoman dan publikasi terhadap undang-undang. Sebagaimana uraian dalam butir 1.4 tersebut di atas bahwa perkara pelanggaran 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 satu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang atau jasa.

Mengingat bahwa perkara persaingan usaha yang paling banyak ditangani sementara Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak memberikan penjelasan yang lebih lanjut, maka Tahun 2005 KPPU mengeluarkan Surat Edaran KPPU Nomor 184/SE.KPPU/VI/2005 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Tender dan kemudian selanjutnya disebut dengan SE.KPPU.

Dalam perkembangannya SE.KPPU 184 Tahun 2005 diubah oleh KPPU menjadi Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 dan seterusnya yang mencabut serta tidak menyatakan berlaku lagi muatan SE.KPPU Nomor 184 Tahun 2005. Sampai saat ini kami sebagai Ahli masih menyampaikan bahwa masih diperlukan kajian kembali maksud tujuan kepentingan KPPU mengubah SE ... Surat Edaran KPPU Nomor 184 Tahun 2005 menjadi Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 mengingat ketentuan Pasal 8 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011. Berdasarkan Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 diatur bahwa peraturan perundangan sebagaimana dimaksud mencakup peraturan yang ditetapkan oleh MPR, DPD, MA, MK, BI dan lain-lain, atau sampai kepala desa, atau yang setingkat.

Sedangkan Pasal 8 ayat (2) memberi batasan berupa peraturan perundang-undangan sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Peraturan KPPU Nomor 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 dan seterusnya.

Frasa *melaksanakan ketentuan* tidak dapat ditafsirkan sama dengan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Melaksanakan selalu dikaitkan dengan kewenangan yang secara tegas diberikan pada subjek hukum tertentu oleh undang-undang. Peraturan perundang-undangan sedangkan berdasarkan tidak terkait dengan pemberian kewenangan, tapi semata-mata menunjukkan satu hal tertentu diatur dasar hukumnya. Tetapi di sisi 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.

Melalui pedoman ini, masyarakat, penegak hukum, para pelaku usaha mempelajari apa yang dimaksud dengan cakupan tender, tawaran

mengajukan harga, serta ini cukup fenomenal. Indonesia mengeluarkan suatu pedoman yang cukup berani, yaitu memperkenalkan persekongkolan bukan hanya horizontal dan vertikal tetapi vertikal dan horizontal yang merupakan persekongkolan antara panitia tender atau pemilik pekerjaan dengan pelaku usaha.

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

Melihat kemanfaatan di atas, penafsiran terhadap undang-undang ... Undang-Undang Asas Hukum, maka saya berpendapat bahwa pedoman in casu, pedoman Pasal 22 adalah telah sesuai dengan kewenangan KPPU untuk membuat pedoman, maka selayaknya pedoman tersebut tidak dipahami sebagaimana peraturan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011.

Bahwa dengan mengacu kepada MvT, jelas KPPU tidak memperluas pengertian pihak lain karena hal ini memang merupakan usulan pemerintah yang kemudian disetujui DPR RI, sehingga pengertian pihak lain ... lain bisa saja mencakup siapa saja yang terlibat dalam persekongkolan tender.

Bahwa terdapat perbedaan antara ketentuan Pasal 22 dan Pasal 1 butir 8 bila mengacu kepada teori penafsiran hukum, maka hukum itu harus membawakan manfaat. Makanya kiranya perlu agar Majelis Hakim Konstitusi Yang Mulia memberikan tafsiran yang sangat tepat mengenai hal ini, tanpa bermaksud menggurui, memaksa pendapat, alangkah tepat bila Majelis memberi penafsiran bahwa pihak lain adalah pihak lain karena pada praktiknya 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 praktik-praktik persekongkolan tender yang melibatkan pihak lain karena tidak ada perangkat hukum yang mencakupnya. Bila hal ini dibiarkan, maka kemanfaatan hukum, dalam hal ini Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 akan dirasakan tidak efektif untuk menjerat perilaku persekongkolan tersebut.

Bahwa KPPU benar tidak berwenang menghukum pihak lain adalah hal yang berbeda. Untuk itulah diperlukan joint investigation antara ... atau penyidikan atau penyelidikan bersama antara KPPU

dengan penegak hukum lain, seperti kepolisian, kejaksaan, KPK. Setahu saya, lembaga ini telah memiliki MoU dan mungkin setelah pengujian ini, kerja sama antara lembaga tersebut harus direalisasikan dalam bentuk yang lebih bersifat teknis.

Pokok-pokok pengujian terhadap Pasal 36 huruf c, d, h, dan i Pasal 41 dan ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang tentang Frasa *Penyelidikan*. Pada pokoknya, Pemohon berpendapat bahwa ketentuan tidak ... a quo tidak memberikan kepastian hukum tentang kewenangan yang diberikan kepada KPPU apakah kewenangan tersebut melakukan penyelidikan pidana atau kewenangan melakukan pemeriksaan administratif? Menurut Pemohon, frasa dalam ketentuan a quo mengatur kewenangan kepada KPPU secara akumulatif dan alternatif. Undang-undang tidak memberikan acuan yang jelas, kapan suatu pemeriksaan disebut administratif atau pidana?

Frasa *penyelidikan* dalam ketentuan bukanlah pemeriksaan administratif, akan tetapi penyelidikan pidana. Disebabkan frasa tersebut merujuk kepada penyelidikan yang diatur di dalam KUHAP, dikaitkan dengan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) yang mengatur tentang tahap penyidikan berdasarkan putusan KPPU (...)

15. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Maaf, Prof., sudah 45 menit, Prof. Dipersingkat, Prof. Biasanya Ahli hanya sekitar 20 menit.

16. AHLI DARI PEMERINTAH: NINGRUM NATASYA SIRAIT

Baik, saya (...)

17. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Poin-poinnya saja (...)

18. AHLI DARI PEMERINTAH: NINGRUM NATASYA SIRAIT

Baik.

19. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Supaya kita bisa berdiskusi nanti.

20. AHLI DARI PEMERINTAH: NINGRUM NATASYA SIRAIT

Baik. Saya hanya ... tidak akan saya bacakan kembali, Yang Mulia Ketua dan Majelis Hakim. Saya hanya akan mengingatkan bahwa di

negara lain, masalah ini juga dihadapi, baik oleh Amerika Serikat dengan US Federal Trade Commission and Department of Justice Antitrust Division, di Jepang juga demikian, dan di Amerika juga sehingga pendapat saya adalah bila merujuk kembali kepada memorie van toelichting penyelidikan, ada beberapa kutipan yang menegaskan, baik dari Sekjen Deperindag yang menegaskan bahwa hal ini harus langsung diserahkan ke penuntut umum dan tinggal menstrukturkan dan tidak perlu melakukan penyelidikan awal lagi. Dengan demikian, proses penyelesaian perkaranya bisa relatif cepat.

Demikian juga ada tanggapan dari Bapak Taufiequrachman Ruki, dari fraksi ABRI, yang kami kutipkan dan kemudian ada tanggapan dari Fraksi PDIP. Pendapat saya adalah berdasarkan ketentuan Pasal 36, KPPU berwenang melakukan penyelidikan, pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktik monopoli dan ditentukan ... yang dilaporkan oleh masyarakat atau pelaku usaha yang ditemukan KPPU sebagai hasil penelitiannya, KPPU juga berwenang menyimpulkan hasil penyelidikan atau hasil pemeriksaan tentang ada tidak ... atau tidaknya. Dan sebagai tindak lanjut, justru KPPU melakukannya berdasarkan Pasal 34 ayat (1) dan membentuk berdasarkan Keppres Nomor 75 Tahun 1999 tentang Anggota ... tentang Susunan Organisasi yang terdiri dari anggota komisi dan sekretariat. Dan dalam Pasal 10 Keppres Tahun 1999 Nomor 75 memberikan kewenangan delegatif. Dan juga kami ingatkan bahwa undang-undang ini bersifat sweeping legislation, bersifat komprehensif, dan sempurna, tetapi dibuat dalam suasana ketergesaan.

Oleh karena itu, kemudian berdasarkan Pasal 38 ayat (4) bahwa tata cara laporan dimaksud dalam ayat (1), ayat (2) sudah diatur oleh komisi, maka komisi berpendapat mengeluarkan Keputusan Komisi Nomor 5 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan Penanganan Dugaan dan kemudian disempurnakan pada Peraturan Komisi Nomor 1 Tahun 2006.

Penyelidikan ... poin yang kami sampaikan adalah penyelidikan di KPPU sangat sempit ruang lingkungnya, terbatas pada ruang lingkup persaingan usaha saja tidak masuk ke ranah pidana. Hal ini tercermin dalam Pasal 1 angka 18 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 bahwa komisi yang dibentuk mengawasi perilaku persaingan usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya.

Penyelidikan yang kita kenal selama ini, mengacu kepada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP dan mengenal bahwa penyelidik adalah pejabat polisi. Tetapi, yang kami sampaikan dalam pengertian persaingan usaha, ya, tidak diatur secara jelas, tetapi ditegaskan secara implisit, tidak eksplisit melalui peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2005 tentang Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU bahwa prosedur pendaftaran perkara dan lain-lain diatur dalam ranah hukum perdata. Sehingga dengan demikian, penyelidikan yang dilakukan oleh KPPU tidak berada di bawah

ranah hukum pidana. Bahkan KPPU juga tidak diberikan izin untuk menggunakan irah-irah, "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa."

Oleh karena itu, saya berpendapat bahwa peraturan ini masih banyak kekurangannya, ditinjau apakah memenuhi unsur-unsur prinsip hukum acara atau *due process of law* haruslah mencerminkan independensi, integritas, netralitas, impasialitas, dan lain-lain. Permasalahan yang dikemukakan saat ini adalah proses transisi dari penyelidikan oleh investigator KPPU menuju persidangan. Pasal 40 mengatur rapat komisi dihadiri pimpinan komisi dimana anggota majelis ini kemudian ikut memeriksa, mengadili ... mengadili persidangan menjatuhkan pu ... putusan. Praktik ini juga ada di Amerika, tetapi di Amerika didukung independensinya oleh sistem yang disebut *Administrative Law Judges*.

Oleh sebab itu, izinkan saya Yang Mulia dan Ketua Hakim mengingatkan juga bahwa pada dasarnya, walaupun ada concern mengenai *abuse of power*, pada prinsipnya putusan KPPU diajukan keberatan di pengadilan negeri dan kasasi di Mahkamah Agung sehingga akan ada review terhadap putusan-putusan yang diajukan oleh KPPU.

Simpulan Ahli. Saya ajukan simpulan atas pendapat saya. Yang Mulia Ketua dan Hakim Konstitusi ini, adalah momentum yang sangat tepat untuk memperbaiki Undang-Undang Nomor 5 karena hanya dapat dilakukan lewat dua cara, amandemen atautkah *constitutional judicial review*, kami merasa ini momentum yang sangat tepat dan kami nantikan. Karena sebagai seorang akademisi, kami telah menduga akan ada permasalahan hukum di kemudian hari dan kita cukup lama menunggu kapan undang-undang ini akan disempurnakan, maka berdasarkan hal pokok yang diajukan oleh Pemohon berdasarkan uraian yang saya jabarkan, saya berkesimpulan sebagai berikut.

Dalam konteks Indonesia berdasarkan *memorie van toelichting* Undang-Undang Nomor 5 praktik penanganan perkara ini dan asas kemanfaatannya, telah tepat bahwa pihak lain dalam Undang-Undang Nomor 5 didefinisikan sebagai pihak lain, tidak diterjemahkan semata-mata sebagai pelaku usaha lain yang justru akan membatasi dari ketentuan hukum itu sendiri.

Selanjutnya berdasarkan kewenangan yang diberikan Pasal 35 huruf f Undang-Undang Nomor 5 KPPU dapat membuat pedoman atau publikasi terhadap substansi Undang-Undang Nomor 5 dalam bentuk *beleidsregels*. Sifatnya memiliki kemiripan dengan peraturan perundang-undangan atau *per ...* peraturan perundang-undangan semu, tetapi bukan peraturan perundang-undangan.

Undang-Undang Nomor 5 memberikan batasan yang jelas mengenai kewenangan KPPU, penyelidikan dan sanksi diberikan KPPU berada dalam ranah hukum administrasi dan kewenangan penyelidikan dan mengutus dimiliki lembaga sejenis KPPU adalah wajar sepanjang

pelaksanaannya memerhatikan hukum acara yang prinsipil dan menerapkan due process of law.

Dan poin yang terakhir, penyelidikan yang dikap ... dilakukan oleh KPPU dalam ranah hukum administrasi tidak termasuk dalam ruang lingkup KUHAP. Oleh karena ketidakadaan hukum yang mengaturnya, maka dengan iktikad baik demi memberikan kepastian hukum dan keadilan bagi para pencari .. pencari keadilan dan mencegah kesewenang-wenangan KPPU. Karena itulah, KPPU justru menerbitkan tata cara penanganan perkara.

Yang Mulia Ketua dan Hakim Konstitusi, demikian pandangan saya dan pendapat saya, semoga hal-hal yang telah saya berikan dan sampaikan dalam Sidang Yang Mulia ini, dapat memberikan sumbangan pikiran bagi Yang Mulia Ketua dan Hakim Konstitusi dalam mengambil putusan nantinya.

Semoga Tuhan Yang Maha Esa memberikan kita khidmat kebijaksanaan, amin. Selamat siang dan terima kasih. Hormat saya.

21. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Prof. Silakan duduk. Dari Pemerintah, apakah ada yang akan dimintakan penjelasan lebih lanjut atau dimintakan klarifikasi? Saya persilakan.

22. PEMERINTAH: LASMININGSIH

Terima kasih, Yang Mulia. Dari penjelasan itu kami mencatat kalau pada awalnya, kami memang melihat pada undang-undangnya tidak ada penjelasan yang di dalam undang-undang itu sendiri, namun kemudian Profesor menja ... menjelaskan bahwa sebenarnya ada penjelasan terkait pihak lain.

Nah, kami mohon penjelasan Profesor, bagaimana cara supaya penjelasan ini bisa digunakan dan juga penafsirannya itu tidak multitafsir sehingga seperti yang disampaikan tadi, kami bisa membe ... menggunakannya menjadi pedoman yang kemudian bisa diambil dalam ... dijadikan sandaran untuk kasus-kasus berikutnya. Jadi, Yang Mulia Majelis Hakim, kalau pada awalnya kami tidak memberikan penafsiran. Kalau memang ada penafsirannya bagaimana kami ... kita bisa menggunakannya? Apakah memang diketentuannya KPPU atau karena kami tidak melihat itu di dalam undang-undangnya? Terima kasih.

23. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Dari Pemohon?

24. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Ada, Yang Mulia.

25. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Silakan.

26. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Terima kasih, Yang Mulia. Ahli, saya ingin bertanya tentang frasa *pihak lain* dulu. Sekadar menginformasikan bahwa tanggal 4 kemarin, kita juga mengajukan bukti, empat bukti, di situ ada draf inisiatif DPR yang menyatakan bahwa persekongkolan itu antara seperti yang Ahli kutip tadi dengan antara pelaku usaha pesaing. Kemudian ada juga pansus, kalau tidak salah dua kali dari pansus, kemudian satu panja.

Nah, pada perdebatan tentang pansus itu, sama sekali tidak ada perdebatan tentang perubahan frasa dari *pelaku usaha pesaing* menjadi *pihak lain* karena perdebatan waktu itu hanya berkaitan dengan penajaman Pasal 21 huruf f, kalau tidak salah tentang tender karena substansi-substansi dalam huruf-huruf yang lain itu sudah diatur dalam pasal lain, tapi tidak ada perubahan tentang frasa menjadi *pihak lain*. Kemudian begitu juga pada pansus selanjutnya dan dalam panja itu hanya dinyatakan bahwa ini setuju untuk dimasukkan dalam timus, kemudian supaya disinkronisasi dari segi bahasanya. Namun, pada tahap perumusan timus ini kok tiba-tiba frasanya menjadi lain. Nah, kalau kita lihat secara teoretis ini kan agak berbeda dengan apa yang sudah dibahas dalam panja dengan pansus. Nah, itu juga yang sudah kita ajukan.

Nah, kami beranggapan ... kemudian dari segi otentik, penafsirannya otentik yang Saudara Ahli sampaikan tadi. Seharusnya penafsiran otentik itu kan selalu dikaitkan dengan ketentuan umumnya. Jika memang kemudian Pasal 1 angka 8 secara tegas menyatakan bahwa persekongkolan terjadi antara pelaku usaha dengan pelaku usaha yang lain, maka seharusnya frasa *pihak lain* kan dimaknai begitu juga. Tapi yang menjadi ini tidak ada kepastian hukumnya ketika kemudian KPPU memberikan makna yang berbeda, yang berbeda dengan penafsiran otentiknya dan juga berbeda dengan penafsiran historisnya, sebagaimana yang saya sebutkan tadi. Nah, bagaimana pandangan Ahli berkaitan dengan hal ini? Itu yang pertama

Yang kedua tentang frasa *penyelidikan*. Nah, dalam Pasal 36 huruf c, d, h, i itu memang disebutkan frasa *penyelidikan*, ini dianggap seolah-olah pemberian kewenangan penyelidikan kepada KPPU. Tapi, yang menjadi persoalan adalah bahwa dalam ketentuan tersebut tidak cukup memadai karena tidak ada pengaturan lebih lanjut, salah satunya

adalah tidak ada pemberian kewenangan pejabat penyelidiknyanya karena dalam KUHAP hanya anggota kepolisian yang diberikan kewenangan untuk menjadi penyelidik, tidak ada yang ... tidak ada yang lain. Ini berbeda dengan dengan penyidik, ya, penyidik ada penyidik kepolisian, ada PPNS. Tapi kalau penyelidik hanya kepolisian saja, tidak membuka kemungkinan pejabat lain untuk menjadi penyelidik.

Nah, sementara dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, itu undang-undang tersebut juga tidak memberikan kewenangan kepada anggota KPPU untuk menjadi penyelidik. Nah, apakah kemudian ini dianggap cukup memadai? Kemudian kalau misalnya kewenangan penyelidikan itu diterapkan, dilaksanakan oleh KPPU. Sementara selain dari kewenangan penyelidik yang tidak ada tadi itu juga tidak ada pengaturan tentang tata caranya, sehingga ini menjadi *lex sine scriptis*, tidak bisa diterapkan.

Nah, walaupun itu diterapkan ... diterapkan dalam peraturan KPPU kalau tidak salah Nomor 1 atau nomor 2 Tahun 2010, ini kan, bertentangan dengan Pasal 3 KUHAP yang menyatakan bahwa peradilan ... tata cara peradilan dilaksanakan menurut undang-undang ini, kira-kira begitulah. Yang pada prinsipnya mengandung pengertian bahwa seharusnya hukum acara pidana itu kan diatur dalam undang-undang, bukan dalam peraturan di bawah undang-undang. Nah, ini apakah dengan kekurangan-kekurangan semacam ini kemudian kewenangan penyelidikan itu mau dipaksakan untuk dilaksanakan oleh KPPU atau kemudian diperbaiki dengan memfokuskan pada pemeriksaan administratif itu saja? Gitu. Kami minta tanggapan itu dari Ahli.

Kemudian yang terakhir, berkaitan tadi sempat disinggung oleh Ahli berkaitan dengan Pasal 35 huruf f tentang kewenangan untuk menyusun pedoman. Apakah ini pedoman yang sifatnya internal atau kemudian berlaku juga keluar? Karena peraturan-peraturan yang dibuat oleh KPPU ini seolah-olah dianggap sebagai pedoman. Padahal kalau dilihat undang-undang ... Undang-Undang Nomor 5 itu, kewenangan atributif yang diberikan oleh undang-undang ini hanya dalam Pasal 38 ayat (4), berkaitan dengan tata cara penyampaian laporan yang ditegaskan bahwa kira-kira penyampaian laporan ini akan diatur oleh komisi, kira-kira begitu.

Nah, hanya itu saja apakah kemudian boleh pedoman itu diartikan sedemikian rupa, sehingga seolah-olah memberikan kewenangan kepada KPPU untuk membuat peraturan yang bertentangan ketentuan-ketentuan yang di atasnya? Ini juga mungkin ada asas hukum yang Saudara kutip bahwa ketentuan yang di bawah itu tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang lebih tinggi.

Nah, apakah kemudian bisa dipertahankan pedoman-pedoman atau peraturan-peraturan yang kemudian tidak ada kewenangan atributifnya dari undang-undang, juga bertentangan dengan undang-

undang atau ketentuan-ketentuan yang ada di atasnya? Itu, Yang Mulia. Terima kasih.

27. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Ya, terima kasih. Pihak Terkait ada? Ya, cukup ya. Baik, dari Hakim? Yang Mulia Pak Suhartoyo, kemudian Yang Mulia Pak Patrialis. Silakan.

28. HAKIM ANGGOTA: SUHARTOYO

Ya, terima kasih, Yang Mulia Pak Ketua. Substansi yang mau saya tanyakan sebenarnya mirip dengan pertanyaan Pemohon di terakhir ya, cuma saya ingin menambahkan begini, Prof. Kalau mestinya pedoman itu dikaitkan dengan ketentuan Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, termasuk kekuatan mengikatnya ada di sana di ayat (2)-nya. Nah, kemudian Prof berpendapat bahwa ini tidak boleh dipahami seperti itu, nah sementara ini sudah banyak putusan, putusan KPPU yang menyandarkan atau merujuk ke sana. Sekali lagi memang perlu dipertanyakan, kekuatan mengikatnya itu mengikat kepada siapa? Apa kepada para pencari keadilan ataukah kepada para komisioner itu? Kalau kepada para komisioner, tentunya dia sudah banyak yurisprudensi lho. Putusan Mahkamah Agung sudah banyak memutuskan bahwa dia berpendapat pihak lain itu adalah yang diperluas itu, mereka bisa berlindung di situ. Tapi di sisi lain, pasti itu akan mencederai rasa keadilan.

Nah tentunya, kami mohon pandangan Ibu, bagaimana sebenarnya ketika itu kemudian tidak tunduk kepada ketentuan peraturan perundang-undangan Pasal 8 ayat (1), bagaimana nasib dari pedoman itu yang ternyata selama ini sudah selalu dipergunakan untuk ... memang mirip dengan pertanyaan, tapi saya ingin masuk ke dalam sedikit tadi karena mereka kan punya apa ... independensi, punya ... sebagai Hakim ya, di komisioner itu kan, bisa dikatakan bahwa tugas-tugas, itu kan tugas-tugas dalam "Prima Paksi" kan juga menjalankan kekuasaan kehakiman juga, memberi keadilan juga di situ, satu itu Prof, saya minta akibat hukum daripada pedoman yang dikeluarkan itu.

Kemudian yang kedua, mengenai penyelidikan itu. Kalau penyelidikan memang kita firm, ketika itu tidak dilakukan oleh penyidik-penyidik sebagaimana yang ada di KUHAP. Kemudian, oleh karena tidak ada irah-irah demi Keadilan maupun pro justicia misalnya, kemudian bisa serta-merta berlindung di situ, justru itu akan memperluas kewenangan yang tidak, bisa dikatakan terbatas lho, Prof. Malah kemarin ahli dari ... dari Pihak Pemohon, waktu itu Pihak Terkait enggak ada yang hadir kayaknya, itu ... ada, Pak ya, ada. Mohon maaf kalau ada. Itu mengatakan bahwa ini tidak bisa dikontrol, Ibu.

Penyidikan kalau produknya penyidik, ada praperadilan. Kalau penyidikan, itu juga sebenarnya saya minta pendapat Ahlinya Pemohon kemarin, kalau penyelidikan itu bagian dari penyidikan mestinya bisa juga dikontrol oleh praperadilan. Tapi meskipun itu ya, tapi karena tidak ada pro justitia maupun irah-irah Ibu katakan, "Demi keadilan, demi keadilan," itu kan sebenarnya ada di pengadilan, Ibu. Kalau di tingkat penyelidikan dan penyidik, itu sebenarnya pro justitia. Kalau di kejaksaan, untuk keadilan itu.

Saya minta pandangan Ibu juga, apakah ini malah sebenarnya mereka malah bisa berlindung di situ, penyidik yang ada di KPPU itu malah luar biasa, dia punya kewenangan yang hampir sama dengan penyidik yang sebenarnya yang ada di KUHAP, tapi di sisi lain dia tidak bisa dikontrol karena dia dengan dalih, "Oh, saya tidak pro justitia." Gitu, Bu. Jadi, coba Ibu agak saya mohon barangkali punya pandangan yang lebih fair, Ibu. Terima kasih, Pak Ketua.

29. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih. Yang Mulia Pak Patrialis, nanti Prof. Maria.

30. HAKIM ANGGOTA: PATRIALIS AKBAR

Terima kasih, Pak Ketua. Ibu ya, Ahli kita agak santai-santai sedikit, Bu. Enggak usah buru-buru. Pertama mengenai regulasi, tolong didudukkan lagi. Kita tahu bahwa kalau satu aturan yang berlaku, kepada umum apalagi itu memiliki sanksi-sanksi, tentu harus disusun berdasarkan satu regulasi yang sudah ditentukan oleh konstitusi, artinya harus produk undang-undang. Jadi, lembaganya pun juga sudah sangat jelas, begitu ya. Nah, saya ingin mempertanyakan ada statement dari Ahli tadi yang membenarkan satu penafsiran yang dibuat oleh KPPU mengenai frasa *pihak lain*. Dalam undang-undang kan, enggak ada.

Dalam Pasal 1 angka 8 itu antara ... di situ kan ditegaskan pengusaha dengan pengusaha lain, ya, jadi bukan ada pihak lain. Lho, kenapa tiba-tiba bisa dibenarkan ada pihak lain? Nah, pihak lain ini diterjemahkan lebih luas oleh KPPU dan Ahli membenarkan. Saya enggak tahu, bagaimana konsep dasar pemahamannya itu. Karena kita kan harus sangat hati-hati, ya, meskipun kita membutuhkan KPPU, tapi kan kita justru harus menjaga agar semuanya berjalan by system, itu satu, Ibu.

Yang kedua. Ibu, banyak sekali tadi bicara tentang masalah *memorie van toelichting*. Kita tahu itu kan perdebatan, perbedaan pandangan, inti sarinya baru dimasukkan dalam undang-undang. Selama itu terjadi perbedaan pandangan, itu kan enggak bisa kita jadikan sebagai suatu landasan, kecuali kalau semua pendapatnya sama dan happy-nya ... apa ... ending-nya juga sama, gitu kan.

Nah, bagaimana kalau tadi Ibu lebih banyak mendasarkan kepada *memorie van toelichting* yang dijadikan sandaran pendapat Ahli, terutama terhadap beberapa paparan-paparan tadi?

Yang ketiga. Saya ingin penegasan tentang masalah penyelidikan tadi. Ahli tadi mengatakan bahwa penyelidikannya bisa ditindaklanjuti untuk dilakukan penyidikan oleh pihak kepolisian. Ini sebetulnya gimana sih? Ini *pro justitia* atau hanya sejauh administrasi? Tadi Ibu juga mengatakan di satu sisi, ini tindakan administrasi, tapi di sisi lain juga, minta ini sudah bisa dilanjutkan oleh pihak penyidik. Sebetulnya siapa sih yang berhak mengangkat penyidik ini? Apakah KPPU juga berhak, ya? Jadi, supaya jangan rancu ini masalah hukum ini. Meskipun sudah ada beberapa putusan-putusan pada masa lalu, tapi kan kita ingin mendudukan, ya, mendudukan.

Dan terakhir, Ahli mengakui bahwa ternyata memang undang-undang ini masih banyak kekurangannya, diakui oleh Ahli. Di sisi lain tadi, Ahli mengatakan ada tiga unsur yang memengaruhi penegakan hukum. Antara lain menempatkan kepastian hukum pada posisi nomor 1, mengalahi yang lain, kemanfaatan maupun keadilannya. Nah, kalau aturannya ini masih banyak yang kurang, belum sempurna, bagaimana kita bicara masalah kepastian hukumnya, legalitasnya? Nantilah kalau kita bicara masalah kemanfaatan atau masalah keadilan. Saya hanya minta komentar itu. Terima kasih.

31. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Yang Mulia. Yang terakhir, Prof. Maria. Silakan, Yang Mulia.

32. HAKIM ANGGOTA: MARIA FARIDA INDRATI

Terima kasih. Selamat Siang, Prof. Ningrum. Saya hanya mau minta penjelasan sebetulnya. Karena kalau kita melihat selama ini belum pernah ada kasus tentang Undang-Undang KPPU yang dibawa ke Mahkamah, ya. Memang suatu peraturan itu masih tetap berlaku sebelum ada satu pencabutan atau menyatakan tidak berlaku secara tegas, ya, atau kalau ada putusan pengujian begitu.

Ini sama seperti peraturan KPPU tentang pedoman ini dan beberapa kali Profesor sudah mengatakan mengacu pada Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011. Di sana dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan lainnya selain Pasal 7 adalah peraturan yang dibuat oleh MPR, DPR, DPD, dan seterusnya, juga komisi, badan, dan seterusnya. Dan dalam penjelasan ini, Profesor juga mengatakan dalam halaman 11, lembaga-lembaga tersebut pada praktiknya sering tidak memperhatikan ketentuan ayat (2) bahwa peraturan perundang-undangan yang dibuat diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan

hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundangan yang lebih tinggi dan dibentuk berdasarkan kewenangannya.

Kalau kita melihat di sini, apakah MPR itu, DPR, DPD, dan DPRD dalam Undang-Undang tentang MPR, DPR, DPD dikatakan ini diatur dengan peraturan MPR, ini diatur dengan peraturan DPR, persidangan di DPD diatur dengan peraturan DPD. Apakah peraturan-peraturan itu menjadi peraturan perundang-undangan karena adanya kewenangan yang dilimpahkan oleh Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 ini? Dan di sini juga diberikan suatu contoh adalah peraturan Mahkamah Konstitusi yang diberikan oleh Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, tapi di sini dikatakan, "Hukum acara yang diatur dalam undang-undang ini memuat aturan umum beracara di Mahkamah Konstitusi dan seterusnya," dan dilanjutkan di sini, "Diberi kewenangan untuk melengkapi hukum acara menurut undang-undang ini."

Jadi, kalau hukum acara yang dibuat harus menurut Undang-Undang Mahkamah Konstitusi itu. Juga demikian kalau Mahkamah Agung, di sini dikatakan ketentuan ini dimaksudkan untuk mengisi kekosongan hukum, kemungkinan adanya kekurangan atau kekosongan hukum dalam hukum acara berdasarkan undang-undang ini. Jadi, baik Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi kalau membuat suatu peraturan itu adalah menurut hukum yang ada dalam undang-undang tersebut.

Nah, apakah benar bahwa Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi dapat membuat peraturan perundang-undangan? Karena kalau kita teringat (suara tidak terdengar jelas) Bodang, dia mengatakan, "Prinsip utama dalam pembentukan negara yang berdasarkan asas hukum atau rechtsstaat adalah terpisahnya secara kedap, merdeka, kekuasaan peradilan dari kekuasaan yang lainnya."

Jadi, apa mungkin MA dan MK membuat peraturan yang mengikat umum, abstrak, dan terus menerus? Ini suatu hal permasalahan karena kalau dikatakan Pasal 8 itu dianggap itu benar semuanya dan kemudian dikatakan dalam petitum nomor 2 dikatakan bahwa selain kewenangan yang diberikan pada Pasal 35 huruf f Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 KPPU dapat membuat pedoman dan/atau publikasi terhadap substansi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam bentuk beleidsregel. Di sini dikatakan bukan perundang-undangan, tapi beleidsregel.

Nah, di sini lebih ... apa ... tidak sesuai lagi. Ibu mengatakan bukan di Pasal 8. Ditentukan tadi selalu Pasal 8, Pasal 8, tapi di petitum dikatakan ini suatu beleidsregel. Permasalahannya adalah apakah suatu beleidsregel boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lainnya yang ada? Dan apakah sanksi pidana juga boleh ada dalam suatu beleidsregel? Terima kasih, Prof.

33. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Prof. Maria. Waktunya antara 10 menit jawaban yang bisa disampaikan oleh Prof. Ningrum karena memang keterbatasan waktu, kita akan sidang Pleno lagi. Nanti kalau yang belum di-cover secara lisan, bisa secara tertulis. Nanti Pemerintah kami mohon untuk Ahlinya bisa menambahkan tambahan keteragannya untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan ini secara tertulis. Saya persilakan, Prof.

34. AHLI DARI PEMERINTAH: NINGRUM NATASYA SIRAIT

Yang Mulia Ketua dan Majelis Hakim Konstitusi yang saya hormati, demikian juga kepada Pihak Pemerintah, dan kepada Pemohon. Saya merasa bahwa seluruh pertanyaan ini bukan overlap, tapi hampir bisa saya cluster-kan kepada beberapa hal yang sama. Kita hanya akan berfokus pada frasa *pihak lain* dan kenapa saya menafsirkan demikian dan menyelidikan.

Sejak awal saya sudah mencoba mengajak kita semua untuk melihat keberadaan Undang-Undang Nomor 5 dari angle yang sangat berbeda, yaitu dari beberapa pintu masuk yang lain. Saya percaya pada gramatikal, juga percaya kepada penafsiran yang saya sebutkan tadi ada empat, histori, dan kemudian penafsiran yang lain. Yang saya stretching-kan adalah dalam mencoba menjawab pertanyaan ini, memang benar undang-undang itu sejak awal tidak sempurna.

Jadi, apabila kita mempertanyakan kesempurnaan sesuai dengan pemahaman kita bahwa penyelidikan, penyidik akan dilakukan dalam konsep atau approach KUHAP, jelas kita tidak akan mempunyai satu pandangan yang sama.

Oleh sebab itu sejak awal, saya sudah mencoba menggambarkan, satu, bagaimana kalau kita melihat angle itu dengan penafsiran yang berbeda, saya meneliti tentang mvt-nya. Saya setuju dengan Bapak Hakim Yang Mulia Bapak Suhartoyo bahwa perdebatan, tetapi yang tertulis yang lain sehingga saya mengeluarkan suatu statement bahwa ada kemungkinan kealpaan dari tim perumus tidak memasukkan itu, itu satu. Itu saya ajak lewat dari sana.

Dan yang kedua, apabila kita secara sempit menafsirkan perdata, pidana, perdata, pidana, hukum persaingan usaha mempunyai karakter yang sangat unik. Buktinya ada yang masuk kepada bukti tidak langsung atau indirect evidence dan tidak dikenal dalam tata hukum acara kita. Itu satu perdebatan yang menarik juga sekarang sampai ke Mahkamah Agung.

Jadi, apabila kita masuk atau approach dengan kesempurnaan suatu undang-undang, sebagai seorang akademisi, saya sebenarnya bukan Ahli, tapi akademisi yang mengikuti sejak lahirnya undang-undang sampai sekarang. Saya sudah sampaikan tadi momentum inilah yang

paling tepat. Jadi saya mencoba mengajak dari sebelah ada interpretasi di mvt, di memorie van toelichting. Kalau Pemohon, Pemerintah tadi menanyakan, Pihak Terkait, dan kemudian Yang Mulia menanyakan bagaimana mungkin penyelidikan dan penyidikan tetap tidak akan bertemu, itu sepenuhnya ranah hukum pidana. Saya sudah underline tadi bahwa ini tidak masuk pidana. Saya tegaskan KPPU tidak memiliki kewenangan pidana sama sekali dan itu adalah best practise dari seluruh lembaga yang lain di seluruh dunia.

Jadi, apabila saya dimintakan untuk mencoba menafsirkan, jelas saya sendiri akan bertentangan dengan ajaran-ajaran guru saya, pendapat-pendapat yang ada, dan saya dididik untuk mengerti bahwa KUHAP adalah ini, perdata adalah ini. Saya mencoba membantu kita untuk melihat secara tersirat dan bahkan Mahkamah Agung mengatakan ini perdata, itu satu. Dan juga kepada Pemohon saya sebutkan normanya ada, tetapi di ketentuan umum sudah ada, tetapi kenapa tidak dimasukkan? Saya rasa sidang yang mulia ini tidak bermaksud mempersalahkan sejarah yang ada. De facto dan de jure sangat berbeda.

Satu yang perlu saya sampaikan, ada pertanyaan tadi saya kurang ingat, mungkin dari Yang Mulia Bapak Hakim Konstitusi, Bapak Patrialis, apakah itu mengikat internal, eksternal? Saya tegaskan Mahkamah Agung mengeluarkan Perma, Perma itu ditujukan untuk mengisi kevakuman hukum. Siapa yang memegang itu? Para hakim. Kemudian, lawyers juga memegang perma. Jadi, daya ikatnya apa? Jelas internal untuk para hakim mengisi kevakuman hukum, ketidakjelasan hukum agar dapat beracara, tetapi dijamin juga, Bank Indonesia juga demikian. Peraturan PBI buat siapa itu? Untuk pihak Bank Indonesia, tapi masyarakat membaca dan mengikat.

Dalam standar penegakan hukum persaingan usaha di seluruh dunia, guidelines atau pedoman dikeluarkan oleh lembaga tersebut untuk menjelaskan secara definisi yang lebih tegas, bagaimana mereka me-approach suatu kasus, menerapkan suatu kasus, dan sebetulnya ditujukan untuk membantu para investigator. Tetapi ketika publik mengakses, para pengacara mengakses, maka akan terjadi kesatuan pandangan atau pemahaman. Saya titikberatkan hukum persaingan usaha, hukum yang sangat melibatkan ekonomi yang tidak "orang hukum cukup mengerti".

Khusus kepada Prof. Maria terima kasih saya ditanya seperti ... dengan pertanyaan itu. Dan saya pastikan ya, beleidsregels yang saya sebutkan tadi adalah semu, seolah-olah. Tetapi yang saya mohon di dalam sidang yang mulia ini kenapa sampai KPPU? Apa legislative intent dari KPPU sehingga mereka mengeluarkan itu? Atas dorongan itu saya memaparkan fakta-fakta. Apakah kita konvensional, legalis murni, kalau undang-undang tidak bilang, kamu tidak boleh. Ekonomi kita

sudah sangat porak-poranda sekian tahun karena praktik-praktik ini dan saya buktikan dengan kasus-kasus tadi.

Saya justru mohon maaf kalau waktunya tidak cukup, saya bersedia menambahkan tulisan agar saya lebih diizinkan menyempurnakan jawaban saya, tetapi yang saya mohon kepada sidang yang mulia ini sudilah kiranya Ketua dan Majelis Hakim kita semua melihat kasus persaingan usaha, pengajuan constitutional judicial review ini berada dalam ranah yang tidak perdata murni, tidak pidana murni sehingga dengan demikian keajegan itu bisa kita mengerti. Kalau kita konvensionalis legalis murni, otomatis segala perkara KPPU yang hampir puluhan ribu pengaduannya hanya berkaitan dengan Pasal 22 tender, akan selesai.

Dan apakah menurut Bapak Hakim Pak Patrialis tadi, saya menyodorkan kemanfaatan, keadilan, dan kepastian. Saya mengatakan kepastian penting, tetapi "pasti" saya mengutip tadi ada di kalimat saya, pasti tapi tidak bermanfaat itukah yang kita lakukan? Banyak teori tentang itu. Oleh sebab itu, melalui jawaban saya yang sangat singkat, saya sampaikan saya akan menyempurnakan jawaban saya, menampung pertanyaannya.

Yang kedua, saya mohon izin agar Bapak Ketua dan Majelis Hakim bersedia juga melihat masalah hukum persaingan usaha tidak ditempatkan dalam scope yang sangat sempit. Dan momentum ini kami ingatkan sangat-sangat baik untuk menjadikan kepastian yang kita tunggu tadi bagi penegakan hukum persaingan usaha. Demikian, Bapak Ketua Majelis yang saya muliakan.

35. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Ya, baik, Prof. Nigrum, sangat lengkap yang sudah disampaikan, meskipun begitu kita masih menunggu secara tertulis untuk melengkapi, jadi mohon pemerintah bisa me ... apa namanya ... memberikan kesempatan kepada Prof. Nigrum untuk menambah keterangan secara tertulis untuk menjawab masalah yang berkembang di persidangan ini.

Baik. Sekali lagi terima kasih, Prof. Nigrum atas keterangannya di persidangan ini yang tentunya sangat bermanfaat untuk kita semua. Sebelum saya mengakhiri persidangan ini, saya tanya pada tadi, Pemohon menyinggung menambahkan keterangan bukti, ya, P-27 sampai dengan P-30, ya?

36. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Ya, Yang Mulia.

37. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Sudah betul, ya?

38. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Betul, Yang Mulia.

39. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Itu tambahan bukti?

40. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Ya.

41. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Ya, disahkan.

KETUK PALU 1X

42. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Terima kasih, Yang Mulia.

43. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Kemudian, apakah Pemerintah masih mengajukan ahli atau sudah cukup? Cukup. Baik. Untuk KPPU mengajukan ahli atau sudah cukup juga?

44. PIHAK TERKAIT: KURNIA SYARANI

Terima kasih, Yang Mulia Majelis, apabila diizinkan, kami mohon Majelis Mahkamah Konstitusi juga bisa mengundang Bapak Rambe Kamarulzaman, Beliau adalah ... kami tidak tahu ditempatkan seperti apa, tapi ketua pansus ketika pembuatan Undang-Undang Nomor 5 ini. Saya rasa kalau diizinkan.

45. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Kalau beliau sampai hari ini kan masih DPR?

46. PIHAK TERKAIT: KURNIA SYARANI

Ya, masih DPR.

47. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Dan DPR bisa di dalam posisi yang ini, sampai hari ini memang tidak ada anu dari DPR.

48. PIHAK TERKAIT: KURNIA SYARANI

Oh, begitu Majelis, jadi tidak ada lagi penambahan? Maksud saya adalah supaya bisa memperjelas tentang background daripada ini. Itu saja.

49. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Tapi sudah ada keterangan tertulis. DPR tidak hadir, tapi sudah ada keterangan tertulis dari DPR yang menjelaskan ... apa namanya ... risalah yang kemarin berkembang pada waktu menyusun undang-undang ini. Jadi, kira ... saya kira sudah cukup apa yang disampaikan oleh DPR, ya.

Baik, kalau begitu, rangkaian persidangan perkara ini sudah selesai. Yang terakhir, Para Pihak Pemohon, Pemerintah, dan Pihak Terkait tinggal menyampaikan kesimpulan ya, dari seluruh rangkaian persidangan ini, menjelaskan mengenai posisi standing-nya di mana, ya. Itu dalam rangkaian persidangan ini sudah selesai, Senin, 9 Januari 2017. Kesimpulan diserahkan ke Kepaniteraan, sudah tidak ada persidangan lagi. Saya ulangi, Senin ... oh, maaf, Selasa, 17 Januari 2017, ya. Selasa, 17 Januari 2017 karena sidang terakhir 9 Januari ini sudah dianggap semuanya sudah selesai. Baik, ada yang akan ditanyakan, Pemohon?

50. KUASA HUKUM PEMOHON: M. AINUL SYAMSU

Cukup, Yang Mulia.

51. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Dari Pemerintah, cukup?

52. PEMERINTAH: LASMININGSIH

Cukup, Yang Mulia.

53. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Dari Pihak Terkait cukup, ya? Jadi sekali lagi, kesimpulan Selasa, 17 Januari 2017. Terakhir pada pukul 12.00 WIB diterima langsung di Kepaniteraan. Baik, terima kasih sekali lagi pada Bu Ningrum ... Prof. Ningrum yang sudah memberikan keterangan di persidangan ini. Sidang selesai dan ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 13.07 WIB

Jakarta, 9 Januari 2017
Kepala Sub Bagian Risalah,

t.t.d.

Yohana Citra Permatasari
NIP. 19820529 200604 2 004