

**LENIENCY PROGRAM SEBAGAI UPAYA MINIMALISASI PRAKTEK KARTEL
DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA**

SKRIPSI

Untuk Memenuhi Sebagian Syarat-Syarat

Untuk Memperoleh Gelar Kesarjanaan

Dalam Ilmu Hukum

Oleh :

RIFQY HIDAYAT

NIM. 0910113173



KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN

UNIVERSITAS BRAWIJAYA

FAKULTAS HUKUM

MALANG

2013



LEMBAR PERSETUJUAN

Judul Skripsi : ***LENIENCY PROGRAM* SEBAGAI UPAYA
MINIMALISASI PRAKTEK KARTEL DALAM
HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA**

Identitas Penulis :

a. Nama : **Rifqy Hidayat**

b. NIM : **0910113173**

Konsentrasi : **Hukum Perdata Ekonomi**

Jangka Waktu Penelitian : **4 bulan**

Disetujui pada tanggal : 10 Juli 2013

Pembimbing Utama

Pembimbing Pendamping

Dr. Bambang Winarno, S.H., M.S.
NIP. 19530121 197903 1 002

M. Zairul Alam, S.H, M.H
NIP. 19740909 200601 1 002

Mengetahui,
Ketua Bagian Hukum Perdata

Siti Hamidah, SH, MM
NIP. 19660622 199002 2 001

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah Rabbil 'Alamin, segala puja dan puji syukur kepada Allah SWT Tuhan Semesta Alam atas rahmat dan karunia-Nya kepada penulis sehingga dapat menyelesaikan laporan penelitian skripsi yang berjudul ***LENIENCY PROGRAM SEBAGAI UPAYA MINIMALISASI PRAKTEK KARTEL DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA***. Skripsi ini merupakan syarat untuk mendapatkan gelar kesarjanaan dalam ilmu hukum. Shalawat serta salam selalu tercurah kepada Rasulullah Muhammad SAW, suri tauladan seluruh umat manusia yang membawa kita dari zaman jahiliyah menuju zaman terang benderang, tak lupa kepada keluarga, sahabat, dan pengikutnya hingga akhir zaman.

Selesainya skripsi ini mendapat dukungan dan bantuan dari berbagai pihak. Oleh karena itu penulis menyampaikan ucapan terimakasih sebesar-besarnya kepada:

1. Bapak Sihabudin, S.H., MH. Selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya;
2. Ibu Siti Hamidah, S.H., M.M. selaku Ketua bagian Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Brawijaya;
3. Bapak Dr. Bambang Winarno, S.H., M.S. selaku Pembimbing Utama Penulis;
4. Bapak Zairul Alam. SH. MH selaku Pembimbing Pendamping atas bimbingan, tempaan mental, motivasi, dan dukungannya;

5. Bapak dan Ibu Dosen di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya yang telah memberikan ilmunya dan mendidik ilmu baik didalam maupun diluar kampus kepada penulis hingga akhirnya skripsi ini dapat diselesaikan.
6. Kedua orang tua penulis, Drs.H Sholeh Assegaf, AK dan Soraya, S.H yang telah sabar membimbing, mendukung, dan mengingatkan Penulis untuk menyelesaikan skripsi tepat waktu dengan untaian doa dan semangat;
7. Kedua Adikku tercinta Farahdila Adline dan Fatimah Farhania, *the one who crossed my mind when I feels there is no way out when doing this things. Thanks a lot, pals;*
8. Sahabat Penulis sekaligus teman seperjuangan selama 4 tahun masa pengabdian dalam suka duka kampus FH UB : Airin Liemanto, Isdiyana Kusuma Ayu, S.H. Rendy Ivaniar, S.H, Fauziah Suci Angraeni, S.H, Nur Hidayati, S.H, Ira Puspita Sari Wahyuni, S.H., Fatmawati Indra Rukmana, S.H, Ignatius Arga, S.H., Bahrul Ulum, M. Arie Pratama,
9. Pengurus Forum Kajian dan Penelitian Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya periode 2012-2013. Enis Tristiana, Agung Honesta, Zihan Syahayani, Novy Amalia Pohan, Dzakkiyah Umam, Anisa Maulida Prisani, Rizky Edina, Lusy Kurnia, Irham Rahman, Rachmad Hadjarati, Surya Adi. Semoga selalu **Bersama Maju dan Berprestasi**;

10. Teman-Teman Penulis di Fakultas Hukum : Awang, Astari, Apink, Arum, Dibi, Dygta “Kenthung”, Fanny, Ferry, Fikri, Kukuh, Leo, Nana, Nizul, Nuril, Rico, Siska, Theo, Yevi, Giska, Mutia, Tisya, Icha, Cendyta, Dwi Winarto, Geo, Kausar, Hafidz, Bara, Gita, Grizelda.

11. *Trainee Member* KOPASSUS (Komando Pembimbingan dan Penulisan Khusus) yang menjadi teman senasib seperjuangan penulis dikala penulisan skripsi ini : Paku, Agit, Yuli, Mitha, Adam, Munir, Sasa

12. Pembina dan Pengurus *Islamic Study Club* (ISC) yang selama ini telah memberikan ilmu bermanfaat dan teladan sebagai mahasiswa.

13. Senior Penulis di Fakultas Hukum yang telah meninggalkan kampus terlebih dahulu: Tahegga Primananda Alfath, Meyria Puspitasari, Asrul Ibrahim Nur, Ajeng Risda Rahmadani, Anggi Valentinata, Fadrian Kwartady S, Awal M Rezki, Miraj Yusuf Al Farisy, Zulfa, Prisca Listiningrum, Daniar Supriadi;

14. Adik-Adik Penulis di Fakultas Hukum Angkatan 2010: Renata, Nabilla, Achee, Anto, Catur, Iis, Ganjar, Mira, Bagus, Nining, Heny, Yoga, Zakky, Haris, Lita, Ane, Vanina, Analisa,

15. Adik-Adik Penulis di Fakultas Hukum Angkatan 2011: Achmad Aprianto, Fitri, Sherly, Anisatul, Latansa, Rifky, Fatih, Leri, Linda, Raista, Launa, Datu,

16. Adik-Adik Penulis di Fakultas Hukum Angkatan 2012: Riri, Emir, Yati, Alan, Devika, khususnya adik-adik Judicial: Atha, Kimau,

Indri, Fifink, Dio, Ilmas, Fadhil, Hilmy, Melani, Tika, Della, Intan dan adik-adik yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu.

17. Keluarga Besar Penerima Djarum Beasiswa Plus Angkatan 27 (Best-One) di Seluruh Indonesia : Wiwin, Mbak Achi, Intan, Rendy, Dio, Adhe, Edis, Bebey, Alif, Rozi, Fahmi, Nurin, Irma, Maudy, Tiwi dan teman-teman yang lain yang tidak dapat disebutkan satu persatu.

18. Teman – Teman Kelompok 1 PPM Tahun 2012 Dusun Borogondhang, Desa Tawang Argo, Kecamatan Karangploso, Kabupaten Malang

19. Semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu dalam kata pengantar ini, terima kasih atas segala bantuannya.

Penulis mengharapkan kritik dan saran dari semua pihak untuk perbaikan skripsi ini. Akhir kata, penulis berharap agar skripsi ini dapat memberikan manfaat bagi semua pihak. Amin.

Malang, Juli 2013

Penulis

DAFTAR ISI

Lembar Persetujuan	i
Lembar Pengesahan	ii
Kata Pengantar	iii
Daftar Isi	vi
Daftar Tabel	ix
Daftar Gambar	x
Ringkasan	xi
Summary	xii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	12
C. Tujuan Penelitian	12
D. Manfaat Penelitian	13
E. Sistematika Penulisan	14
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	15
A. Tinjauan Umum Hukum Persaingan Usaha Indonesia	15
A.1 Sejarah Hukum Persaingan Usaha di Indonesia	15
A.2 Tujuan Hukum Persaingan Usaha	21





B. Tinjauan Umum Perilaku Kartel.....	25
B.1 Jenis –Jenis Kartel.....	25
B.2 Dampak Kartel Terhadap Persaingan Usaha.....	30
B.3 Mekanisme Kartel.....	33
C. Tinjauan Umum <i>Leniency Program</i>.....	39
C.1 Pengenalan <i>Leniency Program</i>	39
C.2 Manfaat dan Dampak <i>Leniency Program</i>	44
BAB III METODE PENELITIAN.....	48
A. Jenis Penelitian.....	48
B. Pendekatan Penelitian.....	49
C. Bahan Hukum.....	49
D. Teknik Penelusuran Bahan Hukum.....	50
E. Teknik Analisa Bahan Hukum.....	51
F. Definisi Konseptual.....	51
BAB IV HASIL DAN PEMBAHASAN.....	54
A. Pengaturan <i>Leniency Program</i> Di Uni Eropa.....	55
A.1 Tipe <i>Leniency</i> yang Digunakan.....	61
A.2 Syarat yang Harus Dipenuhi Pelapor.....	63
A.3 Prosedur Pelaporan.....	64

B. Prospek Penerapan <i>Leniency Program</i> pada Hukum Persaingan Usaha Indonesia	71
B.1 Pengaturan Pembuktian Kasus Kartel di Indonesia.....	71
B.2 Kesulitan Pembuktian Kasus Kartel.....	74
B.3 Instrumen Pendeteksian Kartel.....	77
B.4 Model <i>Leniency Program</i> yang Tepat untuk Indonesia	86

BAB V PENUTUP.....	93
A. Kesimpulan.....	93
B. Saran.....	95

DAFTAR PUSTAKA.....	
LAMPIRAN.....	



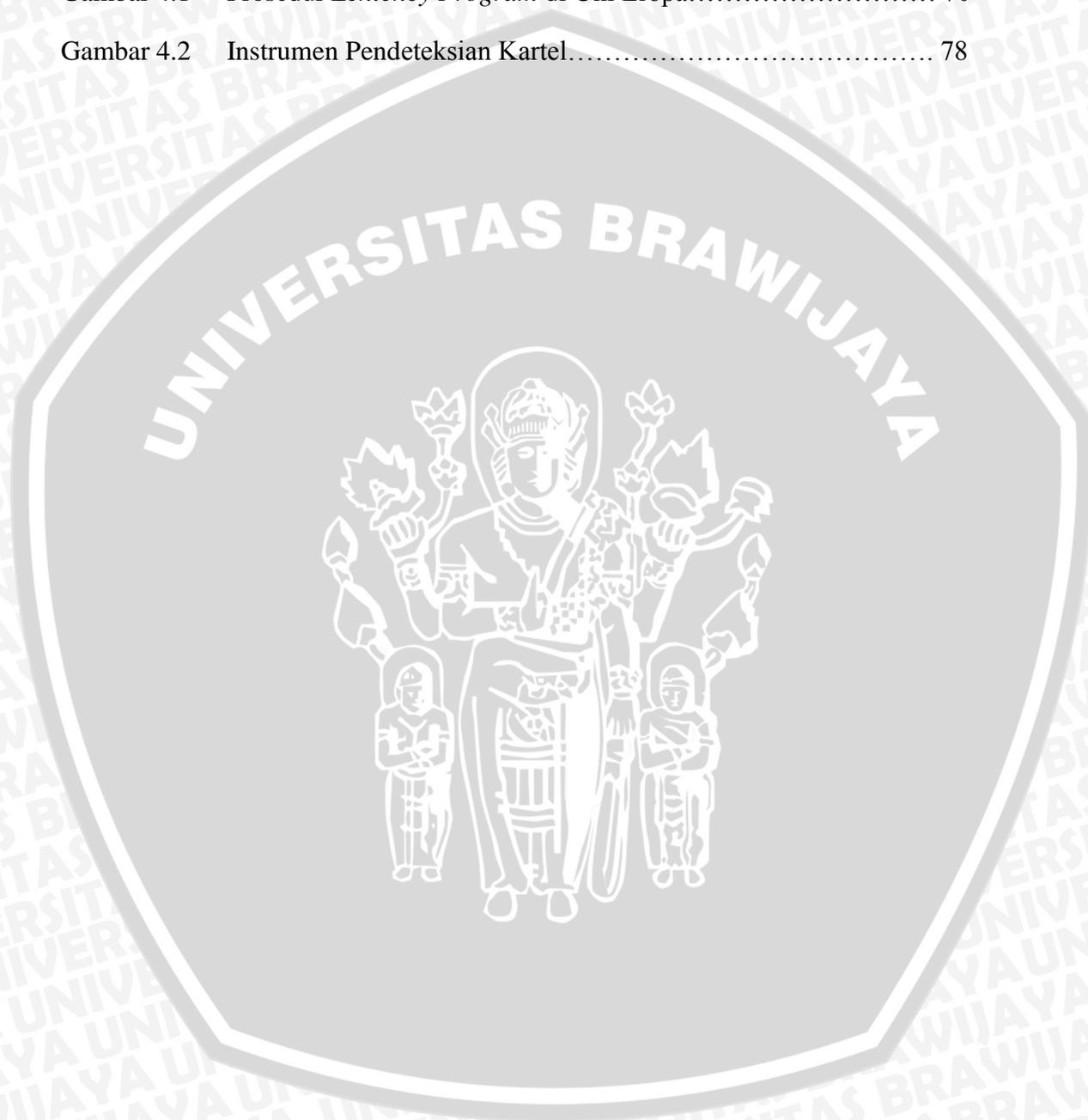
DAFTAR TABEL

Tabel 1.1	Perhitungan Kerugian Konsumen pada Kartel SMS.....	7
Tabel 4.1	Masalah Kartel di Uni Eropa Sebelum dan Sesudah MLP.....	60
Tabel 4.2	Daftar Putusan KPPU Terkait Larangan Perjanjian Kartel Berdasarkan Awal Penyelidikan.....	75



DAFTAR GAMBAR

Gambar 1.1	Kerangka Berpikir Latar Belakang.....	11
Gambar 4.1	Prosedur <i>Leniency Program</i> di Uni Eropa.....	70
Gambar 4.2	Instrumen Pendeteksian Kartel.....	78



RINGKASAN

Rifqy Hidayat, Hukum Perdata Ekonomi, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Juli 2013, *LENIENCY PROGRAM SEBAGAI UPAYA MINIMALISASI PRAKTEK KARTEL DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA INDONESIA*, Dr. Bambang Winarno, S.H., M.S., M. Zairul Alam, S.H., M.H.

Persaingan para pelaku usaha dalam memenuhi kebutuhan konsumen adalah salah satu esensi penting bagi terselenggaranya pasar bebas dalam globalisasi. Namun dalam kenyataannya, hambatan sering ditemui, salah satunya adalah perilaku kartel. Kartel adalah tindakan paling jahat dari perilaku anti persaingan karena perjanjian yang dilakukan anggotanya dalam bidang harga, wilayah pemasaran, dan sebagainya, mematikan peluang pesaing dalam menawarkan produknya. Belum lagi faktor kolusi implisit yang menjadi senjata utama anggota kartel dalam menyembunyikan eksistensinya sehingga menyulitkan KPPU dalam menyelidikannya. Dalam perkembangannya di berbagai belahan dunia, khususnya di Uni Eropa, *leniency program* telah berhasil mengungkap ratusan kasus kartel berkat klausul peringanan denda dan bahkan pengampunan pada pelaku usaha yang bersedia bekerjasama untuk melaporkan kegiatan kartelnya tersebut pada otoritas persaingan usaha. Sayangnya program ini belum punya payung hukum di Indonesia sehingga belum mungkin untuk diterapkan saat ini.

Berdasarkan hal tersebut diatas, skripsi ini mengangkat rumusan masalah (1) Bagaimana Uni Eropa mengatur *leniency program* untuk meminimalisasi praktek kartel? dan (2) Bagaimana prospek pengaturan *leniency program* dalam hukum persaingan usaha di Indonesia?

Jenis penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif dengan metode pendekatan perbandingan (*comparative approach*) dan pendekatan konsep (*conceptual approach*). Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini yaitu bahan hukum primer, sekunder, dan tersier yang diperoleh melalui studi kepustakaan (*library research*). Untuk menganalisis berbagai bahan hukum yang ada digunakan analisis deskriptif dalam teknis analisis bahan hukum.

Uni Eropa merupakan negara pertama (bersama dengan Korea) yang mengikuti jejak *Department of Justice* Amerika Serikat untuk memperkenalkan *Leniency Program* pada tahun 1996. Pada penerapannya, Uni Eropa sempat mengalami berbagai kesulitan terkait dengan pluralnya hukum persaingan usaha negara anggotanya dalam menindak praktek kartel. Hal ini kemudian disiasati dengan membentuk *Model Leniency Program*, yang dikeluarkan oleh *European Competition Network*. Lebih lanjut, adanya prosedur yang mengatur secara rigid pemberian *leniency program* itulah yang diperlukan Indonesia (setelah memberi dasar hukum pengaturan program ini terlebih dahulu). Dan kedepannya, pemerintah dan masyarakat Indonesia juga harus memperhatikan beberapa faktor terkait penerapan *leniency program* ini, seperti : faktor risiko, faktor politik, faktor waktu, faktor kepastian hukum faktor kerahasiaan serta faktor sosialisasi. Dengan terlaksananya faktor-faktor tersebut, diharapkan *leniency program* yang efektif untuk meminimalisasi praktek kartel demi masa depan persaingan usaha yang sehat di Indonesia dapat tercapai.

SUMMARY

Rifqy Hidayat, Economics Civil Law, Faculty of Law Universitas Brawijaya, July 2013, Leniency Program as a Minimalization Efforts of Cartels on Competition Law in Indonesia, Dr. Bambang Winarno, S.H., M.S., M. Zairul Alam, S.H., M.H.

Competition among entrepreneurs to fulfill the needs of consumers is one of the important essence for the implementation of the free market globalization. But in fact, obstacles are frequently met, one of them is the cartel behavior. Cartels are the most evil acts of anti-competitive behavior because of an agreement created by its members to fixing areas of pricing, marketing area, and so on, which turn off chance from another competitor in its product market. Not to mention the implicit collusion factor is a major weapon in the cartel members, making it difficult to hide its existence the Authority Commission in its investigation. In its development in various parts of the world, especially in the Erupean Union, leniency program has been successful in uncovering hundreds of cases of cartel fines and mitigation clauses blessing of forgiveness even in businesses that are willing to work together to report on the activities of the cartel authorities competition. Unfortunately, these programs do not have legal protection in Indonesia so it has not been possible to applied current.

Based on the above, this paper raised the formulation of the problem (1) How to set the European Union leniency program for cartel practices minimize? and (2) How does the prospect of setting leniency program in competition law in Indonesia?

This research is a normative study with comparative approach (comparative approach) concept and approach (conseptual approach). Legal materials used in this study are the primary legal materials, secondary, and tertiary obtained through library research (library research). To analyze the various existing legal materials used in the descriptive analysis of the technical analysis of legal materials.

The European Union was the first country (along with Korean) which follow the lead of the U.S. Department of Justice to introduce a leniency program in 1996. In practice, the European Union had experienced various difficulties associated with the plural of competition law in the member states cracking down on cartels. it is then circumvented by establishing a model leniency program, which was issued by the European Competition Network. Furthermore, the rigid procedures governing the granting leniency program that required Indonesia (after giving the legal basis of this program prior arrangement) is needed. Also, the government and people of Indonesia must also consider several factors related to the application's leniency program, such as: risk factors, political factors, time factors, factors of legal certainty factors of confidentiality and socialization factors. With the implementation of these factors, it is expected that an effective leniency program for cartel practices in order to minimize future of healthy business competition in Indonesia can be achieved.

SURAT PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Yang bertanda tangan di bawah ini, saya

Nama : Rifqy Hidayat

NIM : 0910113173

Menyatakan bahwa dalam penulisan karya ilmiah hukum berupa skripsi ini adalah asli karya penulis, tidak ada karya atau data orang lain yang telah dipublikasikan, juga bukan karya orang lain dalam rangka mendapatkan gelar kesarjanaan di perguruan tinggi, selain yang diacu dalam kutipan dan atau dalam daftar pustaka.

Demikian surat pernyataan ini saya buat, jika dikemudian hari terbukti karya ini merupakan karya orang lain baik yang dipublikasikan maupun dalam rangka memperoleh gelar kesarjanaan di perguruan tinggi, saya sanggup dicabut kesarjanaan saya.

Malang, 10 Juli 2013

Yang Menyatakan,

Rifqy Hidayat

0910113173

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Era globalisasi diberbagai sektor, termasuk bidang ekonomi, nampaknya menjadi fenomena yang tidak terhindarkan lagi. Pelan tapi pasti, globalisasi dalam bidang ekonomi telah menjadi pendorong utama bagi munculnya integrasi ekonomi dunia.¹ Di satu sisi, globalisasi telah membuka peluang yang lebih luas bagi negara yang sedang berkembang untuk meningkatkan volume perdagangan dengan melakukan ekspansi usaha ke pasar internasional. Di sisi lain, melalui globalisasi pula dapat dilakukan peningkatan investasi, baik langsung maupun tidak langsung yang akhirnya mendorong pertumbuhan ekonomi dan lapangan kerja.

Dalam kenyataan pertumbuhan ekonomi dan efek globalisasi tersebut, adanya persaingan menjadi satu hal yang tidak terhindarkan. Henry Clay, legenda politik Amerika Serikat, pernah mengungkapkan suatu kalimat “dari seluruh kekuatan yang berada dalam diri manusia, tidak ada yang lebih besar dari kompetisi” untuk menggambarkan mengenai arti penting dari persaingan bagi umat manusia.²

Persaingan para pelaku usaha dalam memenuhi kebutuhan konsumen kemudian juga menjadi salah satu esensi penting bagi terselenggaranya pasar

¹ Mahendra Putra Kurnia, dkk, **Ketika Hukum Berhadapan Dengan Globalisasi**, UB Press, Malang, 2011, hal. 4.

² Pernyataan “*Off all human powers operating on the affairs of mankind, none is greater than that of competition.*” (lihat Ditha Wiradiputra, **Pengantar Hukum Persaingan Usaha Indonesia**, disampaikan dalam Seminar Modul untuk *Retooling Program under Employee Graduates at Priority Disiciplines under TPSDP (Technology and Profesional Skills Development Sector Project)* DIKTI, Malang, 14 September 2004, hal. 1.

bebas dalam globalisasi. Dalam hal ini persaingan usaha merupakan sebuah proses di mana para pelaku usaha dipaksa menjadi perusahaan yang efisien dengan menawarkan pilihan produk dan jasa dalam harga yang lebih rendah. Persaingan akan terjadi hanya bila ada dua pelaku usaha atau lebih yang menawarkan produk dan jasa kepada para pelanggan dalam sebuah pasar. Untuk merebut hati konsumen, para pelaku usaha berusaha menawarkan produk dan jasa yang menarik, baik dari segi harga, kualitas dan pelayanan. Kombinasi ketiga faktor tersebut untuk memenangkan persaingan merebut hati para konsumen dapat diperoleh melalui inovasi, penerapan teknologi yang tepat, serta kemampuan manajerial untuk mengarahkan sumber daya perusahaan dalam memenangkan persaingan. Jika tidak, pelaku usaha akan tersingkir secara alami dari arena pasar.³

Pada prinsipnya, persaingan mengandung banyak hal yang oleh pelaku usaha dianggap menguntungkan, karena jika mereka bersedia dan sanggup melaksanakan persaingan dengan baik, maka pada gilirannya mereka akan merasakan manfaatnya.⁴ Namun hal itu belum tentu benar terjadi, karena bisa saja terjadi kondisi dimana persaingan tidak dapat berjalan secara lancar, yang lebih lanjut dapat disebut sebagai hambatan. Hambatan dalam perdagangan bisa saja terjadi bahkan dalam kondisi perekonomian yang telah stabil. Hambatan biasanya terjadi dari dua sisi, yang pertama, berasal dari pemerintah dengan berbagai kebijakan yang diterbitkannya. Lalu hambatan yang berikutnya berasal dari para pelaku usaha lainnya dengan maksud untuk mencegah terjadinya proses

³ Andi Fahmi Lubis, dkk, **Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks dan Konteks**, Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Jakarta, 2009, hal 2.

⁴ Budi Kagramanto, **Mengenal Hukum Persaingan Usaha**, Penerbit Laras, Sidoarjo, 2012, hal 46.

persaingan yang wajar,⁵ sehingga dapat menimbulkan kerugian yang signifikan dalam kegiatan usaha, terutama bagi para pihak yang berkaitan langsung dengan bidang-bidang usaha bersangkutan. Salah satu upaya untuk mencegah terjadinya hambatan yang bersifat merugikan tersebut adalah melalui pengaturan hukum.

Pengaturan hukum juga berfungsi untuk mencegah perilaku negatif pelaku usaha yang dapat mendistorsi jalannya mekanisme proses persaingan usaha yang sehat. Penerapan hukum persaingan usaha menjadi suatu keharusan bagi setiap negara dengan sistem perekonomian modern. Lebih lanjut, hukum persaingan usaha merupakan prasyarat ekonomi pasar bebas yang memberikan empat keuntungan dalam pembangunan ekonomi Indonesia. Yaitu, terciptanya harga yang kompetitif, peningkatan kualitas hidup oleh karena inovasi yang terus-menerus, mendorong dan meningkatkan mobilitas masyarakat, serta adanya efisiensi baik efisiensi produktif maupun alokatif.

Hukum Persaingan Usaha bertujuan untuk memastikan mekanisme proses persaingan berlangsung dengan sehat, *fair*, serta konsisten. Hukum persaingan usaha juga diharapkan mampu mengawasi terjadinya diskriminasi harga, serta pemerataan informasi pasar bagi yang kurang mempunyai akses, baik berupa kesempatan, modal, teknologi, maupun berbagai kesempatan berusaha lainnya.⁶

Amerika Serikat mengatur pencegahan hambatan perdagangan yang merugikan dalam *Section 1 The Sherman Act 1890* yang menyatakan, bahwa “setiap perjanjian, penggabungan dalam bentuk *trust* atau yang lainnya, atau

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

⁶ Andi Fahmi Lubis, dkk, *Op. Cit.*, hal. 214.

konspirasi, dalam bentuk hambatan perdagangan antar Negara (Bagian), atau dengan negara asing, harus dinyatakan sebagai ilegal”.⁷ Demikian pula negara-negara yang tergabung dalam Pasar Bersama Eropa mengatur melalui *Article 101 of the European Community (EC) Treaty*, yang melarang segala bentuk ketidakharmonisan dalam pasar bersama, yakni persekongkolan di antara pelaku usaha yang dapat mempengaruhi perdagangan antar negara anggota dan atau berakibat membatasi persaingan dalam pasar bersama.⁸

Selama dua dekade lebih Indonesia membangun ekonominya tanpa disertai lingkungan yang kompetitif. Namun, ketika memasuki era 1990-an Indonesia harus menghadapi tuntutan perdagangan bebas yang mensyaratkan beberapa regulasi dalam bidang ekonomi. Salah satunya tuntutan hadirnya undang-undang yang mengatur tentang persaingan usaha di Indonesia yang dapat menunjang pembangunan ekonomi nasional dan turut berperan serta dalam perdagangan global. Tuntutan ini pada akhirnya melahirkan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang diharapkan mampu memberikan pengaruh pada perekonomian Indonesia baik domestik maupun internasional.

⁷ Section 1 The Sherman Act: “Setiap kontrak, kombinasi dalam bentuk *trust* atau sebaliknya, atau konspirasi, yang menghalangi perdagangan atau perdagangan antara berbagai negara, atau dengan negara-negara asing, dinyatakan tidak sah” - “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”.

⁸ Article 101 (1) of The EC Treaty: “Tindakan berikut ini dilarang karena bertentangan dengan pasar internal: semua kesepakatan antara usaha, keputusan oleh asosiasi usaha dan praktek yang dapat mempengaruhi perdagangan antara negara-negara anggota dan yang ada sebagai obyek atau efek pencegahan, pembatasan atau distorsi kompetisi dalam pasar internal, dan khususnya mereka yang ...” - (*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...*)

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 juga mengatur hambatan perdagangan yang bersifat ilegal, meskipun pengaturannya ditetapkan secara menyebar di berbagai Bagian (Bab) dalam Undang-undang, yakni dalam Bab III mengenai Perjanjian yang Dilarang yakni dalam pasal 11 tentang kartel dan pasal 12 tentang *trust*. Serta Bab IV mengenai Kegiatan yang Dilarang yang diatur dalam pasal 17 tentang monopoli, dan pasal 21 mengenai kecurangan penetapan biaya produksi.

Salah satu hambatan dalam perdagangan yang jamak ditemui dalam dunia persaingan usaha saat ini adalah perilaku kartel. Kartel diartikan sebagai sebuah kombinasi dari produsen produk apapun yang bergabung bersama untuk mengontrol produksi, penjualan dan harga, sehingga memperoleh monopoli dan membatasi persaingan dalam industri tertentu atau komoditas.⁹

Kartel juga sering disebut sebagai sindikat, antara beberapa perusahaan produsen dan lain-lain yang sejenis untuk mengatur dan mengendalikan berbagai hal, seperti harga, wilayah pemasaran dan sebagainya, dengan tujuan menekan persaingan dan atau persaingan usaha pada pasar yang bersangkutan. dan meraih keuntungan.¹⁰

Ada semacam kesepakatan universal yang menyatakan bahwa penetapan harga dan pengaturan pasar yang diatur oleh kartel adalah kejahatan, seperti yang tercermin didalam beberapa yurisdiksi hukum dunia yang mengategorikan

⁹ Henry Campbell Black, M.A, *Black's Law Dictionary Eighth Edition*, Westm Publishing Co, St. Paul, Minh, 2004, hal 270, "Sebuah kombinasi dari produsen produk apapun yang bergabung bersama untuk mengontrol produksi, penjualan dan harga, sehingga memperoleh monopoli dan membatasi persaingan dalam industri tertentu atau komoditas" - (*A combination of producer of any product joined together to control it's productions , sale and price, so as to obtain a monopoly and restrict competition in any particular industry or commodity*)"

¹⁰ Hasim Purba, *Tinjauan Yuridis Terhadap Holding Company, Cartel, Trust dan Concern*, (online), <http://library.usu.ac.id/download/fh/perda-hasim1.pdf>, hal. 9, (30 Januari 2013)

tindakan ini harus menerima penanganan dari perspektif hukum pidana.¹¹ Tindakan tersebut mengindikasikan bahwa hampir seluruh negara didunia menunjukkan itikad yang kuat untuk memberantas kartel yang dianggap dapat mematikan persaingan.

Kartel dipersepsikan sebagai bentuk paling berbahaya dari tindakan anti persaingan karena para pelakunya sepakat melakukan konspirasi mengenai hal-hal yang bersifat sangat pokok dalam suatu transaksi bisnis, yang meliputi harga, wilayah dan konsumen. Kartel juga sangat berbahaya karena dapat menentukan tingkat harga yang sangat tinggi atau jumlah produksi, sehingga akan menyebabkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Kartel akan menyebabkan kerugian bagi konsumen karena harga akan menjadi mahal dan barang atau jasa di pasar menjadi terbatas.¹²

Bahaya yang ditimbulkan atas perilaku kartel itu sendiri juga akan berpotensi merugikan perekonomian karena perdagangan akan menjadi terhambat dan menjadi tidak efektif. Hal ini tentu berlawanan dengan tujuan Undang-Undang nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.¹³

Walaupun banyak peraturan yang telah melarang eksistensi kartel, pada kenyataannya pembentukan perilaku kartel terus berlanjut dan bahkan merembet pada berbagai macam industri yang kita gunakan sehari-hari, seperti makanan dan

¹¹ Mihai Berinde, *Cartels – Between Theory, Leniency Policy and Fines*, Annals of Faculty of Economics, Vol.1, Issue. 1, 2008, hal. 550 dalam Christina Aryani (Tesis), **Studi Komparatif Leniency Program Untuk Pembuktian Kartel dalam Antitrust Law Di Amerika Serikat dan Antimonopoly Law di Jepang**, Tidak Dipublikasikan, Juni 2012 hal 4

¹² Komisi Pengawas Persaingan Usaha, **Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**, Perkom No. 4 Tahun 2010, hal. 12.

¹³ Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

vitamin, bahkan kartel sudah merambat dunia telekomunikasi seperti yang terjadi pada kartel sms yang telah merugikan konsumen lebih dari 2,827 Triliun Rupiah dengan rincian sebagai berikut:

Tabel 1.1
Perhitungan kerugian konsumen perilaku kartel sms (dalam Milyar Rupiah)

Tahun	Telkomsel	XL	M-8	Telkom	Bakrie	Smart	Total
2004	311.8	53.4	2.6	12.2	5.8		385.8
2005	446.3	62.4	10.2	30.6	7.8		557.4
2006	615.5	93.7	15.9	59.3	17.5		801.9
2007	819.4	136.4	23.6	71.2	31.8	0.1	1.082,5
TOTAL	2.193,1	346.0	52.3	173.3	62.9	0.1	2.827,7

Sumber: Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007, hal. 207.

Perjanjian kartel diatas yang dibuat oleh 6 provider untuk memanipulasi tarif sms hingga mencapai Rp 350,- sekali kirim, telah menimbulkan banyak kerugian pada konsumen dan sampai sekarang, KPPU masih mencari metode untuk pengembalian kerugian kepada konsumen mengingat jumlah konsumen yang dirugikan sangat besar.

Kasus kartel sms diatas merupakan sebagian kecil perkara kartel yang dapat terbukti, karena pada kenyataannya, perjanjian kartel menjadi kasus yang sulit untuk dibuktikan. Hal ini tercermin dari jumlah perkara yang masuk ke KPPU yakni sekitar 2.2 % dari total dugaan pelanggaran dalam kurun tahun 2000-2010. Kartel menjadi sulit dideteksi karena pada faktanya perusahaan yang berkolusi tersebut berusaha menyembunyikan perjanjian diantara mereka dalam rangka menghindari hukum. Jarang sekali pelaku usaha secara terang-terangan membuat perjanjian diantara mereka, membuat dokumen hukum, mengabadikan

pertemuan, serta mempublikasikan perjanjian, sehingga dimata hukum persaingan dapat dijadikan bukti langsung (*direct evidence*) perjanjian.¹⁴

Sulitnya pembuktian eksistensi kartel turut disebabkan adanya keterbatasan menyangkut kewenangan KPPU dalam menjalankan tugasnya, antara lain:

- a. KPPU tidak berwenang untuk melakukan penggeledahan terhadap pelaku usaha yang dicurigai melakukan pelanggaran terhadap UU No.5/1999;
- b. Sifat kerahasiaan dari perusahaan sehingga kemudian KPPU tidak bisa mendapatkan data perusahaan yang diperlukan guna kepentingan investigasi;
- c. Belum terjalin kerjasama yang baik antara KPPU dengan lembaga terkait dalam hal penyelidikan dugaan persaingan usaha tidak sehat, sehingga menyebabkan KPPU kesulitan melakukan tugasnya akibat kurangnya data pendukung; dan
- d. KPPU tidak dapat memaksa kehadiran pelaku usaha ataupun saksi untuk diperiksa, walaupun KPPU berwenang untuk memanggilnya.¹⁵

Sehubungan dengan kesulitan mengungkap kartel, berbagai upaya dilakukan oleh banyak negara untuk mendapatkan pengakuan dari perusahaan yang menjadi anggota kartel. Strategi *leniency program* adalah salah satunya. Dalam eksistensinya, *leniency program* ini terbukti sukses di beberapa negara dan

¹⁴ Riris Munadiya, **Bukti Tidak Langsung (*Indirect Evidence*) dalam Penanganan Kasus Persaingan Usaha**, Jurnal Persaingan Usaha Edisi 5 – Tahun 2011, hal. 160.

¹⁵ Andi Fahmi Lubis, dkk *Op.Cit.* hal. 311-314.

efektif dalam pembuktian atas kartel, seperti Amerika Serikat, Uni Eropa, Jepang dan Denmark.¹⁶

Leniency program adalah semua program yang menawarkan kekebalan penuh atau pengurangan signifikan dari sanksi yang dikeluarkan oleh pihak otoritas persaingan usaha terhadap para pelaku kartel untuk ditukar dengan informasi mengenai kartel yang sedang berjalan tersebut.¹⁷

Sejak *leniency program* melalui revisi dari *Sherman Act* diterapkan di Amerika Serikat tahun 1993, jumlah pemohon meningkat menjadi lebih dari 20 pemohon per tahun dan menghasilkan denda lebih dari 1 Milyar Dollar Amerika. Kejadian ini kemudian membawa dampak yang besar bagi dunia untuk kemudian mengaplikasikannya.¹⁸

Beberapa negara didunia juga telah menerapkan *leniency program* seperti Kanada dan Inggris, berdasarkan keberhasilan Amerika Serikat dalam penerapannya. Jerman juga telah mengumumkan penggunaan program ini pada tahun 2000, sedangkan Swedia sedang mempertimbangkan legislasi untuk meningkatkan program tersebut lebih lanjut. Perancis saat ini telah merevisi hukum persaingan usahanya yang kemudian dapat mengizinkan lembaga persaingannya untuk memberikan *leniency* kepada perusahaan yang mengakui perilaku kartel disertai dengan alat bukti.

¹⁶Anna Maria Tri Anggraini, **Program Leniency dalam Mengungkap Kartel Menurut Hukum Persaingan Usaha**. Jurnal Persaingan Usaha Edisi 6 - Tahun 2011, hal. 107.

¹⁷ European Competition Authorities, *Principles for Leniency Programmes (Directors' General of European Competition Authorities meeting in Dublin on 3 and 4 September 2001* paragraf 5, "semua program yang menawarkan kekebalan penuh atau pengurangan signifikan dari sanksi yang dikeluarkan oleh pihak otoritas persaingan usaha terhadap para pelaku kartel untuk ditukar dengan informasi mengenai kartel yang sedang berjalan tersebut" – (*leniency programme* " is used to describe all programmes that offer either full immunity from sanctions incurred for the involvement in a cartel or a significant reduction of their scope or level in exchange for a freely volunteered disclosure of information on the cartel.)

¹⁸ Cécile Aubert, Patrick Rey, and William Kovacic *The Impact of Leniency Programs on Cartels*, 18 November 2003, hal. 2

Sejak 1995, tidak kurang dari 20% praktek kartel internasional telah terbongkar melalui *leniency program* ini karena salah satu diantara anggota dari kartel itu sendiri yang melaporkan kepada pihak yang berwenang atas pengawasan persaingan usaha.¹⁹ Penerapan *Leniency program* yang efektif akan mampu mengeleminasi kerahasiaan kartel yang selama ini menjadi hambatan utama dalam upaya pembongkarannya. Hal ini didasarkan dengan adanya janji amnesti yang diberikan untuk pelapor yang pernah menjadi bagian dari kartel tersebut.

Leniency Program juga dapat membuka membuka konspirasi yang mungkin tidak terdeteksi oleh KPPU sebagai otoritas pengawas persaingan usaha di Indonesia dan juga mendorong adanya bukti langsung, baik bukti pengakuan maupun bukti dokumen pihak-pihak terkait kartel, pesaing dan konsumen serta tambahan petunjuk pembuktian tidak langsung. Hal ini tentunya dapat menjadikan proses investigasi menjadi lebih efektif dan efisien.

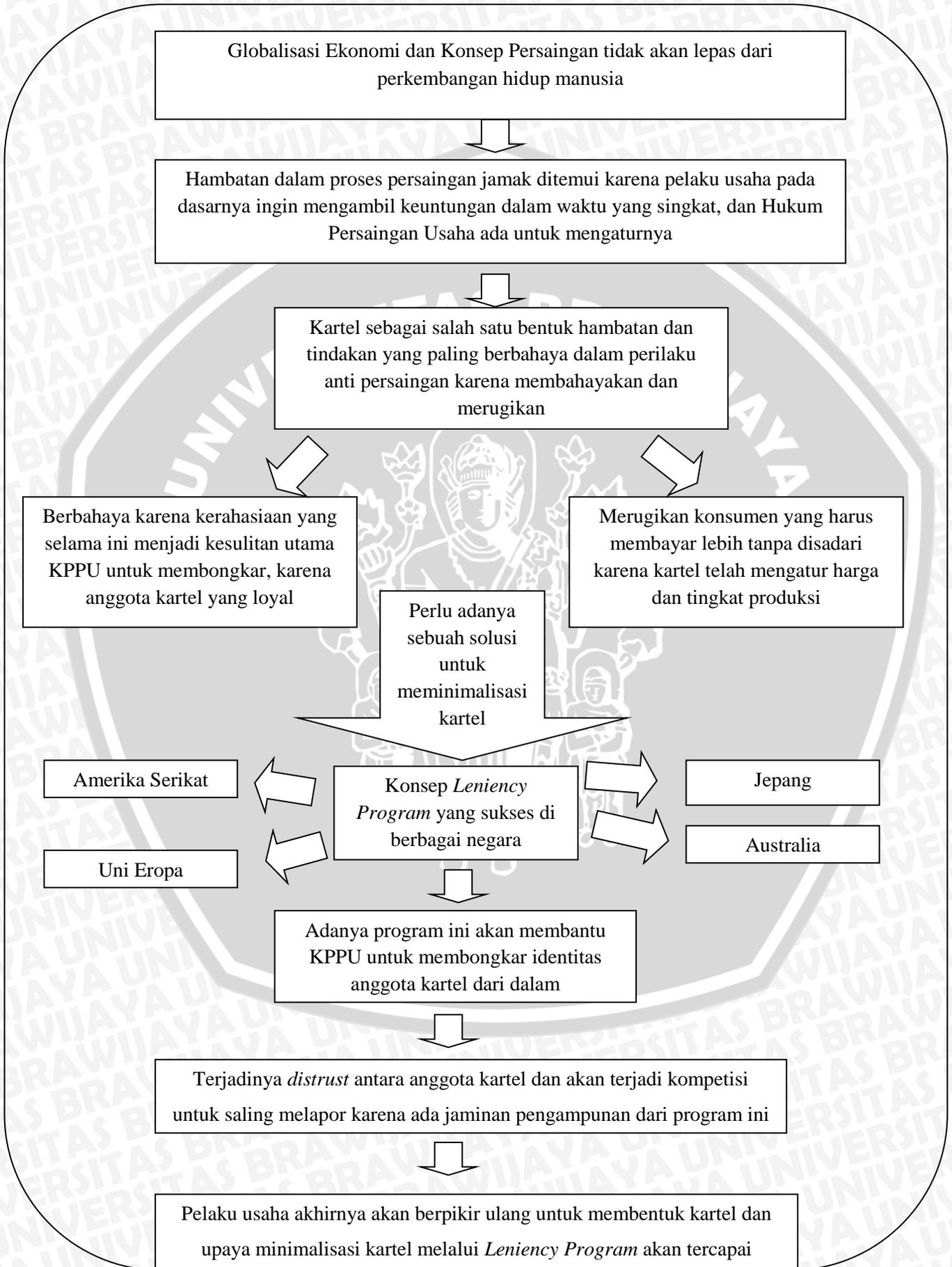
Namun secara yuridis, Pasal 5, Pasal 9 dan Pasal 11 UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang membahas tentang larangan praktek kartel, tidak mengatur secara eksplisit mengenai *leniency program*, padahal program ini membuka kemungkinan untuk menjadi terobosan yang efektif dalam menangani kartel seperti yang sudah terbukti di berbagai negara yang telah mengaplikasikannya. Oleh karenanya, sampai saat ini KPPU belum menerapkan *leniency program* dalam menangani kasus-kasus kartel.²⁰

Berikut kerangka berpikir penulis dalam penyusunan latar belakang ini :

¹⁹ Joseph E. Harrington, Jr. *The Impact of a Corporate Leniency Program on Antitrust Enforcement and Cartelization* Third Annual Research Symposium on Antitrust Economics and Competition Policy, 24 September 2010 hal 1

²⁰ Anna Maria Tri Anggraini, *Op. Cit.* hal 116

Gambar 1 : Kerangka Berpikir Latar Belakang



Melihat kerangka berpikir diatas dan kenyataan banyaknya negara yang telah mengaplikasikan program ini setelah melihat kesuksesannya dalam meminimalisasi kartel, penulis kemudian melakukan penelitian tentang *leniency program* dengan mengkomparasikannya dengan Uni Eropa yang sejauh ini dapat dikatakan efektif dalam melaksanakan program ini serta prospek kedepan program ini untuk diterapkan di Indonesia demi upaya minimalisasi praktek kartel dalam hukum persaingan usaha dengan judul penelitian : ***LENIENCY PROGRAM SEBAGAI UPAYA MINIMALISASI PRAKTEK KARTEL DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA***

B. RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan uraian latar belakang diatas maka didapat beberapa rumusan masalah untuk diajukan dalam penelitian ini, yaitu :

1. Bagaimana Uni Eropa mengatur *leniency program* dalam meminimalisasi praktek kartel?
2. Bagaimana prospek pengaturan *leniency program* dalam hukum persaingan usaha di Indonesia?

C. TUJUAN PENELITIAN

Adapun tujuan yang hendak dicapai dalam penulisan skripsi ini adalah:

1. Untuk mengetahui, mendeskripsikan, serta menganalisa pengaturan *leniency program* di Uni Eropa dalam meminimalisasi praktek kartel.
2. Untuk mengetahui, mendeskripsikan, serta menganalisa prospek pengaturan *leniency program* dalam hukum persaingan usaha di Indonesia.

D. MANFAAT PENELITIAN

Adapun manfaat dari penelitian ini adalah :

1. Manfaat Teoritis

Memberikan kontribusi ilmu pengetahuan dibidang hukum, khususnya dibidang hukum ekonomi mengenai persaingan usaha maupun bidang lain yang terkait didalamnya mengenai minimalisasi kartel melalui upaya *leniency program* agar terjadi persaingan sehat.

2. Manfaat Praktis

a. Bagi Pemerintah

Hasil penelitian ini diharapkan dapat dijadikan acuan bagi pemerintah agar dapat mengamandemen Undang-Undang nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat agar *leniency program* mempunyai payung hukum di Indonesia

b. Bagi Akademisi

Hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi sumber ilmu dan referensi jika nantinya ada penelitian lanjutan.

c. Bagi Pengusaha

Hasil penelitian ini diharapkan dapat menciptakan suasana bersaing yang lebih sehat diantara pengusaha dengan meminimalisasi terjadinya praktek kartel dalam persaingan usaha di Indonesia.

d. Bagi Masyarakat

Hasil penelitian ini diharapkan menjadi tambahan khazanah ilmu pengetahuan lebih khususnya mengenai hukum persaingan usaha.

E. SISTEMATIKA PENULISAN

Skripsi ini dibagi menjadi lima bab secara berurutan dan saling berkaitan. Berikut ini uraian singkat pokok-pokok bahasan yang akan dibahas pada tiap-tiap babnya sebagai berikut:

BAB I : PENDAHULUAN

Dalam bab ini akan dikemukakan latar belakang penelitian, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, dan sistematika penulisan

BAB II : TINJAUAN PUSTAKA

Dalam bab ini akan diuraikan mengenai tinjauan umum terkait Hukum Persaingan Usaha, Praktik Kartel dan *Leniency Program*

BAB III : METODE PENELITIAN

Dalam bab ini akan diuraikan mengenai jenis penelitian, pendekatan penelitian, bahan hukum, teknik pengumpulan bahan hukum, dan teknik analisa bahan hukum yang digunakan dalam penulisan skripsi ini.

BAB IV : HASIL DAN PEMBAHASAN

Dalam bab ini akan diuraikan mengenai deskripsi analisis terhadap pengaturan *Leniency Program* di Uni Eropa dan prospek kedepannya untuk diintegrasikan dalam sistem hukum persaingan usaha di Indonesia

BAB V : PENUTUP

Dalam bab ini akan diuraikan kesimpulan dari hasil pembahasan dan rekomendasi yang diberikan dari permasalahan yang ada.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Hukum Persaingan Usaha Indonesia

A.1. Sejarah Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

Hakim Agung yang terkenal di Amerika Serikat pada abad 19 dan 20, Oliver Wendell Holmes Jr,²¹ pernah mengatakan bahwa dengan melihat pada sejarah, kita dapat mengetahui cara terbaik untuk memahami perkembangan Undang-Undang di suatu negara. Holmes juga menganggap bahwa keberadaan Undang-Undang Antimonopoli dan persaingan usaha merupakan Undang-Undang yang benar untuk diterapkan mengingat kondisi banyaknya persaingan tidak sehat yang terjadi, tetapi, dalam perjalanannya, Undang-Undang ini tentu harus mengalami perubahan sesuai dengan atmosfer persaingan usaha yang bergerak fluktuatif bersama dengan perkembangan ekonomi.

Setelah runtuhnya sistem-sistem ekonomi perencanaan di Eropa Timur lebih dari satu dasawarsa yang lalu, banyak negara dunia ketiga juga mulai memilih kebijakan ekonomi yang baru. Negara-negara berkembang semakin sering memanfaatkan instrumen-instrumen seperti harga dan persaingan, untuk meningkatkan dinamika pembangunan di negara masing-masing. Hal ini disebabkan oleh pengalaman menyedihkan dari kegagalan birokrasi, yang terlalu membebani pemerintah dan pejabat negara dalam sistem ekonomi terencana. Seperti negara-negara bekas blok timur, negara-negara berkembang juga harus membayar mahal akibat kebijakan ekonomi perencanaan ini. Hal ini terlihat dari

²¹ L. Kagramanto, *Op. Cit.*, hal 15.

tingkat kesejahteraan masyarakat mereka. Inilah akibat penyangkalan terhadap “prinsip ekonomi” yang melekat pada sistem ekonomi terencana padahal prinsip tersebut merupakan syarat mendasar bagi aktifitas ekonomi yang sehat.²²

Dewasa ini sudah lebih 80 negara di dunia yang telah memiliki Undang-Undang Persaingan Usaha dan Anti Monopoli dan lebih dari 20 negara lainnya sedang berupaya menyusun aturan perundangan yang sama. Langkah negara-negara tersebut, sementara mengarah pada satu tujuan yaitu meletidakkan dasar bagi suatu aturan hukum untuk melakukan regulasi guna menciptakan iklim persaingan usaha yang sehat. Persaingan usaha yang sehat (*fair competition*) merupakan salah satu syarat bagi Negara-negara mengelola perekonomian yang berorientasi pasar. Inti dari ekonomi pasar adalah desentralisasi keputusan, berkaitan dengan “apa”, “berapa banyak”, dan “bagaimana” produksi. Ini berarti individu harus diberi ruang gerak tertentu untuk pengambilan keputusan. Suatu proses pasar hanya dapat dikembangkan di dalam struktur pengambilan keputusan yang terdesentralisasi artinya bahwa terdapat individu-individu independen dalam jumlah secukupnya, yang menyediakan pemasokan dan permintaan dalam suatu pasar, karena proses-proses pasar memerlukan saat-saat aksi dan reaksi pelaku-pelaku pasar yang tidak dapat diprediksi.²³

Sejarah perkembangan hukum persaingan usaha di Indonesia masih relatif baru, jika dibandingkan dengan sejarah Amerika Serikat yang telah memilikinya sejak tahun 1890 dalam bentuk *The Sherman Act 1890* yang pada waktu itu masih bersifat sederhana karena hanya melarang monopoli dan kartel secara *per se illegal*. Di Inggris pun sudah lama dikenal adanya restriksi terhadap perdagangan

²² Ahmad Fahmi Lubis, dkk, *Op. Cit.*, hal 1.

²³ *Ibid*

(*Restriction of Trade*). Ada 5 aspek yang dilarang pada restriksi di Inggris tersebut, antara lain kejahatan mengenai:²⁴

- a. Pengontrolan barang-barang di jalan yang sedang menuju ke pasar untuk dijual dengan harga mahal dipasar;
- b. Pembelian barang tertentu dalam jumlah besar untuk kemudian dijual kembali dengan harga yang sangat mahal;
- c. Pembelian barang tertentu dipasar dan dijual kembali dengan harga yang tinggi
- d. Tindakan monopoli pasar; serta
- e. Kontrak yang sifatnya menghalang-halangi perdagangan.

Di Indonesia sendiri, sebetulnya semangat antimonopoli dalam berusaha sudah mulai tumbuh sejak pertengahan 1980 dikarenakan berbagai perilaku menyimpang dari pelaku usaha yang menimbulkan praktek monopoli sudah mulai terasa sehingga ada keinginan dari pihak-pihak tertentu untuk mengaturnya.

Lahirnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ini secara historis berawal dari belum tersedianya secara cukup suatu undang-undang yang secara komprehensif dan memadai mengatur persaingan usaha di Indonesia.

Sebelum Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tersebut disusun, hukum yang mengatur tentang persaingan usaha di Indonesia tersebar secara sporadis dalam berbagai peraturan. Bahkan sejak pemerintahan Orde Baru berkuasa selama 32 tahun, Indonesia belum memiliki UU Antimonopoli dan persaingan usaha yang

²⁴ William Anderson dan Paul Rogers III, dalam Munir Fuady, **Hukum Antimonopoli : Menyongsong Era Persaingan Sehat**, Citra Aditya bakti, Bandung, 1999, hal. 35.

sangat didambakan oleh para pelaku usaha yang selama ini merasa tertindas akibat ulah sekelompok pelaku usaha lainnya yang dekat dengan penguasa.²⁵

Berikut merupakan beberapa peraturan yang menyinggung sepiantas tentang berlakunya persaingan sehat di Indonesia sebelum adanya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat :

a. Pasal 382 bis KUHP²⁶

Dalam pasal ini terkandung adanya perbuatan penipuan di bidang usaha bisnis tertentu yang semata-mata untuk mementingkan dan menguntungkan usaha sekelompok orang maupun seseorang dengan cara merugikan kepentingan pelaku usaha lainnya. Maka dapat disimpulkan bahwa pasal ini secara tidak langsung mengatur tentang persaingan curang (*oneerlijke concurrentie*)²⁷

b. Undang – Undang No 5 Tahun 1984 tentang Perindustrian

Dalam undang-undang ini ada 3 pasalyang mengatur tentang persaingan sehat, yaitu dalam pasal 7 ayat (2)²⁸ dan (3)²⁹ serta dalam pasal 9 ayat (2)³⁰. Ketiga ketentuan diatas secara eksplisit berusaha mencegah perbuatan monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat yang dilakukan oleh sekelompok orang

²⁵ Budi Kagramanto, *Op. Cit.*, hal. 16.

²⁶ “Barang siapa melakukan sesuatu perbuatan menipu untuk megelirukan orang banyak atau seseorang, yang tertentu dengan maksud atau mendirikan atau membesarkan hasil perdagangannya atau perusahaannya sendiri atau kepunyaan orang lain, dihukum karena bersaing curang, dengan hukuman pwnjara selama-lamanya 1 (satu) tahun 4 (empat) bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp 13.500,- (tigabelas ribu limaratus rupiah), jika hal itu dapat menimbulkan sesuatu kerugian bagi saingannya sendiri atau saingan orang lain”

²⁷ Budi Kagramanto, *Op. Cit.*, hal. 19.

²⁸ “Pemerintah melakukan pengaturan, pembinaan, dan pengembangan terhadap industri untuk mengembangkan persaingan yang baik dan sehat serta mencegah persaingan yang tidak jujur”

²⁹ “.... mencegah pemusatan atau penguasaan industri oleh satu kelompok atau perorangan dalam bentuk monopoli yang merugikan rakyat”

³⁰ “Penciptaan iklim yang sehat bagi pertumbuhan industri dan pencegahan persaingan yang tidak jujur antara perusahaan-perusahaan yang melakukan kegiatan industri, agara dapat dihindarkan pemusatan atau penguasaan industri oleh satu kelompok atau perorangan dalam bentuk monopoli yang merugikan masyarakat”

maupun pelaku usaha agar tidak menimbulkan kerugian bagi konsumen dan khususnya pelaku usaha yang lain.

c. Pasal 104 ayat (1b) Undang-Undang No 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas³¹

Pasal ini mengatur tentang proses penggabungan, peleburan dan pengambilalihan. Menurut peraturan ini, perbuatan tersebut boleh dilakukan sepanjang tidak mengganggu kepentingan masyarakat dan pelaku usaha yang lain, serta tidak melupakan kepentingan perseroan, pemegang saham minoritas, dan karyawan perseroan yang bersangkutan.

d. Pasal 1365 KUH Perdata³²

Ketentuan pasal ini mengatur tentang perbuatan melawan hukum. Pasal ini dapat dipakai sebagai landasan untuk menuntut adanya suatu kerugian yang diderita oleh pelaku usaha akibat adanya suatu persaingan yang tidak jujur dan tidak sehat yang dilakukan oleh pelaku usaha lainnya, sepanjang kerugian tersebut bersifat keperdataan, dari suatu persaingan usaha.³³

Sejak terjadinya krisis ekonomi pada pertengahan 1997 dan mencapai puncaknya pada 1998, perekonomian Indonesia telah banyak menghadapi berbagai tantangan, antara lain berupa masalah inflasi, infrastruktur ekonomi, defisit neraca pembayaran serta kebutuhan pangan yang belum tercukupi serta struktur pasar monopoli. Tantangan tersebut berawal ketika Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) berada pada rezim Orde Baru sebagai suatu rezim

³¹“Perbuatan hukum penggabungan, pelenuran, dan pengambilalihan perseroan harus memperhatikan pula kepentingan masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha”

³² “ Tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian bagi orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”

³³ Budi Kagramanto, *Op. Cit.*, hal. 21.

pembangunan (*development regim state*), dimana konsentrasi pemerintah/negara saat itu adalah meletakkan dasar bagi pembangunan yang berbasis pada upaya menciptakan stabilitas ekonomi, seperti pengendalian inflasi serta target pertumbuhan ekonomi dengan infrastruktur yang memadai.³⁴

Demi mewujudkan konsep perekonomian yang menganut sistem ekonomi pasar (*Market Economy*) dan persaingan sehat seperti yang diidam-idamkan oleh dunia usaha serta untuk mempercepat program pemulihan ekonomi Indonesia, maka pada bulan Januari 1998 telah dilakukan penandatanganan Memorandum Kesepakatan (*Letter of Intent*) antara pemerintah RI dengan *International Monetary Fund (IMF)*. Syarat program IMF berisi 50 butir kesepakatan yang dituangkan dalam LoI tersebut adalah serangkaian kebijakan deregulasi yang harus dilaksanakan oleh Pemerintah RI pada waktu itu.

Sebagai bentuk tindak lanjut dari LOI tersebut, pemerintah mengeluarkan sekitar 69 peraturan perundang-undangan termasuk deregulasi yang tercantum dalam keluarnya 7 Keppres, 3 Peraturan Pemerintah, dan 6 Instruksi Presiden pada masa pemerintahan B.J Habibie yang merupakan bagian dari komitmen pemerintah RI terhadap pinjaman IMF.³⁵

Deregulasi yang akhirnya dipenuhi oleh pemerintah dibidang perekonomian dan dunia usaha adalah dengan membentuk Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang diundangkan pada 5 Maret 1999 dan diberlakukan setahun kemudian, yaitu pada 5 Maret 2000.

³⁴ Sri Redjeki Hartono, **Kapita Selektta Hukum Ekonomi**, Mandar Maju, Bandung, 2000, hal 6-7.

³⁵ Ningrum Natasya Sirait, **Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**, Pustidaka Bunga Press, Medan, 2003, hal 3.

A.2. Tujuan Hukum Persaingan Usaha

Meskipun selama beberapa tahun belum tercapai kesepakatan mengenai tujuan dari hukum persaingan, namun sebagian besar ahli berpendapat bahwa yang seharusnya menjadi tujuan utama dari hukum persaingan adalah kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*) dikaitkan dengan efisiensi ekonomi.³⁶ Ada beberapa paradigma yang secara dinamis berkembang yang pada akhirnya disesuaikan pada tujuan akhir dari dibuat dan diterapkannya produk hukum persaingan usaha itu sendiri. Hal ini tercermin dari beberapa referensi tentang tujuan hukum persaingan usaha, antara lain:

- a. *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) yang menyatakan bahwa tujuan dari suatu undang-undang persaingan usaha adalah untuk mengendalikan atau menghilangkan perjanjian yang bersifat membatasi atau mengatur antara perusahaan, atau akuisisi dan/atau penyalahgunaan posisi dominan di kekuatan pasar, yang membatasi akses ke pasar atau terlalu menghambat persaingan, yang dapat mempengaruhi perdagangan domestik maupun internasional atau pembangunan ekonomi.³⁷

Diluar tujuan diatas, UNCTAD juga mencantumkan tujuan-tujuan spesifik lainnya seperti untuk menjadi sarana penciptaan, dorongan, dan

³⁶ Terry Calvani and John Siegfried, *Economic Analysis and Antitrust Law*, Second Edition, United States of America: Little, Brown & Company, 1998, hal. 1.

³⁷ *United Nation Conference on Trade and Development Model Law of Competition part 1* hal 2 (Online) diakses di www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d8_exerpt_en.pdf pada tanggal 14 Februari 2013, "Untuk mengendalikan atau menghilangkan perjanjian yang bersifat membatasi atau mengatur antara perusahaan, atau akuisisi dan/atau penyalahgunaan posisi dominan di kekuatan pasar, yang membatasi akses ke pasar atau terlalu menghambat persaingan, yang dapat mempengaruhi perdagangan domestik maupun internasional atau pembangunan ekonomi" - (*to control or eliminate restrictive agreements or arrangement among enterprises, or acquisition and/or abuse of dominant positions of market power, which limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, adversely affecting domestic or international trade or economic development.*)

perlindungan dari persaingan, kontrol konsentrasi modal dan / atau kekuatan ekonomi, dorongan untuk berinovasi, perlindungan dan peningkatan kesejahteraan sosial dan khususnya kepentingan konsumen, dll, dan memperhitungkan dampak yang membatasi praktek bisnis pada perdagangan dan pembangunan.³⁸

- b. Roger Alan Boner dan Reinald Krueger yang menyatakan bahwa dalam prakteknya, kebanyakan bentuk kebijakan persaingan usaha dirancang baik untuk merusak kemampuan pemasok untuk menjalankan kekuasaan pasar atau menghambat kemampuan perusahaan dominan menyalahgunakan ukuran mereka. Hal ini karena latihan kekuatan pasar sering tidak sejalan dengan efisiensi ekonomi, dan dominasi memungkinkan pemasok untuk mendirikan hambatan swasta untuk perdagangan, membatasi persaingan, dan kompromi kebebasan ekonomi dan visibilitas dari pihak lain.³⁹

³⁸ *The United Nations Set of Principles and Rules on Competition* hal 11 (Online) diakses di www.unctad.org/en/docs/trbpcconf10r2.en.pdf pada tanggal 14 Februari 2013, "untuk menjadi sarana penciptaan, dorongan, dan perlindungan dari persaingan, kontrol konsentrasi modal dan / atau kekuatan ekonomi, dorongan untuk berinovasi, perlindungan dan peningkatan kesejahteraan sosial dan khususnya kepentingan konsumen, dll, dan memperhitungkan dampak yang membatasi praktek bisnis pada perdagangan dan pembangunan" - (*the creation, encouragement, and protection of competition; control of the concentration of capital and/or economic power; encouragement of innovation; protection and promotion of social welfare and in particular the interests of consumers, etc., and take into account the impact of restrictive business practices on their trade and development.*)"

³⁹ Roger Alan Boner, *The Basics Of Antitrust Policy: A Review Of Ten Nations And the European Communities, World Bank Technical Papers, No. 160*, hal. 9, "Dalam prakteknya, kebanyakan bentuk kebijakan persaingan usaha dirancang baik untuk merusak kemampuan pemasok untuk menjalankan kekuasaan pasar atau menghambat kemampuan perusahaan dominan menyalahgunakan ukuran mereka. Hal ini karena latihan kekuatan pasar sering tidak sejalan dengan efisiensi ekonomi, dan dominasi memungkinkan pemasok untuk mendirikan hambatan swasta untuk perdagangan, membatasi persaingan, dan kompromi kebebasan ekonomi dan visibilitas dari pihak lain." - (*In practice, most forms of competition policy are designed either to undermine the ability of suppliers to exercise market power or to inhibit the ability of dominant enterprises to abuse their size. This is because the exercise of market power is often incompatible with economic efficiency, and dominance allows a supplier to erect private barriers to trade, restrict competition, and compromise the economic freedom and visibility of other parties.*)

Dari tujuan-tujuan yang dikemukakan di atas dapat dikatakan secara sederhana bahwa tujuan dari hukum persaingan usaha terkait dengan obyek yang dilindungi, antara lain:

- a. Melindungi pelaku usaha terutama pelaku usaha yang tidak dominan;
- b. Melindungi konsumen dari ekonomi biaya tinggi dimana konsumen dihindari dari mengeluarkan biaya (tinggi) yang tidak sesuai dengan kualitas produk yang diterima;
- c. Melindungi negara dari inefisiensi kegiatan ekonomi yang dapat mengurangi kesejahteraan nasional;
- d. Melindungi proses persaingan usaha itu sendiri dalam arti melindungi sistem mekanisme pasar yang wajar yang didasarkan kepada berlakunya hukum alamiah penawaran dan permintaan (*supply and demand*) agar tidak terganggu oleh suatu tindakan pelaku usaha maupun kebijakan Pemerintah.⁴⁰

Sementara tujuan pembentukan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dapat dibagi menjadi 3 bagian, yaitu tujuan umum, khusus, serta yuridis. Secara umum, tujuan diberlakukannya undang-undang persaingan usaha, seperti yang diberlakukan di berbagai negara adalah untuk menjaga menjaga kelangsungan persaingan antar pelaku usaha itu sendiri agar tetap hidup dan diakui keberadaannya, dengan kata lain, bahwa tujuan persaingan usaha itu juga untuk melindungi persaingan itu sendiri dengan menghapuskan atau mencegah

⁴⁰ Dikutip dari jurnal **Catatan Kritis terhadap Hukum Persaingan Usaha Indonesia** oleh Rizkiyana & Iswanto, Disampaikan dalam Lokakarya Penelitian Komisi Hukum Nasional RI Penegakan Hukum Persaingan Usaha: Kajian terhadap Hukum Acara dan Pelaksanaan Putusan KPPU, Jakarta 20 Oktober 2011, hal. 4.

pengekanan/pembatasan usaha swasta maupun publik yang dapat mengakibatkan atau merugikan proses persaingan itu sendiri.

Disamping tujuan umum tersebut diatas, tentunya ada tujuan khusus dari undang-undang persaingan usaha yang ingin diraih, yaitu bahwa negara ingin melindungi sistem kompetisi, seperti apa yang ingin dicapai Amerika Serikat dalam *preserve competitive system* yang mejadi tujuan Undang-Undangnya.

Sedangkan tujuan yuridis, merupakan tujuan yang secara eksplisit diatur dalam undang-undang, yang dalam hal ini diatur dalam Pasal 3, berupa:

- a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
- b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
- c. mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
- d. terciptanya efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Jika dikaji lebih lanjut, ternyata tujuan persaingan usaha seperti yang diatur dalam UU no 5 Tahun 1999 tidak hanya menekankan visinya pada aspek kompetisi saja, tetapi juga membawa visi tersebut sebagai suatu *behaviour of conduct* dalam tatanan dunia usaha, termasuk didalamnya adalah untuk melindungi masyarakat konsumen di negara ini.⁴¹

⁴¹ L Kagramanto, *Op Cit* hal 15

B. Tinjauan Umum Perilaku Kartel

B.1. Jenis-Jenis Kartel

Istilah kartel memiliki etimologi yang kompleks. Kata ini berasal dari bahasa Latin pada abad pertengahan yakni *cartellus* (kartu kecil) yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dan Prancis menjadi “*cartel*”, “*kartell*” dalam bahasa Jerman, dan “*cartello*” dalam bahasa Italia⁴²

Kartel dapat diartikan secara luas dan sempit. Dalam arti sempit, kartel adalah sekelompok perusahaan yang seharusnya saling bersaing, tetapi mereka justru saling bersepakat untuk “menetapkan harga” guna meraih keuntungan monopolistik. Sementara itu, pengertian kartel secara luas dan yang dianut di kebanyakan negara, meliputi perjanjian antara para pesaing untuk membagi pasar, mengalokasikan pelanggan, dan menetapkan harga.⁴³ Kartel diakui sebagai kolaborasi bisnis yang paling merugikan, dengan cara mengontrol pasar untuk keuntungan mereka.⁴⁴

Perjanjian kartel merupakan salah satu perjanjian yang kerap kali terjadi dalam tindak monopoli. Secara sederhana, kartel adalah perjanjian satu pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menghilangkan persaingan di antara keduanya. Dengan perkataan lain, kartel (*cartel*) adalah kerja sama dari produsen-produsen produk tertentu yang bertujuan untuk mengawasi produksi, penjualan,

⁴² Lee McGowan, *The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy*, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc., 2010, hal. 29.

⁴³ “A Cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of costumers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these.” Lihat R.S. Khemani and D.M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, Paris: OECD, 1996, hal 7, dalam A.M. Tri Anggraini, *Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat, Per se Illegal atau Rule of Reason*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003, hal. 207.

⁴⁴ *Ibid*

dan harga serta untuk melakukan monopoli terhadap komoditas atau industri tertentu.⁴⁵

Terdapat beberapa definisi kartel yang penulis ambil dari beberapa referensi, antara lain :

a. Anton Muliono dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia mengartikan kartel sebagai:

- i. Organisasi perusahaan-perusahaan besar (negara dan sebagainya) yang memproduksi barang-barang sejenis;
- ii. Persetujuan sekelompok perusahaan dengan maksud mengendalikan harga komoditi tertentu.⁴⁶

b. Richard Posner mengartikan kartel sebagai sebuah kontrak yang dibuat antara penjual yang bersaing untuk menentukan harga produk yang mereka jual seperti halnya kemungkinan kontrak lainnya tetapi dalam konteks bahwa para pihak tidak akan menandatangani kecuali mereka tahu bahwa hal itu akan menguntungkan mereka.⁴⁷

c. Sedangkan dalam Kamus Hukum Ekonomi ELIPS mengartikan kartel sebagai persekongkolan atau persekutuan di antara beberapa produsen produk sejenis dengan maksud untuk mengontrol produksi, harga, dan penjualannya, serta untuk memperoleh posisi monopoli.⁴⁸

⁴⁵ Mustafa Kamal Rokan, **Hukum Persaingan Usaha**, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010, hal. 105.

⁴⁶Johnny Ibrahim, **Hukum Persaingan Usaha** , Bayumedia Publishing, Malang, 2007, hal. 230.

⁴⁷*A contract among competing seller to fix the price of product they sell (or, what is the small thing, to limit their out put) is likely any other contract in the sense that the parties would not sign it unless they expected it to make them all better off.* Richard A Posner dalam Mustafa Kamal Rokan, **Op. Cit.**, hal. 285.

⁴⁸Rachmadi Usman, **Hukum Persaingan Usaha di Indonesia**, PT Gramedia Pustidaka Utama, Jakarta, 2004, hal. 55.

Kartel menjadi sulit dideteksi karena pada faktanya perusahaan yang berkolusi berusaha menyembunyikan perjanjian antar mereka dalam rangka menghindari hukum.⁴⁹ Di kalangan negara-negara yang relatif baru dalam menerapkan hukum persaingan usaha, secara relatif yang berkembang adalah “*naïve cartels*”, yakni sebuah praktik kartel di mana para anggotanya tidak berusaha untuk menutupi kegiatan mereka, dikarenakan ketidaktahuan mereka bahwa tindakan mereka melanggar hukum ataupun karena mereka tidak cukup berpengalaman untuk menutupi tindakan mereka tersebut.⁵⁰

Jenis kartel yang paling umum terjadi di kalangan penjual adalah perjanjian penetapan harga, perjanjian pembagian wilayah pasar atau pelanggan, dan perjanjian pembatasan output. Sebaliknya, yang paling sering terjadi di kalangan pembeli adalah perjanjian penetapan harga, perjanjian alokasi wilayah dan kecurangan tender (*bid rigging*).

Terdapat banyak bentuk kartel yang memungkinkan usaha yang bersaing membatasi persaingan melalui kontrak. Bentuk-bentuk kartel tersebut dijelaskan sebagai berikut:⁵¹

a. Kartel Harga Pokok (*prijskartel*)

Di dalam kartel jenis ini, para anggota kartel menciptakan peraturan diantara mereka dalam hal perhitungan atau kalkulasi harga pokok dan besarnya laba yang diharapkan.

⁴⁹ Riris Munadiya, *Op. Cit.*, hal. 160.

⁵⁰ OECD, *Policy Brief, Prosecuting Cartels Without Indirect Evidence of Agreement*, (online), diakses di <http://www.oecd.org/dataoecd/11/30/38704302.pdf> (25 Februari 2013).

⁵¹ A.M. Tri Anggraini, **Mendeteksi dan Mengungkap Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha**, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 24, Nomor 2, 2005, hal. 53-55.

b. Kartel Harga

Kartel jenis ini menetapkan harga minimum untuk penjualan barang-barang yang diproduksi atau diperdagangkan antara pelaku usaha anggota kartel.

c. Kartel Kontingentering

Kartel jenis ini menetapkan jumlah produksi yang diperbolehkan bagi masing-masing anggota kartel, yang bertujuan untuk mengadakan restriksi yang ketat terhadap banyaknya persediaan barang dengan cara menahan dan mengatur ketersediaan barang.

d. Kartel Kuota

Kartel ini menentukan batas maksimal untuk volume produksi dan/atau penjualan yang diperbolehkan. Kartel jenis ini bertujuan untuk menaikkan tingkat harga, dimana kuota tersebut pada umumnya dijamin oleh pengaturan pasokan atau pembayaran pengimbangan dalam hal volume produksi atau pemasaran yang telah ditetapkan dilewati.

e. Kartel Standart atau Kartel Tipe

Adalah kartel yang menetapkan mengenai standart, tipe, jenis atau ukuran tertentu yang harus ditaati oleh para anggota kartel.

f. Kartel Kondisi

Adalah perjanjian yang dibuat di antara pelaku usaha anggota kartel mengenai standardisasi ketentuan perjanjian, yang bertujuan untuk menghambat penjualan karena anggota kartel tidak dimungkinkan untuk membuat perjanjian lain dengan mitra kontrak individu.

g. Kartel Syarat

Kartel ini diwujudkan dalam bentuk penetapan syarat-syarat penjualan. Sebagai contoh, kartel yang menetapkan standar kualitas barang yang dihasilkan atau dijual, dan/atau syarat-syarat pengiriman barang. Dengan adanya keseragaman persyaratan tersebut akan meniadakan persaingan di antara anggota kartel.

h. Kartel Laba atau *Pool*

Anggota kartel dalam kartel jenis ini pada umumnya menyepakati peraturan yang berhubungan dengan laba yang mereka peroleh.

Di Indonesia ketentuan kartel yang tercantum dalam pasal 11 Undang-Undang 5 Tahun 1999⁵² menganut pendekatan *rule of reason*. Pendekatan ini menentukan bahwa meskipun suatu perbuatan telah memenuhi rumusan ketentuan undang-undang, namun jika ada alasan obyektif yang dapat membenarkan / *reasonable*, maka perbuatan tersebut tidak dapat dikategorikan sebuah pelanggaran.⁵³ Hal ini tercermin dari ketentuan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan para pelaku usaha pesaingnya untuk mempengaruhi harga hanya jika perjanjian tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Lebih lanjut, ketentuan kartel yang daitur dalam pasal 11 Undang-Undang nomor 5 Tahun 1999 tersebut cakupannya terlalu sempit, jika dibandingkan

⁵² Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan cara mengatur produksi dan/atau pemasaran suatu barang dan/atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

⁵³ Elyta Ras Ginting, **Hukum Anti Monopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999**, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 28.

dengan jenis-jenis kartel yang telah dijelaskan diatas. Ketentuan pasal 11 hanya mengatur mengenai kartel produksi dan kartel pemasaran. Hal ini tentu berdampak pada bentuk-bentuk kartel yang lain yang kemungkinan tidak dapat dijerat oleh pasal ini.

B.2. Dampak Kartel Terhadap Persaingan Usaha

Peranan negara dalam konsep negara kesejahteraan menurut Briggs⁵⁴ adalah untuk memodifikasikan berbagai kekuatan pasar. Perlunya pengendalian dan pembatasan terhadap bekerjanya kekuatan-kekuatan pasar tersebut adalah untuk mengatasi unsur-unsur negatif yang tidak diharapkan sebagai hasil (outcome) atau akibat bekerjanya kekuatan-kekuatan pasar tersebut.

Goodin⁵⁵ mengingatkan nilai-nilai yang harus dijaga dalam menghadapi perilaku pasar bebas dalam pendapatnya :

Pasar memiliki dampak yang merusak nilai-nilai, merendahkan derajat terhadap apa yang sebelumnya mulia dan telah dianggap sebagai kebiasaan, yaitu jika membiarkan segala sesuatu dapat dipertukarkan dengan segala sesuatu yang lainnya. Pada akhirnya, kita ditinggalkannya bukan sebagai apa-apa, tetapi hanya sebagai masyarakat yang menjadi mesin penjual, di mana segalanya tersedia untuk sebuah harga.

Melihat pendapat Goodin tersebut, tersirat maksud bahwa apabila perilaku pasar tidak diatur dengan baik maka akan menimbulkan problematika dan dampak negatifnya bagi masyarakat yang menjadi konsumen dan tidak terwujudnya keadilan pasar yang berimbang dan tidak terdapat kualitas yang didorong oleh

⁵⁴ Briggs, A. *The Welfare State in Historical Perspective*, dalam European Journal of Sociology (online), diakses di <http://www2.rgu.ac.uk/publicpolicy/introduction/wstate.htm> pada tanggal 18 Februari 2013

⁵⁵ "The market has a 'corrosive effect' on values, debasing what was formerly precious and apart from mundane world, by allowing everything to be exchange for everything else. In the end we are left with nothing but a 'vending machine society' where everything is available for a price dalam Johnny Ibrahim, *Op.Cit.*, hal. 34.

persaingan karena hanya terpaku pada keuntungan semata. Sehingga membahayakan bila tidak diatur dengan baik sebagai sebuah kontrol daripada kekuatan pasar agar tidak menyimpang.

Sedangkan menurut Sri Rejeki Hartono, kegiatan ekonomi yang terjadi dalam masyarakat membutuhkan campur tangan negara, mengingat tujuan dasar kegiatan ekonomi itu sendiri adalah mencari keuntungan. Sasaran tersebut mendorong terjadinya berbagai penyimpangan bahkan kecurangan yang dapat merugikan pihak-pihak tertentu, bahkan semua pihak. Oleh karena itu, beliau menegaskan bahwa campur tangan negara terhadap kegiatan ekonomi secara umum dalam rangka hubungan hukum yang terjadi tetap dalam batas-batas keseimbangan kepentingan umum semua pihak. Campur tangan negara dalam hal ini adalah dalam rangka menjaga keseimbangan kepentingan semua pihak dalam masyarakat, melindungi kepentingan produsen dan konsumen, sekaligus melindungi kepentingan negara dan kepentingan umum terhadap kepentingan perusahaan atau pribadi.⁵⁶ Tidak terkecuali dalam hal ini adalah kartel yang memiliki kemungkinan terhadap persaingan tidak sehat yang bisa merugikan konsumen secara luas.

Kartel biasanya dipraktekkan oleh asosiasi dagang (*trade associations*) bersama para anggotanya. Banyak sekali hal yang bermanfaat dengan adanya suatu asosiasi dagang, misalnya upaya menyusun suatu standar teknis atau upaya bersama mengatasi polusi akan menjadi ringan bila diikuti para anggota. Akan tetapi, bahaya akan muncul bila kegiatan asosiasi tersebut ditujukan untuk

⁵⁶ *Ibid*, hal. 35.

mengatur harga karena akan menghambat serta menghalangi terjadinya suatu persaingan yang sehat.⁵⁷

Secara klasik, kartel dapat dilakukan melalui tiga hal, yakni dalam hal harga, produksi dan wilayah pemasaran. Terdapat dua kerugian yang terjadi pada kartel yakni terjadinya praktek monopoli oleh para pelaku kartel sehingga secara makro mengakibatkan inefisiensi alokasi sumber daya yang dicerminkan dengan timbulnya *deadweight loss*⁵⁸ atau bobot hilang yang umumnya disebabkan kebijaksanaan pembatasan produksi yang biasa dipraktikkan oleh perusahaan monopoli untuk menjaga agar harga-harga tetap tinggi⁵⁹ dan dari segi konsumen akan kehilangan pilihan harga, kualitas yang bersaing, dan layanan purna jual yang baik.

Perjanjian kartel ini kemudian akan menyebabkan minimalisasi atau bahkan meniadakan adanya persaingan dan menyebabkan konsumen tidak mempunyai pilihan terutama dalam hal harga beli karena semua barang sejenis telah diatur harganya sehingga menyebabkan konsumen mau tidak mau untuk mengkonsumsi barang tersebut meskipun dengan harga tinggi atau tidak wajar.

Perjanjian kartel akan merugikan perekonomian, karena para pelaku usaha anggota kartel akan setuju untuk melakukan kegiatan yang berdampak pada pengendalian harga, seperti pembatasan jumlah produksi, yang akan menyebabkan inefisiensi sumber-sumber daya baik itu sumber daya alam, sumber daya manusia dan sumber daya ekonomi lainnya. Kartel juga dapat menyebabkan inefisiensi dalam produksi ketika mereka melindungi pabrik yang tidak efisien,

⁵⁷ *Ibid*, hal. 231.

⁵⁸ Mustafa Kamal Rokan, *Op.Cit.*, hal. 106.

⁵⁹ Johnny Ibrahim, *Op.Cit.*, hal. 103-104.

sehingga menaikkan biaya rata-rata produksi suatu barang atau jasa dalam suatu industri.

Selain itu, perjanjian kartel akan sangat merugikan konsumen. Jika terjadi kartel dalam suatu persaingan usaha maka masyarakat sebagai konsumen akan dihadapkan dengan harga yang tidak wajar atau pilihan yang tidak wajar karena tidak adanya persaingan disebabkan oleh pengupayaan untuk menghilangkan/meminimalisasi persaingan.

Walaupun tidak diketahui berapa besar kerugian konsumen sebagai akibat adanya kartel, namun kecenderungan yang terjadi memperlihatkan, bahwa kelebihan harga karena kartel cukup besar. Hal ini karena harga dari kesepakatan perjanjian kartel merupakan harga yang lebih tinggi dari harga yang tercipta karena persaingan. Pengalaman di berbagai negara, memperlihatkan bahwa harga kartel bisa mencapai 400% (empat ratus persen) di atas harga pasar.⁶⁰ Oleh karenanya tidak mengherankan bahwa kerugian akibat kartel dapat mencapai miliaran bahkan triliunan rupiah.

B.3. Mekanisme Kartel

Para anggota kartel menggunakan berbagai cara untuk mengkoordinasikan kegiatan mereka, Akan tetapi perlu pula dicermati bahwa kartel yang efektif tidaklah mudah untuk dicapai. Bagaimanapun terdapat kecenderungan para pelaku usaha akan selalu berusaha memaksimalkan keuntungan perusahaannya sendiri.

Adapun yang mendorong pendirian kartel adalah persaingan keras di pasar. Untuk menghindari persaingan fatal ini, anggota kartel setuju menentukan

⁶⁰ Cécile Aubert, Patrick Rey, and William Kovacic, *Op.Cit.*, hal. 13.

harga bersama, mengatur produksi, bahkan menentukan secara bersama potongan harga, promosi, dan syarat-syarat penjualan lain. Biasanya, harga yang dipasang kartel adalah jauh lebih tinggi daripada harga yang terjadi kalau tidak ada kartel. Adanya kartel juga bisa melindungi perusahaan yang tidak efisien, yang bisa hancur bila tidak masuk kartel. Dengan demikian, ada beberapa persyaratan untuk mendirikan kartel.

Salah satu syarat terjadinya kartel adalah harus ada perjanjian atau kolusi antara pelaku usaha. Ada dua bentuk kolusi dalam kartel, yaitu;⁶¹

a. Kolusi Eksplisit

Disini para anggota mengkomunikasikan kesepakatan mereka secara langsung yang dapat dibuktikan dengan adanya dokumen perjanjian, data mengenai audit bersama, kepengurusan kartel, kebijakan-kebijakan tertulis, data penjualan dan data-data lainnya.

b. Kolusi diam-diam

Dalam kolusi ini, pelaku usaha anggota kartel tidak berkomunikasi secara langsung, pertemuan-pertemuan juga diadakan secara rahasia. Biasanya yang dipakai sebagai media adalah asosiasi industri, sehingga pertemuan-pertemuan anggota kartel dikamufleskan dengan pertemuan-pertemuan yang legal seperti pertemuan asosiasi.

Suatu kartel pada umumnya mempunyai beberapa karakteristik:⁶²

- a. Terdapat konspirasi diantara beberapa pelaku usaha.

⁶¹ Tim KPPU, **Pedoman Pasal 11 Tentang Kartel Berdasarkan UU No 5 Tahun 1999**, hal. 8.

⁶² *Ibid*, hal. 9.

- b. Melibatkan para senior eksekutif dari perusahaan yang terlibat. Para senior eksekutif inilah biasanya yang menghadiri pertemuan-pertemuan dan membuat keputusan.
- c. Biasanya dengan menggunakan asosiasi untuk menutupi kegiatan mereka.
- d. Melakukan *price fixing* atau penetapan harga. Agar penetapan harga berjalan efektif, maka diikuti dengan alokasi konsumen atau pembagian wilayah atau alokasi produksi.
- e. Adanya ancaman atau sanksi bagi anggota yang melanggar perjanjian. Apabila tidak ada sanksi bagi pelanggar, maka suatu kartel rentan terhadap penyelewengan untuk mendapatkan keuntungan yang lebih besar daripada anggota kartel lainnya.
- f. Adanya distribusi informasi kepada seluruh anggota kartel. Bahkan jika memungkinkan dapat menyelenggarakan audit dengan menggunakan data laporan produksi dan penjualan pada periode tertentu. Auditor akan membuat laporan produksi dan penjualan setiap anggota kartel dan kemudian membagikan hasil audit tersebut kepada seluruh anggota kartel
- g. Adanya mekanisme kompensasi dari anggota kartel yang produksinya lebih besar atau melebihi kuota terhadap mereka yang produksinya kecil atau mereka yang diminta untuk menghentikan kegiatan usahanya. Sistem kompensasi ini tentu saja akan berhasil apabila para pelaku usaha akan mendapatkan keuntungan lebih besar dibandingkan dengan apabila mereka melakukan persaingan. Hal ini akan membuat kepatuhan anggota kepada keputusan-keputusan kartel akan lebih terjamin.

Terdapat beberapa persyaratan agar suatu kartel dapat berjalan efektif, diantaranya:⁶³

- a. Jumlah pelaku usaha. Semakin banyak pelaku usaha di pasar, semakin sulit untuk terbentuknya suatu kartel. Kartel akan mudah dibentuk dan berjalan lebih efektif apabila jumlah pelaku usaha sedikit atau pasar terkonsentrasi.
- b. Produk di pasar bersifat homogen. Karena produk homogen, maka lebih mudah untuk mencapai kesepakatan mengenai harga.
- c. Elastisitas terhadap permintaan barang. Permintaan akan produk tersebut tidak berfluktuasi. Apabila permintaan sangat fluktuatif, maka akan sulit untuk mencapai kesepakatan baik mengenai jumlah produksi maupun harga.
- d. Pencegahan masuknya pelaku usaha baru ke pasar.
- e. Tindakan-tindakan anggota kartel mudah untuk diamati. Seperti telah dijelaskan, bahwa dalam suatu kartel terdapat kecenderungan bagi anggotanya untuk melakukan kecurangan. Apabila jumlah pelaku usaha tidak terlalu banyak, maka mudah untuk diawasi.
- f. Penyesuaian terhadap perubahan pasar dapat segera dilakukan. Kartel membutuhkan komitmen dari anggota-anggotanya untuk menjalankan kesepakatan kartel sesuai dengan permintaan dan penawaran di pasar. Kartel akan semakin efektif jika dapat dengan cepat merespon kondisi pasar dan membuat kesepakatan kartel baru jika diperlukan.
- g. Investasi yang besar. Apabila suatu industri untuk masuk ke pasarnya membutuhkan investasi yang besar, maka tidak akan banyak pelaku usaha yang

⁶³ *Ibid.*

akan masuk ke pasar. Oleh karena itu, kartel diantara pelaku usaha akan lebih mudah dilakukan.

Selain daripada itu, agar suatu kartel bisa efektif, maka para anggota kartel harus memenuhi syarat-syarat, diantaranya adalah:⁶⁴

- a. Anggota kartel harus setuju untuk mengurangi produksi barang dan kemudian menaikkan harganya atau membagi wilayah. Perjanjian kartel yang efektif dapat mengakibatkan kartel itu bertindak sebagai monopolis yang dapat menaikkan dan atau menurunkan produksi dan atau harga tanpa takut pangsapasar dan keuntungannya berkurang.
- b. Oleh karena kartel rentan terhadap kecurangan dari anggota kartel untuk menjual lebih banyak dari yang disepakati atau menjual lebih murah dari harga yang telah ditetapkan dalam kartel, maka diperlukan monitoring atau mekanisme hukuman bagi anggota kartel yang melakukan kecurangan.
- c. Karena kartel pada prinsipnya melanggar undang-undang, maka perlu dilakukan langkah-langkah untuk mendorong anggota kartel untuk bekerja secara rahasia guna menghindari terungkapnya atau diketahuinya kartel oleh otoritas pengawas persaingan usaha.
- d. Agar kelangsungan kartel dapat terjaga, maka para anggota kartel akan berupaya mencegah masuknya pelaku usaha baru yang tertarik untuk ikut menikmati harga kartel.

⁶⁴ *Ibid*, hal. 10.

Selanjutnya terdapat juga beberapa kondisi pemicu bagi para pelaku usaha melakukan kartel antara lain:⁶⁵

- a. Dengan melakukan kartel, para pelaku usaha mampu menaikkan harga. Apabila permintaan tidak elastis, maka akan menyebabkan konsumen tidak mudah pindah ke produk atau jasa lain, hal ini akan menyebabkan harga suatu produk atau jasa akan lebih tinggi. Begitu pula, apabila terdapat kondisi dimana sulit bagi barang substitusi masuk ke pasar, karena tidak ada barang atau jasa lain di pasar, maka harga tetap akan tinggi.
- b. Adanya kondisi dimana kecil kemungkinan kartel akan terungkap dan sekalipun diketahui, maka hukuman yang akan dijatuhkan relatif rendah, sehingga para anggota kartel merasa masih merasa untung.
- c. Biaya yang dikeluarkan untuk terjadinya kartel dan biaya untuk memelihara kartel lebih rendah dibandingkan dengan keuntungan yang diharapkan.

Setelah suatu kartel berhasil dibentuk, langkah yang harus dipikirkan oleh para anggota kartel adalah bagaimana menjaga dan memelihara kestabilan kartel tersebut. Karena pada dasarnya perjanjian kartel bersifat tidak stabil dan semu karena masing-masing pelaku dapat menyadari adanya keuntungan signifikan yang didapatkan dengan harga yang disembunyikan kompetitor anggota kartelnya, sehingga tidak tertutup kemungkinan salah satu anggota kartel berkhianat dan keluar dari perjanjian tersebut, dan mengakibatkan kartel menjadi terpecah belah.⁶⁶

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Riris Munadiya, *Op.Cit.*, hal. 164.

Selain itu, kartel juga rentan karena mereka merupakan perjanjian yang dijalankan sendiri (*self enforced*) dan terpengaruh oleh berbagai perubahan yang terjadi di dalam maupun di luar lingkungan kartel itu sendiri, baik yang dapat maupun yang tidak dapat dikendalikan oleh anggota kartel. Oleh karena itu, teori mengenai kesuksesan perjanjian kartel ini adalah sangat bergantung kepada kesetiaan para pelakunya yang bila tidak dapat dipertahankan akan mengakibatkan harga kembali pada titik persaingan.

Di samping itu, *legal environment* juga menjadi faktor penting yang mempengaruhi stabilitas suatu kartel. Perubahan dalam hukum persaingan usaha dan atau prosedur penegakan hukumnya, baik di tingkat nasional maupun internasional, diharapkan dapat menghalangi terjadinya tindakan kolusif secara efektif.⁶⁷ Melihat kenyataan ini, pelaksanaan *leniency program* diharapkan akan semakin mendestabilisasi keadaan kartel sehingga upaya minimalisasi dapat tercapai.

C. Tinjauan Umum *Leniency Program*

C.1 Pengenalan *Leniency Program*

Leniency secara harfiah dapat diartikan sebagai kelonggaran. Secara konteks, *leniency program* adalah sebuah program pemberian kelonggaran atau bahkan pengampunan kepada anggota kartel yang bersedia bekerjasama dengan otoritas pengawas persaingan usaha dalam proses investigasi untuk membongkar identitas kartel tersebut.

⁶⁷ Ningrum Natasya Sirait, *Op.Cit.*, hal. 91-92.

Program ini telah diperkenalkan lebih dari 18 tahun yang lalu di Amerika Serikat melalui revisi *Sherman Act* untuk melawan kartel, keistimewaan yang dimiliki program ini tidak lain adalah program ini dapat memberi perlakuan kelonggaran kepada pengaku atau konspirator yang memberi informasi yang membantu otoritas pengawas persaingan usaha.⁶⁸ Dalam program ini, sebuah perusahaan atau individu yang pertama kali mengaku akan keterlibatannya dalam praktik kartel dengan cara memberi informasi berupa bukti langsung, dapat dilonggarkan atau bahkan diampuni dari tuntutan pidana, denda, dan kurungan penjara. Dalam penegakannya di beberapa negara, kelonggaran ini juga mungkin diberikan kepada anggota kartel yang lain yang memberikan informasi tambahan mengenai kolusi yang dilakukannya.

Leniency program pertama kali dibuat di Amerika Serikat pada tahun 1973, tetapi, program itu tidak berjalan efektif sampai akhirnya dirombak pada tahun 1993. Kesuksesan program ini dalam mengumpulkan bukti untuk menuntut anggota kartel, membuat praktek kartel menjadi tidak stabil, dan menghancurkan formasi kartel, menjadi inspirasi bagi berbagai negara untuk kemudian menerapkannya sebagai bagian dari hukum persaingan usaha di negara mereka. Seperti Italia yang mengadopsi program ini di awal tahun 1990, diikuti oleh Uni Eropa pada tahun 1996, Inggris pada tahun 1998, lalu Belgia di tahun 1999 dan Jerman serta Irlandia di tahun 2000. Spanyol cukup terlambat dalam mengadopsi program ini, pada tahun 2007. Pada tahun 2011, seluruh anggota Uni Eropa telah mempraktikkan program ini dalam penegakan hukum persaingan usaha mereka⁶⁹.

⁶⁸ Joan Ramón Borrell, Juan Luis Jiménez, Carmen García, *Evaluating Antitrust Leniency Program*, *Xarxa De Refrencia En Economia Aplicada*, Januari 2012, hal. 1.

⁶⁹ *Ibid*, hal. 3.

Leniency program akhirnya merambah seluruh 5 benua pada tahun 2007. Pada 1997 program ini pertama menyentuh Asia ketika diadopsi oleh Korea Selatan. Lalu Brazil, Kanada serta Selandia Baru yang memperkenalkan program ini pada tahun 2000. Tidak ketinggalan Singapura dan Afrika Selatan pada tahun 2004. Adanya *leniency program* ini juga berdampak sistemik kepada jumlah negara berkembang yang kemudian membentuk hukum persaingan usaha dalam sistem hukum negaranya. Pada tahun 2007, 77 diantara 151 negara berkembang, telah mengundang dan membentuk otoritas pengawas persaingan usaha. Ini menjadi satu kemajuan yang signifikan dibandingkan pada tahun 1990 ketika hanya ada 10 yang melakukannya.⁷⁰

Leniency program mempunyai beberapa karakteristik dalam elemen-elemen penting berikut ini:

- a. pelaku kartel pelapor harus menyediakan bukti-bukti yang cukup tentang pelanggaran yang dilakukan pelaku kartel lainnya kepada otoritas persaingan usaha;
- b. pelaku kartel pelapor bertindak sebagai saksi dan menerima keringanan hukuman sebagaimana telah diperjanjikan sebelumnya, yang dapat berupa pengurangan denda, pengurangan masa tahanan penjara, dan bahkan hadiah (*reward*).
- c. pelaku kartel pelapor mendapatkan perlindungan terhadap hukuman atau tindakan pembalasan yang mungkin dijatuhkan oleh pelaku kartel lainnya.

⁷⁰ Waked, D.I. *Antitrust Enforcement in Developing Countries: Reasons for Enforcement & Non-Enforcement Using Resource-Based Evidence*. 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper 2010 hal 17 (online), <http://ssrn.com/abstract=1638874> tanggal 17 Februari 2013.

- d. kekebalan terhadap hukuman hanya akan diberikan kepada anggota kartel pertama (anggota berikutnya hanya akan mendapatkan pengurangan hukuman secara progresif) yang melengkapi dan menyerahkan secara rinci semua informasi yang tersedia pada otoritas persaingan usaha,
- e. anggota kartel yang melaporkan kegiatannya tersebut harus mengakhiri keterlibatannya dalam pelanggaran tersebut dan bekerja sama terus-menerus sepanjang investigasi oleh otoritas persaingan usaha⁷¹

Melihat kesuksesannya, *leniency program* telah menjadi instrumen yang diadopsi banyak negara untuk mendeteksi kartel. Terdapat sekurangnya empat tujuan utama yang hendak dicapai otoritas persaingan usaha melalui penerapan *leniency program*, yakni:

- a. untuk mendorong pelaku kartel melaporkan pelanggaran mereka kepada otoritas persaingan;
- b. dalam jangka panjang pengaturan *leniency* diharapkan dapat memberikan efek deteren/jera yang menghalangi terbentuknya kartel;
- c. untuk mendapatkan lebih banyak informasi (bukti-bukti) mengenai keberadaan kartel dan karenanya dapat mengurangi biaya penegakan hukum dan penuntutan
- d. agar mampu memberikan keuntungan bagi masyarakat melalui meningkatnya persaingan yang akan menghasilkan harga barang dan jasa yang lebih kompetitif.⁷²

⁷¹ Evgenia Motchenkova dan Daniel Leliefeld, *Adverse Effects of Corporate Leniency Programs In View Of Industry Asymmetry*, Journal of Applied Economic Science, Vol. V, Issue (2)/12, Summer 2010, hal. 114-115, http://www.jaes.reprograph.ro/articles/summer_2010/MotchenkovaE_LeliefeldD.pdf (Online) diakses 17 Februari 2013.

Jika tujuan *leniency program* sebagai penghalang terbentuknya kartel ingin tercapai, terdapat satu aspek fundamental yang harus diperhatikan, yaitu menjadikan kepentingan anggota kartel bersangkutan bertentangan dengan kepentingan kartel itu sendiri, hal ini berarti *leniency program* harus memaksimalkan pemberian insentif bagi pelaku kartel pelapor. Dengan demikian, anggota kartel akan tertarik untuk melaporkan kegiatannya kepada otoritas persaingan.

Hal berikutnya yang perlu diperhatikan adalah sistematika untung–rugi yang dipertimbangkan oleh para anggota kartel. Seorang anggota kartel akan mengajukan permohonan *leniency program* hanya jika ia percaya bahwa hal tersebut lebih baik daripada menjalankan resiko tertangkap dan membayar denda secara penuh. Dengan demikian, kemungkinan tertangkap dan dihukum merupakan bagian tidak terpisahkan yang mendorong perusahaan-perusahaan untuk mengajukan permohonan *leniency program*. Jika tingkat probabilitasnya sangat rendah, maka tidak ada anggota kartel akan menggunakan *leniency program*, sedangkan jika tingkat probabilitas cukup tinggi, maka, dalam situasi yang tepat, anggota kartel akan mengajukan *leniency program*.⁷³

Leniency program telah memiliki dampak positif dan signifikan terhadap persepsi kebijakan persaingan usaha di suatu negara. *Leniency program* telah menjadi senjata ampuh di tangan otoritas penegak persaingan usaha untuk mengatasi kolusi diam-diam antara perusahaan yang bersaing di pasar yang sangat merusak. *Leniency program* tentu berbeda penerapannya di masing-masing

⁷² Sjoerd Arlman, *Crime But no Punishment: An Empirical Study of the EU 1996 Leniency Notice and Cartel Fines in Article 81 Proceedings* (Master Thesis Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2005), (online) hal. 14-15. <http://www.arlman.demon.nl/sjoerd/leniency.pdf> diakses 17 Februari 2013.

⁷³ Joseph E. Harrington, Jr, *Op.Cit.*, hal. 3.

negara, biasanya negara mengadopsi program sesuai dengan pendapatan per kapita dan komitmen kebijakan regional masing-masing. Namun, telah terbukti bahwa program ini memberikan lebih banyak keuntungan daripada ketidakefektifan kepada negara yang mengadopsinya.

C.2 Manfaat dan Dampak *Leniency Program*

Adam Smith pernah memberikan pemikiran yang masih berlaku sampai saat ini mengenai sifat *homo economicus*, yang menyatakan bahwa manusia adalah makhluk yang haus akan kepuasan dan selalu memaksimalkan peluang.⁷⁴ Dengan dasar tersebut, *leniency program* memberikan peluang yang mungkin tidak akan bisa ditolak oleh para anggota kartel, dengan memberikan sebuah *reward* berupa pelonggaran hukuman dan bahkan pembebasan dari tuntutan jika mereka ingin bekerjasama dengan pihak otoritas persaingan usaha dalam investigasi kartel. Proses kerjasama tersebut dapat diartikan sebagai bentuk laporan atau pengakuan dari yang bersangkutan.

Dengan diperkenalkannya *leniency program*, pekerjaan pihak otoritas persaingan usaha akan bertambah ringan, karena awal penyelidikan dapat berdasarkan pada laporan dari anggota kartel itu sendiri. hal ini akan mempengaruhi kemungkinan bahwa kartel lebih mudah untuk tertangkap dan dihukum. Karena otoritas persaingan usaha mempunyai Sumber Daya Manusia

⁷⁴ Dimaknai dari pernyataan Adam Smith "It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest." dalam *The Condensed Wealth of Nations and The Incredibly Condensed Theory of Moral Sentiments* oleh Eamonn Butler hal 11 (online) diakses di <http://www.adamsmith.org/sites/default/files/resources/condensed-WoN.pdf> pada tanggal 18 Februari 2013.

(SDM) yang terbatas, jika SDM yang dimiliki oleh otoritas persaingan terbiasa untuk menangani kasus kartel yang dilaporkan dengan cara *leniency program*, maka SDM yang tersedia untuk menginvestigasi kasus kartel berdasar temuan mandiri dari penyelidik (program non-*leniency*), akan semakin sedikit. Tetapi, ini bukan berarti bahwa kinerja mandiri dari penyelidik menjadi tidak efektif. Jika *leniency program* sukses dalam mengurangi jumlah kasus kartel, maka akan lebih jarang ditemui kasus kartel hasil temuan mandiri oleh penyelidik, karena anggota kartel akan “berlomba-lomba” untuk melaporkan kegiatannya untuk mendapatkan keringanan hukuman tersebut. Jika ini terjadi, mereka bisa mengupayakan SDM nya untuk menyelidiki kasus kartel yang masih tersembunyi secara lebih efektif.⁷⁵

Sampai saat ini, kebijakan *leniency program* telah sangat efektif dan sukses dalam membantu dan mendukung proses memerangi kartel dalam empat tahap berikut ini:

- a. penuntutan (*prosecution*), membuat proses hukum dan sanksi yang lebih sering dan ketat;
- b. deteksi (*detection*), membuat penemuan terhadap kartel menjadi lebih mungkin;
- c. penghentian (*desistance*), membuat kartel kurang stabil, menumbuhkan rasa ketidakpercayaan dan kecurigaan di antara para anggota kartel;
- d. pencegahan (*deterrence*), membuat kartel kurang menguntungkan sehingga pelaku usaha tidak ingin membuat kartel.⁷⁶

⁷⁵ Joseph E. Harrington, Jr, *Op.Cit.*, hal. 4.

⁷⁶ Danilo Sama, *Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program*, Munich Personal RePEc Archive, 1 Desember 2008, hal. 11.

Dalam sejarahnya, pendeteksian kolusi adalah masalah terbesar yang dimiliki oleh otoritas persaingan. Sekarang, melalui fungsi *leniency program*, otoritas persaingan secara tidak langsung telah terbantu dengan adanya investigasi awal berdasarkan informasi yang diberikan oleh perusahaan anggota kartel itu sendiri. Ini merupakan aspek penting dan menentukan bagi pembongkaran kerahasiaan kartel, yang selama ini sulit terungkap tanpa adanya kerjasama dari salah satu peserta.

Selain itu, tingkat keberhasilan kartel sangat tergantung pada tingkat "kepercayaan" yang ada di antara anggota kartel. Maka, *leniency program* memiliki kemungkinan yang konkret untuk mengurangi dan melemahkan jumlah kartel karena memberikan instrumen kepada para anggotanya untuk menipu satu sama lain. Disini, setiap anggota kartel harus menghadapi sebuah kondisi dilema, karena mereka harus berpikir berulang kali apakah mereka harus mengajukan permohonan *leniency program* atau tidak. Dalam perspektif dinamisnya adalah dua solusi yang mungkin untuk diterapkan masing-masing anggota kartel, yaitu:

- a. tidak melaporkan dengan harapan bahwa anggota lain akan melakukan hal yang sama, atau
- b. melaporkan keberadaan kartel pada otoritas persaingan usaha,⁷⁷

Jika suatu perusahaan merasa bahwa anggota kartel yang lain akan melapor, maka langkah selanjutnya yang harus dilakukan otoritas persaingan adalah mendorong anggota kartel untuk memulai "perlombaan pengakuan". Hal ini akan menghancurkan kartel dari dalam, karena terjadinya *distrust* diantara

⁷⁷ *Ibid.*

anggotanya, sehingga kerahasiaan eksistensi kartel yang selama ini mereka jaga melalui rasa percaya antara anggotanya akan hilang.

Aspek lain yang perlu diperhatikan adalah bahwa dewasa ini kartel pada tingkat internasional adalah yang paling berbahaya karena merugikan jauh lebih banyak konsumen. Adanya *leniency program* dapat memberikan bukti yang mungkin sulit untuk didapatkan oleh otoritas persaingan usaha di negara lain karena kartel tersebut terjadi diluar yurisdiksi mereka. Sekali lagi, ini akan sangat membantu kinerja otoritas persaingan usaha dalam mengungkap keberadaan kartel.

Dengan demikian, strategi penegakan anti-kartel yang sukses saat ini memang membutuhkan amnesti dan kekebalan, untuk menarik perhatian dari anggota kartel. Karena pada kenyataannya, menyeimbangkan dan meningkatkan deteksi kolusi dengan mendestabilisasi kartel yang ada melalui pembangunan atmosfer ketidakpercayaan adalah hal yang efektif. Dan pada akhirnya, *leniency program* mempunyai dampak untuk memperkuat peran dari otoritas persaingan dalam memerangi kartel melalui penerapan kebijakan yang lebih efisien dan kuat.⁷⁸

⁷⁸ *Ibid.*

BAB III

METODE PENELITIAN

Penelitian merupakan salah satu kegiatan dalam keilmuan yang bertujuan untuk meningkatkan kualitas hidup manusia melalui pengembangan ilmu pengetahuan. Penelitian dikatakan bermanfaat jika menghasilkan teori baru, menguatkan teori, menemukan konsep baru atau menguatkan suatu pernyataan.⁷⁹

Proses penelitian membutuhkan pemikiran dan waktu yang cukup untuk menyelesaikannya. Oleh karena itu dalam suatu penelitian harus menggunakan metode agar penelitian tersebut dapat dilakukan secara terstruktur, terarah dan tepat pada sasaran. Metode penelitian ini digunakan untuk mempermudah penelitian agar memberikan hasil yang maksimal pada bidang ilmu pengetahuan.

Berikut adalah beberapa hal terkait dengan metode penelitian ini :

A. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah *yuridis normatif*, yaitu dengan menelaah bahan hukum baik primer, sekunder, maupun tersier untuk menjawab permasalahan yang menjadi fokus penelitian. Penggunaan jenis penelitian yuridis-normatif dalam penelitian ini dapat dilihat dari dua aspek yakni dari aspek yuridis penelitian ini mencoba mengkaji hukum dan kekosongan yang ada di bagian *Leniency Program* dalam hukum persaingan usaha Indonesia. Sedangkan dari aspek normatif yakni mencoba menganalisis dan memberikan solusi terhadap permasalahan tersebut.

⁷⁹ Hamidi, *Metode Penelitian dan Teori Komunikasi*, Universitas Muhammadiyah Malang, Malang, 2007, hal. 6

B. Pendekatan Penelitian

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah :

1. Pendekatan Konsep (*conseptual approach*), yaitu penelitian dengan menelaah dan memahami konsep-konsep hukum⁸⁰ yang berkaitan dengan *Leniency Program*
2. Pendekatan Perbandingan (*comparative approach*), yaitu penelitian dengan perbandingan produk hukum dan karakter hukum.⁸¹ Adapun produk hukum yang hendak dibandingkan adalah dengan bagaimana *Leniency Program* dijalankan di Uni Eropa dan bagaimana seharusnya diterapkan di Indonesia

C. Bahan Hukum

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari:

1. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang terdiri atas peraturan perundang-undangan⁸², berupa :
 - a. Undang Undang Dasar Tahun 1945
 - b. Undang Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat
 - c. Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 11 Tentang Kartel Berdasarkan UU No 5 Tahun 1999.
 - d. Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 Berdasarkan UU No 5 Tahun 1999
 - e. *European Competition Network Model Leniency Program November 2012.*

⁸⁰ Johnny Ibrahim, **Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif**, Bayumedia, Malang, 2007, hal. 391.

⁸¹ Bahder Johan Nasution, **Metode Penelitian Ilmu Hukum**, CV. Mandar Maju, Bandung, 2008, hal. 93.

⁸² Johnny Ibrahim, *Op.Cit.*, hal. 295.

2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan hukum yang terdiri atas:
 - a. Buku-buku teks yang ditulis oleh para ahli hukum yang berpengaruh;
 - b. Jurnal-jurnal hukum;
 - c. Pendapat para sarjana;
 - d. Kasus-kasus hukum yang terkait dengan *Leniency Program*; dan
 - e. Yurisprudensi

3. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder⁸³ yang meliputi:
 - a. Kamus Hukum;
 - b. Kamus Besar Bahasa Indonesia; dan
 - c. Ensiklopedia.

D. Teknik Penelusuran Bahan Hukum

Teknik penelusuran bahan hukum primer dalam penelitian ini dilakukan dengan cara melakukan penelusuran studi kepustakaan yang berkaitan dengan peraturan perundangan yang mengatur tentang *Leniency program* baik didalam negeri maupun diluar negeri.

Bahan hukum sekunder dan tersier diperoleh dari studi literatur di Perpustakaan Umum Kota Malang, Perpustakaan Pusat Universitas Brawijaya, Pusat Dokumentasi Ilmu Hukum (Fakultas Hukum Univesitas Brawijaya), surat kabar, koleksi pribadi penulis serta dengan cara mengunduh berbagai artikel di internet yang berkaitan dengan topik yang hendak dibahas.

⁸³ *Ibid*, hal. 296

E. Teknik Analisa Bahan Hukum

Seluruh data yang berhasil dikumpulkan, selanjutnya diinventarisasi, diklasifikasi, dan dianalisis dengan menggunakan analisis deskriptif yang bertujuan untuk menguraikan berbagai permasalahan hukum yang ada, sehingga didapatkan solusi yang tepat, guna memberikan formulasi baru dalam sistem hukum persaingan usaha Indonesia dengan adanya *leniency program* yang diharapkan mampu menjadi upaya yang efektif dalam meminimalisasi praktek kartel di Indonesia.

Tujuan dari penulisan deskriptif ini adalah untuk membuat gambaran atau lukisan secara sistematis, faktual dan akurat mengenai fakta-fakta, sifat-sifat, serta hubungan yang antar masalah yang diteliti untuk mendapatkan suatu pemecahan. Setelah proses analisis, dilakukan proses sintesis dengan menarik dan menghubungkan rumusan masalah, tujuan penulisan serta pembahasan yang dilakukan.⁸⁴

F. Definisi Konseptual

1. Kartel

Menurut *Black's Law Dictionary*, kartel diartikan sebagai sebuah kombinasi dari produsen produk apapun yang bergabung bersama untuk mengontrol produksi, penjualan dan harga, sehingga memperoleh monopoli dan membatasi persaingan dalam industri tertentu atau komoditas.⁸⁵

⁸⁴ Moh Nazir, **Metode Penelitian**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2005, hal. 35.

⁸⁵ Henry Campbell Black, M.A, *Op.Cit.*

2. *Leniency Program*

Leniency program adalah semua program yang menawarkan kekebalan penuh atau pengurangan signifikan dari sanksi yang dikeluarkan oleh pihak otoritas persaingan usaha terhadap para pelaku kartel untuk ditukar dengan informasi mengenai kartel yang sedang berjalan tersebut.⁸⁶

3. Minimalisasi

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), minimalisasi merupakan suatu proses menjadikan minimal (sedikit-dikitnya atau sekurang-kurangnya) sesuatu.⁸⁷

4. Persaingan Usaha Tidak Sehat

Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.⁸⁸

5. Praktek Monopoli

Praktek monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau

⁸⁶ European Competition Authorities, *Principles for Leniency Programmes (Directors' General of European Competition Authorities meeting in Dublin on 3 and 4 September 2001* paragraf 5, "semua program yang menawarkan kekebalan penuh atau pengurangan signifikan dari sanksi yang dikeluarkan oleh pihak otoritas persaingan usaha terhadap para pelaku kartel untuk ditukar dengan informasi mengenai kartel yang sedang berjalan tersebut" – (*leniency programme*) is used to describe all programmes that offer either full immunity from sanctions incurred for the involvement in a cartel or a significant reduction of their scope or level in exchange for a freely volunteered disclosure of information on the cartel.)

⁸⁷ Kamus Besar Bahasa Indonesia, <http://www.bahasaindonesia.net/minimalisasi> (online) diakses pada 19 Maret 2013.

⁸⁸ Pasal 1 ayat (6) Undang – Undang No 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat.

pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.⁸⁹



⁸⁹ Pasal 1 ayat (2) Undang – Undang No 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat.

BAB IV

HASIL DAN PEMBAHASAN

Seperti yang kita ketahui, kartel merupakan pelanggaran yang sangat serius terhadap hukum persaingan usaha, yang dalam jangka panjang akan menghilangkan persaingan dan mengurangi lapangan pekerjaan serta merugikan konsumen. *Leniency program* adalah instrumen kunci dalam memerangi kartel, tidak terkecuali di Eropa. Program ini mendorong perusahaan anggota kartel untuk memberikan informasi tentang kemungkinan pelanggaran kartel terhadap otoritas persaingan. *Leniency program* memungkinkan pihak berwenang untuk menawarkan kekebalan penuh atau pengurangan denda yang seharusnya dikenakan pada anggota kartel. Mengingat sifat rahasia kartel, kebijakan ini sangat diperlukan untuk mendeteksi kartel dan penegakan peraturan persaingan usaha.

Uni Eropa merupakan negara pertama (bersama dengan Korea) yang mengikuti jejak *Department of Justice* Amerika Serikat untuk memperkenalkan *Leniency Program* pada tahun 1996. Seperti yang terjadi di Amerika Serikat pada masa awal penerapannya, program ini tidak berjalan secara efektif di Uni Eropa. Hal ini ditinjau dari jumlah laporan dari anggota kartel yang masuk ke pihak otoritas persaingan, yang selalu fluktuatif setiap tahunnya⁹⁰.

Saat ini di Uni Eropa, 24 dari 27 negara anggota Uni Eropa telah mengadopsi *leniency program* sejak 1996. *Leniency program* terbilang sukses karena mampu membongkar berbagai macam kasus kartel, dengan total denda

⁹⁰Giancarlo Spagnolo, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, Handbook of Antitrust Economics, 2005, hal 13

mencapai 3 Miliar Euro yang terkumpul dari 19 kasus yang melibatkan lebih dari 100 perusahaan. Salah satunya yang paling fenomenal adalah dengan terkumpulnya 855 juta euro sebagai denda atas terbongkarnya praktek kartel vitamin, dimana Rhone-Poulenc mendapatkan amnesti penuh atas kerjasamanya untuk mengungkap kasus tersebut⁹¹.

Berdasarkan fakta diatas, penulis melihat bahwa Uni Eropa dapat dikatakan efektif dalam menerapkan *leniency program*, sehingga bisa dijadikan sebagai *role model* bagi Indonesia, baik dari aspek prosedur, syarat, dan ketentuan lainnya.

A. Pengaturan *Leniency Program* di Uni Eropa

Pada Februari 2002, Uni Eropa merevisi *leniency program* yang sudah diterapkan selama 6 tahun tersebut, untuk kemudian mulai memperkenalkan klausul imunitas hukuman secara otomatis kepada pelapor pertama sebelum dimulainya penyelidikan. Setahun setelahnya, hasil dari revisi peraturan ini mulai terlihat hasilnya, dengan lebih dari 20 laporan yang masuk.⁹² Dari laporan-laporan tersebut yang masuk, kebanyakan merupakan laporan tentang kartel yang investigasinya belum dimulai oleh *Directorate General of Competition* (DG Competition) Uni Eropa. Hal ini menunjukkan bahwa janji imunitas yang diberikan oleh pihak DG Competition dirasa sangat menarik oleh para anggota kartel sehingga mereka akhirnya melaporkan kegiatannya tersebut.

Kenyataan ini berbeda dengan masa 6 tahun pertama *leniency program* diterapkan di Uni Eropa. Dalam kurun waktu tahun 1996 sampai dengan 2002,

⁹¹ Cécile Aubert, Patrick Rey, and William Kovacic, *Op.Cit.*, hal. 4.

⁹² Bertus Van Barlingen, *The European Comission's Leniency Notice after One Year of Operation*, Competition Policy Newsletter, 2003, hal. 16.

hanya 16 laporan yang masuk, dan hanya 3 laporan yang akhirnya berhasil mendapatkan imunitas hukuman setelah melewati proses verifikasi bukti oleh pihak otoritas persaingan. Hal ini sempat membuat pihak otoritas persaingan usaha Uni Eropa kelabakan menghadapi banyaknya laporan yang masuk dari berbagai negara.

Untuk menindaklanjuti hal tersebut, pada November 2004 komisioner DG Competition Mario Monti menyatakan bahwa, dari banyaknya laporan kartel yang masuk ke DG Competition, beberapa diantaranya melaporkan kasus kartel yang sama. Jika ini terjadi, maka DG Competition hanya akan mengabulkan satu hak imunitas bagi setiap kasus kartel, dan parameter yang digunakan adalah kelengkapan bukti yang diajukan. Jika bukti yang diajukan pelapor semakin lengkap dan mempermudah tugas DG Competition untuk menginvestigasi kasus kartel tersebut, maka kemungkinan untuk mendapatkan imunitas hukuman akan semakin besar.⁹³

Sedangkan pada bulan Juni 2005, sejak revisi *leniency program* diberlakukan sejak Februari 2002, DG Competition Uni Eropa menerima sekitar 140 laporan tentang kartel, 75 diantaranya mendaftar pada program imunitas hukuman. Dari angka tersebut, jumlah laporan yang akhirnya berhasil mendapatkan imunitas hukuman adalah 55 laporan. Sedangkan sisanya (65

⁹³ Giancarlo Spagnolo, *Op Cit*, hal 14, "Since adoption of the revised Leniency Notice in 2002, the Commission received 92 immunity applications and applications for reduction of fines which so far led to over 38 conditional immunity decisions. As to the distinction between the different types of applications, it should be noted that only one application for full immunity can be granted for each cartel. Apart from that several applications are usually received in the same case, sometimes competing ones. While many of these applications lead to inspections as they provide the first evidence of a cartel infringement, the Commission has also received applications on the occasion of inspections launched on the Commission's own initiative. In these cases, the application (if successful) enables the Commission to determine the exact scope of a cartel infringement (for example its geographic scope, where previous information related only to cartel activities in a particular Member state)."

laporan) mendaftar pada program keringanan hukuman. Hal ini menggambarkan bahwa program imunitas lebih diminati anggota kartel, padahal untuk mendapatkan program imunitas ini, bukti-bukti yang harus disediakan oleh pelapor tidak sedikit.⁹⁴

Di Uni Eropa, terdapat banyak negara anggota yang berkonsekuensi pada pluralisme regulasi karena setiap negara mempunyai ciri dan cara sendiri dalam menindak perilaku kartel yang terjadi di wilayahnya. Hal ini pula yang terjadi di Uni Eropa pada masa awal pengadopsian *leniency program* pada kurun waktu 1996 sampai dengan 2005. Beberapa masalah yang sering muncul tersebut antara lain.⁹⁵

- a. Apakah program tersebut berlaku di seluruh negara anggota Uni Eropa, karena banyak juga anggota yang belum menyatakan kesediaan mereka untuk menerapkan program ini pada waktu itu.
- b. Seberapa besar cakupan/jangkauan *leniency program* yang diperbolehkan, apakah program ini juga mencakup *vertical* dan *horizontal price fixing*
- c. Apakah pengurangan denda dan program imunitas yang tersedia itu hanya terbatas pada pelapor pertama saja.
- d. Apakah laporan secara lisan itu diperbolehkan, atau laporan harus dibuat secara tertulis.
- e. Apakah program mengenai imunitas bisa diberikan pada anggota kunci perjanjian kartel, atau hanya dapat diberikan pada anggota biasa saja.

⁹⁴ Bertus Van Barlingen , *Op.Cit.*, hal. 19.

⁹⁵ Margaret Bloom, *Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges*, European Competition Law Annual, Enforcement of Prohibition of Cartels, 2006, hal. 10.

- f. Apakah peraturan tentang *leniency program* ini juga meliputi sanksi bagi individu, hal ini kemudian juga berkaitan dengan bagaimana *leniency program* ini dapat dilaksanakan pada bidang hukum pidana atau hukum perdata.

Untuk mencegah masalah-masalah diatas berkembang, diperlukan adanya harmonisasi peraturan agar tidak terjadi dualisme peraturan. Hal ini yang kemudian menjadi dasar pembentukan *Model Leniency Program* (MLP) oleh *European Competition Network* (ECN) pada tahun 2006.

ECN sendiri merupakan gabungan dari otoritas persaingan 27 negara anggota Uni Eropa dan juga *Directorate General of Competition* (DG Competition) Uni Eropa yang didirikan dalam masa reformasi dan modernisasi aturan *antitrust* Uni Eropa yang bertujuan sebagai forum diskusi dan kerjasama negara-negara anggota otoritas persaingan. Hal ini tercermin dari dalam kasus dimana Pasal 101 dari *Treaty of The Functioning of The European Union* (TFEU) diterapkan. ECN berfungsi untuk memastikan pembagian kerja yang efisien serta aplikasi yang efektif dan konsisten dari peraturan kompetisi.⁹⁶

MLP bertujuan untuk memberikan dasar harmonisasi dari *leniency program* di eropa. Model ini dirancang sebagai program yang koheren yang menetapkan persyaratan prosedural dan substantif yang penting sehingga anggota ECN wajib mengadopsinya pada peraturan negara mereka masing-masing.

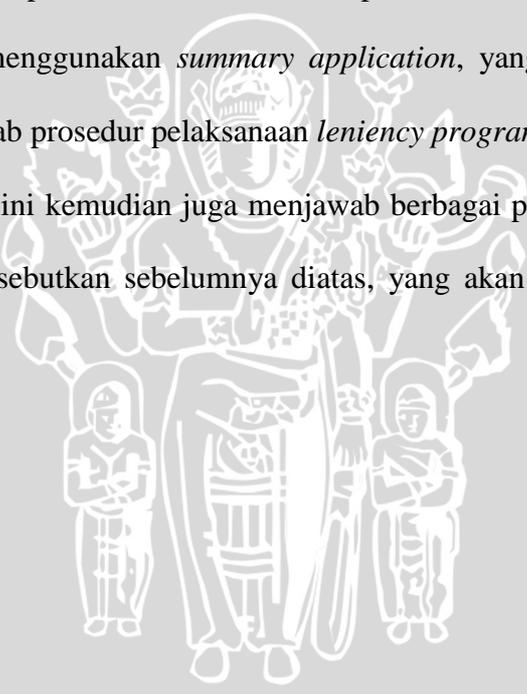
Tujuan lain dari MLP ini adalah untuk memastikan keamanan bagi pelapor *leniency program* sebagai akibat dari perbedaan antara *leniency program* yang pada setiap negara anggota Uni Eropa. MLP menetapkan klausul dimana

⁹⁶ *Introduction to European Competition Network*, tercantum di http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html (Online) diakses pada 5 Mei 2013.

pemohon dapat melaporkan kegiatan kartel dalam setiap negara pada yurisdiksi ECN. Selain itu, MLP bertujuan untuk menyeragamkan peraturan tentang *leniency program* agar meringankan beban bagi otoritas persaingan yang ditakutkan akan kebingungan jika menerima laporan dari negara lain karena hukumnya yang berbeda.

MLP menawarkan cara yang lebih mudah bagi pelapor untuk melaporkan perilaku kartel internasional yang melibatkan beberapa otoritas persaingan negara anggota Uni Eropa dengan mengumpulkan laporan kepada ECN. Jika dampak perilaku kartel yang dilaporkan tersebut mencakup lebih dari 3 negara anggota ECN, pelapor dapat menggunakan *summary application*, yang akan dijelaskan lebih lanjut pada sub-bab prosedur pelaksanaan *leniency program* di bawah.

Hadirnya MLP ini kemudian juga menjawab berbagai permasalahan yang timbul seperti yang disebutkan sebelumnya diatas, yang akan dijelaskan dalam bentuk tabel berikut:



Tabel 4.1
Perbandingan Masalah Kartel di Uni Eropa Sebelum dan Sesudah MLP

Masalah yang timbul sebelum ada MLP	Solusi yang disediakan oleh MLP
Apakah program tersebut berlaku di seluruh negara anggota Uni Eropa?	Program ini berlaku bagi seluruh negara yang menjadi anggota dari ECN, yang totalnya berjumlah 27 negara ⁹⁷
Seberapa besar cakupan/jangkauan <i>leniency program</i> yang diperbolehkan?	MLP ini berfokus terhadap kartel yang bersifat rahasia, ini menjadikan <i>vertical</i> dan <i>horizontal price fixing</i> tidak menjadi bagian dari program ini. ⁹⁸
Apakah pengurangan denda dan program imunitas yang tersedia itu hanya terbatas pada pelapor pertama saja.	Tidak, pelapor kedua dan seterusnya akan mendapatkan keringanan hukuman secara proporsional, tapi mereka tidak akan mendapatkan imunitas dari hukuman
Apakah laporan secara lisan itu diperbolehkan, atau laporan harus dibuat secara tertulis.	Laporan secara lisan diperbolehkan, tetapi harus disampaikan secara proporsional dan terjamin kebenarannya. ⁹⁹
Apakah program mengenai imunitas bisa diberikan pada anggota kunci perjanjian kartel, atau hanya dapat diberikan pada anggota biasa saja.	Secara umum, iya, namun ada beberapa negara (seperti Jerman dan Yunani) yang memutuskan untuk tidak memberikannya kepada anggota kunci kartel (tercantum di <i>excluded immunity applicant</i>). ¹⁰⁰
Apakah peraturan tentang <i>leniency program</i> ini juga meliputi sanksi bagi individu?	MLP ini hanya berfokus pada tipe corporate <i>leniency program</i> , jadi tidak meliputi sanksi bagi individu. ¹⁰¹

Lebih lanjut, adanya MLP ini diharapkan akan meningkatkan jumlah pelapor perilaku kartel dan melindungi pelapor dari kontradiksi aturan yang ada, dan juga untuk mengajak anggota Uni Eropa yang belum mengadopsi *leniency*

⁹⁷ http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html, *Ibid*, diakses pada 5 Mei 2013.

⁹⁸ *ECN Model Leniency Program (Explanatory Notes)*, European Competition Network, November 2012, paragraf 11.

⁹⁹ *ECN MLP (Explanatory Notes)*, *Ibid*, paragraf 5.

¹⁰⁰ *ECN Model Leniency Program (As revised in November 2012)*, European Competition Network, November 2012, paragraf 8.

¹⁰¹ *ECN MLP (Explanatory Notes)*, *Op Cit*, paragraf 15.

program, untuk kemudian melaksanakan program ini dalam keseragaman dari ECN.

Pembahasan pengaturan *leniency program* di Uni Eropa akan dibagi dalam beberapa sub-bab meliputi tipe *leniency* yang digunakan, syarat yang harus dipenuhi pelapor, serta prosedur pelaporan kepada pihak pengawas persaingan usaha.

A.1. Tipe *leniency* yang digunakan

MLP mempunyai 3 tipe *leniency*, yang terdiri dari 2 tipe yang memungkinkan pelapor untuk menerima pengampunan dari hukuman (tipe 1A dan 1B) dan tipe yang memungkinkan pelapor untuk menerima keringanan hukuman (tipe 2), yang akan dijelaskan lebih lanjut dibawah ini.

Tipe 1A:¹⁰² Otoritas persaingan akan mengabulkan permohonan imunitas dari hukuman pada pelapor jika:

- a. Pelapor adalah pihak pertama yang memberikan bukti yang cukup bagi otoritas persaingan untuk memulai penyelidikan tentang perilaku kartel tersebut. Otoritas persaingan sebelumnya harus mengevaluasi laporan tersebut dan menimbang apakah pelapor layak untuk diberi pengampunan dan imunitas dari hukuman.
- b. Pada saat laporan diterima, otoritas persaingan belum mempunyai bukti yang cukup untuk memulai investigasi misalnya untuk mendapatkan surat ijin pengeledahan dari pengadilan
- c. Memenuhi syarat-syarat yang telah ditetapkan bagi pelapor.

¹⁰² *ECN Model Leniency Program (As revised in November 2012)*, *Ibid*, paragraf 5.

Agar otoritas persaingan dapat memulai investigasi terhadap perilaku kartel yang dilaporkan, pelapor harus menyediakan data-data sebagai berikut:¹⁰³

- a. Identitas dari pelapor tersebut
- b. Identitas dari pihak yang diduga terlibat dalam perilaku kartel
- c. Gambaran detil mengenai dugaan kartel tersebut, meliputi :
 - i. Produk yang terkena dampak dari kartel
 - ii. Wilayah yang terkena dampak
 - iii. Durasi kartel itu berdiri
 - iv. Aktifitas yang dilakukan
 - v. Estimasi kerugian pasar yang telah dan yang akan ditimbulkan
 - vi. Sifat dan tujuan dari perilaku yang diduga sebagai kartel
- d. Bukti mengenai properti kepemilikan atau yang berada dalam penguasaan pihak yang diduga sebagai pelaku kartel
- e. Informasi mengenai pelaporan kegiatan ini (baik sudah maupun akan dilakukan) pada otoritas persaingan diluar Uni Eropa mengenai dugaan perilaku kartel ini.

Tipe 1B : Pelapor mengumpulkan bukti, yang dirasa oleh otoritas persaingan, cukup untuk menemukan pelanggaran terhadap pasal 101 TFEU yang berhubungan terhadap dugaan perilaku kartel dengan syarat bahwa laporan ini tidak sesuai untuk dimasukkan dalam kategori 1A karena investigasi telah dimulai. Hal ini bertujuan untuk menstimulasi anggota kartel untuk meninggalkan

¹⁰³ *Ibid*, paragraf 6.

perilaku kartel tersebut dan melaporkannya pada otoritas persaingan usaha. Pelapor juga diwajibkan untuk memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan.¹⁰⁴

Tipe 2 : Pelapor yang permohonan imunitas akan hukumannya ditolak, karena syarat-syarat yang tidak terpenuhi, dapat mengajukan permohonan keringanan denda melalui *leniency* tipe 2 ini. Untuk mendapatkan keringanan denda, pelapor harus menyediakan bukti tentang perilaku dugaan kartel yang dirasa pihak otoritas persaingan mempunyai nilai tambah yang signifikan terhadap bukti-bukti yang telah dikumpulkan.¹⁰⁵

Setelah laporan diterima, otoritas persaingan dengan pertimbangan akan kualitas laporan yang diterima dan juga tentang *timing* oleh pelapor (apakah pihak tersebut merupakan pelapor pertama, kedua, dst) akan menentukan besarnya keringanan denda yang akan diterima pelapor yang nilainya tidak boleh melebihi 50% dari denda yang seharusnya dijatuhkan. Hal ini ditujukan untuk menjaga jarak yang cukup besar antara program imunitas dari hukuman dan program keringanan hukuman, sehingga pihak yang terlibat dalam kartel akan lebih tertarik untuk mendaftar pada program imunitas tersebut.

A.2. Syarat yang harus dipenuhi pelapor

Agar permohonan *leniency program* dapat diterima, pelapor harus memenuhi syarat-syarat dibawah ini secara kumulatif:¹⁰⁶

- a. Mengakhiri keterlibatannya didalam perilaku yang diduga sebagai kartel itu secepatnya, kecuali ditentukan lain oleh pihak otoritas persaingan.

¹⁰⁴ *ECN Model Leniency Program (As revised in November 2012)*, *Ibid*, paragraf 7.

¹⁰⁵ *Ibid*, paragraf 9-12.

¹⁰⁶ *Ibid*, paragraf 13.

- b. Bekerjasama secara penuh dan berkelanjutan sejak saat pelaporan dimulai hingga otoritas persaingan mengambil putusan atas dugaan perilaku kartel yang dilaporkan tersebut, meliputi :
- c. Memberikan semua informasi yang relevan dan bukti tentang kepemilikan oleh pihak yang diduga melakukan perilaku kartel kepada otoritas persaingan.
- d. Memenuhi permintaan dari otoritas persaingan tanpa menunda/menghalanginya
- e. Dapat menghadirkan karyawan atau pejabat perusahaan jika diminta otoritas persaingan untuk menjalani interogasi.
- f. Tidak menghancurkan, memalsukan atau menyembunyikan bukti yang mungkin tidak terdeteksi oleh pihak otoritas persaingan.
- g. Tidak menunjukkan fakta atau isi dari permohonan *leniency program* baik secara langsung maupun tidak langsung kepada siapapun sampai otoritas persaingan menyatakan penerimaan laporan tersebut. Hal ini dilakukan untuk menjaga kerahasiaan selama penyelidikan berlangsung.

Jika kemudian ditemukan terjadi pelanggaran terhadap syarat-syarat tersebut diatas, maka pelapor akan dinyatakan tidak dapat menerima *leniency program*.

A.3. Prosedur Pelaporan

Prosedur pelaporan MLP pada garis besarnya dapat dibagi menjadi 3 bagian, yaitu:

- a. Proses pendekatan dan pelaporan kepada otoritas persaingan¹⁰⁷

¹⁰⁷ *ECN Model Leniency Program (As revised in November 2012)*, Ibid, paragraf 14

Pada bagian ini, pelapor yang menginginkan *leniency program* harus mengajukan permohonan pada otoritas persaingan dengan memberikan informasi yang telah dijelaskan sebelumnya diatas. Sebelum membuat permohonan secara tertulis dan formal tersebut, pelapor diperbolehkan “mendekati” otoritas persaingan untuk meminta panduan secara informal mengenai *leniency program* ini. Setelah permohonan secara formal tersebut diajukan, maka otoritas persaingan akan memberikan tanda terima kepada pelapor.

b. Proses imunitas hukuman (Tipe 1)¹⁰⁸

Pada bagian ini, laporan awal pelapor telah diterima oleh otoritas persaingan dan dimungkinkan untuk menerima pengampunan atau imunitas hukuman. Selanjutnya, pelapor dapat memohon sebuah program yang disebut *marker*. *Marker* ini merupakan program yang melindungi pemohon untuk beraktifitas dalam kartel dalam rangka investigasi internal selama jangka waktu tertentu.

Program *marker* ini merupakan diskresi dari otoritas persaingan masing-masing anggota ECN, yang kemudian dapat memutuskan apakah akan menerima permohonan pelapor atau tidak. Jika *marker* pelapor dikabulkan, otoritas persaingan harus menentukan jangka waktu dimana pelapor tersebut harus mencapai fase *perfect marker*.

Fase *perfect marker* ini merupakan fase dimana pelapor dapat mengumpulkan semua informasi yang relevan untuk dijadikan bukti yang esensial dalam proses investigasi, yang meliputi :

i. Produk yang terkena dampak dari kartel

¹⁰⁸ *ECN Model Leniency Program (As revised in November 2012)*, *Ibid*, paragraf 16

- ii. Wilayah yang terkena dampak
- iii. Durasi kartel itu berdiri
- iv. Aktifitas yang dilakukan
- v. Estimasi kerugian pasar yang telah dan yang akan ditimbulkan
- vi. Sifat dan tujuan dari perilaku yang diduga sebagai kartel
- vii. Bukti mengenai properti kepemilikan atau yang berada dalam penguasaan pihak yang diduga sebagai pelaku kartel
- viii. Informasi mengenai pelaporan kegiatan ini (baik sudah maupun akan dilakukan) pada otoritas persaingan diluar Uni Eropa mengenai dugaan perilaku kartel ini.¹⁰⁹

Setelah pihak otoritas persaingan memverifikasi bukti yang dikumpulkan oleh pelapor sebagai bukti yang layak untuk dijadikan bahan awal penyelidikan, maka permohonan imunitas hukuman pelapor akan dikabulkan melalui surat resmi.

Jika bukti yang diajukan pemohon tersebut dirasa tidak layak untuk dijadikan bahan awal penyelidikan oleh pihak otoritas persaingan setelah proses verifikasi, maka permohonan pelapor akan ditolak juga melalui surat resmi. Tetapi pelapor masih dapat memohon pertimbangan otoritas persaingan untuk memasukkan laporan tersebut pada tipe 2 agar pelapor dapat memperoleh keringanan denda.

¹⁰⁹ *ECN Model Leniency Program (As revised in November 2012)*, *Ibid*, paragraf 18.

c. Proses pengurangan denda (Tipe 2)¹¹⁰

Jika pihak otoritas persaingan mempunyai pendapat awal bahwa bukti yang diajukan oleh pelapor merupakan bukti yang merupakan nilai tambah signifikan dalam proses investigasi, maka permohonan pelapor akan diterima dengan pemberitahuan kepada pihak pelapor secepat mungkin. Namun besarnya pengurangan denda (yang tidak boleh melebihi 50% dari denda yang seharusnya dijatuhkan) akan ditentukan kemudian, paling lambat saat seluruh prosedur *leniency program* telah selesai.

Jika setelah permohonan imunitas dan/atau keringanan hukuman dikabulkan, ditemukan fakta bahwa pelapor tidak memenuhi syarat yang ditentukan atau mencoba untuk mengelabui pihak otoritas persaingan dengan tidak menyerahkan bukti yang diminta atau tidak kooperatif, maka keputusan *leniency* akan dicabut dan pelapor tidak diperbolehkan untuk mendaftarkan dirinya pada program ini dimasa mendatang.

Selain 3 bagian tersebut diatas, MLP mempunyai suatu program opsional yang bernama *Summary Application*.¹¹¹ Program ini ditujukan untuk praktek kartel internasional yang berdampak pada lebih dari 3 negara anggota ECN.

Berdasarkan paragraf 14 *Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities*, ECN dinyatakan berwenang (istilah asli *well-placed*) untuk menyelidiki kasus kartel jika ditemukan bahwa satu atau beberapa perjanjian atau praktek kartel berdampak pada persaingan usaha lebih dari 3 negara anggota.¹¹²

¹¹⁰ *Ibid*, paragraf 22-23.

¹¹¹ *ECN Model Leniency Program (As revised in November 2012)*, *Ibid*, paragraf 24.

¹¹² *The Commission is particularly well placed if one or several agreement(s) or practice(s), including networks of similar agreements or practices, have effects on*

Berdasarkan fakta dari pengalaman sebelumnya, banyak pelapor *leniency program* yang memilih untuk melaporkan kegiatan kartelnya kepada otoritas persaingan di beberapa negara. Hal ini tentunya memakan waktu dan tidak efektif bagi kedua pihak (pelapor dan juga otoritas persaingan). Untuk meminimalisasinya, maka dibentuklah *summary application* ini oleh ECN. Dengan mendaftar *summary application* ini pelapor dapat melindungi posisinya dibawah hukum persaingan usaha negara-negara anggota ECN dimana kartel tersebut diduga terjadi (berdasarkan perintah ECN)¹¹³.

Hal ini tentu lebih menguntungkan pelapor dibandingkan dengan melakukan pendaftaran dengan sistem konvensional kepada beberapa otoritas persaingan di berbagai negara. Selain kurang efektif, pelapor belum tentu terlindungi oleh hukum persaingan usaha diseluruh negara tempat dimana laporan itu dikumpulkan. Contohnya jika pelapor mengumpulkan laporan dugaan kartel di negara Jerman, Italia, Perancis, dan Spanyol, maka belum tentu pelapor dapat terlindungi oleh hukum persaingan usaha masing-masing negara tersebut.

Perlindungan tersebut tentunya tidak serta merta diberikan oleh ECN kepada pelapor, ada berbagai pertimbangan sebelum perlindungan ini dikabulkan. Pertimbangan tersebut sama dengan pertimbangan yang wajib diperhitungkan otoritas persaingan dalam proses penerimaan permohonan *marker* oleh pelapor pada prosedur *leniency program* tipe 1, dimana pelapor harus dapat memberikan data-data yang diminta ECN seperti yang telah dijelaskan diatas.

Dalam pelaksanaan program ini, pihak otoritas persaingan tidak akan memproses *summary application* dalam arti bahwa mereka tidak berwenang untuk

competition in more than three Member States (cross- border markets covering more than three Member States or several national markets).

¹¹³ ECN MLP (Explanatory Notes), Op.Cit., paragraf 41.

menerima atau menolak permohonan pelapor karena itu merupakan wewenang dari ECN. Otoritas persaingan usaha hanya berwenang untuk :

- a. Memberikan tanda terima kepada pelapor
- b. Mengabulkan perlindungan terhadap pelapor atas perintah ECN
- c. Memberitahu pelapor tentang jangka waktu yang diberikan untuk melengkapi permohonannya dengan bukti-bukti yang relevan agar investigasi dapat segera dimulai.¹¹⁴

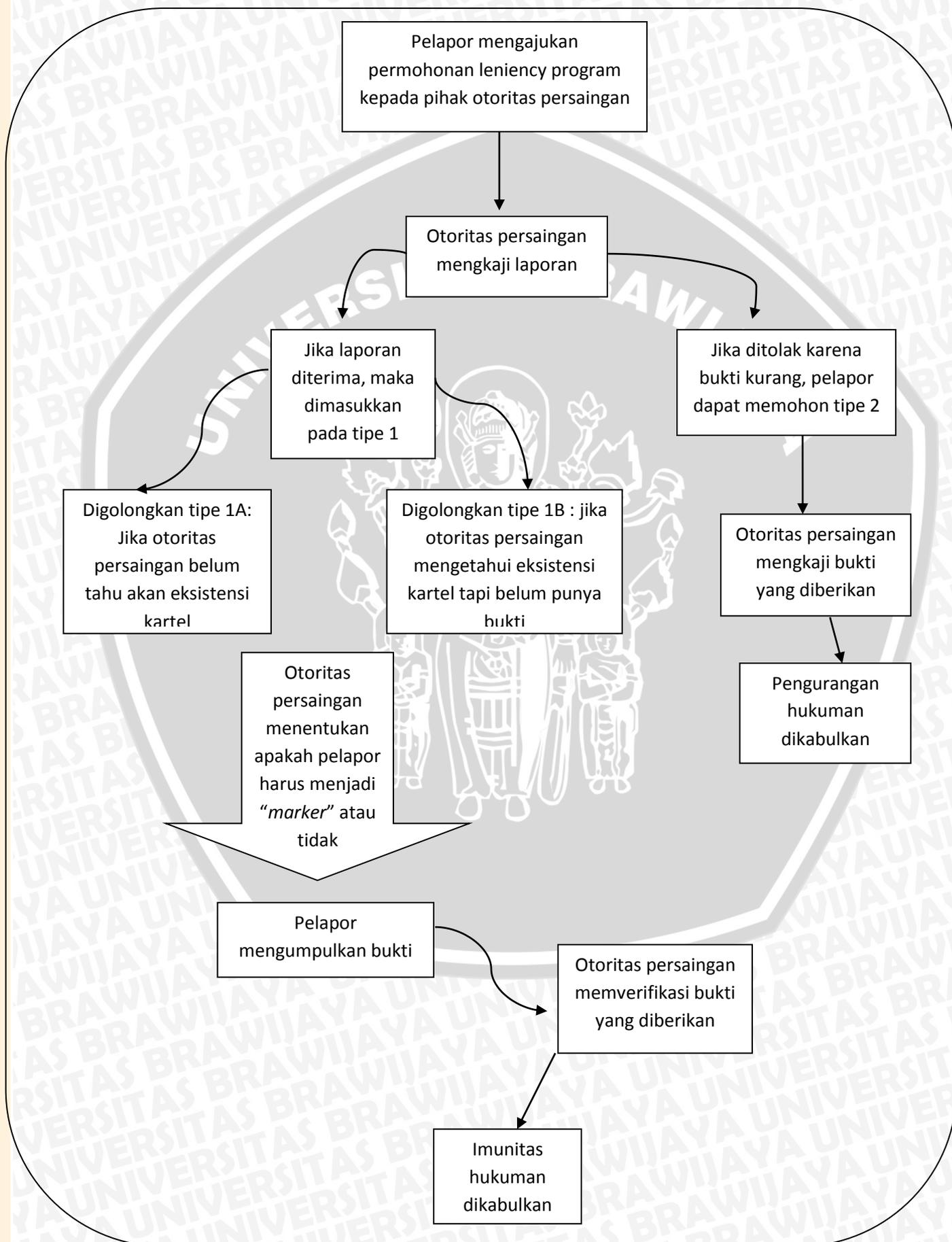
Selama pihak ECN belum memutuskan untuk mengambil tindakan kepada perilaku yang diduga sebagai kartel ini, pelapor diwajibkan untuk terus memberi informasi secara spesifik dan membantu ECN dalam investigasi. Jika pelapor tidak memenuhi syarat ini, maka pelapor akan kehilangan hak perlindungan yang disediakan oleh ECN.

Selain itu, ECN juga yang menentukan kapan keterlibatan pelapor dalam aktifitas kartel harus diakhiri. Jika ECN merasa belum mempunyai cukup bukti untuk memulai investigasi, maka pelapor dimungkinkan untuk tetap beraktifitas dalam kartel dalam rangka investigasi internal untuk kemudian dilaporkan kepada ECN.

Prosedur *leniency program* di Uni Eropa dapat digambarkan sebagai berikut :

¹¹⁴ *Ibid*, paragraf 45.

Gambar 2
Prosedur Leniency Program di Uni Eropa



B. Prospek Penerapan *Leniency Program* pada Hukum Persaingan Usaha Indonesia

B.1 Pengaturan Pembuktian Kasus Kartel di Indonesia

Dalam rangka mengungkap kasus kartel, telah diakui dua jenis alat bukti secara universal yakni alat bukti langsung (*direct evidence*) dan alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*). Alat bukti langsung adalah alat bukti yang jelas dan terbaik dari sebuah perjanjian, dan merupakan bukti yang mengidentifikasi suatu pertemuan atau komunikasi antara para pembentuk perjanjian dan isi dari perjanjian tersebut.¹¹⁵ Alat bukti tidak langsung atau yang sering disebut juga sebagai *circumstantial evidence* yang terdiri dari bukti komunikasi, dan bukti ekonomi.

Alat Bukti langsung merupakan bukti yang dapat diamati dan menunjukkan adanya perjanjian penetapan harga barang dan atau jasa oleh pelaku usaha yang bersaing, yang memuat adanya kesepakatan dan substansi kesepakatan tersebut. Bukti langsung dapat berupa: bukti fax, rekaman percakapan telepon, surat elektronik, komunikasi video, dan bukti nyata lainnya.

Sementara bukti tidak langsung (*circumstantial evidence/indirect evidence*) didefinisikan sebagai bentuk bukti yang tidak secara langsung menyatakan kesepakatan penetapan harga, namun dapat digunakan sebagai pembuktian terjadinya suatu keadaan atau kondisi, yang mana dapat dijadikan dugaan pemberlakuan suatu perjanjian tidak tertulis. Bukti tidak langsung dapat berupa bukti komunikasi (yang tidak secara langsung menyatakan kesepakatan),

¹¹⁵ Murtuza Bohra, *Research Paper on the Increasing Role of Economic Evidences in Prosecution of Cartels*.

<http://www.cci.gov.in/images/media/ResearchReports/MURTUZAIntn240211.pdf>,
(Online) hal 7. diakses pada 5 April 2013.

dan bukti ekonomi. Bukti ekonomi digunakan untuk mengesampingkan kemungkinan terjadinya perilaku penetapan harga yang bersifat independen (*parallel business conduct*).¹¹⁶

Berdasarkan hasil ulasan penuntutan kasus-kasus kartel di negara-negara anggota OECD, terbukti bahwa selalu terdapat bukti komunikasi di setiap kasus kartel. Di sisi lain, bukti situasi ini diakui masih bersifat kurang kuat.¹¹⁷

Ketentuan Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa terdapat 5 (lima) alat bukti pemeriksaan yang diakui dan dapat digunakan oleh KPPU, yakni :¹¹⁸

- a. keterangan saksi
- b. keterangan ahli
- c. surat dan atau dokumen
- d. petunjuk
- e. keterangan pelaku usaha

Dapat dilihat diatas, bahwa istilah “bukti langsung” dan “bukti tidak langsung” tidak dikenal dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, melainkan merupakan interpretasi lanjutan dari alat bukti pokok yang diakui. Namun, ketentuan tentang bukti langsung dan bukti tidak langsung ini dirumuskan KPPU dalam Perkom No. 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga) UU No.5/1999 (Perkom No.4/2011), yang menyatakan bahwa

¹¹⁶ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, **Perkom No. 4 Tahun 2011 (Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 UU No 5 Tahun 1999)**, hal. 17.

¹¹⁷ OECD, *Policy Brief, Prosecuting Cartels Without Indirect Evidence of Agreement* <http://www.oecd.org/dataoecd/11/30/38704302.pdf>, *Op. Cit.*, hal. 9.

¹¹⁸ Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

selain dibutuhkan bukti adanya kesepakatan penetapan harga, juga diperlukan pembuktian bahwa para pelaku usaha mematuhi kesepakatan tersebut. Bukti-bukti tersebut dapat berupa bukti langsung (*direct evidence*) dan bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*)¹¹⁹

Sedangkan menurut Peraturan Komisi Nomor 4 mengenai Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 Tentang Kartel, untuk membuktikan telah terjadi kartel dalam suatu industri, KPPU harus berupaya memperoleh satu atau lebih alat bukti. Beberapa alat bukti untuk penanganan perkara kartel antara lain sebagai berikut:¹²⁰

- a. Dokumen atau rekaman kesepakatan harga, kuota produksi atau pembagian wilayah pemasaran;
- b. Dokumen atau rekaman daftar harga (*price list*) yang dikeluarkan oleh pelaku usaha secara individu selama beberapa periode terakhir (bisa tahunan atau per semester);
- c. Data perkembangan harga, jumlah produksi dan jumlah penjualan di beberapa wilayahpemasaran selama beberapa periode terakhir (bulanan atau tahunan);
- d. Data laporan keuangan perusahaan dan data pemegang saham perusahaan dari masing-masing anggota yang diduga terlibat selama beberapa periode terakhir;
- e. Kesaksian dari berbagai pihak atas telah terjadinya komunikasi, koordinasi dan/atau pertukaran informasi antar para peserta kartel;

¹¹⁹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, **Perkom No. 4 Tahun 2011**, hal. 16-17.

¹²⁰ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, **Perkom No. 4 Tahun 2010 (Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 UU No 5 Tahun 1999)**, hal 23-24.

- f. Kesaksian dari pelanggan atau pihak terkait lainnya atas terjadinya perubahan harga yang saling menyeleraskan di antara para penjual yang diduga terlibat kartel;
- g. Kesaksian dari karyawan atau mantan karyawan perusahaan yang diduga terlibat mengenai terjadinya kebijakan perusahaan yang diselenggarakan dengan kesepakatan dalam kartel;
- h. Dokumen, rekaman dan/atau kesaksian yang memperkuat adanya faktor pendorong kartel sesuai indikator.

B.2 Kesulitan Pembuktian Kasus Kartel

Seperti yang telah dijelaskan pada bab sebelumnya, berdasarkan bentuk perjanjian yang dilakukan, kartel dapat digolongkan menjadi dua jenis, yaitu kolusi eksplisit, yang di dalamnya para anggota kartel mengkomunikasikan kesepakatan mereka secara langsung. Jenis kolusi yang kedua adalah kolusi tersembunyi (implisit), yang merupakan kebalikan dari kolusi eksplisit yakni para anggota kartel tidak berkomunikasi secara langsung melainkan diwujudkan dalam bentuk pertemuan-pertemuan rahasia.

Dari kedua bentuk kolusi di atas, bentuk kedua adalah bentuk yang paling sering terjadi dalam suatu kartel, melihat fenomena usaha berbagai pelaku usaha untuk menghindarkan diri dari bukti-bukti kartel seperti pertemuan rutin, perjanjian untuk melakukan pengaturan dan hal-hal yang cenderung menjadi bukti bagi penegak hukum persaingan.¹²¹

¹²¹ Lihat Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel, pada bagian latar belakang.

Berikut merupakan tabel perbandingan kasus kartel yang investigasinya diinisiasi oleh KPPU dan laporan yang masuk dari masyarakat.

Tabel 4.2
Daftar Putusan KPPU Terkait Larangan Perjanjian Kartel
Berdasarkan Awal Penyelidikan (Periode 2002-2010)

No	Putusan Perkara KPPU	Perihal	Inisiatif KPPU	Laporan Masyarakat
1	No.02/KPPU-I/2003	Kartel Kargo Jakarta -Pontianak	V	
2	No.03/KPPU-I/2003	Kartel Kargo Surabaya – Makassar	V	
3	No.08/KPPU-I/2005	Kartel Jasa Verifikasi Teknis Impor Gula	V	
4	No.10/KPPU-L/2005	Kartel Perdagangan Garam ke Sumatera Utara		V
5	No.11/KPPU-L/2005	Kartel Distribusi Semen Gresik		V
6	No.16/KPPU-L/2006	Kartel Tender Pekerjaan SKTM (Kabel Tegangan Menengah) di PT. PLN Distribusi Jakarta Raya dan Tangerang		V
7	No.26/KPPU-L/2007	Kartel Tarif SMS		V
8	No.28/KPPU-L/2007	Jasa Pelayanan Taksi di Kota Batam		V
9	No.32/KPPU-L/2008	Kesepakatan Tarif All-in Ekspedisi Muatan Kapal Laut (EMKL) di Pelabuhan Sorong		V
10	No.53/KPPU-L/2008	Pembagian Wilayah DP AKLI Pusat		V
11	No.14/KPPU-	Jasa Pemeriksaan		V

	L/2009	Kesehatan Calon Tenaga Kerja Indonesia ke Timur Tengah		
12	No.24/KPPU-I/2009	Kartel Minyak Goreng	V	
13	No.25/KPPU-I/2009	Kartel Fuel Surcharge Jasa Penerbangan Domestik	V	
14	No/17/KPPU-I/2010	Kartel Industri Farmasi Obat Kelas Terapi Amlodipine	V	
TOTAL (%)			6 (43%)	8 (52%)

Sumber: www.kppu.go.id pada tanggal 15 Mei 2013

Berdasarkan tabel diatas, dapat dilihat bahwa, walaupun selisihnya kecil, KPPU lebih sedikit melakukan investigasi yang didasarkan atas penemuannya sendiri jika dibandingkan dengan laporan yang masuk dari masyarakat. Hal ini tidak lepas dari kolusi implisit yang selalu dilakukan para anggota kartel yang akhirnya selalu menyulitkan KPPU dalam mengumpulkan bukti guna memulai investigasi. Selain itu, penuntut dari KPPU juga diwajibkan untuk menemukan dan membuktikan bahwa kejahatan kartel tersebut telah dilakukan, serta menemukan dan membuktikan siapa pelakunya. Informasi penting itulah yang bisa dikategorikan sebagai kunci untuk mendeteksi dan menginvestigasi perilaku kartel yang selama ini terhalang oleh *cloak of invisibility* dari anggota kartel.

Kesulitan yang dialami oleh KPPU ini ternyata juga dialami oleh otoritas penegak persaingan usaha di negara lain. Hal ini dapat dijadikan sebagai alasan utama mengapa jumlah kartel yang ditangani oleh KPPU selalu memperoleh jumlah terkecil jika dibandingkan dengan pelanggaran perilaku anti-persaingan yang lain.

B.3 Instrumen Pendeteksian Kartel

Joseph E. Harrington dalam tulisannya *Behavioral Screening and the Detection of Cartels* menyatakan sebagai berikut¹²²

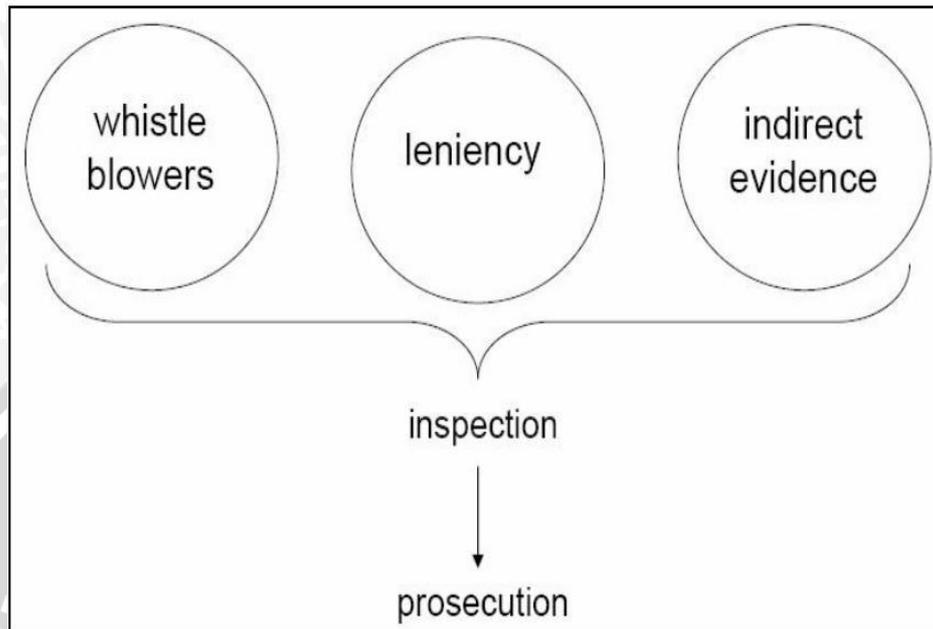
Effectively fighting cartels requires that cartels be discovered, discovered cartels be successfully prosecuted, and successfully prosecuted cartels be penalized. Operating effectively in all three stages—detection, prosecution, and penalization—is crucial to disrupting existing cartels and deterring new ones from forming.

Dari pernyataan diatas, dapat kita cermati bahwa untuk menghancurkan kartel dan mencegah pembentukannya secara efektif, tidak lepas dari 3 fase krusial yang harus dilalui secara sempurna oleh para penegak hukum, yaitu fase pendeteksian (*detection*), fase penuntutan (*prosecution*), dan fase penghukuman (*penalization*).

Dalam pendeteksian kartel, ada 3 instrumen yang menjadi senjata utama dalam proses pengungkapan kartel secara efektif, yakni *Indirect Evidence*, *Whistle blower*, dan *Leniency Program*. 3 instrumen tersebut berkaitan satu sama lain dan tidak terpisahkan. Setelah 3 instrumen tersebut terkumpul, proses investigasi dapat dimulai dengan waktu yang relatif singkat karena bantuan pihak dalam anggota kartel itu sendiri. Berikut adalah bagan 3 instrumen tersebut :

¹²² Joseph E. Harrington, Jr., *Behavioral Screening and the Detection of Cartels*, European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, USA: Hart Publishing, 2007, hal. 49.

Gambar 3:
Instrumen Pendeteksian Kartel



Sumber: Hans W. and Frank P, *The Role of Economics in Cartel Detection in Europe*, European Commission, 2007 dalam Riris Munadiya, **Bukti Tidak Langsung (Indirect Evidence) dalam Penanganan Kasus Persaingan Usaha, Op.Cit.**, hal. 165.

a. Indirect Evidence

Dari penanganan perkara yang ditangani, KPPU tidak jarang mengalami berbagai hambatan dalam pembuktian kasus, baik dari sisi bukti langsung maupun bukti tak langsung. Hal ini terjadi hampir di semua jenis kasus, baik tender maupun non tender. Sebagaimana ditetapkan dalam peraturan komisi mengenai penanganan perkara, paling tidak harus terdapat dua bukti dalam memutuskan suatu kasus sehingga dapat diajukan sebagai perkara. Kondisi ini tentu saja akan menimbulkan tantangan dalam mengolah dokumen yang diperlukan dalam penyelidikan. Dalam melakukan penyelidikan, beberapa jenis pembuktian dibutuhkan, khususnya bukti langsung maupun bukti tidak langsung.

Bukti langsung merupakan bukti nyata atau berwujud yang menunjukkan telah terjadi pelanggaran unsur persaingan usaha (*hard evidence*). Pembuktian langsung dalam praktek penetapan harga (kartel harga) yang menyebabkan adanya konspirasi antar pelaku usaha dapat dibuktikan dengan faktor berikut:

- i. *price lists*, atau harga yang diterbitkan asosiasi
- ii. notifikasi perubahan harga
- iii. pertemuan atau pembicaraan telepon antar pesaing
- iv. pertukaran informasi harga antar competitor
- v. bukti monitoring kompetitor atau kebijakan kerjasama antar pelaku yang dilakukan
- vi. pengakuan dari pihak yang berkonspirasi
- vii. dokumen, email, fax yang mengakomodir pertukaran informasi antar pesaing.¹²³

Mekanisme lain yang sering dilakukan oleh pelaku usaha dalam kartel untuk memfasilitasi kegiatan kartel antara lain:

- i. penggunaan software untuk mengalokasi pasar dan konsumen;
- ii. pertukaran informasi harga yang periodik
- iii. seminar untuk para karyawan yang terkait
- iv. dibuatnya *steering committees* dan *audit systems* secara bersama
- v. adanya hukuman terhadap perusahaan yang tidak mau ikut kerjasama; dan komunikasi melalui badan lain.¹²⁴

¹²³ Riris Munadiya, *Op.Cit.* hal. 173.

¹²⁴ *Ibid.*

Penegakan hukum persaingan selalu berusaha mendapatkan bukti langsung berupa perjanjian dalam kasus kartel, dimana dalam kenyataannya sangat sulit didapatkan, sehingga dalam hal ini bukti tidak langsung menjadi penting. Namun dalam waktu yang sama, terdapat keterbatasan dalam penggunaan bukti tidak langsung. Bukti tidak langsung berarti bukti tersebut tidak secara langsung mendeskripsikan istilah perjanjian, namun bisa dalam bentuk memfasilitasi adanya perjanjian, atau pertukaran informasi.

Terdapat dua macam tipe pembuktian tidak langsung, meliputi bukti komunikasi dan bukti ekonomi. Dari kedua bukti tersebut, bukti komunikasi atau fasilitasi lebih penting dibandingkan bukti ekonomi. Bukti komunikasi adalah bukti dimana pelaku kartel bertemu melakukan komunikasi akan tetapi tidak menjelaskan substansi komunikasi tersebut. Sebagai contoh percakapan telepon antar pelaku usaha yang dicurigai kartel, atau perjalanan mereka ke suatu tujuan yang sama. Sedangkan bukti ekonomi dapat dibagi menjadi bukti perilaku dan bukti struktur.¹²⁵

Bukti ekonomi dapat digunakan untuk menunjuk alasan khusus dalam upaya membuktikan kartel. Tipe bukti pertama adalah bukti perilaku, dimana kesepakatan perjanjian kartel telah dilakukan sehingga meninggalkan petunjuk perilaku para anggota kartel. Tipe kedua adalah struktur pasar yang menjelaskan adanya kartel, misalkan pasar yang sangat terkonsentrasi dimana terdapat produk yang homogen.

¹²⁵ *Ibid*, hal. 174.

Dari kedua tipe tersebut, tipe perilaku lebih penting daripada tipe struktur. Hal ini disebabkan karena bukti perilaku cenderung lebih nyata (*vivid*) yang dalam prosesnya nanti lebih mudah untuk dikonversi menjadi bukti langsung.

Bukti ekonomi harus secara hati-hati digunakan. Analisa ekonomi yang baik dapat memberikan dasar untuk memutuskan suatu perkara, sehingga memperkuat bukti ini untuk dijadikan bukti langsung.

Lebih lanjut, letak analisa ekonomi dalam kasus persaingan juga berpengaruh dari sisi hukum. Pihak berperkara sering menyatakan kontra pada pendekatan ekonomi sebagai bukti tidak langsung karena pendekatan ekonomi kebalikan dari teori bukti hukum, yang bergantung pada model dan asumsi. Ketidaksepahaman antar ekonom, yang menciptakan analisis yang berbeda sangat sering terjadi, sehingga merujuk pada kesimpulan bahwa bukti ekonomi tidak dapat diandalkan. Selain itu, hakim dan pengacara yang menyidangkan kasus kartel pada umumnya memiliki keterbatasan pengetahuan mengenai bukti ekonomi.

Terdapat batasan ekonomi dalam hukum persaingan, karena itulah hukum persaingan tidak dapat dan tidak seharusnya meniru seutuhnya pandangan ekonomi. Aspek hukum harus tetap dijunjung tinggi dan menjadi faktor yang paling menentukan dalam proses pembuktian perilaku kartel ini.

Dalam eksistensinya, pembuktian tidak langsung menuai kritikan dalam pandangan hukum di Indonesia. Pakar hukum di Indonesia melihat bahwa pembuktian dengan *indirect evidence* khususnya pada kasus kartel tidak dapat secara otomatis dapat dipakai di dalam hukum di Indonesia. Apalagi kalau pelaku usaha tersebut diancam dengan tindak pidana denda. Karena suatu pelanggaran

tindak pidana harus dibuktikan dengan hukum acara pidana yang lazim.¹²⁶ Dengan demikian, apabila *indirect evidence* digunakan, kedudukannya hanyalah sebagai pendukung atau penguat dari salah satu alat bukti yang dimaksud.

b. *Whistle Blower*

Whistle blower adalah istilah bagi karyawan, mantan karyawan atau pekerja, anggota dari suatu institusi atau organisasi, yang melaporkan suatu tindakan yang dianggap melanggar ketentuan kepada pihak yang berwenang. Dan yang dimaksud dalam tulisan ini, *whistle blowers* berasal dari karyawan pelaku usaha yang ikut melakukan kartel, *supplier* dari tingkat persaingan yang berbeda ataupun pelaku usaha tambahan dalam pasar bersangkutan, bahkan pihak individual yang mengutamakan penegakan hukum dan merasa bertanggung jawab untuk melaporkan pelanggaran hukum kepada pihak yang berwenang.¹²⁷

Para *whistle blower* mempunyai pengetahuan rinci mengenai pasar dimana kartel tersebut beroperasi, bagaimana cara kerja kartel, pihak mana saja yang pernah terlibat dalam tindakan yang diduga melanggar hukum tersebut, dan apa saja tindakan mereka, dimana dan kapan tindakan mereka tersebut dilakukan. Hal yang harus diperhatikan dari instrumen ini bahwa ketentuan mengenai *whistle blower* ini pada umumnya disertai dengan perlindungan identitas terhadap saksi yang menjadi kunci utama pembuka suatu kartel. Hal ini dikarenakan para pihak yang menjadi *whistle blower* seringkali mendapatkan balasan dari karyawan perusahaan yang dilaporkan, dikucilkan dalam lingkungan bisnis, dan menurut suatu penelitian, 80% dari para *whistle blower* yang melaporkan pelanggaran

¹²⁶ Erman Rajagukguk, **Sudah Saatnya UU KPPU Khususnya UU No 5/1999 Diamandemen**, www.forum-ngo.com/ dalam Riris Munadya, *Op. Cit.*, hal. 177.

¹²⁷ *Ibid*, hal. 160.

hukum kepada pihak yang berwenang dipecat dari perusahaan tempat mereka bekerja.¹²⁸

c. *Leniency Program*

Seperti telah dijelaskan diawal sub bab ini, otoritas persaingan usaha pada umumnya mengalami kesulitan dalam membuktikan praktik kartel yang terjadi oleh karena adanya jubah kasat mata (*cloak of invisibility*) yang biasanya mengelilingi para pelaku anggota kartel. Dalam rangka mengatasi kesulitan untuk mengungkap dan membuktikan keberadaan suatu kartel, otoritas persaingan usaha mulai mengandalkan bukti-bukti yang langsung bersumber dari anggota kartel itu sendiri. Usaha ini dilakukan dengan memberikan insentif atau bahkan jaminan pengampunan kepada anggota kartel yang bersedia memberikan informasi kepada pihak otoritas persaingan usaha melalui program yang lebih lanjut disebut dengan, *Leniency Programs, Amnesty Programs* atau *Immunity Programs*. Lebih lanjut, *leniency program* dapat mendorong diperolehnya bukti langsung, baik berupa pengakuan maupun bukti dokumen pihak-pihak terkait kartel, pesaing dan konsumen.¹²⁹

Pendeteksian kartel melalui *leniency program* merupakan salah satu perkembangan yang paling sukses dan luar biasa dalam dunia persaingan usaha. Semakin banyaknya *leniency program* atau *amnesty program* yang diadopsi pada berbagai negara didunia telah menjadi bukti kontribusi kepada otoritas persaingan dengan menjadi alat yang sangat efektif dalam untuk mendeteksi kegiatan kartel dan dengan memberikan anggota kartel insentif yang kuat untuk memberikan informasi mengenai konspirator lainnya.

¹²⁸ Law 360, *Rewards Would Help Leniency Plan, Cartel Reporting*, <http://www.kotchen.com/complaw360-article.pdf> (online), hal 17 diakses 21 Mei 2013.

¹²⁹ Riris Munadiya, *Op. Cit.*, hal. 168.

Selama dua puluh tahun terakhir, *leniency* dan *immunity program* merupakan inovasi dan penyegaran di dalam penegakan hukum anti kartel di seluruh penjuru dunia. Program-program tersebut telah menghasilkan pengungkapan ratusan kartel rahasia yang belangsung selama puluhan tahun. *Leniency program* juga diakui sebagai salah alat deteksi terhadap kartel yang paling paling sukses dan menarik perhatian.

Yang menjadi kunci utama dari *leniency program* ini adalah pemberian kekebalan terhadap hukuman baik secara penuh atau sebagian bagi perusahaan yang bekerjasama dengan otoritas persaingan usaha dalam mengungkapkan informasi mengenai kartel yang sedang berlangsung. Informasi tersebut dapat disampaikan sebelum investigasi dimulai ataupun ketika investigasi sedang berjalan. *Leniency program* didasari atas prinsip ekonomi yakni sebuah perusahaan yang melanggar hukum persaingan usaha dapat melaporkan tindakannya apabila diberikan insentif yang sesuai¹³⁰.

Pelaku usaha anggota kartel selanjutnya harus mengaku dan melaporkan diri mereka, menghentikan keterlibatan mereka dalam kartel yang tengah dijalankan, dan bekerja sama secara penuh dengan otoritas persaingan usaha dalam menyediakan bukti-bukti penting terkait dengan anggota kartel lainnya untuk membantu proses pemeriksaan perkara.¹³¹

¹³⁰ Evgenia Motchenkova, *Strictness of Leniency Programs and Asymmetric Punishment Effect*, <http://www.springerlink.com/content/y12261un43vp3014/fulltext.pdf>, (Online), hal 402 diakses pada 15 April 2013

¹³¹ United Nations, *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law Against Hardcore Cartels in Developing Countries*, dalam United Nations Conference on Trade and Development, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d4_en.pdf (Online) hal 3, diakses 4 Mei 2013.

Program ini membutuhkan hanya sedikit sumber daya dari otoritas persaingan usaha, dan dapat:

- i. mengungkap kartel yang tidak terdeteksi dan tidak diketahui oleh otoritas persaingan usaha
- ii. menyediakan informasi tambahan yang belum dimiliki oleh otoritas persaingan usaha dalam investigasi yang sedang berjalan, atau
- iii. setidaknya memfasilitasi investigasi dan pembuktian pelanggaran hukum persaingan dengan memberikan alat bukti yang kuat.

Leniency program akan memberikan kepada satu, atau beberapa *whistle blowers* dalam kasus kartel, pengurangan denda atau hukuman dalam jumlah besar (dibandingkan dengan denda tanpa *leniency*). Dengan kata lain, program ini meningkatkan daya tarik bagi anggota kartel untuk melaporkan kegiatan mereka (*whistle blowing*), terutama untuk menjadi *whistleblower* yang pertama, dibandingkan dengan melanjutkan kegiatan kartel. Pemohon atau *whistle blower* pertama harus diperlakukan secara lebih istimewa daripada pemohon berikutnya (kedua). Karena jika pemohon kedua diperlakukan tidak jauh berbeda dengan yang pertama, akan menimbulkan ketidakefektifan *leniency program*, karena semua pelaku kartel akan menunggu siapa yang akan melaporkan terlebih dahulu.¹³²

Suatu *leniency program* dapat menjadi senjata untuk meminimalisasi kartel yang ampuh, namun berdasarkan pengalaman di berbagai negara, program ini jarang menjadi efektif dalam waktu seketika, karena harus menunjukkan

¹³² *Ibid*, hal. 6.

terlebih dahulu bahwa program tersebut akan mengejar kartel dan terhadap pelaku kartel yang tertangkap diambil tindakan yang keras.¹³³

Scott D. Hammond dalam tulisannya *Cracking Cartels with Leniency Program* menyebutkan bahwa *leniency program* memang dirancang sedemikian rupa dan secara unik untuk memberantas praktik kartel. *Leniency program* tidak akan berjalan efektif dalam pelanggaran hukum persaingan usaha lainnya.¹³⁴

Kartel pada dasarnya sulit untuk dibuktikan, maka dibutuhkan sumber dari dalam kartel itu sendiri yang bersedia untuk bekerja sama. Karena itulah *leniency program* hadir sebagai jawaban yang tepat untuk meminimalisasi kartel dalam rangka menuju hukum persaingan usaha yang lebih sehat dimasa depan.

B.4 Model *Leniency Program* yang Tepat untuk Indonesia

Dalam kaitannya dengan perolehan alat bukti dan singkatnya waktu yang dimiliki oleh KPPU untuk menghasilkan suatu putusan, *leniency program* akan sangat berguna dan memudahkan KPPU untuk mendapatkan bukti berupa informasi ataupun pengakuan dari anggota kartel.

Agar upaya penegakan implementasi sistem hukum persaingan usaha di Indonesia yang berkaitan dengan *leniency program*, dapat tercapai, ada dua hal pokok yang harus diperhatikan yakni mengenai substansi regulasi dan faktor terkait penerapan *Leniency Program* ini.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Scott D. Hammond, *Cracking Cartels with Leniency Programs*, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/212269.htm> (online), diakses 20 Oktober 2011.

a. Substansi Regulasi

Pada dasarnya, setiap pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dapat dikenakan sanksi administratif maupun sanksi pidana sebagaimana tercantum dalam Pasal 47 sampai dengan Pasal 49 UU No. 5 Tahun 1999. Dengan kata lain, setiap pelaku usaha (dalam hal ini terlapor) yang dinyatakan terbukti melakukan pelanggaran terhadap pasal tertentu dari UU No. 5 Tahun 1999 akan dikenakan sanksi, tanpa kecuali.

Hal ini tentu akan bertolak belakang jika *leniency program* yang berintikan tentang pengampunan dan pengurangan denda pada pelaku kartel yang mengakui keikutsertaanya dalam suatu kartel dan memeberikan informasi mengenai kartel yang tengah berjalan pada otoritas persaingan usaha.¹³⁵

Prinsip dasar yang bertolak belakang antara Undang-Undang No 5 Tahun 1999 dengan prinsip dasar *Leniency program* ini, mengakibatkan ketentuan mengenai *leniency program* ini tidak dapat serta merta diterapkan kedalam hukum persaingan usaha di Indonesia, melainkan dibutuhkan pasal yang mengatur secara khusus bahwa sanksi dapat dikecualikan pada pelaku kartel yang bersedia bekerjasama dengan otoritas persaingan usaha. Oleh karena itu, amandemen terhadap Undang-Undang No 5 Tahun 1999 diperlukan.

Dalam kaitan pengimplementasian ketentuan mengenai *leniency program* dalam hukum persaingan usaha di Indonesia, dibutuhkan suatu penyelarasan pada seluruh tingkat perangkat hukum yang akan menjadi dasar hukum berlakunya *leniency program* di Indonesia.

¹³⁵ Riris Mundaiya, *Op. Cit.*, hal. 166.

Perangkat hukum yang pertama yang harus diselaraskan adalah Undang-Undang No 5 Tahun 1999. Sebagai aturan dengan strata tertinggi dalam hukum persaingan usaha, diperlukan penambahan klausula *leniency program* pada suatu bab khusus yang kemudian dapat menjadi payung hukum bagi pelaksanaan program ini.

Lebih lanjut, dalam rangka menjalankan ketentuan mengenai *leniency program* setelah diamandemennya Undang-Undang No 5 Tahun 1999, dibutuhkan suatu peraturan pemerintah yang memuat secara rigid aspek-aspek berikut ini :

- i. tata cara pelaksanaan atau prosedur
- ii. tahap pemberian (kapan *leniency* tersebut dapat diberikan)
- iii. siapa saja yang dapat mengajukan diri sebagai pemohon
- iv. syarat-syarat yang harus dipenuhi pemohon dalam mengajukan laporan,
- v. kriteria informasi yang harus disediakan pemohon kepada pihak otoritas persaingan.
- vi. Perlindungan kerahasiaan pemohon terkait dengan identitas agar pemohon terhindar dari sanksi sosial dari sesama pelaku usaha.

Ketentuan mengenai *leniency program* sebetulnya telah diatur dalam draft Pedoman tentang Kartel (Draft Perkom No.4 Tahun 2010), yang dilatarbelakangi oleh pemikiran bahwa dalam rangka memberantas kartel, penegak hukum persaingan usaha dapat menempuh dua strategi yakni dengan mendapatkan pengakuan dari agen dari suatu perusahaan yang menjadi anggota kartel.¹³⁶

¹³⁶ Lihat Draft Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999 tentang Kartel, http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/draft_pedoman_kartel.pdf (online) pada bagian Aturan dan Sanksi, poin 5.2 *Leniency Program*, diakses pada 12 Mei 2013.

Draft Perkom tersebut selanjutnya dimuat dalam website KPPU untuk mendapatkan masukan dari para *stakeholders* akan kemungkinan penerapannya. Namun dengan berlakunya Perkom No.4 Tahun 2010 pada tanggal 9 April 2010 ketentuan tersebut justru dihilangkan.

Berdasarkan keterangan narasumber Arnold Sihombing, Kepala Divisi Legal KPPU, pencabutan ketentuan tersebut disebabkan oleh belum adanya persetujuan dari rapat komisi menyangkut pemberlakuan *leniency*. Salah satu pertimbangan yang mendasarinya adalah tidak adanya dasar pijakan (payung hukum) dalam Undang-Undang No 5 Tahun 1999 yang memberikan kewenangan bagi KPPU untuk mengatur tentang *leniency program*.¹³⁷

Dengan kata lain, tidak ada satu ketentuan pun dalam Undang-Undang No 5 Tahun 1999 yang mengatur mengenai keringanan hukuman atau bahkan pengampunan kepada pelaku usaha yang melakukan kartel, yang bersedia bekerjasama dengan pihak otoritas persaingan, sehingga dapat dijadikan dasar hukum sebagai implementasi *leniency program* dalam hukum persaingan usaha di Indonesia. Hal ini kembali menegaskan urgensi amandemen Undang-Undang No 5 Tahun 1999 agar nantinya *leniency program* dapat diterapkan.

b. Beberapa Faktor Penting Terkait Penerapan *Leniency Program*

Dalam penerapannya kelak didalam hukum persaingan usaha di Indonesia, *leniency program* mempunyai faktor-faktor penentu yang tidak akan lepas dari proses implementasinya, sehingga harus diperhatikan.

¹³⁷ Keterangan Arnold Sihombing diberikan dalam wawancaranya dengan Christina Aryani, yang dimuat dalam tesisnya yang berjudul **Studi Komparatif *Leniency Program* untuk Pembuktian Kartel dalam *Antitrust Law* di Amerika Serikat dan *Antimonopoly Law* di Jepang, *Op. Cit.*, hal 119**

1. Faktor Risiko

Semakin tinggi risiko yang akan ditanggung oleh pelaku usaha atau perusahaan anggota kartel, dalam bentuk denda yang tinggi, semakin tinggi pula ketertarikan para anggota kartel untuk mendapatkan kekebalan dari hukuman (*immunity*) dengan mengikuti *leniency program*.

Dalam ketentuan Pasal 48 huruf (a) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa KPPU hanya dapat membebaskan sanksi maksimal Rp. 100 Milyar terhadap pelaku kartel, akan tidak sebanding ketika keuntungan yang diperoleh oleh anggota kartel itu sendiri mencapai jumlah Rp. 1 Trilyun. Anggota kartel akan cenderung tetap menjalankan praktik kartel tersebut, dan memilih untuk tidak mengakui keikutsertaannya atau mengikuti *leniency program*.

2. Faktor Politik

Apabila Indonesia ingin mengadopsi dan menerapkan *leniency program*, dibutuhkan komitmen politik dari masyarakat dan khususnya para anggota dewan untuk memberantas kartel agar program tersebut dapat berjalan dengan efektif. Hal ini tidak lepas dari banyaknya anggota dewan sebagai pelaku legislatif, yang berlatar belakang sebagai pengusaha yang kemudian mempengaruhi proses kebijakan persaingan usaha karena adanya *conflict of interest* yang mereka miliki.

3. Faktor Waktu.

Di berbagai negara yang telah mengadopsinya, sudah terbukti bahwa efek dari *leniency program* terhadap minimalisasi jumlah praktik kartel baru akan terlihat signifikan minimal setelah satu tahun program tersebut diterapkan dan kemudian akan meningkat kedepannya seiring dengan berjalannya waktu. Hal ini

mengindikasikan bahwa dibutuhkan waktu sebelum *leniency program* dapat berjalan dengan efektif.

4. Faktor Kepastian Hukum

Dalam putusan KPPU yang bersifat administratif, pelaku usaha dapat mengajukan keberatan atau upaya hukum kepada Pengadilan Negeri. Hal ini tentunya akan berpengaruh terhadap status para pihak yang telah ikut serta dalam *leniency program* dan dikabulkan permohonannya oleh KPPU, yakni mengenai kepastian hukum terhadap keringanan sanksi yang akan mereka dapatkan, mengingat hukum acara yang digunakan pada tingkat keberatan adalah hukum acara perdata¹³⁸ yang tidak mengenal konsep peraturan semacam *leniency program*.

5. Faktor Kerahasiaan

Kerahasiaan identitas para pemohon *leniency* harus tetap terjaga, mengingat risiko yang mereka pertaruhkan ketika mengungkap suatu kartel adalah keberadaan dan kelangsungan perusahaan mereka sendiri.

6. Faktor Sosialisasi

Faktor ini tidak kalah penting dalam rangka pengimplementasian *leniency program* di Indonesia karena untuk penerapannya, program ini harus diketahui secara umum dan disebarluaskan kepada seluruh masyarakat Indonesia dengan cara mempublikasikannya secara berkala dan menyeluruh.

Kedepannya, dibutuhkan suatu kajian lebih lanjut mengenai faktor kepastian hukum dan faktor kerahasiaan pelapor di atas yang kemungkinan besar

¹³⁸ Lihat Pasal 8 Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2005 Tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU.

akan muncul dan menjadi masalah dalam praktik pelaksanaan *leniency program* di Indonesia. Hal ini ditujukan tidak lain supaya pelaksanaan *leniency program* sedapat mungkin dapat berjalan efektif dan terhindar dari benturan-benturan dengan kaidah dan prosedur hukum lainnya di Indonesia.



BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada bab-bab sebelumnya, dapat ditarik beberapa kesimpulan sebagai berikut :

1. Uni Eropa merupakan negara pertama (bersama dengan Korea) yang mengikuti jejak Departement of Justice Amerika Serikat untuk memperkenalkan *Leniency Program* yakni pada tahun 1996. Pada masa awal penerapannya, program ini tidak berjalan efektif, hal ini terus berlanjut sampai dengan direvisinya *Leniency Program* ini pada tahun 2002, dengan menambahkan klausula imunitas bagi pelapor. Namun, masalah tidak berhenti sampai disitu. Pluralitas hukum masing-masing negara anggota dalam menangani kartel menjadi masalah klasik yang belum ditemui jalan keluarnya, sampai akhirnya pada tahun 2006 dibentuk *Model Leniency Program* (MLP) oleh *European Competition Network* (ECN), yang merupakan gabungan dari 27 otoritas persaingan usaha negara anggota Uni Eropa dan juga *Directorate General of Competition* (DG Competition). MLP dirancang sebagai program yang koheren yang menetapkan persyaratan prosedural dan substantif yang penting sehingga negara anggota ECN wajib mengadopsinya pada peraturan negara masing-masing. Dan, dengan adanya MLP yang diatur oleh ECN ini, diharapkan dapat tercapai harmonisasi peraturan sehingga tidak lagi terjadi misinterpretasi dan juga miskordinasi antar negara anggota dalam menangani kasus kartel menggunakan *leniency program* ini.

2. Pembuktian kasus kartel dapat menggunakan 2 jenis alat bukti secara universal, yaitu bukti langsung (*Direct Evidence*) dan bukti tidak langsung (*Indirect Evidence*). Namun kedua istilah ini tidak dikenal pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Padahal, dalam Perkom Nomor 4 tahun 2011 tentang pedoman pasal 5 UU no 5/1999, disebutkan bahwa selain bukti langsung, bukti tidak langsung juga diperlukan untuk membuktikan eksistensi perjanjian yang dilarang. Lebih lanjut, bukti tidak langsung (*Indirect Evidence*), bersama dengan *Whistle Blower* dan *Leniency Program* merupakan 3 instrumen penting untuk mendeteksi kartel secara efektif. Hal inilah yang belum diadopsi oleh KPPU sehingga sampai dengan saat ini, KPPU selalu menghadapi kesulitan ketika dihadapkan pada kasus pendeteksian kartel yang tidak lepas dari kolusi implisit berupa kerahasiaan yang menutupi eksistensinya. Ini terbukti dari putusan kasus kartel yang ditangani oleh KPPU dalam kurun waktu 2002-2010 yang berjumlah 14 kasus, 8 diantaranya merupakan laporan dari masyarakat, sedangkan 6 sisanya merupakan inisiatif KPPU. Dalam kaitannya dengan sulitnya pembuktian kartel oleh KPPU tersebut, dibutuhkan sumber dari kartel itu sendiri yang bersedia untuk bekerjasama dengan KPPU. Karena itulah, *leniency program* hadir sebagai jawaban yang tepat untuk meminimalisasi kartel pada hukum persaingan usaha di Indonesia.

B. Saran

Dari hasil kesimpulan diatas, terdapat beberapa saran yang penulis hendak berikan terkait dengan implementasi *leniency program* sebagai upaya minimalisasi praktek kartel dalam hukum persaingan usaha di Indonesia, yaitu :

1. Agar *leniency program* dapat diterapkan di Indonesia, perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat seyogyanya dilakukan. Hal ini penting karena selama ini *leniency program* tidak mempunyai dasar hukum yang rigid terkait dengan peraturannya. Inilah yang menyebabkan klausul *leniency program* akhirnya dihapus dari Perkom No 4 tahun 2010 tentang pedoman pasal 11 UU no 5/1999, padahal klausul tersebut ada ketika pedoman itu masih berbentuk draft.
2. Setelah perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dilakukan, pemerintah diharapkan dapat membuat peraturan pemerintah yang memuat secara terpadu aspek-aspek penting seperti prosedur permohonan *leniency program*, kapan *leniency* diberikan, siapa saja yang dapat mengajukan diri sebagai pemohon beserta syarat yang harus dipenuhinya, kriteria informasi yang dibutuhkan KPPU, serta jaminan kerahasiaan pelapor.
3. Pemerintah dan masyarakat Indonesia juga harus memperhatikan beberapa faktor terkait penerapan *leniency program* ini, seperti : faktor risiko, faktor politik, faktor waktu, faktor kepastian hukum faktor kerahasiaan serta faktor sosialisasi. Dengan terlaksananya faktor-faktor tersebut, diharapkan *leniency*

program yang efektif untuk meminimalisasi praktek kartel demi masa depan persaingan usaha yang sehat di Indonesia dapat tercapai.



DAFTAR PUSTAKA

Buku-Buku:

Andi Fahmi Lubis, dkk. **Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks dan Konteks**, Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Jakarta, 2009.

Bahder Johan Nasution, **Metode Penelitian Ilmu Hukum**, Bandung, CV. Mandar Maju, 2008.

Budi Kagramanto, **Mengenal Hukum Persaingan Usaha**, Penerbit Laras, Sidoarjo, 2012.

Elyta Ras Ginting, **Hukum Anti Monopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999**, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.

Hamidi, **Metode Penelitian dan Teori Komunikasi**, Univeritas Muhammadiyah Malang. Malang, 2007

Henry Campbell Black, M.A. *Black's Law Dictionary 8th Edition*, St. Paul, Minn: Westm Publishing Co, 2004

Johnny Ibrahim., **Hukum Persaingan Usaha**, Bayumedia Publishing, Malang, 2007

_____. **Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif**, Bayumedia, Malang, 2007

Mahendra Putra Kurnia, dkk, **Ketika Hukum Berhadapan Dengan Globalisasi**, Malang: UB Press, Malang, 2011

Moh Nazir, **Metode Penelitian**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2005.

Munir Fuady. **Hukum Antimonopoli : Menyongsong Era Persaingan Sehat**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.

Mustafa Kamal Rokan, **Hukum Persaingan Usaha**, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010

Ningrum Natasya Sirait. **Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**, Pustaka Bunga Press, Medan, 2003

Rachmadi Usman, **Hukum Persaingan Usaha di Indonesia**, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004

Sri Redjeki Hartono., **Kapita Selekta Hukum Ekonomi**, Mandar Maju, Bandung, 2000

Makalah:

Christina Aryani, **Studi Komparatif Leniency Program untuk Pembuktian Kartel dalam Antitrust Law Di Amerika Serikat dan Antimonopoly Law di Jepang**, Tesis tidak diterbitkan, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2012.

Ditha Wiradiputra. **Pengantar Hukum Persaingan Usaha Indonesia**, makalah disampaikan dalam Seminar Modul untuk Retooling Program under Employee Graduates at Priority Disiciplines under TPSDP (*Technology and Profesional Skills Development Sector Project*) DIKTI, Malang, 14 September 2004.

Harrington, Joseph E. Jr., **The Impact of a Corporate Leniency Program on Antitrust Enforcement and Cartelization**, Third Annual Research Symposium on Antitrust Economics and Competition Policy, 24 September 2010.

Rizkiyana & Iswanto. **Catatan Kritis terhadap Hukum Persaingan Usaha Indonesia**, makalah disampaikan dalam Lokakarya Penelitian Komisi Hukum Nasional RI “Penegakan Hukum Persaingan Usaha: Kajian terhadap Hukum Acara dan Pelaksanaan Putusan KPPU” Jakarta, 20 Oktober 2011

Jurnal:

Anna Maria Tri Anggraini, **Mendeteksi dan Mengungkap Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha**, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 24 No. 2, 2005.

_____, **Program Leniency dalam Mengungkap Kartel Menurut Hukum Persaingan Usaha**. Jurnal Persaingan Usaha, Edisi 6. 2011.

_____, **Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat, Per se Illegal atau Rule of Reason**, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003

Anonim, **The Basics Of Antitrust Policy: A Review Of Ten Nations And the European Communities**, World Bank Technical Papers, No. 160. November 1991

Aubert, Cécile, Patrick Rey, and William Kovacic. **The Impact of Leniency Programs on Cartels** 18 Nov 2003

Bertus Van Barlingen, **The European Commission's Leniency Notice after One Year of Operation**, Competition Policy Newsletter, 2003

Bloom, Margaret, **Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges**, European Competition Law Annual, Enforcement of Prohibition of Cartels, 2006

Borrell, Joan Ramón, Juan Luis Jiménez, Carmen García. **Evaluating Antitrust Leniency Program**, Xarxa De Referència En Economia Aplicada, Januari 2012

Calvani, Terry dan John Siegfried, **Economic Analysis and Antitrust Law**, Second Edition, United States of America: Little, Brown & Company, 1998,

Harrington, Joseph E. Jr., **Behavioral Screening and the Detection of Cartels**, European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, USA: Hart Publishing, 2007.

repository.ub.ac.id

McGowan, Lee, *The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy*, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc., 2010,

Riris Munadiya. **Bukti Tidak Langsung (*Indirect Evidence*) dalam Penanganan Kasus Persaingan Usaha**. Jurnal Persaingan Usaha, Edisi 5. 2011.

Sama, Danilo. *Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program*, Munich Personal RePEc Archive 1. Desember 2008

Spagnolo, Giancarlo, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, , Handbook of Antitrust Economics, 2005

Internet:

Anonim. *United Nation Conference on Trade and Development Model Law of Competition part 1*, (online), http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d8_exerpt_en.pdf, (14 Februari 2013).

_____. *The United Nations Set of Principles and Rules on Competition*, (online), www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf, (14 Februari 2013)

Bohra, Murtuza, *Research Paper on the Increasing Role of Economic Evidences in Prosecution of Cartels* (Online), <http://www.cci.gov.in/images/media/ResearchReports/MURTUZAIntn240211.pdf> , (5 April 2013)

Bolognese & Associates LLC. *Antitrust Litigation by Bolognese & Associates LLC*, (online), http://www.bolognese-law.com/Antitrust_Litigation.html, (14 Februari 2013)

Brigs, A. *The Welfare State in Historical Perspective*, dalam European Journal of Sociology (online), <http://www2.rgu.ac.uk/publicpolicy/introduction/wstate.htm> (18 Februari 2013)

Butler, Eamon, *The Condensed Wealth of Nations and The Incredibly Condensed Theory of Moral Sentiments*, (online) <http://www.adamsmith.org/sites/default/files/resources/condensed-WoN.pdf> (18 Februari 2013)

European Competition Network, *Introduction to European Competition Network*, (Online), http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html (5 Mei 2013)

Hasim Purba. *Tinjauan Yuridis Terhadap Holding Company, Cartel, Trust dan Concern*, (online), <http://library.usu.ac.id/download/fh/perda-hasim1.pdf>, (30 Januari 2013)

Hammond, Scott D. *Cracking Cartels with Leniency Programs*, (Online), <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/212269.htm> (20 Oktober 2011)

Kamus Besar Bahasa Indonesia, <http://www.bahasaindonesia.net/minimalisasi> (online), (19 Maret 2013)

Law 360, *Rewards Would Help Leniency Plan, Cartel Reporting*, (Online), <http://www.kotchen.com/complaw360-article.pdf> (21 Mei 2013)

Motchenkova, Evgenia dan Daniel Leliefeld. *Adverse Effects of Corporate Leniency Programs In View Of Industry Asymetry*, Journal of Applied Economic Science, Vol. V, Issue (2)/12, Summer 2010, (online), http://www.jaes.reprograph.ro/articles/summer_2010/MotchenkovaE_LeliefeldD.pdf, (17 Februari 2013)

_____, *Strictness of Leniency Programs and Asymmetric Punishment*

Effect, <http://www.springerlink.com/content/y12261un43vp3014/fulltext.pdf>,

(Online), (15 April 2013)

OECD, *Policy Brief, Prosecuting Cartels Without Indirect Evidence of Agreement*, (online)

<http://www.oecd.org/dataoecd/11/30/38704302.pdf> (25 Februari 2013)

Sjoerd Arlman. *Crime But no Punishment: An Empirical Study of the EU 1996 Leniency*

Notice and Cartel Fines in Article 81 Proceedings” (Master Thesis Universiteit van

Amsterdam, Amsterdam, 2005), (online),

<http://www.arlman.demon.nl/sjoerd/leniency.pdf>, (17 Februari 2013)

United Nations, *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of*

Competition Law Against Hardcore Cartels in Developing Countries, dalam

United Nations Conference on Trade and Development, (Online),

http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d4_en.pdf , (4 Mei 2013)

Waked, D.I. *Antitrust enforcement in developing countries: reasons for enforcement &*

non-enforcement using resource-based evidence. 5th Annual Conference on

Empirical Legal Studies Paper 2010. (online), <http://ssrn.com/abstract=1638874>, (17

Februari 2013)

Peraturan Perundang-undangan:

Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan

Usaha Tidak Sehat

Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2005 Tentang Tata Cara

Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU

Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 11 Tentang Kartel Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 Berdasarkan UU No 5 Tahun 1999

Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007

The Sherman Act 1890

The European Community Treaty

ECN Model Leniency Program, European Competition Network, November 2012

European Competition Authorities, Principles for Leniency Program (Directors' General of European Competition Authorities meeting in Dublin on 3 and 4 September 2001





ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME

(As revised in November 2012)

I. INTRODUCTION

1. In a system of parallel competences between the European Commission (hereinafter the Commission) and National Competition Authorities (hereinafter NCAs), an application for leniency¹ to one authority is not to be considered as an application for leniency to another authority. It is therefore in the interest of the applicant to apply for leniency to all Competition Authorities (hereinafter CAs) which have competence to apply Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU) in the territory which is affected by the infringement and which may be considered well placed to act against the infringement in question².
2. The purpose of the ECN Model Leniency Programme (hereinafter the ECN Model Programme) is to ensure that potential leniency applicants are not discouraged from applying as a result of the discrepancies between the existing leniency programmes within the ECN. The ECN Model Programme therefore sets out the treatment which an applicant can anticipate in any ECN jurisdiction once alignment of all programmes has taken place. In addition, the ECN Model Programme aims to alleviate the burden associated with multiple filings in cases for which the Commission is particularly well placed by introducing a model for a uniform summary application system.
3. The ECN Model Programme sets out a framework for rewarding the cooperation of undertakings which are party to agreements and practices falling within its scope. The ECN members commit to using their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme. The ECN Model Programme does not prevent a CA from adopting a more favourable approach towards applicants within its programme.

¹ The term “leniency” refers to immunity as well as a reduction of any fine which would otherwise have been imposed on a participant in a cartel, in exchange for the voluntary disclosure of information regarding the cartel which satisfies specific criteria prior to or during the investigative stage of the case (see paragraph 37 of the Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (hereinafter the Network Notice)).

² See paragraph 38 of the Network Notice.



II. SCOPE OF THE PROGRAMME

4. The ECN Model Programme concerns secret cartels, in particular agreements and/or concerted practices between two or more competitors aimed at restricting competition through, for example, the fixing of purchase or selling prices, the allocation of production or sales quotas or the sharing of markets including bid-rigging.

III. IMMUNITY FROM FINES

Type 1A

5. The CA will grant an undertaking immunity from any fine which would otherwise have been imposed provided:
 - a) The undertaking is the first to submit evidence which in the CA's view, at the time it evaluates the application, will enable the CA to carry out targeted inspections in connection with an alleged cartel;
 - b) The CA did not, at the time of the application, already have sufficient evidence to adopt an inspection decision/seek a court warrant for an inspection or had not already carried out an inspection in connection with the alleged cartel arrangement; and
 - c) The conditions attached to leniency are met.
6. With a view to enabling the CA to carry out targeted inspections, the undertaking should be in a position to provide the CA with the following:
 - The name and address of the legal entity submitting the immunity application;
 - The other parties to the alleged cartel;
 - A detailed description of the alleged cartel, including:
 - The affected products;
 - The affected territory (-ies);
 - The duration; and
 - The nature of the alleged cartel conduct;
 - Evidence of the alleged cartel in its possession or under its control (in particular any contemporaneous evidence);
 - Information on any past or possible future leniency applications to any other CAs and competition authorities outside the EU in relation to the alleged cartel.

Type 1B

7. In cases where no undertaking had been granted conditional immunity from fines before the CA carried out an inspection or before it had sufficient evidence to adopt an inspection decision/seek a court warrant for an inspection, the CA will grant an undertaking immunity from any fine which would otherwise have been imposed if:
 - a) The undertaking is the first to submit evidence which in the CA's view, enables the finding of an infringement of Article 101 TFEU³ in respect of an alleged cartel;
 - b) At the time of the submission, the CA did not have sufficient evidence to find an infringement of Article 101 TFEU in connection with the alleged cartel; and
 - c) The conditions attached to leniency are met.

Excluded immunity applicants

8. An undertaking which took steps to coerce another undertaking to participate in the cartel will not be eligible for immunity from fines under the programme⁴.

IV. REDUCTION OF FINES: TYPE 2

9. Undertakings that do not qualify for immunity may benefit from a reduction of any fine that would otherwise have been imposed.
10. In order to qualify for a reduction of fines, an undertaking must provide the CA with evidence of the alleged cartel which, in the CA's view, represents significant added value relative to the evidence already in the CA's possession at the time of the application. The concept of 'significant added value' refers to the extent to which the evidence provided strengthens, by its very nature and/or its level of detail, the CA's ability to prove the alleged cartel.
11. In order to determine the appropriate level of reduction of the fine, the CA will take into account the time at which the evidence was submitted (including whether the applicant was the first, second or third, etc. undertaking to apply) and the CA's assessment of the overall value added to its case by that evidence. Reductions granted to an applicant following a Type 2 application shall not exceed 50% of the fine which would otherwise have been imposed.
12. If a Type 2 applicant submits compelling evidence which the CA uses to establish additional facts which have a direct bearing on the amount of the

³ For national programmes, the equivalent national legal basis should be added.

⁴ Germany and Greece note that the sole ringleader is not eligible for immunity from fines under their respective programmes.

fine, this will be taken into account when setting any fine to be imposed on the undertaking which provided this evidence.

V. CONDITIONS ATTACHED TO LENIENCY

13. In order to qualify for leniency under this programme, the applicant must satisfy the following cumulative conditions:

- (1) It ends its involvement in the alleged cartel immediately following its application⁵ save to the extent that its continued involvement would, in the CA's view, be reasonably necessary to preserve the integrity of the CA's inspections;
- (2) It cooperates genuinely, fully and on a continuous basis from the time of its application with the CA until the conclusion of the case; this includes in particular:
 - (a) providing the CA promptly with all relevant information and evidence that comes into the applicant's possession or under its control;
 - (b) remaining at the disposal of the CA to reply promptly to any requests that, in the CA's view, may contribute to the establishment of relevant facts;
 - (c) making current and, to the extent possible, former employees and directors available for interviews with the CA;
 - (d) not destroying, falsifying or concealing relevant information or evidence; and
 - (e) unless and to the extent otherwise explicitly authorised by the CA, not disclosing the fact or any of the content of the leniency application at least before the CA has notified its objections to the parties⁶.
- (3) When contemplating making an application to the CA but prior to doing so, it must not have:
 - (a) destroyed evidence which falls within the scope of the application; or

⁵ 'Application' in this paragraph 13 refers to an application for a marker, a summary application or a full leniency application (as the case may be).

⁶ Due to the variety of procedures and investigative measures applied in the various jurisdictions, the ECN Model Programme has been drafted in a manner that takes into account both administrative and judicial proceedings. The terms "objections" and "statement of objections" should be read as covering all equivalent steps under the relevant procedures where the investigative stage has been completed and the parties are formally notified of the CA's objections.

- (b) disclosed, directly or indirectly, the fact or any of the content of the application it is contemplating except to other CAs or any competition authority outside the EU.

VI. PROCEDURE

Approaching the CA

14. An undertaking wishing to benefit from leniency must apply to the CA and provide it with the information specified above. Before making a formal application, the applicant may on an anonymous basis approach the CA in order to seek informal guidance on the application of the leniency programme.
15. Once a formal application has been made, the CA will, upon request, provide an acknowledgement of receipt confirming the date and time of the application. The CA will assess applications in relation to the same alleged cartel in the order of receipt.

Procedure for immunity applications

Marker for immunity applicants

16. An undertaking wishing to make an application for immunity may initially apply for a 'marker'. A marker protects an applicant's place in the queue for a given period of time and allows it to gather the necessary information and evidence in order to meet the relevant evidential threshold for immunity.
17. The CA has discretion as to whether or not it grants a marker. Where a marker is granted, the CA determines the period within which the applicant has to 'perfect' the marker by submitting the information required to meet the relevant evidential threshold for immunity. If the applicant perfects the marker within the set period, the information and evidence provided will be deemed to have been submitted on the date when the marker was granted.
18. To be eligible to secure a marker, the applicant must provide the CA with its name and address as well as information concerning:
 - The basis for the concern which led to the leniency approach;
 - The parties to the alleged cartel;
 - The affected product(s);
 - The affected territory (-ies);
 - The duration of the alleged cartel;
 - The nature of the alleged cartel conduct; and
 - Information on any past or possible future leniency applications to any other CAs and competition authorities outside the EU in relation to the alleged cartel.

Granting immunity

19. Once the CA has verified that the evidence submitted is sufficient to meet the relevant evidential threshold for immunity, it will grant the undertaking conditional immunity from fines in writing.
20. If the relevant evidential threshold is not met, the CA will inform the undertaking in writing that its application for immunity is rejected. The undertaking may in that case request the CA to consider its application for a reduction of the fine.
21. The CA will take its final position on the grant of immunity at the end of the procedure. If the CA, having granted conditional immunity, ultimately finds that the immunity applicant acted as a coercer or that the applicant has not fulfilled all of the conditions attached to leniency, the CA will inform the applicant of this promptly. If immunity is withheld because the CA finds at the end of the procedure that the conditions attached to leniency have not been fulfilled, the undertaking will not benefit from any other favourable treatment under this programme in respect of the same proceedings.

Procedure for reductions of fines applications

22. If the CA comes to the preliminary conclusion that the evidence submitted by an undertaking constitutes 'significant added value' within the meaning of the programme, it will inform the undertaking in writing of its intention to apply a reduction of fines. This confirmation will be given as early as possible and no later than the date the statement of objections is notified to the parties. The final amount of reduction will be determined at the latest by the end of the procedure.
23. If the CA finds that one or more of the conditions attached to leniency have not been fulfilled, the undertaking will not benefit from any favourable treatment under this programme in respect of the same proceedings.

Summary applications

24. In cases where the Commission is 'particularly well placed' to deal with a case in accordance with paragraph 14 of the Network Notice, the applicant that has or is in the process of filing a leniency application, either for immunity or for reduction of a fine, with the Commission may file summary applications with any NCAs which the applicant considers might be 'well placed' to act under the Network Notice. Summary applications should each have an identical substantive scope to the respective application with the Commission and should include a short description of the following:
 - The name and address of the applicant;
 - The other parties to the alleged cartel;
 - The affected product(s);
 - The affected territory(-ies);
 - The duration;

- The nature of the alleged cartel conduct;
 - The Member State(s) where the evidence is likely to be located; and
 - Information on its other past or possible future leniency applications in relation to the alleged cartel.
25. Having received a summary application, the NCA will acknowledge receipt and grant the applicant a summary application marker based on the date and time when the information was provided to the NCA concerned. In addition, if the summary applicant is the first applicant in respect of the alleged cartel at the NCA concerned, the NCA will inform the summary applicant accordingly.
26. Should an NCA having received a summary application decide to request specific further information, the applicant should provide such information promptly. Should an NCA decide to act upon the case, it will determine a period of time within which the applicant must make a full submission of all relevant evidence and information required to meet the applicable threshold. If a Type 1A or Type 1B summary applicant submits such information within the set period to the NCA, the information provided will be deemed to have been submitted on the date when the summary application marker was granted. Type 2 summary applications will be assessed in the order created by summary application markers, subject to the threshold and other requirements applicable under the respective leniency programme. If an NCA requests the applicant to make a full submission, the applicant must submit to the NCA all information and evidence relating to the alleged cartel, subject to the requirements under the relevant leniency programme.
27. Summary applications are deemed to be applications within the meaning of paragraph 41(1) of the Network Notice.

Statements under the leniency programme and oral procedure

28. Upon the applicant's request, the CA may allow oral applications. In such cases the statements⁷ may be provided orally and recorded in any form deemed appropriate by the CA. The applicant will still need to provide the CA with copies of all pre-existing documentary evidence of the cartel.
29. No access to any records of the statements (whether oral or written) will be granted before the CA has issued its statement of objections to the parties.
30. Statements (both oral and written) made under the present programme will only be exchanged between CAs pursuant to Article 12 of Regulation No 1/2003 if the conditions set out in the Network Notice are met and provided that the protection against disclosure granted by the receiving CA is equivalent to the one conferred by the transmitting CA.

⁷ The term 'statement' refers both to corporate statements given by legal representatives on behalf of undertakings and witness statements made by employees and directors of the undertakings.

VII. REVIEW OF THE ECN MODEL PROGRAMME

31. The ECN Model Programme may be reviewed on the basis of the experience gathered by the ECN members. In any event, no later than at the end of the second year after the publication of the ECN Model Programme, the state of convergence of the leniency programmes of ECN members will be assessed.



ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME

EXPLANATORY NOTES

I. INTRODUCTION

Importance of leniency programmes in the fight against cartels

1. Cartel activities are very serious violations of competition law. They injure consumers by raising prices and restricting supply. In the long term, they lead to a loss of competitiveness and reduced employment opportunities. Undertakings involved in these types of illegal activities that are willing to put an end to their participation and inform the European Commission and the National Competition Authorities (i.e. CAs) of the existence of such activities should not be dissuaded from doing so by the high fines to which they are potentially exposed. The CAs consider that it is in the public interest to grant favourable treatment to undertakings which co-operate with them.
2. The purpose of leniency programmes is to assist CAs in their efforts to detect and terminate cartels and to punish cartel participants. The CAs consider that the voluntary assistance with the above objectives has an intrinsic value for the economic well-being of individual Member States as well as the Common Market which may justify immunity in certain cases (Type 1A and 1B) and a reduction of a any fine in others (Type 2).

Safeguards for leniency information within the ECN

3. In order to prevent the mechanisms for cooperation between CAs established by Regulation No 1/2003⁸ discouraging applicants from voluntarily reporting cartel activities, the Network Notice sets out special safeguards for leniency related information⁹. These safeguards enable the CAs to exchange and use in evidence leniency related information without jeopardising the effectiveness of their respective programmes.
4. According to paragraph 39 of the Network Notice, leniency related information submitted pursuant to Article 11 of Regulation 1/2003 cannot be used by other CAs to start an investigation.
5. According to paragraph 41, information submitted by a leniency applicant or collected on that basis, may only be exchanged between two CAs in the following circumstances:
 - The applicant consents to the exchange; or
 - The applicant has applied for leniency with both CAs in the same case; or

⁸ OJ L 1, 4.1.2003, page 1.

⁹ See paragraphs 39-42 of the Network Notice. Leniency related information covers not only information contained in the leniency application itself, but all information that has been collected following any fact-finding measures that could not have been carried out but for the leniency application.

- The receiving CA provides a written commitment not to use the information transmitted or any information it may obtain after the date of the transmission to impose sanctions on the applicant, its subsidiaries or its employees. A copy of the written commitment is sent to the applicant.

Purpose of the ECN Model Programme

6. Making multiple parallel applications across the ECN is a complex exercise given the existing discrepancies between the different leniency regimes. Certain discrepancies may have adverse effects on the effectiveness of individual programmes. In addition, for cases involving a significant number of jurisdictions and for which the Commission is particularly well placed to act within the meaning of the Network Notice, the multiple filing of complete applications to all other possibly well placed CAs can be a cumbersome process which could discourage certain applicants from applying for leniency under any programme.
7. The purpose of the ECN Model Programme is to address the issue of multiple parallel applications and to provide a greater degree of predictability for potential applicants. The ECN Model Programme is based on the common experience of the CAs having operated a leniency programme for a number of years and has two principal objectives. Firstly, the ECN Model Programme is meant to trigger soft harmonisation of the existing leniency programmes and to facilitate the adoption of such programmes by the few CAs who do not currently operate one. Secondly, it sets out the features of a uniform type of short form applications (so-called summary applications) designed to alleviate the burden on both undertakings and CAs associated with multiple filing in large, cross-border cartel cases.
8. While it is highly desirable to ensure that all CAs operate a leniency programme, the variety of legislative frameworks, procedures and sanctions across the EU makes it difficult to adopt one uniform system. The ECN Model Programme therefore sets out the principal elements which, after the soft harmonisation process has occurred, should be common to all leniency programmes across the ECN. This would be without prejudice to the possibility for a CA to add further detailed provisions which suit its own enforcement system or to provide for a more favourable treatment of its applicants if it considers it to be necessary in order to ensure effective enforcement.
9. The Commission and the NCAs are committed to seeking the alignment of the programmes in their jurisdictions within the framework specified by the ECN Model Programme. It is recognised that some ECN members do not have the power to implement changes in their national leniency programmes as this power is held by other bodies. However, the existence of the ECN Model Programme should assist all relevant bodies (ECN members as well as other decision-making bodies) in implementing an efficient policy and making sure that cooperation within the ECN works as efficiently and effectively as possible.

II. THE ECN MODEL PROGRAMME

10. The ECN Model Programme sets out a framework for rewarding the cooperation of undertakings which are party to agreements and practices falling within its scope. The ECN Model Programme does not give rise to any legal or other legitimate expectations on the part of any undertaking.

A. Scope of the programme

11. The ECN Model Programme concerns secret cartels. Secrecy does not imply that all aspects of the conduct should be secret, while in particular such elements that make the full extent of the conduct and the fact that it constitutes a cartel more difficult to detect are not known to the public or the customers/suppliers.
12. Cartels constitute very serious violations of competition rules which are often extremely difficult to detect and investigate without the cooperation of at least one of the participants. The interests of consumers and citizens in ensuring that such cartels are detected, terminated and punished outweighs the interest in fining those undertakings that enable a CA to detect, terminate and punish such illegal practices.
13. For the purpose of the ECN Model Programme cartels are agreements and/or concerted practices between competitors aimed at restricting competition by co-ordinating their competitive behaviour or influencing the relevant parameters of competition within the EEA. Cartel participants would typically collude to fix their purchase or selling prices, and/or to allocate production or sales quotas and/or to share markets. These cartel practices include arrangements which either directly or indirectly affect prices, volumes, market shares and other relevant parameters of competition. By way of example, collusive practices such as restrictions on imports or exports, bid-rigging or joint boycotts fall within the scope of the ECN Model Programme¹⁰.
14. Other types of restriction such as vertical agreements and horizontal restrictions other than cartels are normally less difficult to detect and/or investigate and therefore do not justify being dealt with under a leniency programme. In addition, including agreements other than cartels within the scope of a leniency programme may risk re-introducing a kind of de facto notification system which would be undesirable. It is not excluded, however, that a cartel which includes vertical elements may be covered by the leniency programme.
15. The ECN Model Programme only concerns corporate leniency. It does not cover sanctions on natural persons which are not undertakings. In order to ensure that corporate leniency programmes work efficiently, it is however important to protect to the greatest extent possible employees and directors of the undertakings applying for immunity. It may also be appropriate to offer

¹⁰ This is a non-exhaustive list of examples. See also paragraph 59 of the Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 011, 14/01/2011, p. 1 - 72.

protection from individual sanctions to employees and directors of applicants for a reduction of any fine. A number of CAs have leniency programmes that allow both individuals and undertakings involved in a cartel to individually apply for leniency. This is not in any way impeded by the ECN Model Programme's alignment of the corporate leniency programmes.

B. Immunity from fines: Type 1A and 1B

Evidential thresholds for immunity

16. The ECN Model Programme contains two different evidential thresholds for granting immunity:
 - one for the first undertaking that provides the CA with sufficient evidence to enable it to carry out targeted inspections in connection with an alleged cartel (Type 1A); and
 - one for the first undertaking that submits evidence which in the CA's view may enable the finding of an infringement of Article 101 TFEU in connection with an alleged cartel (Type 1B).
17. Immunity is no longer available under Type 1B if it has already been granted under Type 1A.
18. Immunity is available under a lower threshold in Type 1A compared to Type 1B in order to create an incentive for cartel participants to leave the cartel and to report infringements which are not yet known to the CAs.
19. The threshold in a Type 1A situation is that the applicant must provide the CA with sufficient information to allow it to carry out targeted inspections. The assessment of the threshold will have to be carried out *ex ante*, i.e. without taking into account whether a given inspection has or has not been successful or whether or not an inspection has or has not been carried out. The assessment will be made exclusively on the basis of the type and the quality of the information submitted by the applicant. The list contained in the ECN Model Programme and described in more detail below should serve as guidance for the applicant to anticipate what is usually required by a CA.
20. In order to meet the evidential threshold in Type 1A cases, undertakings should generally be in a position to provide the CA with the following information and evidence:
 - The name and address of the legal entity submitting the immunity application, as well as the names of individuals who are or have been involved in the alleged cartel on its behalf;
 - The identity of all the other undertakings which participate(d) in the alleged cartel as well as of the individuals who, to the applicant's knowledge, are or have been involved in the alleged cartel;
 - A detailed description of the alleged cartel conduct, including for instance its aims, activities and functioning; the product(s) or service(s) concerned, the geographic coverage, the duration and the estimated

market volumes affected by the alleged cartel; the dates, locations, content and participants of alleged cartel contacts; all relevant explanations in connection with evidence provided in support of the application;

- Evidence relating to the alleged cartel in the possession of the applicant or available to it at the time of the submission, in particular contemporaneous evidence; and
 - Information on which other CAs, inside or outside the EU, have been approached or are intended to be approached by the applicant in relation to the alleged cartel.
21. If a CA has carried out an inspection or already has in its possession sufficient evidence to carry out an inspection, immunity under Type 1A will no longer be available.

Excluded applicants

22. An undertaking which has taken steps to coerce one or more undertakings to join or remain in the cartel should, as a matter of principle, be excluded from the benefit of immunity. Considerations of natural justice prevent an undertaking that has played such a role from escaping sanction altogether. The scope of the exclusion is narrow, however, so as to avoid creating uncertainty for potential applicants.

C. Reduction of fines: Type 2

23. It is in the interest of CAs to obtain the cooperation in the proceedings of those undertakings which do not qualify for immunity, either because they failed to meet the relevant evidential threshold or because of the role they played in the cartel. Such cooperation ensures that cartel activities are more efficiently investigated and penalised.
24. The value of the cooperation depends on the timing (including whether the applicant was the first, second or third, etc. to apply) and the quality and nature of the evidence submitted. There are various ways of combining these parameters to reward the contribution of the applicant. However, all systems should ensure that there is a significant difference between immunity from fines and reductions of fines in order to make applications for immunity significantly more attractive. Significant added value for type 2 applications should therefore not be rewarded with a reduction of any fine of more than 50%.
25. Applicants are required to adduce evidence which constitutes in the CA's view significant added value with respect to the evidence already in its possession at the time the application was submitted. The CA will generally consider written evidence originating from the period to which the facts pertain to have a greater value than evidence subsequently created, and incriminating evidence directly relevant to the facts in question will generally be considered to have a greater value than that with only indirect relevance. Similarly, the degree of corroboration from other sources required to rely on the evidence submitted will have an impact on the value of that evidence.

26. The ECN Model Programme contains a provision to counter any potentially adverse consequences for Type 2 applicants when they submit compelling evidence relating to additional facts which have a direct bearing on the amount of the fines.

D. Conditions attached to leniency

27. Qualifying for conditional immunity or bringing significant added value to an investigation will entitle an applicant to immunity or a reduction of fines provided that three cumulative conditions are met.
28. The final assessment of full compliance with the conditions attached to leniency is made at the end of the procedure.
29. The first condition relates to the termination of the alleged cartel conduct. Undertakings should terminate all cartel activities as soon as possible. However, experience shows that immediate termination, e.g. sudden unexplained absences from regular cartel meetings, after the application and before the CA has undertaken inspections can seriously undermine the effectiveness of subsequent inspections by alerting other cartel participants and allowing them to conceal or destroy evidence. It is therefore in the public interest to delay the complete termination of all cartel activities until the point in time necessary to safeguard the integrity of the inspection. This derogation to the general rule should be agreed to only when it is necessary and should strike the appropriate balance between bringing an end to the illegal activities of the applicant as soon as possible and protecting the effectiveness of the CA's investigation. This is also necessary to allow coordination between the various CAs in the event of parallel proceedings and to avoid applicants from being exposed to conflicting demands. The need to continue with certain cartel conduct should be discussed between the applicant and the CA at a very early stage.
30. The second condition is the obligation to cooperate with the CA throughout the procedure. This obligation is an essential feature of the leniency programme. It starts from the date of application to the CA and lasts throughout the procedure. In this respect, there is no reason to distinguish between applicants for immunity and those for a reduction of fines. In all cases, the cooperation has to be genuine, i.e., the assistance of the applicant, in addition to being comprehensive and immediate, should reveal a sincere spirit of cooperation¹¹. It has various facets and therefore the list of duties that can be drawn is necessarily non-exhaustive. It involves among others:
- providing without delay any pre-existing evidence and information which is available to the applicant or comes into its possession or under its control during the investigation;

¹¹ See, for example, the judgment of the Court of Justice of 29 June 2006 in Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon AG, a.o., at paragraphs 66 to 80; the judgment of the Court of Justice of 28 June 2005 in Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P and C-213 /02 P, Dansk Rørindustri A/S a.o. v. Commission, at paragraphs 395 and 399; and the judgment of the General Court of 9 September 2011 in Case T-12/06, Deltafina SpA v Commission, at paragraphs 124 to 134.

- answering without delay any question from the CA and making current and, where possible former, individual employees and directors available for interviews with the CA. This encompasses, inter alia, gathering all relevant information and material relevant to substantiate the leniency application that may be in possession of an employee or a director prior to their dismissal¹² or their voluntary departure;
 - not destroying, falsifying or concealing evidence which falls within the scope of the application after having applied for leniency;
 - not revealing (directly or indirectly) the fact or any of the content of its leniency application before the CA has notified its objections to the parties.
31. The obligation of non-disclosure of the application shall not be considered breached if the applicant informs another competition authority of the existence or the content of the leniency application, in the context of multiple applications by the same leniency applicant. Similarly, the obligation of non-disclosure shall not be considered breached if the applicant involves external counsel for the purpose of obtaining legal advice, provided the applicant ensures that the external counsel does not disclose any such information to any third party. Leniency applicants are encouraged to take necessary internal measures that would allow them to show to the CA, upon request, who has been informed by the applicant, at what date and time, about the fact or any of the content of the (contemplated or submitted) leniency application.
32. Unless otherwise explicitly authorised by the CA, an applicant's obligation of non-disclosure lasts at least until the CA has notified its objections to the parties. CAs may apply the obligation for a longer period, beyond the notification of objections to the parties, for example throughout their entire procedure. Leniency applicants who have submitted multiple applications with several CAs are encouraged to carefully verify throughout the duration of the procedures at the different CAs until when the obligation of non-disclosure is applicable to them under each leniency regime, in order to comply with all of them.
33. The third condition requires that the applicant should not, when contemplating making a leniency application to the CA but before doing so, have:
- a) destroyed evidence which falls within the scope of the application; or
 - b) disclosed, directly or indirectly, the fact or any of the content of its contemplated application except to other CAs.
34. Failure to comply fully with any of these conditions will disqualify the applicant from the leniency programme in the relevant proceedings.

¹² The applicant is encouraged to inform the CA beforehand of any contemplated dismissal of an employee or director who may be in possession of information and material relevant to the leniency application.

E. Procedure

Approaching the CA

35. All CAs accept anonymous approaches by potential applicants wishing to obtain guidance on their respective programmes. Some CAs have more formalised systems for such approaches, such as hypothetical applications.

Marker for immunity applicants

36. A marker protects an applicant's place in the queue for a given period of time. It allows the applicant to complete its internal investigation to gather the required information and evidence in order to meet the threshold.
37. In the ECN Model Programme, markers are available at the discretion of the CA. Some CAs may choose only to grant markers when it is clear that immunity is available or in certain type of situations, whereas certain others may grant markers in every case. Taking account of the specificities of each individual case the CA may decide the duration of the marker. In the event of parallel action by a number of CAs, the CAs will endeavour to use their discretion in a manner that allows their respective investigations to be coordinated smoothly.
38. The ECN Model Programme specifies the information required to secure a marker within the meaning of this programme. It is broadly equivalent to what is required to file a summary application. Some CAs however may decide to protect the applicant's place in the queue on the basis of more limited information, depending on the case at hand. In any event, an applicant would as a minimum have to provide its name and address and to satisfy a CA that it has a concrete basis for a reasonable concern that it has participated in cartel conduct.

Procedure for immunity and reduction of fines applications

39. CAs should deal with an application in a manner which ensures a high degree of legal certainty for the applicant. This implies that the applicant is informed as early as possible of the status of its application and that it will receive an acknowledgement of receipt of its submission(s).
40. If a CA has granted conditional immunity, no fines will be imposed on the applicant in relation to the cartel which is the subject of the application, provided that the conditions attached to leniency are fulfilled during the procedure and that it is not found that the applicant has acted as a coercer. Similarly, any position taken on an application for reduction of fines is subject to the conditions set out in the programme.

Summary applications

41. Experience has shown that applicants often choose to apply to several CAs simultaneously in cases for which the Commission is particularly well placed to act under paragraph 14 of the Network Notice. Such precautionary multiple applications are time-consuming both for the NCAs and the applicants. They are however useful to allow network members to have an informed view on

whether or not they want to act on a case and to protect the position of the applicant in the event of a case being reallocated, given that an application to one CA does not count as an application to all CAs.

42. In order to alleviate the burden associated with multiple parallel applications on both undertakings and NCAs, the ECN Model Programme contains a model for a uniform system of summary applications. By filing a summary application, the applicant protects its position under the leniency programme of the NCA concerned for the alleged cartel on which it has submitted, or is in the process of submitting, a leniency application to the Commission. Summary applications will be possible irrespective of the applicant's position(s) in the leniency queue at the Commission and the NCA, i.e. in Type 1A, Type 1B and Type 2 applications.
43. If the applicant files a summary application before 'well placed' NCAs, in accordance with paragraph 24 of the ECN Model Programme, each NCA concerned will grant the applicant a summary application marker. The summary application marker aims at protecting the applicant's position under the leniency programme before the concerned NCAs, in particular during the phase of case allocation. As concerns Type 1A or Type 1B summary applicants, the summary application marker will mean that, if it is perfected at a later point in time, in particular after a reallocation of the case to the NCAs concerned, all information then provided to the NCAs concerned will be deemed to have been submitted by the applicant to the respective NCAs at the time of the summary application marker. Type 2 summary applications will be assessed in the order created by summary application markers, insofar as relevant under the applicable leniency programme.
44. A summary application is an application for leniency and CAs having received such an application are entitled to exchange information without the consent of the applicant, in accordance with paragraph 41(1) of the Network Notice.
45. The NCAs will not process summary applications, i.e. they will not grant or deny conditional immunity or leniency. They will only (a) acknowledge receipt to the applicant, (b) grant the applicant a summary application marker and (c) confirm that the applicant would have a given period of time in which to complete the application, should the NCA at any point later request the applicant to make a full application. In addition, if the summary applicant is the first applicant in respect of the alleged cartel at the NCA concerned (i.e. in Type 1A or Type 1B cases), the NCA will inform the summary applicant accordingly.
46. As long as the CA has not decided to take action in the case, the applicant's duty to provide further information and generally assist with the investigation only exists towards the Commission. However, since the scope of a summary application marker is essentially determined by the content of the leniency application, applicants should consider the following. From a substantive point of view, a summary application should be a proper summary of the leniency application submitted at the Commission. Therefore, if a leniency applicant has received a summary application marker from an NCA, and it subsequently provides information and evidence to the Commission which indicates that the alleged cartel is significantly different in scope than reported

to the NCAs in its summary applications (for example, it covers an additional product), the applicant should consider updating the NCAs where it has filed summary applications in order to keep the scope of its protection at the NCAs identical to the scope of protection at the Commission. The duties specified under paragraphs 13(2)(d) (no destruction, falsification or concealment) and 13(2)(e) (no disclosure of contents or existence of the application) of the ECN Model Programme will also be owed to the NCA which has received the summary application.

47. In addition, the applicant must comply with any specific additional information requests of an NCA which has received a summary application in particular for the NCA to reach an informed view on the issue of case allocation. Failure to comply with such requests by an NCA fully and expeditiously would result in loss of the summary application marker. If the applicant is requested by an NCA to perfect the summary application into a full application, the applicant must submit to the NCA all information and evidence that relates to the alleged cartel. Normally, this would require the applicant to provide NCAs with all information and evidence that it has also supplied to the Commission. In this context, applicants are encouraged to verify the requirements applicable under the relevant leniency programmes with the NCAs concerned. Moreover, the applicant shall provide the NCA with any additional information that may be required under the relevant leniency programme.
48. The timing of the termination by the applicant of its participation in the cartel in summary application cases is for the Commission to determine.
49. The ECN Model Programme lists the information which must be contained in a summary application. Firstly, the information and the level of detail must be sufficient to enable the CA to decide whether it wants to act in the case. Secondly, it must allow the CA to determine whether the applicant should be granted a summary application marker. NCAs agree to show flexibility (to the extent legally permissible) as to the language(s) in which summary applications can be made. **Annex 1** to the explanatory notes contains a template in English that applicants may use when preparing a summary application. Applicants should duly consider the applicable language requirements when submitting a summary application.

Statements under the leniency programme and oral procedure

50. The ECN members are strong proponents of effective civil proceedings for damages against cartel participants. However, they consider it inappropriate that undertakings which cooperate with them in revealing cartels should be placed in a worse position in respect of civil damage claims than cartel members that refuse to cooperate. The discovery in civil damage proceedings of statements which have been made specifically to a CA in the context of its leniency programme risks creating this very result and, by dissuading cooperation in the CAs' leniency programmes, could undermine the effectiveness of the CAs' fight against cartels. Such a result could also have a negative impact on the fight against cartels in other jurisdictions. The risk that an applicant becomes subject to a discovery order depends to some extent on the affected territories and the nature of the cartel in which it has participated. Experience has so far shown that it is more likely that discovery orders will be

made in cases which the Commission is particularly well placed to deal with than in cartels that are limited to a certain region or a certain Member State.

51. In order to limit any such negative consequences for the CAs' leniency programmes, the ECN Model Programme allows for oral applications (summary, marker or full applications) in all cases where this would appear to be justified and proportionate. Oral applications are always justified and proportionate in cases where the Commission is particularly well placed to act under paragraph 14 of the Network Notice. Some CAs will accept oral applications without requiring the applicant to demonstrate that its request is justified and proportionate.
52. The ECN Model Programme also stipulates that no access will be granted to any records of any statements (oral and written) before the statement of objections has been issued. In addition, given the differences in the rules concerning access to the file and/or public access to documents in the various jurisdictions, the ECN Model Programme stipulates that the exchange of records of statements (oral or written) between CAs is limited to cases where the protections afforded to such records by the receiving CA are equivalent to those afforded by the transmitting CA.



Authorities in EU Member States which operate a leniency programme

Austria	Bundeswettbewerbsbehörde (Federal Competition Authority)
Belgium	Conseil de la Concurrence/Raad voor de Mededinging (Competition Council)
Bulgaria	Commission on Protection of Competition
Cyprus	Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού -ΕΠΙΑ (Commission for the Protection of Competition-CPC)
The Czech Republic	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Office for the Protection of Competition)
Denmark	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (The Danish Competition and Consumer Authority)
Estonia	Konkurentsiamet (Estonian Competition Board)
Finland	Kilpailuvirasto (Finnish Competition Authority)
France	Autorité de la concurrence (French Competition Authority)
Germany	Bundeskartellamt (Federal Cartel Office)
Greece	Hellenic Competition Commission
Hungary	Gazdasági Versenyhivatal (GVH - Hungarian Competition Authority)
Ireland	The Competition Authority
Italy	Autorità garante della Concorrenza e del Mercato
Latvia	Konkurences padome (Competition Council Republic of Latvia)
Lithuania	Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (Competition Council of the Republic of Lithuania)
Luxembourg	Conseil de la Concurrence
The Netherlands	Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)
Poland	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Office for Competition and Consumer Protection)
Portugal	Autoridade da Concorrência

Romania

Competition Council

Slovakia

**Protimonopolný úrad Slovenskej republiky (AMO -
Antimonopoly Office of the Slovak Republic)**

Slovenia

**Urad RS za varstvo konkurence (Competition Protection
Office)**

Spain

Comisión Nacional de la Competencia

Sweden

Konkurrensverket (Swedish Competition Authority)

The United Kingdom

Office of Fair Trading (OFT)

