



P U T U S A N

Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA
MAHKAMAH AGUNG

memeriksa perkara perdata khusus sengketa persaingan usaha pada tingkat kasasi memutuskan sebagai berikut dalam perkara antara:

KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA REPUBLIK INDONESIA (KPPU), yang diwakili oleh Ketua KPPU M. Nawir Messi, berkedudukan di Jalan Ir. H. Juanda Nomor 36, Jakarta Pusat, dalam hal ini memberi kuasa kepada Gopprera Panggabean, S.E., Ak., Direktur Penindakan, Deputi Bidang Penegakan Hukum dan kawan-kawan, berkantor di Jalan Ir. H. Juanda Nomor 36, Jakarta Pusat, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 3 Juni 2015;

Pemohon Kasasi dahulu Termohon Keberatan;

m e l a w a n

I. EXCELCOMINDO PRATAMA, Tbk., yang diwakili oleh Presiden Direktur/Chief Executive Officer Dian Siswarini, berkedudukan di Graha XL, Jalan Dr. Ide Anak Agung Gde Agung Lot 4-7, Nomor 1, Kawasan Mega Kuningan, Jakarta, dalam hal ini memberi kuasa kepada Stefanus Harjanto, S.H., LL.M., dan kawan-kawan, Para Advokat, berkantor di Chase Plaza, Lantai 18, Jalan Jenderal Sudirman Kavling 21, Jakarta, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 6 Juli 2015;

Termohon Kasasi I dahulu Pemohon Keberatan I/Terlapor I;

II. PT. TELEKOMUNIKASI SELULAR, yang diwakili oleh Direktur Utama Ririe Adriansyah, berkedudukan di Gedung Wisma Mulia, Mezzanine, Lantai 18, Jalan Jenderal Gatot Subroto Nomor 42, Jakarta, dalam hal ini memberi kuasa kepada Ignatius Andy, S.H., dan kawan-kawan, Para Advokat, berkantor di Equity Tower, Lantai 11, Kawasan Bisnis Sudirman, Jalan Jenderal Sudirman Kavling 52-53, Jakarta Selatan, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 16 September 2015;

Termohon Kasasi II dahulu Pemohon Keberatan II/Terlapor II;

III. PT. BAKRIE TELECOM, Tbk., berkedudukan di Wisma Bakrie, Lantai 2, Jalan H.R. Rasuna Said Kavling B-1, Jakarta;

Hal. 1 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Termohon Kasasi III dahulu Pemohon Keberatan III/Terlapor VI;

IV. PT. TELEKOMUNIKASI INDONESIA, Tbk., yang diwakili oleh Direktur Consumer Service Dian Rachmawan, berkedudukan di Jalan Japati Nomor 1 Bandung, dalam hal ini memberi kuasa kepada Tony Suwarjo, S.H., LL.M., VP Legal & Compliance, Corporate Secretary Departement dan kawan-kawan, berkantor di Jalan Gatot Subroto Kavling 52, Jakarta, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 12 Oktober 2015;

Termohon Kasasi IV dahulu Pemohon Keberatan IV/Terlapor IV;

V. PT. MOBILE-8 TELECOM, Tbk., dahulu berkedudukan di Menara Kebon Sirih Lantai 18, Jalan Kebon Sirih Kavling 17-19, Jakarta Pusat, sekarang berkedudukan di Jalan H. Agus Salim Nomor 45 Jakarta Pusat;

Termohon Kasasi V dahulu Pemohon Keberatan V/Terlapor VII;
d a n

I. PT. INDOSAT, Tbk., yang diwakili oleh Direktur Utama Alexander Rusli, berkedudukan di Jalan Medan Merdeka Barat Nomor 21, Jakarta, dalam hal ini memberi kuasa kepada Chandra M. Hamzah, S.H., dan kawan-kawan, Para Advokat, berkantor di Menara Rajawali Lantai 16, Jalan Mega Kuningan, Jakarat Selatan, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 20 November 2015;

Turut Termohon Kasasi I dahulu Turut Termohon Keberatan I/ Terlapor III;

II. PT. HUTCHISON CP TELECOMMUNICATION, berkedudukan di Menara Mulia Lantai 10, Jalan Jenderal Gatot Subroto Kavling 9-11, Jakarta;

Turut Termohon Kasasi II dahulu Turut Termohon Keberatan II/ Terlapor V;

III. PT. SMART TELECOM, yang diwakili oleh Presiden Direktur Merza Fachys, berkedudukan di Jalan H. Agus Salim Nomor 45, Kebon Sirih, Menteng, Jakarta Pusat, dalam hal ini memberi kuasa kepada M. Rasyid Ridho, S.H., M.H., dan kawan-kawan, Para Advokat, berkantor di Intercon Plaza, Blok E-12, Taman Kebon Jeruk, Jalan Meruya Ilir, Jakarta Barat, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 27 Agustus 2015;



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia
putusan.mahkamahagung.go.id

Turut Termohon Kasasi III dahulu Turut Termohon Keberatan III/
Terlapor VIII;

IV. PT. NATRINDO TELEPON SELULER, berkedudukan di
Gedung Citra Graha Lantai 3, Jalan Jenderal Gatot Subroto
Kavling 35-36, Jakarta;

Turut Termohon Kasasi IV dahulu Turut Termohon Keberatan IV/
Terlapor IX;

Mahkamah Agung tersebut;

Membaca surat-surat yang bersangkutan;

Menimbang, bahwa dari surat-surat tersebut ternyata bahwa sekarang
Termohon Kasasi I, II, III, IV, V dahulu sebagai Pemohon Keberatan I, II, III, IV,
V/Terlapor I, II, VI, IV, VII telah mengajukan keberatan terhadap putusan Komisi
Pengawas Persaingan Usaha Nomor 26/KPPU-L/2007, tertanggal 18 Juni 2008,
yang amarnya sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa Terlapor I: PT. Excelcomindo Pratama, Tbk., Terlapor II:
PT. Telekomunikasi Selular, Terlapor IV: PT. Telekomunikasi Indonesia,
Tbk., Terlapor VI: PT. Bakrie Telecom, Tbk., Terlapor VII: PT. Mobile-8
Telecom, Tbk., Terlapor VIII: PT. Smart Telecom, terbukti secara sah dan
meyakinkan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
2. Menyatakan bahwa Terlapor III: PT. Indosat, Tbk., Terlapor V:
PT. Hutchinson CP Telecommunications, Terlapor IX: PT. Natrindo Telepon
Seluler tidak terbukti melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun
1999;
3. Menghukum Terlapor I: PT. Excelcomindo Pratama, Tbk., dan Terlapor II:
PT. Telekomunikasi Selular, masing-masing membayar denda sebesar
Rp25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah) yang harus disetor ke
Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang
persaingan usaha Departemen Perdagangan, Sekretariat Jendral satuan
Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan
kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang
Persaingan Usaha);
4. Menghukum Terlapor IV: PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk., membayar
denda sebesar Rp18.000.000.000,00 (delapan belas miliar rupiah) yang
harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda
pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan,
Sekretariat Jendral satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha

Hal. 3 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

Disclaimer

Kepaniteraan Mahkamah Agung Republik Indonesia berusaha untuk selalu mencantumkan informasi paling kini dan akurat sebagai bentuk komitmen Mahkamah Agung untuk pelayanan publik, transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan fungsi peradilan.
Dalam hal Anda menemukan inakurasi informasi yang termuat pada situs ini atau informasi yang seharusnya ada, namun belum tersedia, maka harap segera hubungi Kepaniteraan Mahkamah Agung RI melalui :

Email : kepaniteraan@mahkamahagung.go.id
Telp : 021-384 3348 (ext.318)



melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);

5. Menghukum Terlapor VI: PT. Telekomunikasi Bakrie Telecom, Tbk., membayar denda sebesar Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan, Sekretariat Jendral satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
6. Menghukum Terlapor VII: PT. Mobile-8 Telecom, Tbk., membayar denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan, Sekretariat Jendral satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);

Bahwa, terhadap amar putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Pemohon Keberatan I, II, III, IV, V, telah mengajukan keberatan di depan persidangan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang pada pokoknya sebagai berikut:

Keberatan Pemohon Keberatan I/PT. Excelcomindo Pratama, Tbk.:

Mengenai Kewenangan KPPU:

Sesuai dengan Asas Hukum *Lex Specialis Derogat Legi Generali*, KPPU tidak berwenang untuk mengawasi Persaingan Usaha didalam Industri Telekomunikasi yang merupakan kewenangan khusus dari Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia ("BRTI");

1. Dalam sistem hukum Indonesia, dikenal adanya asas hukum "*lex specialis derogat legi generali*", yang artinya ketentuan hukum yang bersifat umum tidak berlaku jika ada ketentuan hukum lain yang bersifat khusus dan juga mengatur hal yang sama. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999), adalah suatu peraturan umum yang mengatur mengenai kegiatan persaingan usaha di Indonesia termasuk kegiatan persaingan usaha di bidang atau industri telekomunikasi. Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi (Undang-Undang Telekomunikasi) memberikan pengaturan secara khusus



mengenai kegiatan persaingan usaha dalam industri pertelekomunikasian di Indonesia;

2. KPPU memiliki wewenang umum untuk melakukan kegiatan pengawasan persaingan usaha di Indonesia berdasarkan ketentuan Pasal 36 Undang-Undang Nomor 5/1999, sedangkan berdasarkan ketentuan Pasal 4 Undang-Undang Telekomunikasi jo. Pasal 6 huruf b angka 2 Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 31/2003 tentang Penetapan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia ("KM Nomor 31/2003"), BRTI memiliki kewenangan khusus untuk melakukan kegiatan pengawasan persaingan usaha khusus untuk industri telekomunikasi;

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Telekomunikasi mengatur:

"Telekomunikasi dikuasai oleh Negara dan pembinaannya dilakukan oleh Pemerintah";

Selanjutnya Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Telekomunikasi mengatur:

"Pembinaan telekomunikasi diarahkan untuk meningkatkan penyelenggaraan telekomunikasi yang meliputi penetapan kebijakan, pengaturan, pengawasan dan pengendalian";

Sesuai dengan Penjelasan Resmi ketentuan Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Telekomunikasi yang berbunyi:

".....Fungsi penetapan kebijakan, pengaturan, pengawasan dan pengendalian dilaksanakan oleh Menteri. Sesuai dengan perkembangan keadaan, fungsi pengaturan, pengawasan dan pengendalian penyelenggaraan telekomunikasi dapat dilimpahkan kepada suatu badan regulasi";

Maka Menteri Perhubungan kemudian mengeluarkan KM Nomor 31/2003 tentang penetapan pendirian BRTI;

Pasal 5 KM Nomor 31/2003 mengatur:

"Untuk penyelenggaraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi, Menteri melimpahkan fungsi pengaturan, pengawasan dan pengendalian kepada BRTI";

Selanjutnya Pasal 6 huruf b KM Nomor 31/2003 mengatur:

"Untuk melaksanakan fungsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, BRTI mempunyai tugas:

- b. Pengawasan terhadap penyelenggaraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi, yaitu:

- 1) kinerja operasi;
- 2) persaingan usaha;



3) penggunaan alat dan perangkat telekomunikasi;

Berdasarkan penafsiran hukum sistematis terhadap:

(a). Ketentuan Pasal 10 Undang-Undang Telekomunikasi yang berbunyi:

(1) Dalam penyelenggaraan telekomunikasi dilarang melakukan kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat di antara penyelenggara telekomunikasi;

(2) Larangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;

(b). Penjelasan Resmi Pasal 10 Undang-Undang Telekomunikasi yang berbunyi:

"Pasal ini dimaksudkan agar terjadi kompetisi yang sehat antar penyelenggara telekomunikasi dalam melakukan kegiatannya;

Peraturan perundang-undangan yang berlaku dimaksud adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta peraturan pelaksanaannya";

Dapat ditarik kesimpulan bahwa pengawasan terhadap ketaatan pelaku usaha telekomunikasi terhadap ketentuan Undang-Undang Nomor 5/1999 adalah kewenangan khusus dari BRTI;

3. Dalam butir 3.14 pertimbangan hukum Putusan *a quo*, Termohon Keberatan menolak argumentasi dari PT. Telekomunikasi Seluler dan PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk., mengenai kewenangan khusus BRTI ini dengan mengajukan argumentasi bahwa:

"Salah satu pengaturan di dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 dalam Pasal 10 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999, menyatakan bahwa dalam penyelenggaraan telekomunikasi dilarang melakukan kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat di antara penyelenggara jasa telekomunikasi, sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang dimaksud";

"Dalam penjelasan pasal tersebut disebutkan peraturan perundang-undangan yang berlaku tersebut adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta peraturan pelaksanaannya";



"Bahwa dengan demikian, norma persaingan di dalam penyelenggaraan telekomunikasi tidak dapat dilepaskan dari eksistensi dan aplikasi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999";

Sampai disini argumentasi Termohon Keberatan masih valid dan dapat diterima, karena norma persaingan usaha atau hukum substantif yang mengatur soal persaingan usaha dalam Undang-Undang Telekomunikasi juga menggunakan ketentuan Undang-Undang Nomor 5/1999;

Namun demikian, mengingat pengawasan terhadap ketaatan penyelenggara jasa telekomunikasi terhadap ketentuan Undang-Undang Nomor 5/1999 merupakan wewenang khusus dari BRTI, selayaknya Termohon Keberatan tidak "ikut campur" ketika BRTI sudah melaksanakan kewenangannya;

Dalam kaitannya dengan keputusan Pemohon Keberatan dan operator lain untuk mencegah terjadinya *spamming* dengan mencantumkan klausula mengenai harga SMS dalam Perjanjian Interkoneksi, BRTI sudah melaksanakan fungsi pengawasannya dan telah menegur para operator seluler agar menghentikan tindakan yang dapat dianggap sebagai pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999; Hal ini terbukti lewat surat yang dikirimkan oleh Pengurus Asosiasi Telpon Seluler Indonesia ("ATSI") Nomor 002/ATSI/JSS/VI/2007, tanggal 4 Juni 2007 Perihal: Penetapan Harga. Dalam Surat tersebut ATSI menyatakan:

"Menindaklanjuti rapat BRTI dengan wakil ATSI pada tanggal 30 Mei 2007 tentang Penetapan Harga Bersama dan adanya indikasi diantara operator seluler yang tergabung dalam anggota ATSI melakukan perilaku yang bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999";

Dari fakta ini, terlihat bahwa BRTI sudah menegur ATSI dan meminta agar anggota ATSI termasuk Pemohon Keberatan memperbaiki klausula yang mengatur harga SMS dalam Perjanjian Interkoneksi karena berpotensi melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999;

Pemohon Keberatan juga dengan itikad baik sudah mematuhi teguran dari BRTI dengan melakukan amandemen terhadap Perjanjian Interkoneksi dan menghapuskan klausula harga SMS tersebut. Hal ini sudah sesuai dengan karakter industri telekomunikasi sebagai industri yang diatur sangat ketat oleh pemerintah (*highly regulated*), dan karena itu pengawasan terhadap industri ini memang selayaknya dilaksanakan oleh pihak-pihak yang memiliki kewenangan khusus dan pengetahuan yang memadai mengenai industri telekomunikasi;

Hal. 7 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



4. Dalam pertimbangan Putusan *a quo* butir 3.21 Termohon Keberatan menyatakan:

"Majelis Komisi menilai kewenangan yang dimiliki oleh BRTI tersebut tidak bertentangan dengan kewenangan yang dimiliki oleh Komisi namun sejalan dan justru menciptakan *konvergensi* diantara keduanya. Agar lebih jelasnya, Majelis Komisi menyatakan bahwa Komisi tidak hanya memiliki tugas untuk mengawasi namun juga memiliki kewenangan untuk mengambil tindakan hukum terhadap pelaku usaha yang melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sedangkan BRTI sebagaimana ketentuan di dalam KM 31 Tahun 2003 tersebut hanya memiliki kewenangan untuk mengawasi saja";

Pendapat Termohon Keberatan sebagaimana dinyatakan dalam pertimbangan hukum di atas adalah keliru, karena ketentuan Pasal 6 KM Nomor 31/2003 secara tegas menyatakan bahwa BRTI memiliki tugas:

- (a) Pengaturan;
- (b) Pengawasan; dan
- (c) Pengendalian terhadap penyelenggaraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi. Jadi, kewenangan pengawasan hanyalah merupakan salah satu dari kewenangan yang dimiliki oleh BRTI;

Secara analogi, kalau diandaikan bahwa KPPU adalah dokter umum yang berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 5/1999 memiliki kewenangan untuk mengobati pasien berupa dunia usaha yang "sakit" karena melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 5/1999 (i.c. ketentuan Pasal 5), maka jika sudah ada dokter spesialis (i.c. BRTI) yang memiliki keahlian khusus untuk suatu penyakit tertentu (i.c. penyakit dalam industri telekomunikasi) sedang berupaya menyembuhkan penyakit tersebut dengan memberikan obat yang tepat dengan dosis yang tepat, logikanya akan sangat fatal jika dokter umum yang pengetahuannya terbatas tiba-tiba saja turut campur dan memberikan obat secara *overdosis*;

Analogi ini sangat cocok dengan situasi yang sekarang ini terjadi, karena Termohon Keberatan yang tidak memiliki pengetahuan yang memadai akan industri telekomunikasi yang padat modal, padat teknologi, dan *highly regulated*, ikut campur dalam kewenangan yang seharusnya merupakan wewenang eksklusif BRTI dengan memberikan hukuman yang *overdosis*



sehingga alih-alih akan "menyembuhkan" penyakit tapi malah dapat berakibat membunuh industri telekomunikasi Indonesia;

Sesuai Dengan Asas Hukum *Lex Posteriori Derogat Legi Anteriori*, Termohon Keberatan Juga Tidak Memiliki Kewenangan Untuk Melakukan Pengawasan Terhadap Industri Telekomunikasi, Mengingat Undang-Undang Telekomunikasi Yang Diundangkan Setelah Berlakunya Undang-Undang Nomor 5/1999 Memberikan Kewenangan Khusus Kepada Pemerintah (cq. BRTI) Untuk Mengawasi Persaingan Usaha Pada Industri Telekomunikasi

5. Selain berdasarkan asas hukum *lex specialis derogat legi generali* (ketentuan hukum yang khusus mengesampingkan berlakunya ketentuan hukum yang umum), berdasarkan asas hukum *lex posteriori derogat legi anteriori* (ketentuan hukum yang lebih baru mengesampingkan berlakunya ketentuan hukum yang lebih lama); Termohon Keberatan jelas tidak memiliki yurisdiksi untuk mengawasi persaingan usaha pada industri telekomunikasi yang merupakan wewenang khusus dari BRTI;

Undang-Undang Nomor 5/1999 diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 dan mulai efektif berlaku 1 (satu) tahun sejak diundangkan, sedangkan Undang-Undang Telekomunikasi diundangkan pada tanggal 8 September 1999 dan juga mulai efektif berlaku 1 (satu) tahun sejak diundangkan. Oleh karena itu, kewenangan melakukan pengawasan umum yang dimiliki oleh Termohon Keberatan sesuai dengan asas hukum *lex specialis derogat legi anteriori* seyogyanya berakhir pada saat BRTI menjalankan kewenangan pengawasan khususnya sesuai ketentuan Undang-Undang Telekomunikasi;

Termohon Keberatan Melakukan Pelanggaran Terhadap Asas *Due Process Of Law* Dan Melampaui Wewenangnyanya (*Ultra Vires*) Dengan Menyebutkan Adanya *Consumer Loss* Dalam Kasus Ini, Mengingat Kewenangan Untuk Menentukan Tarif Telekomunikasi Merupakan Wewenang BRTI, Dan BRTI Tidak Pernah Menegur Pemohon Keberatan Berkaitan Dengan Penentuan Tarif SMS Off-Net

6. Kalaupun diasumsikan bahwa Termohon Keberatan memiliki kewenangan untuk mengawasi persaingan usaha dalam industri telekomunikasi, *quod non*, Termohon Keberatan tetap telah melanggar asas *due process of law* (pemeriksaan perkara yang fair dan adil) serta melampaui wewenangnyanya ketika dalam pertimbangan Putusan *a quo* di bawah butir 5.6.17 sampai dengan butir 5.6.24 memberikan gambaran mengenai terjadinya kerugian konsumen (*consumer loss*) sebesar Rp2.827.700.000.000 (dua triliun delapan ratus dua puluh tujuh miliar tujuh ratus juta rupiah). Pelanggaran



terhadap asas *due process of law* oleh Termohon Keberatan terjadi karena:

- a) Termohon Keberatan meskipun sifatnya hanya memberikan gambaran, sama sekali tidak memiliki kewenangan untuk menentukan kewajiban suatu tarif dalam industri telekomunikasi yang merupakan wewenang mutlak dari BRTI berdasarkan ketentuan Undang-Undang Telekomunikasi dan KM Nomor 31/2003;

Oleh karena itu, dengan membuat asumsi-asumsi yang didasarkan pada data *ovum* yang tidak relevan karena dimaksudkan untuk memberikan gambaran mengenai tarif interkoneksi dan bukannya tarif SMS, sebenarnya Termohon Keberatan telah melakukan tindakan yang selain melampaui wewenang, juga tergolong sebagai perbuatan melawan hukum oleh penguasa (*onrechtmatige overheidsdaad*), karena tindakan spekulatif Termohon Keberatan ini dapat mengundang munculnya gugatan dari konsumen yang "terprovokasi" oleh tindakan spekulatif dari Termohon Keberatan, dan hal ini dapat mengganggu dan/atau menimbulkan kerugian yang sangat besar kepada Pemohon Keberatan;

- b) Kalaupun diasumsikan bahwa Termohon Keberatan memiliki wewenang untuk mengawasi persaingan dalam industri telekomunikasi, *quod non*, tindakan-tindakan yang dilakukan oleh Termohon Keberatan harus tetap didasarkan pada ketentuan hukum yang berlaku;

Sesuai dengan asas *legalitas*, seseorang hanya dapat dihukum jika melakukan suatu tindakan yang melanggar suatu ketentuan hukum yang sudah ada pada saat pelanggaran tersebut dilakukan. Sampai dengan dijatuhkannya Putusan *a quo* oleh Termohon Keberatan, tidak ada satu ketentuan hukum Indonesia yang mengatur mengenai tarif SMS maksimum, sehingga sesuai dengan asas *legalitas* Termohon Keberatan tidak berhak untuk menentukan bahwa tarif SMS Pemohon Keberatan adalah "*eksesif*" sehingga merugikan konsumen;

Kalaupun diasumsikan bahwa benar tarif SMS Pemohon Keberatan adalah mahal (meskipun jelas tidak), maka yang berhak untuk menegur Pemohon Keberatan adalah BRTI. Secara faktual, BRTI tidak pernah menegur Pemohon Keberatan berkaitan dengan tarif SMS yang diterapkannya, dan karena itu secara hukum tarif SMS



Pemohon Keberatan adalah wajar atau setidaknya tidak melanggar ketentuan hukum Indonesia;

- c. Termohon Keberatan sama sekali tidak mempertimbangkan keterangan ahli yang diberikan oleh Tim Ahli dari Institut Teknologi Bandung (ITB) yang setelah memeriksa data yang spesifik relevan untuk kondisi bisnis Termohon Keberatan menyimpulkan bahwa tarif SMS yang diterapkan oleh Termohon Keberatan adalah masih dalam batas-batas yang wajar dan tidak eksekutif;

Tindakan Termohon Keberatan yang lebih percaya kepada data *ovum* yang:

- (i) tidak dimaksudkan untuk digunakan sebagai referensi tarif SMS melainkan tarif interkoneksi; dan
- (ii) menggunakan data dari operator lain yang bisnisnya sangat besar (i.c. Telkomsel);

jelas-jelas merupakan pelanggaran terhadap asas hukum *audi et alteram partem* (semua pihak harus didengar dan dipertimbangkan), karena hasil penelitian ITB yang jelas-jelas dimaksudkan untuk menghitung kewajaran tarif SMS dengan menggunakan metoda dinamis dan dengan menggunakan data spesifik Pemohon Keberatan malah diabaikan begitu saja oleh Termohon Keberatan;

7. Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan mengenai kewenangan Termohon Keberatan sebagaimana diuraikan di atas, adalah wajar dan layak jika Pengadilan Negeri Jakarta Selatan selaku badan peradilan (*court of law*) yang memiliki tugas dan kewajiban untuk memastikan agar ketentuan hukum Indonesia dipatuhi oleh baik Termohon Keberatan maupun Pemohon Keberatan, berkenan menyatakan bahwa Putusan *a quo* adalah batal demi hukum atau setidaknya dinyatakan tidak sah dan tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat terhadap Pemohon Keberatan;

Mengenai Penerapan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

8. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 mengatur bahwa:
"Pelaku Usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama";
Untuk dapat menyatakan adanya pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, maka Termohon Keberatan harus mampu



membuktikan terpenuhinya seluruh unsur-unsur dalam ketentuan Pasal 5 tersebut unsur-unsur tersebut adalah:

- (1) Pelaku Usaha;
- (2) Perjanjian harga dengan Pelaku Usaha pesaing;
- (3) Menetapkan harga yang harus dibayar konsumen atau pelanggan;
- (4) Pasar bersangkutan yang sama;

Pemenuhan seluruh unsur-unsur di atas bersifat kumulatif sehingga apabila ada salah satu unsur yang tidak terpenuhi maka tidak ada pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Pemohon Keberatan di dalam proses pemeriksaan yang dilakukan oleh Termohon Keberatan telah membuktikan bahwa tidak seluruh unsur di atas secara kumulatif terpenuhi sehingga Pemohon Keberatan terbukti tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999;

Akan tetapi, Termohon Keberatan telah membuat putusan yang salah dengan menyatakan bahwa Pemohon Keberatan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Oleh karena itu, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan yang mengadili perkara ini patut membatalkan putusan Termohon Keberatan ini;

Selain itu, Termohon Keberatan telah salah pula dalam menentukan unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Pada halaman 192 butir 5.4 dari Putusan *a quo* Termohon Keberatan menyatakan:

"Majelis Komisi menilai unsur-unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang harus terpenuhi dalam menyatakan ada tidaknya pelanggaran adalah:

- Pelaku usaha
- Perjanjian penetapan harga
- Pesaing";

Unsur-unsur dari Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 yang dinyatakan Termohon Keberatan, tidak mencantumkan unsur "harga yang harus dibayar Konsumen". Dihilangkannya unsur tersebut telah mereduksi Ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Para pelaku usaha yang bersaing dapat saja melakukan atau membuat perjanjian harga namun yang menjadi pertanyaan adalah perjanjian harga macam apa yang dibuat. Apakah perjanjian penetapan harga atas penggunaan timbal balik suatu fasilitas dari para pesaing atau perjanjian penetapan harga bagi mereka yang berada di luar para pesaing yaitu konsumen;



Termohon Keberatan juga dengan sengaja menghilangkan unsur "pasar bersangkutan yang sama", sehingga demi hukum Putusan *a quo* harus dibatalkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Selatan karena mengandung cacat yuridis yang sangat serius;

Klausula Yang Mencantumkan Soal Harga SMS Dalam Perjanjian Interkoneksi Dimaksudkan Untuk Mencegah Gangguan Terhadap Jaringan, Dan Karena Itu Sama Sekali Tidak Ada Niat Ataupun Kesengajaan Dari Pemohon Keberatan Untuk Melakukan Penetapan Harga (*Price Fixing*)

9. Sebagaimana telah dijelaskan oleh Pemohon Keberatan kepada Termohon Keberatan dalam proses Pemeriksaan Pendahuluan maupun Pemeriksaan Lanjutan, sistem pembayaran yang dipakai dalam interkoneksi SMS adalah *Sender Keeps All* ("SKA"), sehingga bagi operator yang menerima trafik SMS dari operator pengirim SMS tidak mendapatkan pembayaran apapun dari SMS yang disalurkan lewat jaringannya, berapapun banyaknya jumlah SMS yang dikirimkan tersebut. Semua pendapatan yang diperoleh dari SMS akan dinikmati hanya oleh pengirimnya;

Oleh karena itu, sangat mungkin bahwa jaringan dari Pemohon Keberatan akan terbebani oleh banyaknya SMS yang masuk dari operator lain dan harus disalurkan melalui jaringannya, jika operator baru menerapkan tarif SMS murah sebagai strategi pemasarannya. Hal ini bisa terjadi jika misalnya saja operator baru tersebut dipakai oleh perusahaan-perusahaan periklanan untuk menawarkan produk-produk tertentu lewat SMS massal yang dikirimkan kepada seluruh pelanggan Pemohon Keberatan secara acak. Jika jaringan Pemohon Keberatan "diserang" oleh SMS "sampah" (*spam*) semacam itu, maka jaringan Pemohon Keberatan bisa terganggu (*down*), dan gangguan itu mencakup pula gangguan terhadap pelanggan jasa telepon suara (*voice*);

10. Berdasarkan Keputusan Menteri Koinfo Nomor 100/Kep/M.Koinfo/10/2006, tanggal 11 Oktober 2006, jika jaringan Pemohon Keberatan mengalami gangguan sehingga secara otomatis mengganggu kenyamanan pelanggan, maka Pemohon Keberatan dapat dijatuhi hukuman denda oleh Regulator Telekomunikasi. Meskipun ada peraturan ini, di lain pihak tidak ada peraturan mengenai tarif SMS dan pengaturan yang tegas mengenai sanksi yang dapat diterapkan kepada operator yang melakukan *spamming*;



Untuk mencegah terjadinya *spamming* yang dapat mengganggu jaringan inilah maka Pemohon Keberatan mencoba untuk membuat pengaturan sendiri (*self regulation*), dengan cara memasukkan klausula mengenai harga SMS dalam Perjanjian Interkoneksi guna mencegah terjadinya *spamming* tersebut. Sama sekali tidak ada niat sedikitpun dari pihak Pemohon Keberatan untuk melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 5/1999, maupun untuk membentuk suatu kartel harga SMS. Tindakan Pemohon Keberatan memasukkan klausula harga SMS adalah dalam rangka untuk mematuhi ketentuan hukum lainnya (i.c. Keputusan Menteri Kominfo Nomor 100/Kep/M.Kominfo/10/2006, tanggal 11 Oktober 2006), oleh karena itu tidak ada motivasi atau niat sedikitpun dari Pemohon Keberatan untuk melakukan pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 mengenai penetapan harga;

11. Undang-Undang Nomor 5/1999 Indonesia adalah suatu peraturan hukum yang "mencontoh" undang-undang dari negara lain yang sudah maju, termasuk undang-undang anti monopoli Amerika Serikat. Menurut undang-undang anti monopoli Amerika Serikat, suatu tindakan pelaku usaha dapat digolongkan sebagai tindakan penetapan harga, jika dibuktikan adanya niat atau kesengajaan untuk melakukan tindakan tersebut;

Dalam Kamus Wikipedia (<http://en.wikipedia.org>) dinyatakan bahwa:

"... Under U.S. law, price fixing is only illegal if it is intentional and comes about via communication or agreement between firms or individuals ...";

Terjemahan bebas:

"Menurut hukum AS, penetapan harga hanyalah ilegal jika hal itu dilakukan secara sengaja dan dinyatakan dalam komunikasi atau perjanjian antara perusahaan dan individual";

Dalam kasus ini, tidak ada kesengajaan untuk melakukan tindakan penetapan harga;

Fakta terjadi adalah upaya *self regulation* untuk mencegah terjadinya *spamming* dalam interkoneksi SMS, dan hal ini sudah dikuatkan oleh Keterangan Ahli yang diberikan oleh KRMT Roy Suryo Notodiprodjo selaku Saksi Ahli yang dihadirkan oleh Termohon Keberatan sendiri;

Unsur Perjanjian Penetapan Harga (*Price Fixing*) Tidak Terpenuhi, Karena Yang Disepakati Oleh Para Operator Adalah Perjanjian Interkoneksi, Dan Bukannya Perjanjian Penetapan Harga

12. Selain tidak ada unsur kesengajaan untuk melakukan penetapan harga, dalam kasus ini juga tidak ada unsur perjanjian penetapan harga



(*agreement to fix price*), mengingat yang dilakukan oleh Pemohon Keberatan adalah membuat suatu Perjanjian Interkoneksi dan bukannya Perjanjian Penetapan Harga;

Sebagaimana juga telah dinyatakan oleh Telkomsel dalam pembelaannya di hadapan (Majelis Komisi) Termohon Keberatan, maksud dan tujuan dari suatu perjanjian dapat dilihat pada bagian konsiderannya (*recital*). Dalam Perjanjian yang dibuat antara Pemohon Keberatan dengan beberapa operator telepon lainnya, jelas terlihat bahwa:

- (i) Judul dari perjanjiannya secara tegas menyatakan Perjanjian Kerjasama Antara PT. Excelcomindo Pratama, Tbk. dengan operator lainnya tentang Interkoneksi Jaringan;
- (ii) Secara filosofis, maksud dan tujuan dari perjanjian sebagaimana tertuang dalam bagian pertimbangan (*recital*) juga tegas menyebutkan:

"... dalam rangka meningkatkan daya guna dan hasil guna jaringan telekomunikasi kedua belah pihak agar dapat memberikan pelayanan jasa telekomunikasi yang handal, berjangkauan luas dan bermutu tinggi, maka jaringan telekomunikasi kedua belah pihak perlu diinterkoneksi bahwa Para Pihak selanjutnya sepakat untuk mengikatkan diri satu sama lain dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi";

- 13 Fakta bahwa Pemohon Keberatan tidak memiliki niat dan/atau membuat suatu perjanjian penetapan harga, selain terbukti dari judul perjanjian dan filosofi atau maksud dan tujuan dibuatnya perjanjian sebagaimana diuraikan di atas, juga terbukti lewat fakta bahwa klausula harga SMS yang terdapat dalam Perjanjian Interkoneksi hanyalah dimaksudkan untuk mencegah terjadinya *spamming* dan untuk mematuhi Keputusan Men.Kominfo Nomor 100/Kep/M.Kominfo/10/2006, tanggal 11 Oktober 2006, dan karena itu hanya berlaku untuk SMS off-net yang sifatnya lintas operator;

Jika sejak semula niat atau kesengajaan Pemohon Keberatan adalah membentuk suatu kartel harga (*price fixing*), maka logikanya yang ditetapkan adalah tarif atau harga untuk semua trafik SMS baik on-net (dalam jaringan sendiri) maupun off-net (melintasi jaringan operator lain). Fakta bahwa klausula harga SMS dalam Perjanjian Interkoneksi hanya mengatur mengenai harga SMS yang lintas operator (off-net), membuktikan bahwa memang betul niat atau tujuan dari dicantulkannya



klausula harga SMS ini memang untuk mencegah terjadinya *spamming* dan menjaga kestabilan jaringan. Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa tidak ada perjanjian penetapan harga dalam kasus ini, karena secara formal maupun material yang terjadi adalah adanya Perjanjian Interkoneksi;

14. Termohon Keberatan pada butir 6.1.1 halaman 207 dari Putusan *a quo* menyatakan sebagai berikut:

"Bahwa XL, Telkomsel, Telkom, Bakrie, dan Mobile-8 telah melakukan kartel harga SMS off-net pada range Rp250,00 - Rp350,00 pada periode 2004 sampai dengan April 2008";

Pertimbangan Termohon Keberatan di atas adalah keliru. Pemohon Keberatan tidak pernah mencantumkan klausul SMS interkoneksi yang mengatur penetapan tarif SMS interkoneksi (off-net) dalam interval harga Rp250,00 - Rp350,00 di dalam PKS Interkoneksi dengan operator telekomunikasi lain manapun;

Dari bukti yang dikemukakan Termohon Keberatan sendiri, yang ditunjukkan oleh Tabel di bawah ini dengan jelas menunjukkan bahwa range harga nominal yang terjadi adalah antara Rp100,00 - Rp350,00 Selanjutnya, Termohon Keberatan tidak mengetahui harga SMS dari beberapa Operator. Dengan demikian adalah jelas bahwa Putusan *a quo* telah didasarkan kepada data dan asumsi yang salah. Oleh karena itu Putusan *a quo* adalah salah dan patut dibatalkan;

Tarif SMS off-net Masing-masing Operator

Uraian/Operator	2004	2005	2006	2007	2008
Hutchison	-	-	-	100	100
Bakrie Telecom (2004)					
-Esia Pra Bayar	NA	NA	NA	250	275
-Esia Pasca bayar	NA	NA	NA	250	250
Mobile-8 (2003)					
-Frend Pasca Bayar	NA	NA	NA	250	250
-Frend Pra Bayar	NA	NA	NA	300	250
Smart (2006)					
-Smart Pra Bayar				275	275
-Smart Pasca Bayar					250
NTS (2001)					
NTS Pra Bayar	350	350	350	350	150
XL (off-net)					
-Xplor, Pasca Bayar	250	250	250	250	250
-Bebas Pra Bayar	350	350	350	350	350
-Jempol Pra Bayar	299	299	299	299	299

Sumber: Diolah dari Putusan Perkara Nomor 26/KPPU-L/2007, halaman 16-17

Klausul harga SMS interkoneksi di dalam PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dengan 4 (empat) operator telekomunikasi lain bukan



perjanjian penetapan harga tetapi adalah perjanjian kerjasama interkoneksi (PKS). PKS Interkoneksi merupakan suatu perjanjian yang wajib dibuat dan wajib dilaksanakan oleh dan antara para operator telekomunikasi dalam rangka meningkatkan daya guna dan hasil guna jaringan telekomunikasi kedua belah pihak agar dapat memberikan pelayanan jasa telekomunikasi yang handal, berjangkauan luas dan bermutu tinggi bagi masyarakat luas. Adanya Klausul harga yang tercantum pada perjanjian semata-mata ditujukan untuk menciptakan suatu sistem interkoneksi telekomunikasi yang baik, dengan jaringan seimbang dan tertib khususnya dalam pelayanan SMS interkoneksi (off-net) yang telah menjadi kebutuhan masyarakat luas;

Peraturan Pemerintah RI Nomor 52 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi dalam Pasal 20 menyatakan:

"Setiap penyelenggara jaringan telekomunikasi wajib menjamin tersedianya interkoneksi";

Kemudian dalam Pasal 22 dinyatakan:

"Kesepakatan interkoneksi antar penyelenggara jaringan telekomunikasi harus tidak saling merugikan dan dituangkan dalam perjanjian tertulis";

Selanjutnya, Berdasarkan Pasal 2 Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 08/Per/M.KOMINF/02/2006, tentang Interkoneksi, PKS Interkoneksi mengatur tata cara pelaksanaan kegiatan interkoneksi serta hak dan kewajiban masing-masing operator telekomunikasi yang melaksanakan kegiatan interkoneksi. Dengan demikian seluruh klausul yang diatur dalam PKS Interkoneksi semata-mata bertujuan mengatur tata cara pelaksanaan kegiatan interkoneksi (antar operator telekomunikasi yang berbeda);

Dengan demikian, terbukti bahwa titik tolak, asumsi (maksud dan tujuan) yang mendasari terciptanya PKS Interkoneksi ini bukan mengenai penetapan harga. Oleh karena itu, seluruh klausul di dalam PKS Interkoneksi (termasuk klausul SMS interkoneksi) bukan merupakan perjanjian penetapan harga;

Menurut Doktrin Yang Berkembang Dalam Hukum Anti Monopoli, Tindakan Operator-Operator Baru Mengikuti Harga Dari *Price Leader* Tidak Dapat Digolongkan Sebagai *Price Fixing* Atau Tindakan Yang Illegal.

15. Bahwa yang menjadi pertimbangan utama Termohon Keberatan untuk menyatakan Pemohon Keberatan dan operator lainnya bersalah melanggar ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 adalah:



- (i) Ada penetapan harga SMS yang terbukti lewat fakta bahwa hampir semua operator menerapkan tarif SMS dalam rentang Rp250,00 – s/d Rp350,00 per SMS;
 - (ii) Tarif SMS yang ditentukan oleh Pemohon Keberatan dan operator lainnya adalah mahal sehingga menimbulkan kerugian kepada konsumen;
16. Pendapat Termohon Keberatan yang menyimpulkan adanya kartel atau penetapan harga SMS semata-mata berdasarkan adanya kesamaan harga diantara para operator adalah suatu penarikan kesimpulan yang tergesa-gesa (*hasty generalization*) yang tergolong sebagai kesesatan dalam penalaran (*logical fallacy*), karena adanya kesamaan harga tidak secara otomatis membuktikan adanya kesepakatan;
- Di atas sudah diuraikan bahwa tidak ada perjanjian formal untuk melakukan penetapan harga, mengingat yang terbukti ada adalah perjanjian interkoneksi. Selanjutnya akan diuraikan bahwa kesepakatan secara material untuk menetapkan harga juga tidak ada, karena penetapan harga oleh para operator sepenuhnya tergantung kepada faktor-faktor subjektif yang ada pada operator tersebut;
- Harga SMS atau harga produk suatu operator akan ditentukan oleh biaya produksi yang dikeluarkannya, dan keuntungan yang diharapkan dari penjualan produknya. Oleh karena itu, adanya kesamaan dalam menetapkan harga jual (*published rate*) tidak dapat langsung disimpulkan sebagai bukti adanya kartel, mengingat adanya kesamaan ini juga bisa diakibatkan oleh fakta bahwa rentang harga tersebut menggambarkan tingkat keuntungan (*profitability*) yang diharapkan oleh masing-masing operator;
17. Dalam pembelaannya di hadapan Majelis Komisi Termohon Keberatan, para operator lain sudah menjelaskan bahwa harga SMS yang mereka terapkan adalah harga yang sesuai dengan strategi bisnis mereka, dan bahwa harga tersebut adalah harga yang wajar sesuai dengan kondisi pasar yang ada pada saat itu. Dalam menetapkan harga jual produknya, operator melakukan analisa dan perhitungan yang cermat sesuai dengan prinsip-prinsip ekonomi yang sehat. Menurut prinsip Manajemen Keuangan, harga jual ditentukan oleh biaya yang dikeluarkan perusahaan untuk memproduksi suatu barang atau jasa ditambah dengan persentase laba yang diinginkan perusahaan. Harga yang tepat adalah harga yang sesuai dengan kualitas produk suatu barang, dan harga tersebut dapat



memberikan kepuasan kepada konsumen. (vide, Andri Apriyono, dalam <http://ilmumanajemen.wordpress.com/2007/06/15/penetapan-harga-jual>);

18. Menurut doktrin yang berkembang dalam hukum anti monopoli di Amerika Serikat-pun, adanya kesamaan harga tidak dapat secara otomatis dijadikan dasar untuk menarik kesimpulan adanya tindakan yang illegal, mengingat tindakan operator mengikuti harga jual operator lain yang tergolong sebagai *price leader* tidak dapat digolongkan sebagai suatu tindakan yang illegal. Dalam wikipedia disebutkan:

" *it is not illegal for a firm to copy the price movements of a de facto market leader called price leadership, which has been seen to be the case in markets for breakfast cereals and cigarettes*";

Terjemahan bebas:

"... adalah tidak illegal untuk suatu perusahaan meniru pergerakan harga dari pemimpin pasar *de facto* yang disebut pemimpin pasar sebagaimana terlihat pada kasus di pasar untuk sereal untuk sarapan dan rokok";

Sampai Saat Ini Tidak Ada Regulasi Yang Dapat Digunakan Sebagai Parameter Untuk Menentukan Kewajaran Tarif SMS. Oleh Karena Tidak Ada Parameter Yang Objektif, Tindakan Termohon Keberatan Menyatakan Tarif SMS Pemohon Keberatan Mahal Atau Merugikan Konsumen Adalah Suatu Tindakan Yang Sewenang-Wenang Dan Melanggar Asas Legalitas

19. Sampai dengan dilakukannya pemeriksaan kasus ini oleh Termohon Keberatan, terdapat fakta hukum yang sangat penting yaitu: tidak ada regulasi yang memberikan batasan dan/atau formula dalam penghitungan dan penetapan tarif SMS. Oleh karena itu, tindakan Termohon Keberatan membuat kesimpulan dan/atau memberikan "gambaran" mengenai adanya kerugian konsumen (*consumer loss*) akibat mahal nya tarif SMS Pemohon Keberatan dan operator lainnya adalah suatu tindakan yang sewenang-wenang dan melanggar asas legalitas atau asas kepastian hukum;
20. Dalam suatu negara hukum yang demokratis, tindakan penguasa (termasuk Termohon Keberatan) haruslah didasarkan pada parameter-parameter yang objektif berupa peraturan hukum dan perundang-undangan yang berlaku. Inilah yang disebut sebagai asas legalitas yang merupakan sendi utama dari suatu negara hukum yang demokratis. Menurut ketentuan hukum Indonesia yang berlaku (i.c. Undang-Undang Telekomunikasi dan KM Nomor 31/2003) penentuan mengenai tarif jasa telekomunikasi adalah wewenang khusus yang dimiliki oleh BRTI;



Oleh karena itu, selama BRTI belum menetapkan tarif maksimum SMS atau formula penghitungan tarif SMS, tidak ada parameter objektif yang dapat digunakan oleh Termohon Keberatan untuk menentukan apakah suatu tarif SMS murah ataupun mahal. Berkaitan dengan fakta ini, tindakan Termohon Keberatan menyatakan bahwa tarif SMS Pemohon Keberatan adalah mahal dan/atau menimbulkan kerugian terhadap konsumen adalah suatu tindakan yang sama sekali tidak ada dasar hukumnya, melanggar asas legalitas, dan tergolong sewenang-wenang;

Tindakan Termohon Keberatan Memberikan Gambaran Mengenai Adanya *Consumer Loss* Adalah Keliru, Karena Dalam Kasus Ini Tidak Terdapat *Consumer Loss*. Sebagai Akibatnya, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Harus Memperbaiki Kesalahan Termohon Keberatan Tersebut

21. Sebelum membuktikan ada tidaknya kerugian konsumen (*consumer loss*) dalam perkara ini maka terlebih dahulu perlu dijelaskan pengertian dari "kerugian konsumen" yaitu: selisih antara kesediaan/kerelaan konsumen membayar dengan yang sebenarnya/nyata-nyata dibayar untuk mendapatkan suatu barang atau jasa di pasar";

Dengan demikian, untuk mengetahui ada tidaknya kerugian konsumen maka terlebih dahulu harus diketahui besarnya harga yang rela dibayarkan oleh konsumen dan berapa harga yang sebenarnya/nyata-nyata dibayarkannya. Kerugian konsumen tidak pernah tidak akan terjadi selama di pasar tersedia pilihan barang dan atau jasa bagi konsumen dan tidak ada paksaan untuk membeli produk dan jasa tersebut, dan di lain pihak terjadi "*free entry*" dan "*free exit*" ke dan dari pasar oleh pemasok atau penyedia barang atau jasa;

Konsep kerugian konsumen hanya dapat diterapkan dalam pasar yang mengalami intervensi harga misalnya dari pemerintah atau dalam pasar dimana perusahaan monopoli (atau yang mendapatkan hak monopoli) menerapkan harga yang sangat tinggi atau pelaku kartel menetapkan harga di atas harga *equilibrium* (keseimbangan) yang terjadi sebelumnya. Contoh yang biasa dikemukakan adalah Perusahaan yang memiliki hak Patent (terutama dalam bidang farmasi) menetapkan harga sangat tinggi pada produknya. Contoh lain adalah Perusahaan Pengangkutan yang mendapat hak monopoli dari pemerintah menerapkan harga yang sangat tinggi atau tidak melayani masyarakat sesuai dengan yang seharusnya; Bidang usaha jasa telekomunikasi di Indonesia adalah bidang usaha yang sangat kompetitif terutama setelah diberlakukannya Undang-Undang



Telekomunikasi. Dalam butir 5.5.3.1 halaman 202 Putusan *a quo*, Termohon Keberatan mengakui bahwa pada saat ini sudah ada setidaknya 10 (sepuluh) operator telekomunikasi yang bergerak dalam pasar yang sama, dan saling bersaing satu dengan lainnya;

Dalam pasar industri telekomunikasi yang sangat kompetitif ini, Pemohon Keberatan tidak mungkin melakukan tindakan yang merugikan konsumen, karena konsumen memiliki kebebasan yang seluas-luasnya untuk memilih dan menentukan jasa atau produk dari operator telekomunikasi yang akan dibelinya. Kebebasan untuk memilih layanan operator tertentu semakin terbuka bagi konsumen terutama karena biaya peralihan (*switching cost*) dari satu operator ke operator lain telah sangat kecil atau hampir tidak ada. Pemohon Keberatan sama sekali tidak memaksa para konsumen untuk memilih atau menggunakan jasa atau produk dari Pemohon Keberatan. Penentuan harga oleh Pemohon Keberatan semata-mata mengikuti perkembangan pasar yang bersangkutan. Oleh karena itulah sampai dengan saat ini konsumen tetap memilih menggunakan jasa atau produk dari Pemohon Keberatan dan jumlah pelanggan Pemohon Keberatan Terus mengalami peningkatan;

Terjadi tidaknya kerugian konsumen hanya akan dapat dihitung secara pasti bila "*preferensi* konsumen dan produsen" diketahui dengan akurat. Dalam literatur ekonomi dinyatakan bahwa kerugian konsumen dapat diketahui atau dihitung bila diketahui bentuk kurva permintaan dan kurva penawarannya;

Termohon Keberatan tidak pernah membuktikan atau menggambarkan wujud dari elemen-elemen dasar dari kemungkinan terjadinya kerugian konsumen yaitu bentuk kurva permintaan dan penawaran, besarnya harga *equilibrium* yang berlaku sebelumnya, elastisitas harga, dan harga yang menyebabkan terjadinya kerugian konsumen. Dengan demikian Perhitungan Kerugian Konsumen yang dilakukan oleh Termohon Keberatan adalah perhitungan yang mengada-ada yang tidak didasarkan pada *rationale* ekonomi atau bisnis yang benar;

Termohon Keberatan salah dalam menetapkan adanya kerugian konsumen, karena mendasarkan dirinya semata-mata dari adanya penetapan harga yang tinggi. Apabila yang dijadikan patokan adalah harga tinggi, maka terdapat banyak sekali produk-produk atau jasa-jasa lain yang memiliki harga yang jauh lebih tinggi dari biaya produksinya namun tetap laku dijual dan konsumen tidak merasa dirugikan membelinya. Bahkan



konsumen membelinya karena harga produk dan jasa tersebut tinggi. Dalam ekonomi biasanya barang atau jasa tersebut digolongkan sebagai produk atau jasa "*superior*";

Harga tinggi tidak serta merta merugikan konsumen. Contoh kongkritnya adalah barang-barang bermerek atau dengan brand tertentu dapat menjual produk atau jasanya dengan harga yang sangat tinggi namun tidak dapat dikategorikan merugikan konsumen;

Contohnya adalah: Jam Tangan Merk Rolex, Penerbangan dengan Garuda, Pulpen Merk Mont Blanc, Sepatu Bally dan lain sebagainya;

Kerugian konsumen tidak akan pernah terjadi selama tersedia pilihan barang dan/atau jasa bagi konsumen dan tidak ada paksaan untuk membeli dan untuk tidak membeli produk dan jasa tersebut, dan di lain pihak terjadi "*free entry*" dan "*free exit*" bagi pemasok atau penyedia barang atau jasa;

Putusan Termohon Keberatan yang menyatakan adanya kerugian konsumen dalam perkara ini adalah salah dan keliru. Pada kenyataannya, justru konsumen sangat diuntungkan karena dengan adanya PKS Interkoneksi tercipta layanan SMS off-net, yaitu konsumen dapat berkomunikasi dengan sesama konsumen lainnya walaupun operator yang melayaninya adalah berbeda. Dengan PKS interkoneksi komunikasi yang dapat terjalin tidak hanya oleh konsumen dengan operator yang sama. Termohon Keberatan juga seharusnya memperhitungkan keadaan perusahaan Pemohon Keberatan, kualitas layanan yang dipasok serta benefit yang diberikan oleh Pemohon Keberatan kepada para konsumennya;

Pemohon Keberatan juga menolak dengan tegas dalil Termohon Keberatan pada butir 5.6.13 halaman 205 dari Putusan *a quo* yang pada intinya menyatakan bahwa telah terjadi kerugian konsumen yang diakibatkan oleh penentuan harga oleh Pemohon Keberatan, karena pada kenyataannya:

- Dalam beberapa tahun sebelum tahun 2004 sampai dengan kuartal pertama tahun 2008 tarif nominal SMS off-net yang dipakai Pemohon Keberatan hampir tidak berubah. Namun demikian, tarif efektif menjadi lebih kecil dari tarif nominal dengan diberikannya berbagai macam program promosi yang diberikan oleh Pemohon Keberatan;
- Di sisi lain, kemampuan atau daya beli masyarakat Indonesia meningkat secara berarti. Perkembangan ini menunjukkan bahwa menyatakan



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

telah terjadi kerugian konsumen tanpa didasarkan pada penelitian empiris yang baik akan sangat berbahaya khususnya bagi Industri telekomunikasi di Indonesia;

- Selanjutnya, kenyataan menunjukkan bahwa jumlah pelanggan para operator dalam tahun 2004 sampai saat ini meningkat dengan sangat pesat. Peningkatan pesat tidak mungkin terjadi bila konsumen merasa dirugikan sementara tidak ada paksaan bagi konsumen untuk membeli atau mempergunakan SMS;

Hasil penelitian yang dilakukan oleh LPEM-UI menunjukkan bahwa yang terjadi di Indonesia adalah "*consumer surplus*" yang jumlahnya semakin lama cenderung semakin besar seiring dengan semakin murahnya jasa pelayanan komunikasi;

Tahun	Consumer Surplus		
	(Dalam Rp)	(dalam US \$)	
2002	153.645.880.681	93.016.573	Studi LPEM-UI ini Menyatakan bahwa yang terjadi adalah Consumer's Surplus seiring dengan penurunan harga
2003	192.898.255.496	134.303.747	
2004	67.907.171.956	53.609.753	
2005	408.066.524.445	319.244.956	
2006	777.350.196.368	188.782.367	

Sumber : LPEM UL Draft akhir dan Final Report, "Studi Mengenai Kerugian Konsumen Akibat Persaingan Usaha Tidak Sehat di Industri Telepon Seluler di Indonesia" 2006 dan Mei 2007;

Termohon Keberatan tidak mempunyai data-data yang lengkap dan akurat untuk menentukan kerugian konsumen. Kerugian konsumen yang dinyatakan oleh Termohon Keberatan hanya berdasarkan perkiraan biaya SMS semata. Hal ini diakui oleh Termohon Keberatan dalam halaman 205 yaitu butir 5.6.15 putusannya yang menyatakan:

"Perhitungan aktual mengenai kerugian-kerugian konsumen tersebut di atas memerlukan analisis ekonomi yang mendalam dengan didukung oleh data yang memadai. Dalam hal ini LHPL hanya menyampaikan perkiraan biaya SMS berdasarkan penelitian harga interkoneksi yang dilakukan *ovum* serta formulasi perhitungan biaya SMS oleh BRTI";

Suatu pertimbangan putusan wajib didasarkan pada fakta-fakta dan bukti-bukti yang jelas dan nyata, bukan didasarkan pada perkiraan semata atau data-data yang fiktif. Putusan Termohon Keberatan yang hanya didasarkan pada perkiraan semata dalam perkara ini sama sekali tidak dapat dibenarkan dan bertentangan oleh hukum;

Harga atau tarif SMS off-net Pemohon Keberatan adalah harga pasar, atau harga *equilibrium* (harga keseimbangan) sehingga tidak ada harga yang

Hal. 23 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

Disclaimer

Kepaniteraan Mahkamah Agung Republik Indonesia berusaha untuk selalu mencantumkan informasi paling kini dan akurat sebagai bentuk komitmen Mahkamah Agung untuk pelayanan publik, transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan fungsi peradilan. Dalam hal Anda menemukan inakurasi informasi yang termuat pada situs ini atau informasi yang seharusnya ada, namun belum tersedia, maka harap segera hubungi Kepaniteraan Mahkamah Agung RI melalui :

Email : kepaniteraan@mahkamahagung.go.id
Telp : 021-384 3348 (ext.318)



tinggi atau berlebihan. Lebih jauh, tidak ada *switching cost* yang diterapkan oleh Pemohon Keberatan kepada konsumennya. Sehingga apabila konsumen merasa tidak puas dengan pelayanan maupun tarif dari Pemohon Keberatan, konsumen dapat dengan sangat bebas berpindah kepada operator lain tanpa dikenakan biaya apapun. Konsumen sangat diuntungkan dengan adanya PKS Interkoneksi yang memungkinkan tersedianya layanan SMS off-net, sehingga konsumen dapat berkomunikasi secara lintas operator;

Tindakan Termohon Keberatan yang secara sewenang-wenang dan tanpa dasar menyatakan adanya kerugian konsumen dalam pertimbangan putusannya akan menimbulkan potensi terjadinya gugatan yang bersifat mengganggu (*vexatious litigation*). Hal ini akan membebani dan mengganggu kegiatan operasional Pemohon Keberatan. Selain itu, tindakan Termohon Keberatan sangat merugikan Pemohon Keberatan dan dapat merusak reputasi yang telah dengan susah payah dibangun oleh Pemohon Keberatan;

Dengan demikian terbukti bahwa "gambaran" Termohon Keberatan mengenai adanya kerugian konsumen yang dicantumkan dalam pertimbangan Putusan *a quo* pada kenyataannya adalah tidak ada, sehingga kami mohon Majelis Hakim Yang Terhormat secara tegas menyatakan bahwa seluruh pertimbangan Termohon Keberatan tentang kerugian konsumen adalah tidak benar, dan karenanya dinyatakan tidak memiliki akibat hukum apapun;

Pertimbangan Dan Perhitungan Termohon Keberatan Mengenai Kerugian Konsumen Adalah Salah, Karena Didasarkan Pada Data Yang Tidak Valid Dan Juga Dilakukan Dengan Metoda Yang Tidak Sahih

22. Termohon Keberatan sewenang-wenang dan melanggar hukum dalam menetapkan dan menggunakan Parameter Tarif Kompetitif SMS Off-net. Oleh karenanya Pemohon Keberatan memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan *a quo* karena pertimbangan mengenai kerugian konsumen adalah salah. Dalam butir 5.6.22 halaman 206 Putusan *a quo*, tarif kompetitif SMS off-net dihitung dengan parameter sebagai berikut:

Tarif kompetitif SMS Off-net = Tarif interkoneksi originasi (Rp38,00) dan terminasi (Rp38,00) hasil perhitungan *Ovum* + biaya *Retail Service Activities Cost* (RSAC) sebesar 40% dari biaya



interkoneksi + margin keuntungan sebesar
10% dari biaya interkoneksi;

Dengan menetapkan dan menggunakan pendekatan tersebut, Termohon Keberatan menetapkan tarif kompetitif SMS off-net adalah Rp114,00 (seratus empat belas rupiah);

Termohon Keberatan sewenang-wenang dan melanggar hukum dalam menetapkan dan menggunakan parameter tersebut. Hal ini terbukti berdasarkan hal-hal sebagai berikut:

- a. Dengan menyatakan menggunakan harga kartel minimal yaitu Rp250,00 sebagai dasar perhitungan menentukan perhitungan kerugian konsumen maka Termohon Keberatan telah meniadakan bukti-bukti yang dikemukakan oleh Termohon Keberatan sendiri. Bukti yang dikemukakan Termohon Keberatan menyatakan tarif terendah yang diketahui Termohon Keberatan adalah Rp100,00 Dengan mengabaikan fakta ini maka Termohon Keberatan telah bertindak tidak objektif; Padahal, dengan bertindak objektif akan dapat diwaspadai tindakan "*predatory pricing*" yang tampaknya dilakukan oleh operator tertentu;
- b. Termohon Keberatan sendiri menyatakan bahwa Termohon Keberatan tidak mempunyai data tentang tarif SMS off-net dari:
 - (i). Operator Telkom (Flexi Classy, Pasca Bayar, Flexy Trendy Pra Bayar untuk tahun 2004-2006;
 - (ii). Operator Mobile-8 untuk Fren Pasca Bayar dan Fren Pra Bayar untuk tahun 2004-2006;
 - (iii). Operator Bakrie untuk Esia Pra Bayar dan Esia Pasca Bayar untuk tahun 2004-2006. Dengan ketidaktahuan ini seharusnya Termohon Keberatan tidak melanjutkan perhitungannya karena selain tidak ada keharusan untuk menghitungnya, perhitungan itu sendiri pasti salah dan mengada-ada;
- c. Penelitian *Ovum* bukan produk hukum, sehingga tidak dapat dijadikan dasar dalam putusan Termohon Keberatan. Hal ini juga dinyatakan secara tegas oleh Ahli Mas Wigrantoro RS (Dewan Pengurus Harian Masyarakat Telematika Indonesia (MASTEL)) dalam butir 21 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 21 Februari 2008:

Hal. 25 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



" ... Perhitungan *Ovum* bukanlah produk hukum sehingga tidak dapat dijadikan acuan bagi operator. Jika perhitungan *Ovum* ini mau dijadikan patokan, maka terlebih dahulu harus disiapkan regulasinya"; Penelitian *Ovum* merupakan penelitian ekonomi yang mungkin dapat dijadikan sebagai masukan bagi pembuatan kebijakan yang akan dituangkan dalam bentuk peraturan. Dengan demikian, hasil penelitian *Ovum* tidak dapat dipakai untuk menentukan tarif kompetitif SMS off-net. Hal ini juga dinyatakan oleh ahli Dr. Agung Harsoyo dan Dr. Haula Rosdiana, M.Si., dalam butir 11, 13 dan 25 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 1 April 2008 yang menyatakan:

"Untuk menghitung SMS terdapat beberapa metode. Dari studi kami, kita melihat bahwa peruntukan dari *Ovum* adalah tarif pungut interkoneksi antar operator saja. Dari metodenya sendiri, kita melihat bahwa input yang ada dalam penelitian tersebut harus diisi dengan *confidential* dari masing-masing operator;

Dalam penelitian tersebut, masih banyak komponen yang belum termasuk di dalamnya seperti biaya R&D, *starter pack* atau biaya yang berhubungan dengan marketing... ;

"*Ovum* hanya menghitung tarif pungut interkoneksi antar operator sehingga tentu saja tidak bisa tarif pungut kepada konsumen menggunakan metode *Ovum* karena tidak *apple to apple*.....";

"Segala sesuatu harus ditempatkan pada porsinya. Metode perhitungan *cost* digunakan sesuai peruntukannya. Jika kebutuhannya adalah untuk menghitung tarif pungut bagi operator-operator, tentu saja banyak *adjustment* yang harus dipertimbangkan oleh Pemerintah. Inilah yang tidak tercover oleh *Ovum*;

Misalnya *Ovum* tidak menghitung *regulatory charges* dan komponen-komponen biaya lainnya";

Termohon Keberatan secara sewenang-wenang dan subjektif menentukan *retail service activities cost* sebesar 40%. Formula biaya aktivasi layanan retail (*retail services activity cost*) diatur berdasarkan Pasal 9 ayat (3) PM 09/2008 yang menyatakan sebagai berikut:

"Formula perhitungan biaya aktivitas layanan retail sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b merupakan formula perhitungan biaya aktivasi layanan retail yang digunakan dalam menyediakan layanan jasa teleponi dasar dan atau layanan fasilitas tambahan SMS";

Hal. 26 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Berdasarkan ketentuan di atas, maka besaran *retail service activities cost* hanya akan dapat diketahui setelah diketahui besarnya biaya yang harus dikeluarkan untuk melaksanakan layanan SMS, termasuk namun tidak terbatas pada biaya investasi dan biaya promosi.

Pemerintah sama sekali tidak mengatur mengenai besaran

Berkaitan dengan ini, *retail service activities cost*; BRTI dengan tegas menyatakan bahwa *Retail Service Activities Cost* adalah sesuatu yang tidak dapat diatur. Dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 5 Mei 2008, Hery Nugroho, S.E., M.Si., menyatakan:

"Common cost dan retail activity cost bukanlah sesuatu yang bisa diatur. Kalaupun nanti diatur, maka pengaturannya bukan pada volumenya, namun kemampuan operator untuk melakukan *separate accounting*. Tidak perlu ada 2 pembukuan, namun secara sistem akuntansi bisa dipisah sehingga mencegah terjadinya *bundling* produk oleh operator";

Pada kenyataannya, Termohon Keberatan tanpa didukung oleh data-data dan fakta-fakta yang relevan dan akurat telah secara sewenang-wenang dan subjektif menetapkan besaran *retail service activities cost* sebesar 40% (empat puluh persen). Tindakan Termohon Keberatan ini sama sekali tidak dapat dibenarkan menurut hukum karena:

- a. Termohon Keberatan secara sewenang-wenang dan subjektif menetapkan profit keuntungan sebesar 10%. Profit margin adalah hak mutlak dari operator telekomunikasi, dan tidak dapat ditentukan oleh Termohon Keberatan. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 14 ayat (6) PM 09/2008 yang dengan tegas menyatakan bahwa:
"Besaran *profit margin* sebagaimana dimaksud pada ayat (5) ditetapkan oleh penyelenggara";
- b. Pada kenyataannya, Termohon Keberatan tidak mempertimbangkan skala ekonomi (luasnya pasar SMS), perubahan pasar Non-SMS (misalnya voice, dan MMS), dan tidak didasarkan pada praktek bisnis yang dianggap normal;
- c. Penentuan margin keuntungan sebesar 10% dengan jelas menunjukkan bahwa Termohon Keberatan tidak memahami praktek bisnis. Dengan tingkat bunga kredit bank selama periode 2004-2007 yang berada di atas 15% per tahun, maka



dengan menyatakan *profit margin* sebesar 10% tidak ada (lagi) perusahaan yang bersedia menggeluti sektor komunikasi. Dengan demikian, perhitungan margin keuntungan sebesar 10% untuk menghitung kerugian konsumen Termohon Keberatan (mungkin) secara tidak sadar (akan) melumpuhkan kalau tidak dapat dikatakan akan mematikan sektor telekomunikasi;

Termohon Keberatan menetapkan kerugian konsumen tanpa mempertimbangkan fakta-fakta dan bukti-bukti yang relevan. Hal ini dapat dilihat dari fakta-fakta sebagai berikut:

- a. Termohon Keberatan tidak memperhitungkan program-program promosi yang dilakukan oleh Pemohon Keberatan selama periode 2004 sampai dengan April 2008. Program promosi tersebut secara signifikan telah menurunkan tarif riil SMS off-net dari Pemohon Keberatan;
- b. Termohon Keberatan tidak mempertimbangkan besaran *cost* yang berbeda dari masing-masing operator telekomunikasi. Sebaliknya Termohon Keberatan justru menyamakan semua *cost operator telekomunikasi*;
- c. Termohon Keberatan menentukan besarnya kerugian konsumen secara mengada-ada karena kalaupun seandainya ada, Termohon Keberatan sama sekali tidak mempertimbangkan adanya:
 - (i) perbedaan pendapatan dari SMS off-net bagi masing-masing operator;
 - (ii) adanya perbedaan biaya dari masing-masing operator;
 - (iii) terjadinya perubahan pangsa pasar dari waktu ke waktu dari para operator;
 - (iv) adanya potongan harga berbeda yang diberikan oleh para operator;

Perhitungan kerugian konsumen yang mengada-ada dan keliru oleh Termohon Keberatan sangat boleh jadi akan menghancurkan Industri Telekomunikasi di Indonesia;

Termohon Keberatan sama sekali tidak mempertimbangkan perkembangan yang dialami oleh masing-masing Operator. Seperti ditunjukkan dalam Tabel di bawah ini, pada tahun 2004 dan 2005 Pemohon Keberatan masih mengalami kerugian. Selanjutnya, selama periode 2004-2006 biaya per pelanggan



Pemohon Keberatan masih berada di atas biaya per pelanggan operator saingan Pemohon Keberatan. Data ini dengan jelas menunjukkan Tindakan penyederhanaan perhitungan yang dilakukan oleh Termohon Keberatan adalah sangat mengada-ada dan tidak dapat diterima;

	2004	2005	2006
Total Pendapatan Usaha (Rp. Juta)			
PT. Indosat Tbk.	10,430,106	11,589,791	12,239,407
PT. Telkomsel	14,765,082	21,132,915	29,145,186
PT. Excelcomindo Pratama Tbk.	2,590,704	3,059,127	4,681,675
Laba Bersih			
PT. Indosat Tbk.	1,633,208	1,623,481	1,410,093
PT. Telkomsel	5,472,979	8,646,677	11,182,323
PT. Excelcomindo Pratama Tbk.	(43,303)	(224,092)	651,883
Beban Pokok Penjualan/Pelangganan (Rp. Juta)			
PT. Indosat Tbk.	0,741	0,547	0,529
PT. Telkomsel	0,414	0,361	0,361
PT. Excelcomindo Pratama Tbk.	0,509	0,357	0,384

Sumber: Laporan Tahunan Masing-masing Operator

Termohon Keberatan tidak mempertimbangkan hasil penelitian-penelitian lain yang mengungkapkan hasil yang sangat berbeda dengan tarif kompetitif Off-net yang ditetapkan oleh Termohon Keberatan. Hasil penelitian-penelitian yang berbeda dapat diuraikan di bawah ini:

- Hasil penelitian Tim Akademisi ITB yang mempergunakan Metoda Dinamis Terhadap Tarif SMS XL. Hasil Penelitian tersebut membuktikan tarif SMS berada kisaran Rp225,00 - Rp325,00 untuk Nilai ARPU antara Rp40.000,00 - Rp50.000,00; Penelitian ini membuktikan bahwa tarif SMS yang diterapkan Pemohon Keberatan adalah tarif yang wajar yang berarti acuan yang dipakai oleh Termohon Keberatan adalah mengada-ada terlebih karena hanya didasarkan pada perhitungan yang sangat disederhanakan dan tidak sesuai dengan kenyataan;
- Butir 13 dan 14 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan terhadap ahli Dr. Agung Harsoyo dan Dr. Haula Rosdiana, M.Si., tanggal 1 April 2008:
"Dengan menggunakan metode dinamis, kisaran tarif pungut konsumen ada di Rp329,95 (pasca bayar) dan Rp328,75 (pra bayar). Dengan menggunakan metode statis, hasilnya tentu berbeda. Dari sisi *affordability*, didapatkan angka kisaran tarif pungut SMS Rp235,00 sampai dengan Rp325,00. Penelitian ini didasarkan atas data telekomunikasi di Indonesia dari tahun



2000-2005 dengan memperhitungkan adanya 3 operator telekomunikasi besar dalam industri telekomunikasi Indonesia";
"Dari segi *profitabilitas* didapatkan angka kisaran tarif pungut SMS Rp250,00 - Rp320,00 dan penelitian ini didasarkan data XL saja. Jika ingin menghitung secara industri harus mengkonsolidasi laporan keuangan semua operator";

- c. Butir 4, 5, dan 26 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan terhadap Merza Fachys, Direktur PT Mobile 8 Telecom, Tbk., tanggal 3 April 2008;

Berdasarkan fakta dan bukti-bukti tersebut di atas, menjadi jelas bahwa kesimpulan Majelis Komisi KPPU tentang kerugian konsumen selain tidak menjadi unsur dalam pembuktian terjadinya pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, telah menimbulkan dampak atau setidaknya tidak memiliki potensi menimbulkan dampak negatif yang sangat besar terhadap Termohon Keberatan. Dengan perhitungan salah, yang tidak didasarkan pada kaidah ekonomi dan bisnis, reputasi Termohon Keberatan menjadi buruk oleh tindakan gegabah dan sewenang-wenang oleh Termohon Keberatan. Oleh karena itu, Pemohon Keberatan mohon dengan hormat kepada Majelis Hakim agar menolak dan menyatakan hal yang berkaitan dengan kerugian konsumen dalam perkara ini tidak dapat diterima dan harus dikesampingkan;

Dengan Tarif Promosi Yang Diberikan Oleh Pemohon Keberatan, Tarif Efektif Yang Dinikmati Oleh Konsumen Adalah Berkisar Antara Rp45,00 Sampai Dengan Rp199,00 Per SMS, Sehingga Yang Terjadi Adalah *Consumer Surplus* Dan Bukannya *Consumer Loss* Sebagaimana Digambarkan Oleh Termohon Keberatan Dalam Pertimbangan Putusannya

23. Dalam pembelaannya di hadapan Majelis Komisi Termohon Keberatan, Pemohon Keberatan sudah menjelaskan bahwa meskipun tarif yang dipublikasikan (*published rate*) oleh Pemohon Keberatan adalah antara Rp250,00 sampai dengan Rp350,00 per SMS, dalam prakteknya karena Pemohon Keberatan melakukan program-program promosi untuk "memanjakan" konsumennya, tarif efektif yang sesungguhnya dinikmati oleh pelanggannya adalah berkisar antara Rp45,00 sampai dengan Rp199,00 per SMS. Oleh karena itu, adalah keliru jika Termohon Keberatan menyatakan bahwa tarif SMS Pemohon Keberatan adalah mahal dan menimbulkan kerugian konsumen (*consumer loss*);



Menurut Termohon Keberatan, konsumen menderita kerugian karena harus membayar tarif SMS yang jauh lebih mahal daripada tarif yang seharusnya mereka bayar. Pendapat Termohon Keberatan ini adalah keliru, karena faktanya lewat program-program promosi yang diterapkan oleh Pemohon Keberatan, konsumen menikmati apa yang disebut sebagai *consumer surplus*;

Wikipedia menjelaskan bahwa *consumer surplus* adalah:

"... the amount that consumers benefit by being able to purchase a product for a price that is less than they would be willing to pay ...";

Terjemahan Bebas:

".....jumlah yang dinikmati oleh konsumen karena dapat membeli suatu produk dengan harga yang lebih murah daripada yang mereka bersedia bayar ...";

Hal ini sesuai pula dengan Hasil Penelitian LPEM-UI mengenai adanya surplus konsumen sebagaimana diuraikan di atas;

Sebagaimana diuraikan di atas, *published rate* untuk tarif SMS Pemohon Keberatan adalah Rp250,00 s/d. Rp350,00 per SMS, sehingga konsumen Pemohon Keberatan sesungguhnya bersedia untuk membayar biaya SMS dengan tarif tersebut. Namun demikian, karena pada kenyataannya konsumen Pemohon Keberatan menikmati tarif efektif berkisar antara Rp45,00 s/d. Rp199,00 untuk jasa SMS yang mereka nikmati, maka yang sesungguhnya terjadi adalah *consumer surplus* dan bukannya *consumer loss*;

Oleh karena itu, semua kesimpulan dan/atau "gambaran" yang diberikan oleh Termohon Keberatan mengenai adanya *consumer loss* adalah keliru, tidak sesuai dengan fakta yang terjadi, dan dihasilkan lewat proses yang sewenang-wenang dan melanggar asas legalitas;

24. Kalaupun diasumsikan bahwa tidak terjadi *consumer surplus*, *quod non*, setidaknya-tidaknya juga tidak dapat ditentukan adanya *consumer loss* mengingat tidak ada parameter yang objektif untuk menentukan harga yang wajar. Berdasarkan diagram di bawah ini, terlihat bahwa kalaupun diasumsikan bahwa harga wajar dapat ditentukan oleh Termohon Keberatan secara sepihak, *quod non*, tanpa adanya data yang akurat mengenai:

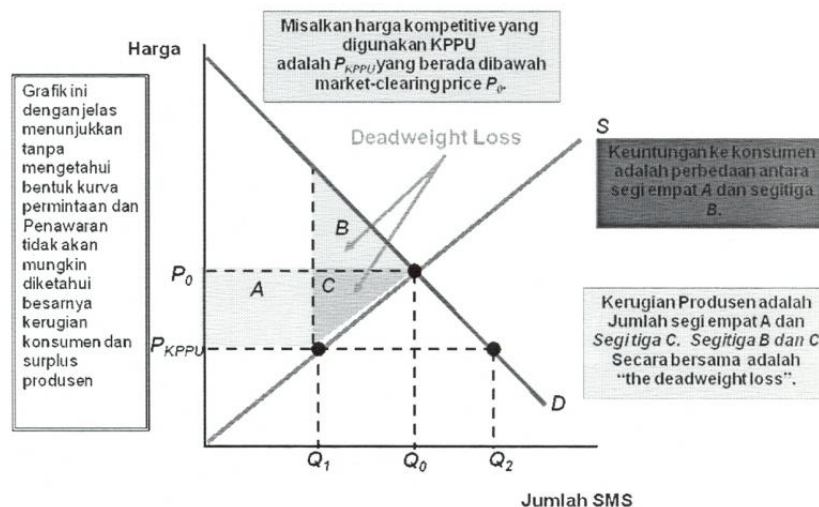
- (i) Fungsi Permintaan dan Penawaran (elastisitas terhadap perubahan harga) yang dihadapi oleh masing-masing operator; dan
- (ii) Jumlah transaksi SMS yang terjadi dari masing-masing operator,



tidak mungkin dapat dilakukan perhitungan mengenai ada tidaknya *consumer loss*;

Data tersebut tidak dimiliki oleh Termohon Keberatan dan analisis terhadap fungsi permintaan dan penawaran juga tidak pernah dilakukan. Oleh karena itu, kesimpulan atau "gambaran" yang diberikan oleh Termohon Keberatan mengenai adanya *consumer loss* adalah suatu tindakan yang salah secara hukum, dan karena itu harus dikoreksi oleh Majelis Hakim yang Mengadili Perkara ini;

Perubahan Surplus (Kerugian) Konsumen dan Produsen
Dari Tindakan Kontrol Harga



Unsur Pasar Bersangkutan Yang Sama Juga Tidak Terpenuhi

25. Pemohon Keberatan terlebih dahulu akan membuktikan adanya kesalahan dalam Putusan *a quo* mengenai definisi pasar bersangkutan pada perkara ini. Hal ini sangat penting mengingat kesalahan penentuan pasar bersangkutan akan menyebabkan seluruh kesimpulan menyangkut persaingan menjadi salah;

Halaman 191 butir 4.3.12 dari Putusan Termohon Keberatan menyatakan: "Dengan demikian, Majelis Komisi menilai bahwa pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan SMS di seluruh wilayah Indonesia, baik yang disediakan oleh operator seluler maupun operator FWA";

26. Definisi pasar bersangkutan yang diberikan oleh Termohon Keberatan di atas adalah salah. Termohon Keberatan tidak menjelaskan dasar hukum, dalil dan uraian secara tepat dan komprehensif dalam mendefinisikan pasar bersangkutan di atas. Dalam analisisnya Termohon Keberatan menyatakan sebagai berikut: (4.3.1) Pasar bersangkutan sesuai dengan



Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut. Selanjutnya dinyatakan (4.3.2) Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu dalam hukum persaingan usaha dikenal sebagai pasar geografis. Sedangkan barang dan atau jasa atau sejenis atau substitusi dari barang atau jasa tersebut dikenal sebagai pasar produk;

Termohon Keberatan dalam perkara ini tidak menerapkan definisi pasar bersangkutan secara benar dan akurat. Sebagai alat penyampaian pesan SMS, MMS dan Voice berada dalam pasar produk yang sama. Secara sadar dan dengan pertimbangan tertentu, para konsumen memilih menyampaikan pesannya melalui pilihan yang tersedia yaitu antara lain SMS, MMS dan Voice dan dengan demikian komoditi-komoditi (jasa layanan) tersebut berada dalam pasar produk bersangkutan yang sama; Untuk mengetahui secara akurat apakah produk/jasa tertentu berada pada pasar produk bersangkutan yang sama maka yang biasa dipertimbangkan atau diukur adalah terjadi tidaknya saling pertukaran (*substitute*) antara suatu produk/jasa dengan produk/jasa lainnya bila harga suatu produk/jasa mengalami perubahan (*cross elasticity*);

Untuk mengetahui apakah suatu produk dan produk lainnya berada pada pasar produk bersangkutan yang sama telah lazim digunakan test atau pengujian. Termohon Keberatan dalam perkara Nomor 07/PPU-L/2007, telah melakukan test yang dimaksudkan. Namun untuk perkara ini, Termohon Keberatan tidak pernah melakukan pengujian atau pembuktian bahwa SMS dan MMS atau Voice tidak berada atau berada dalam pasar bersangkutan yang sama. Padahal dengan pengujian (*testing*) yang sederhana yang biasa dilakukan oleh lembaga persaingan atau yang biasa dilakukan oleh Termohon Keberatan sendiri akan dapat diketahui secara pasti Pasar Produk dalam perkara ini. Dengan demikian, kecuali terdapat bukti lain melalui penelitian atau testing maka pasar produk pada perkara ini adalah layanan SMS yang tidak terpisah dengan MMS dan Voice; Meningkatnya porsi pendapatan para operator dari SMS dengan jelas menunjukkan bahwa Voice dan SMS adalah jasa yang dapat saling dipertukarkan sehingga oleh karenanya berada pada Pasar Produk yang sama. Selanjutnya, keputusan pengiriman SMS oleh konsumen telah mempertimbangkan apakah penerima pesan merupakan pelanggan



operator yang sama atau tidak. Dalam hal ini konsumen mempertimbangkan harga yang harus dibayar. Jumlah konsumen yang berlangganan kepada lebih dari satu (beberapa) operator secara sekaligus dalam beberapa tahun belakangan ini sudah sangat banyak dan mereka dengan mudah menentukan apakah menggunakan SMS off-net atau SMS on-net;

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa SMS off-net dan SMS on-net berada pada produk market yang sama. Bukti-bukti ini semakin memperjelas bahwa Termohon Keberatan telah salah dalam menentukan Pasar Produk (*Product Relevant Market*);

Lebih jauh Termohon Keberatan telah salah dalam menentukan Pasar Geografis. Termohon Keberatan menyimpulkan bahwa pasar geografis dalam perkara ini adalah seluruh wilayah Indonesia (4.3.7.4). Termohon Keberatan telah meniadakan bahwa (pasar geografis) SMS telah meliputi hampir seluruh belahan dunia terutama yang dihuni oleh warga negara Indonesia. Jumlah TKI yang berada di luar negeri sampai saat ini telah mencapai kurang lebih 2,7 juta orang, dan sebagian terbesar mereka ini menggunakan SMS. Sebagai contoh konkrit, Pemohon Keberatan telah mempunyai Program si Jimat yaitu program yang dikhususkan bagi pelanggan yang bermukim di luar negeri (TKI);

Dari bukti ini adalah sangat jelas bahwa Termohon Keberatan telah salah menentukan Pasar Geografis sehingga Majelis Hakim Yang Terhormat patut membatalkan Putusan *a quo*;

Pemohon Keberatan secara tegas menyatakan bahwa Termohon Keberatan tidak dapat mendefinisikan pasar bersangkutan sebagai "layanan SMS saja" secara terpisah dari layanan lainnya. Sebab hal ini bertentangan dengan ketentuan hukum yang berlaku;

Sesuai dengan peraturan di bidang telekomunikasi, layanan SMS merupakan layanan tambahan. Hal ini secara tegas dinyatakan dalam Pasal 23 ayat (1) dan 24 Keputusan Menteri Perhubungan Nomor KM. 21 Tahun 2001 tentang Penyelenggaraan Jasa Telekomunikasi (KM Nomor 2112001") yang menyatakan:

"Pasal 23 ayat (1):

Dalam menyelenggarakan jasa telepon dasar, penyelenggara jasa teleponi dasar dapat melaksanakan layanan tambahan";

Sedangkan Pasal 24 menyatakan:



"Fasilitas tambahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 ayat (1) dapat berupa:

- a. *reserve charging*;
- b. *multi call address*;
- c. *abbreviated dialling*;
- d. *special dialling facilities*;
- e. *voice and tax mail box*;
- f. *short message services (SMS)*;

Berdasarkan ketentuan di atas secara tegas dinyatakan bahwa layanan SMS hanya merupakan layanan tambahan. Oleh karena itu, Termohon Keberatan tidak dapat mendefinisikan layanan SMS sebagai layanan terpisah dari layanan lainnya, terutama layanan suara (*voice*) sebagai layanan dasar. Layanan SMS bukan merupakan layanan yang berdiri sendiri;

Termohon Keberatan dalam Putusannya secara tegas juga sudah mengakui dan menyatakan bahwa layanan SMS sebagai layanan tambahan. Pada halaman 188 butir 4.3.4.I Putusan Termohon Keberatan menyatakan:

"*Short Messages Service* atau SMS yang menjadi objek pada perkara ini adalah jasa layanan tambahan yang dimiliki oleh semua penyelenggara jasa telekomunikasi seluler maupun *Fix Wireless Access (FWA)*";

Selain itu, halaman 190 butir 4.3.7.1 Putusan *a quo* Termohon Keberatan menyatakan:

"Sebagai satu layanan nilai tambah dari operator seluler maupun FWA, maka keberadaan layanan SMS akan mengikuti keberadaan dari ketersediaan jaringan operator yang bersangkutan";

Lebih lanjut, secara faktual tidak ada yang namanya "pasar SMS". Sampai saat ini tidak ada satu pun pelaku usaha atau operator yang hanya menjual layanan SMS. Hal ini disebabkan karena layanan SMS hanya merupakan layanan tambahan dan bukan merupakan layanan yang berdiri sendiri. Berdasarkan penjelasan di atas terbukti bahwa baik secara legal maupun faktual definisi pasar produk atau pasar bersangkutan dalam Putusan *a quo* adalah salah serta tidak sesuai dengan fakta-fakta;

Kesimpulan:

1. Berdasarkan uraian di atas, terbukti bahwa Termohon Keberatan tidak mampu membuktikan terpenuhinya unsur-unsur:
 - (i) perjanjian penetapan harga dengan pelaku usaha pesaing;



(ii) menetapkan harga yang harus dibayar konsumen atau pelanggan;
dan

(iii) pasar bersangkutan yang sama;

Oleh karena itu, terbukti bahwa Pemohon Keberatan tidak melanggar ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Sebagai akibatnya, Pengadilan Negeri Jakarta Selatan harus membatalkan Putusan *a quo*;

2. Mengingat terbukti bahwa tindakan Termohon Keberatan memberikan pendapat atau gambaran mengenai adanya kerugian konsumen (*consumer loss*) adalah suatu hal yang selain sewenang-wenang dan melanggar asas legalitas juga bersifat spekulatif dan mengada-ada, maka Pengadilan Negeri Jakarta Selatan harus memperbaiki kesalahan yang dilakukan oleh Termohon Keberatan dengan secara tegas menyatakan bahwa tidak ada kerugian konsumen dalam perkara ini;

Bahwa, berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, Pemohon Keberatan I mohon kepada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan agar memberi putusan sebagai berikut:

1. Menerima seluruh Permohonan Keberatan dari Pemohon Keberatan;
2. Membatalkan Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007, atau setidaknya menyatakan bahwa Putusan tersebut tidak sah dan tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat terhadap Pemohon Keberatan;

Dan dengan mengadili sendiri:

Memutuskan :

1. Menyatakan bahwa PT. Excelcomindo Pratama, Tbk ("Terlapor I") tidak terbukti melanggar ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
2. Menghukum Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (Termohon Keberatan) untuk membayar seluruh biaya perkara ini;

Atau:

- Jika Pengadilan Negeri Jakarta Selatan berpendapat lain, maka Pemohon Keberatan mohon dengan segala kerendahan hati agar Pengadilan berkenan untuk menjatuhkan putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*;

Keberatan Pemohon Keberatan II/PT. Telekomunikasi Seluler:

- A. Termohon Keberatan Tidak Berwenang Dalam Perkara Ini:
Majelis Hakim Yang Terhormat Patut Membatalkan Putusan Termohon Keberatan Karena Termohon Keberatan Tidak Mempunyai Wewenang Pengawasan Persaingan Usaha di Bidang Usaha Jasa Telekomunikasi;



- I. BRTI Adalah Otoritas Satu-Satunya Yang Wewenang Melakukan Pengawasan Persaingan Usaha Di Bidang Jasa Telekomunikasi:
 1. Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia ("BRTI") adalah otoritas yang diberikan kewenangan-kewenangan khusus di dalam pengawasan dan pengendalian penentuan tarif serta kewenangan dalam pengawasan persaingan usaha di bidang jasa telekomunikasi berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum yang khusus berlaku dalam bidang jasa telekomunikasi;
 2. Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi ("Undang-Undang Nomor 36/1999") menyatakan bahwa:

"Telekomunikasi dikuasai oleh Negara dan pembinaannya dilakukan oleh Pemerintah";

(Bukti P-2);

Selanjutnya berdasarkan Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 36/1999 ditegaskan yang dimaksud dengan pembinaan meliputi penetapan kebijakan, pengaturan, pengawasan dan pengendalian kegiatan telekomunikasi di Indonesia. Dalam penjelasan resmi terhadap pasal tersebut, dinyatakan bahwa:

"...Sesuai dengan perkembangan keadaan, fungsi pengaturan, pengawasan dan pengendalian penyelenggaraan telekomunikasi dapat dilimpahkan kepada suatu badan regulasi";(Bukti P-2);
 3. Dalam perkembangannya, berdasarkan Keputusan Menteri Perhubungan Nomor KM. 31 Tahun 2003 tentang Penetapan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia ("KM 31/2003"), dibentuklah BRTI yang diberikan kewenangan-kewenangan khusus termasuk kewenangan dalam pengawasan dan pengendalian penentuan tarif serta kewenangan dalam pengawasan persaingan usaha di bidang jasa telekomunikasi. Oleh karena itu, BRTI merupakan otoritas satu-satunya yang diberikan kewenangan dalam pengawasan persaingan usaha di bidang jasa telekomunikasi;

Hal. 37 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



4. Pemeriksaan yang dilakukan oleh Termohon Keberatan dalam perkara Nomor 26/KPPU-L/2007, ini bertentangan dengan peraturan perundangan yang khusus berlaku tentang wewenang absolut BRTI karena tugas pengawasan persaingan usaha dalam bidang jasa telekomunikasi merupakan kewenangan khusus BRTI;
5. Tugas dan wewenang BRTI dalam bidang pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi ditentukan secara tegas dalam ketentuan Pasal 6 huruf b KM 31/2003 yang menyatakan:

“Untuk melaksanakan fungsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, BRTI mempunyai tugas:

b. Pengawasan terhadap penyelenggaraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi, yaitu:

- 1) Kinerja operasi;
- 2) Persaingan usaha;
- 3) Penggunaan alat dan perangkat telekomunikasi”;

(Bukti P-3);

Wewenang BRTI yang ditentukan dalam KM 31/2003 tersebut sesuai dan sejalan dengan ketentuan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 36/1999 yang menyatakan bahwa:

“(1) Dalam penyelenggaraan telekomunikasi dilarang melakukan kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat di antara penyelenggara telekomunikasi;

(2) Larangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”;

Penjelasan Resmi Pasal 10 ayat (1):

“Pasal ini dimaksudkan agar terjadi kompetisi yang sehat antar penyelenggara telekomunikasi dalam melakukan kegiatannya; Peraturan perundang-undangan yang berlaku dimaksud adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta peraturan pelaksanaannya ”;

(Bukti P-3);



6. Rujukan terhadap Undang-Undang Nomor 5/1999 yang dinyatakan dalam Penjelasan Resmi Pasal 10 ayat (1) adalah untuk memberikan penjelasan terhadap kata "Larangan" yang tercantum dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999. Sehingga yang dimaksud "kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dalam KM 31/2003 adalah larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 5/1999. Rujukan terhadap Undang-Undang Nomor 5/1999 ini tidak termasuk pada pengaturan kewenangan Termohon Keberatan. Dengan demikian wewenang pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi tetap berada pada BRTI, bukan Termohon Keberatan;
7. Kewenangan BRTI dalam bidang pengawasan persaingan usaha juga dipertegas dalam Pasal 25 ayat (1) Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 09/PER/M.KOMINFO/04/2008, tentang Tata Cara Penetapan Tarif Jasa Telekomunikasi Yang Disalurkan Melalui Jaringan Bergerak Selular ("PM 09/2008") yang menyatakan:
"(1) BRTI melakukan pengawasan dan pengendalian serta tindakan yang diperlukan terhadap pelanggaran implementasi besaran tarif dari penyelenggara yang dapat mengganggu terlaksananya kompetisi yang sehat dalam industri jasa layanan telekomunikasi";
(Bukti P-4);
8. Dengan demikian terbukti bahwa Termohon Keberatan tidak mempunyai wewenang untuk melakukan pemeriksaan terhadap perkara ini. Oleh karena itu Putusan Termohon Keberatan patut dibatalkan;

II. Ketentuan Undang-Undang Nomor 36/1999 Jo. KM. 31/2003 (*Lex Specialis*) Mengesampingkan Undang-Undang Nomor 5/1999 (*Legi Generalis*):

1. Di dalam penerapan hukum berlaku prinsip *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* (ketentuan-ketentuan hukum yang khusus akan mengesampingkan ketentuan-ketentuan hukum yang lebih umum). Berdasarkan prinsip hukum ini maka

Hal. 39 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



otoritas yang berwenang dalam pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi adalah BRTI bukan Termohon Keberatan. Hal ini didasarkan bahwa:

- Wewenang Termohon Keberatan didasarkan pada ketentuan umum Pasal 36 Undang-Undang Nomor 5/1999;
 - Wewenang BRTI secara khusus didasarkan pada Pasal 4 Undang-Undang Nomor 36/1999 jo. Pasal 6 huruf b angka 2 KM 31/2003;
2. Ketentuan mengenai wewenang pengawasan persaingan usaha di bidang usaha jasa telekomunikasi oleh BRTI yang diatur dalam ketentuan di atas merupakan ketentuan hukum yang lebih khusus dalam bidang telekomunikasi dibandingkan dengan Undang-Undang Nomor 5/1999 yang berlaku umum;
 3. Pertimbangan Termohon Keberatan dalam butir 3.10 dan 3.11 halaman 183 dan 184 Putusannya yang pada intinya menyatakan bahwa Undang-Undang Nomor 5/1999 tidak mengecualikan sektor-sektor tertentu, justru semakin membuktikan bahwa Undang-Undang Nomor 5/1999 adalah ketentuan hukum yang bersifat umum. Sehingga pengecualian terhadap Undang-Undang Nomor 5/1999 terdapat dalam Undang-Undang Nomor 36/1999 jo. KM 31/2003 yang merupakan ketentuan hukum yang lebih khusus di bidang telekomunikasi;
 4. Oleh karena itu, Pasal 4 Undang-Undang Nomor 36/1999 jo. Pasal 6 huruf b KM 31/2003 (*lex specialis* dalam sektor usaha jasa telekomunikasi,) mengesampingkan Pasal 36 Undang-Undang Nomor 5/1999 (*legi generalis*). Selain itu Undang-Undang Nomor 36/1999 dan KM 31/2003, juga merupakan peraturan yang lebih baru dibandingkan dengan Undang-Undang Nomor 5/1999;
 5. Dengan demikian, Termohon Keberatan tidak mempunyai wewenang apapun untuk melakukan pemeriksaan atas perkara ini. Pertimbangan Termohon Keberatan butir 3.1 s/d 3.24 halaman 182 sampai dengan 186 adalah salah dantidak berdasar. Oleh karena itu Putusan Termohon Keberatan patut dibatalkan;

Hal. 40 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

Disclaimer

Kepaniteraan Mahkamah Agung Republik Indonesia berusaha untuk selalu mencantumkan informasi paling kini dan akurat sebagai bentuk komitmen Mahkamah Agung untuk pelayanan publik, transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan fungsi peradilan. Dalam hal Anda menemukan inakurasi informasi yang termuat pada situs ini atau informasi yang seharusnya ada, namun belum tersedia, maka harap segera hubungi Kepaniteraan Mahkamah Agung RI melalui :

Email : kepaniteraan@mahkamahagung.go.id
Telp : 021-384 3348 (ext.318)



III. Termohon Keberatan Tidak Konsisten Dan Diskriminatif Dalam Menerapkan Preseden Pemeriksaan Perkara Persaingan Usaha

1. Selain itu, Termohon Keberatan juga tidak konsisten dan diskriminatif dalam menjatuhkan Putusan dalam perkara ini. Berdasarkan preseden praktek pemeriksaan perkara persaingan usaha, Termohon Keberatan wajib menghentikan pemeriksaan terhadap Pemohon Keberatan, karena ada perbedaan pengaturan wewenang dalam pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi berdasarkan Undang-Undang Nomor 36/1999 jo. KM 31/2003 dan Undang-Undang Nomor 5/1999;
2. Kebijakan ini telah dilakukan oleh Termohon Keberatan dalam perkara dugaan pelanggaran Pasal 27 Undang-Undang Nomor 5/1999 (tentang Kepemilikan Silang) yang dilakukan oleh PT. Media Nusantara Citra Tbk ("MNC"). Dalam perkara ini, Termohon Keberatan menghentikan proses pemeriksaan karena perbedaan persepsi mengenai pengertian kepemilikan silang antara Undang-Undang Anti Monopoli dan Undang-Undang Penyiaran. Hal ini disebut dalam pernyataan Komisioner Termohon Keberatan, Tresna P. Soemardi yang dikutip dalam hukumonline tanggal 19 Mei 2008;
"Kasus itu, sambungnya, baru bisa ditangani oleh KPPU jika sudah ada kesamaan persepsi tentang pengertian kepemilikan silang, antara Undang-Undang Penyiaran dengan Undang-Undang Anti Monopoli. Maka dari itu, rapat Majelis Komisi merekomendasikan kepada pemerintah untuk memperbaiki beleid tentang kepemilikan silang...";
(Bukti P-5);
3. Termohon Keberatan, demi keadilan dan kepastian hukum, seharusnya menerapkan kebijakan yang sama dan menghentikan proses pemeriksaan terhadap Pemohon Keberatan, karena ada 2 (dua) rezim pengaturan yang berbeda dalam pengawasan persaingan usaha di bidang Telekomunikasi, yaitu Undang-Undang Nomor 5/1999 dan Undang-Undang Nomor 36/1999;

Hal. 41 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



4. Namun demikian, pada kenyataannya Termohon Keberatan sama sekali tidak mempertimbangkan preseden praktek pemeriksaan perkara persaingan usaha di atas, dan secara sewenang-wenang melanjutkan pemeriksaan dan mengeluarkan putusan yang menghukum Pemohon Keberatan. Termohon Keberatan telah melakukan tindakan yang tidak konsisten dan sangat diskriminatif terhadap Pemohon Keberatan. Lebih lanjut tindakan Termohon Keberatan juga menciptakan ketidakpastian hukum dalam melakukan usaha di Indonesia;
5. Berdasarkan dalil-dalil di atas, terbukti bahwa Termohon Keberatan tidak konsisten dan bersikap diskriminatif dalam melakukan pemeriksaan atas perkara ini. Oleh karena itu, kami mohon agar Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon;

B. Putusan Termohon Keberatan Patut Dibatalkan Karena Melanggar Hukum Acara

I. Putusan Termohon Keberatan Patut Dibatalkan Karena Termohon Keberatan Melanggar Asas *Audi Et Alteram Partem*

1. Termohon Keberatan telah melanggar asas yuridis yang fundamental yaitu asas *Audi Et Alteram Partem* karena Termohon Keberatan tidak secara seksama dan tidak secara teliti melakukan pemeriksaan, analisa dan pertimbangan atas setiap bukti-bukti, dokumen-dokumen atau pendapat yang diajukan oleh Pemohon Keberatan ataupun bukti-bukti dan kesaksian yang ada di dalam berkas yang merupakan hasil pemeriksaan dari Termohon Keberatan sendiri. Termohon Keberatan tidak melakukan pertimbangan yang seksama, objektif, dan seimbang atas seluruh bukti, kesaksian atau fakta yang seharusnya diperiksa oleh Termohon Keberatan;
2. Pelanggaran terhadap asas *Audi Et Alteram Partem* ini mengakibatkan Putusan Termohon Keberatan salah. Termohon Keberatan pasti akan memutuskan bahwa Pemohon Keberatan tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 jika Termohon Keberatan memeriksa seluruh bukti, kesaksian, atau fakta dengan seksama;



3. Asas *Audi Et Alteram Partem* merupakan asas *fundamental* yang harus dipatuhi dalam setiap proses pemeriksaan oleh lembaga adjudikatif seperti KPPU atau Termohon Keberatan. Dalam konteks pemeriksaan di Pengadilan, asas ini ditegaskan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: "Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang";
4. Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, S.H., di dalam bukunya yang berjudul *Hukum Acara Perdata Indonesia* halaman 15 menjelaskan asas *Audi Et Alteram Partem* sebagai berikut: "Asas bahwa kedua belah pihak harus didengar lebih dikenal dengan asas "*audi et alteram partem*" atau *eines mannes rede ist keines mannes rede, man soll sie horen alle beide*". Hal ini berarti bahwa Hakim tidak boleh menerima keterangan dari salah satu pihak sebagai benar, bila pihak lawan tidak didengar atau tidak diberi kesempatan untuk mengeluarkan pendapatnya;
5. Pemohon Keberatan telah mengajukan bukti-bukti, pembelaan serta keterangan kepada Termohon Keberatan yang menunjukkan dan membuktikan bahwa tidak ada pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Meskipun demikian, Termohon Keberatan tidak memeriksa secara teliti atau seksama bukti-bukti penting dan dokumen-dokumen yang diajukan oleh Pemohon Keberatan, antara lain yaitu:
 - a. Artikel hukum online tanggal 19 Mei 2008 yang berjudul "Di balik penghentian Kasus MNC" yang membuktikan bahwa berdasarkan preseden praktek pemeriksaan perkara persaingan usaha, Termohon Keberatan wajib menghentikan pemeriksaan apabila ada perbedaan dalam peraturan yang berlaku yang dalam kasus ini; (Bukti P-5);
 - b. Dalil-dalil Pemohon Keberatan dalam dokumen Pembelaan dan Tanggapan Terhadap LHPL Nomor 26/KPPU-L/2007, serta materi presentasi pembelaan Pemohon Keberatan tanggal 2 Juni 2008, antara lain dalil-

Hal. 43 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



dalil mengenai prinsip *Lex Specialis Derogat Lex Generalis*, dan bukti bahwa Pemohon Keberatan patuh pada kebijakan BRTI serta seluruh ketentuan perundang-undangan yang berlaku;

6. Selain itu, Termohon Keberatan juga tidak mempertimbangkan secara teliti atau seksama pernyataan-pernyataan dari saksi-saksi yang dimintai keterangan oleh Termohon Keberatan sendiri. Keterangan-keterangan tersebut tercatat pada Berita Acara Pemeriksaan (BAP) sebagai berikut:

a) Risalah pertemuan antara KPPU dan BRTI tanggal 22 November 2007 butir yang sama menyatakan:

"Hal itu sangat wajar di industri telekomunikasi dimana tarif bukan hanya sebagai alat kompetisi tapi juga untuk mengontrol jaringan agar jangan sampai *collaps*";

(Bukti P-7/A8);

b) Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor VIII (Smart) tanggal 7 April 2008 butir 3 yang menyatakan:

"Kami membuat PKS tersebut dengan tujuan untuk menyeimbangkan aliran SMS yang tidak seimbang";

(Bukti P-8/B20);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 8 April 2008 butir 3 yang menyatakan:

"Perjanjian tersebut kami lakukan adalah dalam rangka menjalankan undang-undang untuk interkoneksi, bukan untuk melakukan penetapan harga ke pengguna";

(Bukti P-9/B21);

Kedua berita acara ini membuktikan bahwa motivasi pembuatan klausul SMS dalam PKS bukan bermaksud penetapan harga;

c) Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 3 Desember 2007 butir 20, 23, 25, dan 32 yang menyatakan:

"Harga ritel ditentukan oleh masing-masing operator";

"Harga tersebut *me-refer* ke harga pasar (*benchmark*)";

"Kami menetapkan berdasarkan *benchmark* saja";

"....harga SMS Rp250,00 itu semata-mata *benchmark*



karena yang terjadi adalah mekanisme pasar”;

(Bukti P-10/B2);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 8 April 2008 butir 9 yang menyatakan:

“... pada awalnya kami melihat harga yang berlaku di pasar”;

(Bukti P-9/B21);

Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan Terhadap Terlapor VIII (Smart) tanggal 6 Desember 2007 butir 12 dan 14 yang menyatakan:

“12	Pertanyaan	:	Apakah ada perjanjian penetapan harga antar operator seluler sehingga taris sms berada di kisaran Rp250,00 atau Rp350,00?
	Jawaban	:	Sebenarnya tidak ada. Kita hanya mengikuti pasar”

“Pasar yang menentukan. Pada prinsipnya, tidak ada *price fixing* secara legal”;

(Bukti P-11/B4);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terlapor IX (NTS) tanggal 16 Januari 2008 butir 16 yang menyatakan: ‘Ya, kita hanya mengikuti harga dari *market price*’;

(Bukti P-12/B9);

Keempat dokumen di atas membuktikan bahwa harga SMS sebesar Rp250,00 - Rp350,00 adalah harga pasar. Masing-masing operator telekomunikasi menentukan tarif efektif SMS interkoneksinya sendiri dengan mengikuti harga pasar atau *benchmark* dan tidak mengacu kepada klausul SMS interkoneksi dalam PKS Interkoneksi sehingga tidak ada suatu penetapan harga;

- d) Tabel 5 halaman 11 dari Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan Nomor 26/KPPU-L/2007, memperlihatkan bahwa operator lain yang dinyatakan tidak melakukan pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 juga menetapkan harga SMS sebesar Rp250,00 - Rp350,00 sehingga terbukti bahwa harga SMS Rp250,00 - Rp350,00 tersebut adalah harga pasar;
- e) Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor III (Indosat) tanggal 8 Januari 2008 butir 7 yang menunjukan



pengakuan Indosat (yang dianggap tidak melakukan kartel) bahwa Indosat menetapkan harga SMS sebesar Rp300,00 - Rp350,00;

"Untuk off-net, IM3 sejak tahun 2002 Rp350,00, ...sedangkan Mentari sejak tahun 2002 sampai tahun 2007 memang berada di Rp350,00 sedangkan Matrix tetap berada di kisaran Rp300,00";

(Bukti P-13/B8);

- f) Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Ahli (KRMT Roy Suryo Notodiprojo) tanggal 11 April 2008 butir 19 yang menyatakan:

"Saya bisa menerima alasan tersebut karena di Indonesia jika semua digratiskan, maka orang-orang tidak akan bertanggung-jawab atas fasilitas yang diberikan. Saya memiliki pengalaman sendiri ketika memiliki kartu 3, saya banyak menerima *spamming*";

(Bukti P-14/B24);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Ahli (Ir. Farda Hasun, M.Sc.) tanggal 13 Februari 2008 butir 12 yang menyatakan:

"Jika harga terlalu murah,...ada kemungkinan ada tambahan trafic karena banyak spam. Bisa saja sewaktu-waktu jaringan terganggu";

(Bukti P-15/B10);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor VI (BakrieTel) tanggal 14 April 2008 butir 26 yang menyatakan:

"Menurut teori, jika tarif murah maka akan berpengaruh besar terhadap traffiknya. Ketika tarif diturunkan, maka traffiknya akan meningkat, dikhawatirkan akan timbul *spam* yang membebani jaringan";

(Bukti P-16/B25);

Ketiga dokumen di atas membuktikan bahwa alasan pembuatan klausul SMS interkoneksi guna mencegah *spamming* adalah alasan yang benar dan sesuai dengan fakta;



- g) Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 3 Desember 2007 butir 14 yang menyatakan: "Tarif hanya sebagai *benchmark* namun yang kemudian terjadi adalah operator banyak memberikan bonus, sehingga SMS tidak lagi Rp250,00 dan Rp350,00";

(Bukti P-10/B2);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor I (XL) tanggal 2 April 2008 butir 13 yang menyatakan:

"Dalam industri telekomunikasi ini dimana sedang terjadi perang persaingan antar operator telekomunikasi, sangat sulit untuk membentuk kartel karena sebenarnya masing-masing operator sedang menerapkan promo untuk menurunkan harga SMS";

(Bukti P-17/B17);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 8 April 2008 butir 3 yang menyatakan:

"Menyangkut harga SMS antara Rp250,00 s/d Rp350,00 memang tarif yang kami lakukan antar penyelenggara. Secara riil yang dirasakan oleh pengguna, tidak demikian karena ada kegiatan-kegiatan untuk menarik/*attractiveness* pasar yang dalam hal ini adalah pengguna";

(Bukti P-9/B21);

Ketiga dokumen ini membuktikan bahwa pada prakteknya harga SMS yang dinikmati konsumen (*effective rate*) adalah lebih rendah dari Rp250,00 - Rp350,00;

- h) Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Ahli (Agung Harsoyo dan Dr. Haula Rosdiana, M.Si.) tanggal 1 April 2008 butir 11 dan 13 yang menyatakan:

"Dalam penelitian tersebut, masih banyak komponen yang belum termasuk di dalamnya seperti biaya R&D, *starter pack* atau biaya yang berhubungan dengan marketing. Model statis yang dibuat sebenarnya belum memperhitungkan *regulatory charges* yang diterapkan oleh pemerintah;

Hal. 47 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



“Ovum hanya menghitung tarif pungut interkoneksi antar operator sehingga tentu saja tidak bisa tarif pungut kepada konsumen menggunakan metode *Ovum* karena tidak *apple to apple*”;

(Bukti P-18/B16);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Ahli (Mas Wigrantoro) tanggal 21 Februari 2008 butir 7 yang menyatakan:

“Saya kira *Ovum* salah karena mereka hanya menerbitkan atau melihat biaya interkoneksi, seolah-olah biaya interkoneksi langsung dibagi dua. Di luar biaya interkoneksi Rp38,00 x 2, ada biaya produksi. Biaya produksi ini tergantung dari bagaimana operator menghitungnya. Selain itu juga harus diketahui berapa margin yang akan diterapkan oleh masing-masing operator”;

(Bukti P-19/B11);

Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 8 April 2008 butir 11 dan 14 yang menyatakan:

“...Perhitungan yang dilakukan oleh *Ovum* adalah untuk interkoneksi jaringan, *best modeling* yang belum tentu bisa diimplementasikan untuk retail. Untuk pentarifan ke retail, sehingga *metode cost* untuk retail tersebut masih harus dikembangkan lagi... ;

“Perhitungan *Ovum* tersebut tidak dapat langsung digunakan untuk menghitung tarif pungut (retail ke pengguna)”;

(Bukti P-9/B21);

- i) Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap ahli (Mas Wigrantoro RS) tanggal 21 Februari 2008 butir 21 yang menyatakan:

“...Perhitungan *Ovum* bukanlah produk hukum sehingga tidak dapat dijadikan acuan bagi operator. Jika perhitungan *Ovum* ini mau dijadikan patokan, maka terlebih dahulu harus disiapkan regulasinya...”;

(Bukti P-19/B11);



Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Saksi
(Herry Nugroho, S.E.,M.Si) tanggal 5 Mei 2008 butir 17
yang menyatakan:

"*Common cost dan retail activity cost* bukanlah sesuatu yang bisa diatur. Kalau pun nanti diatur, maka pengaturannya bukan pada volumenya, namun kemampuan operator untuk melakukan *separate accounting*. Tidak perlu ada 2 pembukuan, namun secara sistem akuntansi bisa dipisah sehingga mencegah terjadinya *bundling* produk oleh operator";

(Bukti P-20/B27);

Seluruh dokumen di atas membuktikan bahwa hasil penelitian *Ovum* masih dapat diperdebatkan dan penelitian *Ovum* bukan peraturan yang wajib ditaati. Termohon Keberatan tidak bisa menggunakan *Ovum* sebagai satu-satunya patokan;

7. Berdasarkan seluruh bukti-bukti dan penjelasan di atas, terbukti bahwa Termohon Keberatan tidak mentaati asas fundamental *Audi Et Alteram Partem*. Pelanggaran terhadap asas *Audi Et Alteram Partem* ini mengakibatkan Putusan Termohon Keberatan salah. Termohon Keberatan pasti akan memutuskan bahwa Pemohon Keberatan tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 jika Termohon Keberatan memeriksa seluruh bukti, kesaksian, atau fakta dengan seksama. Oleh karena itu, kami memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan Termohon Keberatan;

II. Putusan Termohon Keberatan Patut Dibatalkan Karena Termohon Keberatan Melanggar Proses Pemeriksaan Yang Seharusnya Dilakukan (*Due Process Of Law*) Dalam Perkara Ini

1. Kami mohon Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan karena Termohon Keberatan dalam perkara ini telah melanggar proses pemeriksaan yang seharusnya dilakukan (*due process of law*) yang diatur dalam Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara Di KPPU ("Peraturan KPPU Nomor 1/2006");

Hal. 49 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



2. Pasal 65 ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1/2006 menyatakan:

“Dalam setiap tahapan pemeriksaan dan sidang Majelis Komisi, Terlapor berhak: e. Melakukan pemeriksaan alat-alat bukti yang dijadikan dasar dalam Kesimpulan Pemeriksaan;” (Bukti P-21); Selain itu, Pasal 53 ayat (3) Peraturan KPPU Nomor 1/2006 menyatakan:

“Untuk kepentingan penyampaian pendapat atau pembelaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), Terlapor dapat melihat bukti dugaan pelanggaran yang dituduhkan kepadanya”; (Bukti P-21);

Berdasarkan ketentuan di atas, terbukti bahwa Pemohon Keberatan selaku Terlapor mempunyai hak untuk memeriksa alat-alat bukti tanpa kecuali yang dijadikan dasar oleh Termohon Keberatan dalam kesimpulan, pemeriksaan. Dalam ketentuan ini tidak ada pengecualian sama sekali sehingga Pemohon Keberatan berhak memeriksa semua bukti dan Termohon Keberatan wajib memenuhi hak Pemohon Keberatan ini. Pemeriksaan terhadap alat-alat bukti ini sangat penting bagi Pemohon Keberatan dalam rangka menyusun pembelaan atau tanggapan terhadap tuduhan-tuduhan Termohon Keberatan dalam Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan (LHPL);

3. Namun demikian, Termohon Keberatan telah melanggar hak-hak Pemohon Keberatan di atas. Termohon Keberatan secara sengaja pada saat pemeriksaan berkas perkara (*inzage*) tidak memberikan kesempatan kepada Pemohon Keberatan untuk dapat memeriksa semua alat-alat bukti yang dijadikan dasar oleh Termohon Keberatan dalam LHPL. Pemohon Keberatan tidak diberikan kesempatan untuk memeriksa laporan *Ovum* dan dokumen-dokumen lainnya yang dimuat dalam folder yang diberi tanda C. Padahal laporan *Ovum* ini sangat penting karena dijadikan sebagai dokumen utama oleh Termohon Keberatan dalam menyebut tarif SMS;



4. Pada pemeriksaan berkas perkara ini Termohon Keberatan hanya memberikan kesempatan kepada Pemohon Keberatan untuk memeriksa berkas-berkas perkara secara terbatas, yaitu Berita Acara Pemeriksaan (folder yang diberi tanda B) dan surat-menyurat (folder yang diberi tanda A). Termohon Keberatan tidak secara transparan menunjukan seluruh dokumen secara lengkap yang dijadikan dasar oleh Termohon Keberatan dalam menyimpulkan adanya pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999;
5. Berdasarkan hal ini, terbukti Termohon Keberatan telah melanggar *due process of law*. Akibat dari adanya pelanggaran ini, Pemohon Keberatan tidak dapat menyampaikan pendapat atau pembelaannya secara maksimal baik pada persidangan Majelis Komisi maupun untuk keperluan pengajuan upaya hukum Keberatan ini. Hal ini jelas sangat merugikan Pemohon Keberatan;
6. Selain itu, Pasal 65 ayat (2) huruf f Peraturan KPPU Nomor 1/2006 menyatakan: "Dalam setiap tahapan pemeriksaan dan sidang majelis komisi, Terlapor berhak: f. menyampaikan tanggapan atau pembelaan atas tuduhan dugaan pelanggaran";
(Bukti P-21);
Berdasarkan ketentuan di atas, Pemohon Keberatan mempunyai hak untuk mengajukan pembelaan atas tuduhan-tuduhan dari Termohon Keberatan dalam LHPL pada sidang Majelis Komisi. Termohon Keberatan seharusnya memberikan waktu yang memadai kepada Pemohon Keberatan untuk menyampaikan pendapat atau pembelaannya;
7. Namun demikian, dalam sidang Majelis Komisi ini Termohon Keberatan sama sekali tidak memberikan waktu yang memadai bahkan membatasi secara tidak adil dalam penyampaian pembelaan secara lisan dari para Terlapor dan Pemohon Keberatan. Pemohon Keberatan dipaksa untuk menyampaikan pembelaan dalam waktu hanya 5 menit. Padahal pada persidangan Majelis Komisi ini Pemohon

Hal. 51 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Keberatan ingin menjelaskan secara lengkap dasar hukum, fakta, bukti dan konteks permasalahan yang terjadi sebelum Termohon Keberatan mengeluarkan Putusannya;

Pembatasan waktu yang sama sekali tidak memadai ini sekaligus menunjukkan bahwa forum sidang pembelaan atau penyampaian pendapat dari para Terlapor hanya sekedar formalitas semata. Termohon Keberatan tidak secara sungguh-sungguh memperhatikan atau mempertimbangkan secara seksama setiap pendapat atau pembelaan yang disampaikan oleh Pemohon Keberatan dalam perkara ini;

8. Berdasarkan penjelasan di atas terbukti bahwa Termohon Keberatan telah melanggar *due process of law* yang diatur dalam Pasal 65 Peraturan KPPU Nomor 1/2006. Termohon Keberatan telah melanggar hak-hak Terlapor yang wajib dipenuhi dan dipatuhi oleh Termohon Keberatan. Adanya pelanggaran ini mengakibatkan Putusan Termohon Keberatan tidak dibuat berdasarkan pertimbangan yang adil dan teliti atas seluruh fakta, bukti, pembelaan, pendapat dan dasar hukum yang terkait. Dengan demikian Putusan Termohon Keberatan menjadi cacat hukum karena terdapat pelanggaran terhadap *due process of law*. Oleh karena itu, kami mohon Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan;

III. Putusan Termohon Keberatan Patut Dibatalkan Karena Terdapat Kontradiksi Atau Pertentangan Antara Pertimbangan Yang Satu Dengan Pertimbangan Yang Lain Dan Dengan Diktum Putusan

1. Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 23 November 1974 menyatakan:
"Dengan tidak/kurang memberikan pertimbangan/alasan, bahkan apabila alasan-alasan itu kurang jelas, sukar dapat dimengerti ataupun bertentangan satu sama lain, maka hal demikian dapat dipandang sebagai suatu kelalaian dalam acara ("*vormverzuim*") yang dapat mengakibatkan batalnya putusan Pengadilan...";
(Mahkamah Agung RI, Himpunan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Peraturan Mahkamah Agung (PERMA)



- Republik Indonesia Tahun 1951-2002, Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta: 2002, hal. 287);
2. Selain itu, Yurisprudensi Tetap Mahkamah Agung RI Nomor 51 K/Sip/1972, tanggal 25 Maret 1972, menyatakan:
“Dalam putusan Hakim Pertama, tidak boleh mengandung kontradiksi antara “pertimbangan hukum” dengan “amar putusannya”, setiap amar putusan harus didasarkan pada pertimbangan hukum yang berkaitan”;
Dan Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 3648 K/Pdt/1994, tanggal 27 Maret 1997: “Putusan *Judex Facti* (Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi) yang mengandung pertentangan antara pertimbangan hukum dengan amar putusannya atau amar putusan yang tidak sesuai dengan pertimbangan hukumnya, maka putusan yang kontradiksi ini dibatalkan oleh Mahkamah Agung dalam pemeriksaan tingkat kasasi”;
(M. Ali Budiarto, S.H., Kompilasi Kaidah Hukum Putusan Mahkamah Agung: Hukum Acara Perdata Masa Setengah Abad, Swara Justitia, Jakarta: 2005 hal. 200 dan 245);
 3. Berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum di atas terdapat kaidah hukum bahwa dalam suatu Putusan tidak boleh ada kontradiksi atau pertentangan, baik pertentangan antar pertimbangan hukum maupun antara pertimbangan hukum dengan amar atau diktum Putusan. Dalam hal terdapat pertentangan, maka suatu putusan harus dibatalkan;
 4. Putusan Termohon Keberatan secara nyata mengandung kontradiksi atau pertentangan-pertentangan sebagai berikut:
 - a. Halaman 201 butir 5.5.2.34 dari Putusan Termohon Keberatan menyatakan:
“Majelis Komisi menilai bahwa motif XL dan Telkomsel mencantumkan klausula harga dalam PKS Interkoneksi adalah untuk menghindari *spamming* yang dilakukan oleh *operator new entrant*, bukan untuk membentuk suatu kartel. Hal ini dilakukan karena Pemerintah tidak mengatur mengenai perhitungan harga SMS, sehingga Telkomsel perlu untuk melakukan *self regulatory*... ”;

Hal. 53 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



- Berdasarkan pertimbangan di atas Termohon Keberatan telah mengakui dan menyatakan bahwa latar belakang klausul SMS interkoneksi ini dimaksudkan untuk menghindari *spamming*, bukan untuk membentuk suatu kartel. Dengan demikian, Termohon Keberatan dalam diktum atau amar Putusannya seharusnya menyatakan tidak ada pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Akan tetapi, Termohon Keberatan secara kontradiktif justru menyatakan Pemohon Keberatan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Hal ini membuktikan adanya pertentangan antara pertimbangan hukum dengan amar atau diktum Putusan;
- b. Halaman 192 butir 5.4 dari Putusan Termohon Keberatan menyatakan:

"Majelis Komisi menilai unsur-unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang harus terpenuhi dalam menyatakan ada tidaknya pelanggaran adalah:

5.4.1. Pelaku usaha;

5.4.2. Perjanjian penetapan harga;

5.4.3. Pesaing;

Merujuk kepada pertimbangan di atas, Termohon Keberatan tidak mencantumkan unsur "pasar bersangkutan" sebagai unsur yang harus dibuktikan. Namun demikian pada halaman 191 butir 4.3.12 Termohon Keberatan memberikan definisi pasar bersangkutan, sebagai berikut:

"Dengan demikian, Majelis Komisi menilai bahwa pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan SMS di seluruh wilayah Indonesia, baik yang disediakan oleh operator seluler maupun operator FWA";

Oleh karena itu, terbukti Termohon Keberatan tidak konsisten dan terdapat kontradiksi karena disatu sisi Termohon Keberatan menyatakan bahwa tidak perlu membuktikan pemenuhan unsur pasar bersangkutan, namun disisi lain Termohon Keberatan mendefinisikan pasar bersangkutan;



- c. Halaman 205 butir 5.6.14 Putusan Termohon Keberatan menyatakan:

“Majelis Komisi menjelaskan bahwa kerugian yang diderita konsumen disebabkan oleh perilaku operator dalam bentuk kartel harga dan tidak terkait dengan perhitungan keuntungan yang dinikmati oleh operator bersangkutan....”;

Namun demikian, hal ini bertentangan dengan Putusannya pada halaman 207 butir 5.6.24 yang menyatakan:

“Dengan menggunakan selisih antara pendapatan pada harga kartel dengan pendapatan pada harga kompetitif SMS off-net dari keenam operator, maka diperoleh kerugian konsumen sebesar Rp28.227.700.000.000,00 (dua puluh delapan triliun dua ratus dua puluh tujuh miliar tujuh ratus juta rupiah)...”;

Terdapat pertentangan di antara kedua pertimbangan Termohon Keberatan di atas. Pada satu sisi, Termohon Keberatan menyatakan tidak mengkaitkan antara kerugian konsumen dengan keuntungan atau pendapatan dari operator telekomunikasi. Namun, di sisi lain Termohon Keberatan secara kontradiktif justru menghitung kerugian konsumen berdasarkan keuntungan atau pendapatan dari operator;

- d. Halaman 205 butir 5.6.16 Putusan Termohon Keberatan menyatakan:

“Majelis Komisi menegaskan bahwa ada tidaknya kerugian konsumen bukan merupakan unsur pembuktian ada tidaknya suatu kartel...”;

Namun demikian, secara kontradiktif Termohon Keberatan dalam Putusannya pada halaman 205 butir 5.6.17 menyatakan:

“Meskipun demikian Majelis Komisi memandang perlu untuk memberikan gambaran mengenai kerugian konsumen sebagai akibat dari perilaku kartel tersebut...”;

Terdapat pertentangan di antara kedua pertimbangan Termohon Keberatan di atas. Sebab, di satu sisi

Hal. 55 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Termohon Keberatan menyatakan bahwa kerugian konsumen bukan merupakan unsur dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Namun, di sisi lain Termohon Keberatan menghitung atau memberikan gambaran yang salah tentang kerugian konsumen;

5. Hal-hal di atas membuktikan bahwa dalam Putusan Termohon Keberatan terdapat pertentangan satu sama lain, baik pertentangan antara pertimbangan hukum dengan diktum atau amar putusan maupun pertentangan antara pertimbangan hukum yang satu dengan pertimbangan hukum lainnya. Putusan Termohon Keberatan telah melanggar hukum. Oleh karena itu sudah sepatutnya Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan;

IV. Majelis Hakim Yang Terhormat Membatalkan Putusan Termohon Keberatan Karena Putusan Ini Dibuat Berdasarkan Pertimbangan Yang Salah:

1. Kami memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan Termohon Keberatan karena Putusan Termohon Keberatan dibuat berdasarkan pertimbangan-pertimbangan yang salah dan bahkan bertentangan dengan fakta-fakta dan bukti-bukti;
2. Termohon Keberatan dalam Putusannya pada halaman 208 butir 11.2 memberikan pertimbangan sebagai berikut:
 - 11.2.1. Bahwa Telkomsel dengan kekuatan pasar yang besar adalah pelaku usaha yang paling diuntungkan melalui kartel harga SMS;
 - 11.2.2. Bahwa Telkomsel tidak kooperatif dalam menyediakan data dan informasi yang diperlukan”; Pertimbangan Termohon Keberatan di atas adalah salah dan sama sekali tidak berdasar;
3. Pemohon Keberatan bukan merupakan pelaku usaha yang paling diuntungkan dari klausul SMS interkoneksi ini. Hal ini didasarkan atas fakta-fakta dan bukti-bukti sebagai berikut:
 - i. Bahwa klausul SMS interkoneksi sejak awal sama sekali tidak dimaksudkan untuk mencari keuntungan, melainkan ditujukan untuk mencegah *spamming*, *SMS broadcasting*,

Hal. 56 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



SMS tele-marketing, dan lain lain agar tercipta interkoneksi SMS yang tertib dan baik. Termohon Keberatan dalam Putusannya secara tegas juga telah mengakui hal ini. Halaman 201 butir 5.5.2.34 Putusan Termohon Keberatan menyatakan:

“Majelis Komisi menilai bahwa motif XL dan Telkomsel mencantumkan klausula harga dalam PKS Interkoneksi adalah untuk menghindari *spamming* yang dilakukan oleh *operator new entrant*, bukan untuk membentuk suatu kartel...”;

Dengan adanya klausul ini bahkan yang diuntungkan adalah para operator pendatang baru karena jika mereka menerima SMS off-net yang sangat banyak maka hal itu akan mengakibatkan jaringannya menjadi *collapse* atau tidak berfungsi sama sekali;

Dengan demikian terbukti bahwa pertimbangan butir 11.2.1.dari Termohon Keberatan mengenai keuntungan di atas adalah salah bahkan bertentangan dengan pertimbangan Termohon Keberatan sendiri pada bagian lainnya (butir 5.5.2.34);

- ii. Bahwa klausul SMS interkoneksi hanya untuk SMS off-net (antar konsumen operator yang berbeda) saja, bukan untuk SMS on-net (antar sesama konsumen satu operator). Pemohon Keberatan pada saat mengajukan pembelaan telah menyampaikan bahwa pendapatan yang diterima dari SMS off-net hanya sebesar 16% dari total penerimaan pendapatan SMS, sedangkan 84% pendapatan lainnya berasal dari SMS on-net. Hal ini menunjukan bahwa klausul SMS interkoneksi ini tidak memberikan keuntungan yang berlebihan terhadap Pemohon Keberatan;
- iii. Bahwa pola yang diterapkan di dalam SMS interkoneksi adalah *Sender Keeps All* (SKA). Pola ini mengandung arti bahwa hanya operator dari konsumen pengirim SMS yang akan mendapatkan pendapatan dari seluruh tarif SMS yang dikirim sedangkan operator konsumen penerima SMS tidak mendapatkan bagian penerimaan apapun.

Hal. 57 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Dengan demikian, pihak yang mendapatkan keuntungan justru adalah operator dari konsumen yang mengirimkan SMS kepada konsumen dari Pemohon Keberatan. Hal ini karena Pemohon Keberatan mempunyai jumlah konsumen yang terbesar yang menjadi target yang menguntungkan bagi pengiriman SMS dari operator lain. Dengan sistem SKA, Pemohon Keberatan sama sekali tidak menerima keuntungan apapun pada saat konsumen operator lain mengirimkan SMS kepada konsumen Pemohon Keberatan. Termohon Keberatan secara jelas telah mengetahui adanya penerapan pola SKA ini. Namun demikian secara fatal justru memberikan pertimbangan hukum yang salah dan tidak logis;

iv. Bahwa klausul SMS interkoneksi hanya terdapat pada PKS Interkoneksi dengan operator-operator tertentu yang memiliki pangsa pasar atau konsumen yang jumlahnya relatif kecil atau pendatang baru, seperti Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel, Turut Termohon Keberatan VII/Smart, dan Turut Termohon Keberatan VIII/NTS. Pemohon Keberatan sama sekali tidak akan mendapatkan keuntungan yang berlebihan dari klausul SMS interkoneksi. Bahkan sebaliknya, berdasarkan pola SKA, pihak yang dapat diuntungkan justru adalah operator-operator lain dan bukan Pemohon Keberatan;

4. Berdasarkan seluruh penjelasan di atas terdapat fakta dan bukti bahwa Pemohon Keberatan sama sekali tidak mendapatkan keuntungan yang signifikan dari klausul SMS interkoneksi karena klausul ini memang tidak ditujukan untuk mencari keuntungan. Dengan demikian, terbukti bahwa pertimbangan Termohon Keberatan di atas adalah salah dan tidak berdasar;
5. Perlu kami sampaikan pula bahwa Pemohon Keberatan selama proses pemeriksaan perkara telah bersikap kooperatif serta memenuhi berbagai permintaan dari Termohon Keberatan, baik berupa permintaan pemberian keterangan dalam persidangan ataupun permintaan dokumen-dokumen. Pemohon Keberatan pada tanggal 11 Oktober 2007 telah



menyerahkan dokumen perbandingan pendapatan antara percakapan (*voice*) dan SMS, tarif SMS Pemohon Keberatan sejak tahun 2001 sampai 2006 berikut perubahannya, dan dokumen komponen-komponen dalam penentuan tarif SMS. Pemohon Keberatan pada saat Sidang Majelis Komisi juga telah menyerahkan semua PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dengan operator-operator lain serta dokumen-dokumen lainnya yang relevan;

6. Selain itu, Pemohon Keberatan selalu menghadiri setiap panggilan atau pemeriksaan yang dilakukan Termohon Keberatan. Pemohon Keberatan pada tanggal 23 November 2007 dan 2 April 2008 telah memberikan keterangan atas hal-hal yang ditanyakan atau diminta oleh Termohon Keberatan. Dengan demikian terbukti bahwa Pemohon Keberatan telah bersikap kooperatif terhadap Termohon Keberatan dalam proses pemeriksaan perkara ini. Namun demikian, Termohon Keberatan tanpa dasar telah memberikan pertimbangan pada butir 11.2.2 yang salah di atas;
7. Selain itu, Termohon Keberatan dalam Putusannya pada halaman 208 butir 8 menyatakan:
"Menimbang bahwa perilaku kartel yang dilakukan oleh XL, Telkomsel, Telkom, Bakrie, Mobile-8, dan Smart merupakan pelanggaran berat terhadap persaingan yang sehat.....";
Pertimbangan Termohon Keberatan di atas adalah salah dan tidak berdasar;
8. Dalam Undang-Undang Nomor 5/1999 tidak ada ketentuan yang menyatakan bahwa Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 merupakan ketentuan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran berat. Hal ini apalagi diperkuat kenyataan bahwa klausul SMS interkoneksi ini sama sekali tidak dimaksudkan untuk melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 seperti yang telah diakui dan dinyatakan sendiri oleh Termohon Keberatan. Lebih lanjut, sejak pertengahan tahun 2007 dengan penuh itikad baik Pemohon Keberatan dan Turut Termohon Keberatan lainnya telah mencabut klausul SMS interkoneksi ini sehingga halhal yang

Hal. 59 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



dipersoalkan oleh Termohon Keberatan merupakan sesuatu yang sudah tidak ada. Apabila Termohon Keberatan secara sungguh-sungguh, bijaksana dan komprehensif memperhatikan dan mempertimbangkan fakta-fakta dan bukti-bukti di atas, Termohon Keberatan justru seharusnya sampai pada kesimpulan tidak ada pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 dalam perkara ini;

9. Berdasarkan seluruh penjelasan di atas terbukti bahwa Putusan Termohon Keberatan telah dibuat berdasarkan atas pertimbangan-pertimbangan yang salah, tidak berdasar bahkan bertentangan dengan bukti-bukti dan pertimbangan Termohon Keberatan sendiri di dalam Putusannya. Oleh karena itu, sudah sepatutnya Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan;

C. Putusan Termohon Keberatan Patut Dibatalkan Karena Pemohon Keberatan Tidak Melanggar Pasal Undang-Undang Nomor 5/1999

- I. Majelis Hakim Yang Terhormat Patut Membatalkan Putusan Termohon Keberatan Karena Pemohon Keberatan Tidak Melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999

1. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 menyatakan: "Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama"; Berdasarkan ketentuan tersebut terdapat beberapa unsur penting yang harus dipenuhi apabila Termohon Keberatan hendak menyimpulkan pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, yaitu:

- a. Perjanjian penetapan harga;
- b. Pasar bersangkutan yang sama; dan
- c. Pelaku usaha pesaing;

Pemenuhan seluruh unsur-unsur di atas bersifat kumulatif sehingga apabila ada salah satu unsur yang tidak terpenuhi maka tidak ada pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Pemohon Keberatan di dalam proses pemeriksaan di KPPU telah membuktikan bahwa seluruh unsur di atas tidak terpenuhi sehingga Pemohon Keberatan



terbukti tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Akan tetapi, Termohon Keberatan telah membuat keputusan yang salah yang menyatakan bahwa Pemohon Keberatan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Majelis Hakim Yang Terhormat patut membatalkan Putusan Termohon Keberatan ini;
Seluruh unsur-unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 di atas tidak terpenuhi berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut:

- I.A. Pemohon Keberatan Tidak Melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 Karena Unsur Perjanjian Penetapan Harga Tidak Terpenuhi
2. Pemohon Keberatan memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan Termohon Keberatan karena unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, yaitu unsur perjanjian penetapan harga, dalam perkara ini tidak terpenuhi ;
- I.A.1. Unsur Perjanjian Penetapan Harga Tidak Terpenuhi Karena Klausul SMS Interkoneksi Tidak Mengatur Tarif SMS Interkoneksi (Off-Net) Dalam *Interval* Harga Rp230,00 – Rp350,00:
3. Termohon Keberatan pada butir 6.1.1 halaman 207 dari Putusannya menyatakan sebagai berikut:
"6.1.1 Bahwa XL, Telkomsel, Telkom, Bakrie, dan Mobile-8 telah melakukan kartel harga SMS off-net pada range Rp250,00 - Rp350,00 pada periode 2004 sampai dengan April 2008;
4. Pertimbangan Termohon Keberatan di atas adalah salah. Pemohon Keberatan tidak pernah mencantumkan klausul SMS interkoneksi yang mengatur penetapan tarif SMS interkoneksi (off-net) dalam *interval* harga Rp250,00 - Rp350,00 di dalam PKS Interkoneksi dengan operator telekomunikasi lain manapun. Putusan Termohon Keberatan telah didasarkan kepada asumsi yang salah;
Berdasarkan bukti dan hal di atas terbukti bahwa unsur perjanjian penetapan harga tidak terpenuhi karena klausul SMS interkoneksi tidak mengatur tarif SMS interkoneksi (off-net) dalam *interval* harga Rp250,00 - Rp350,00. Oleh karena



itu Putusan Termohon Keberatan adalah salah dan patut dibatalkan;

I.A.2. Unsur Perjanjian Penetapan Harga Tidak Terpenuhi Karena Tujuan PKS Interkoneksi Bukan Untuk Menetapkan Harga Tapi Untuk Mengatur Tata Cara Pelaksanaan Kegiatan Interkoneksi Serta Hak Dan Kewajiban Masing-Masing Operator Telekomunikasi

5. Klausul SMS interkoneksi di dalam PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dengan 4 (empat) operator telekomunikasi lain bukan perjanjian penetapan harga. Klausul tersebut semata-mata ditujukan untuk menciptakan suatu sistem, interkoneksi telekomunikasi yang baik, adil dan tertib khususnya dalam pelayanan SMS interkoneksi (off-net) yang telah menjadi kebutuhan masyarakat luas;

6. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 36/1999 (Bukti P-2) dan Peraturan Pemerintah Nomor 52 Tahun 2000, tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi ("PP Nomor 52/2000") (Bukti P-22) PKS Interkoneksi merupakan suatu perjanjian yang wajib dibuat dan wajib dilaksanakan oleh dan antara para operator telekomunikasi dalam rangka meningkatkan daya guna dan hasil guna jaringan telekomunikasi kedua belah pihak agar dapat memberikan pelayanan jasa telekomunikasi yang handal, berjangkauan luas dan bermutu tinggi bagi masyarakat luas. PKS Interkoneksi mengatur tata cara pelaksanaan kegiatan interkoneksi serta hak dan kewajiban masing-masing operator telekomunikasi yang melaksanakan kegiatan interkoneksi. Dengan demikian seluruh klausul yang diatur dalam PKS Interkoneksi semata-mata bertujuan mengatur tata cara pelaksanaan kegiatan interkoneksi (antar operator telekomunikasi yang berbeda); Hal ini juga didukung oleh pernyataan Ketua Umum Asosiasi Telekomunikasi Seluler Indonesia (ATSI), Merza Fachys, dalam harian Bisnis Indonesia tanggal 2 Juli 2008 sebagai berikut:

"Perjanjian kerja sama antar operator bukanlah merupakan suatu kartel, karena hal itu hanya perjanjian B2B biasa";

Lebih lanjut, Merza Fachys juga menyatakan sebagai berikut:

Hal. 62 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



"Operator memang wajib melakukan perjanjian interkoneksi secara tertulis baik untuk trafik suara maupun data (termasuk SMS) dimana perjanjian itu sering disalah artikan sebagai kartel";

Berdasarkan hal-hal di atas terbukti bahwa unsur perjanjian penetapan harga tidak terpenuhi karena tujuan PKS Interkoneksi bukan untuk menetapkan harga tapi untuk mengatur tata cara pelaksanaan kegiatan interkoneksi serta hak dan kewajiban masing-masing operator telekomunikasi;

I.A.3. Unsur Perjanjian Penetapan Harga Tidak Terpenuhi Karena Maksud Dan Tujuan PKS Interkoneksi Bukan Penetapan Harga:

7. Asumsi dasar yang menjelaskan maksud dan tujuan dari suatu perjanjian selalu dituangkan di dalam bagian "*recital*" (bagian pertimbangan) dari perjanjian tersebut. *Recital* PKS Interkoneksi Pemohon Keberatan dengan 4 (empat) operator telekomunikasi lain pada intinya menyatakan:

- 1) PKS Interkoneksi bertujuan untuk meningkatkan efisiensi dan efektifitas sistem jaringan telekomunikasi para operator telekomunikasi;
- 2) PKS Interkoneksi dibuat untuk meningkatkan daya guna dan hasil guna jaringan telekomunikasi para operator telekomunikasi agar dapat memberikan pelayanan jasa telekomunikasi yang handal, berjangkauan luas dan bermutu tinggi;
- 3) PKS Interkoneksi yang dibuat oleh Pemohon Keberatan dengan 4 (empat) operator telekomunikasi lain adalah sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku;

(Bukti P-23, Bukti P-24, Bukti P-25 dan Bukti P-26);

8. Tujuan dan maksud dari PKS Interkoneksi seperti dijelaskan di atas juga telah disampaikan oleh Pemohon Keberatan kepada Termohon Keberatan seperti yang tercantum dalam Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan Terhadap Terlapor I (Telkomsel) tanggal 23 November 2007 pada butir 42 sebagai berikut:

"PKS interkoneksi dimaksudkan agar pelanggan antar operator bisa saling terhubung. Perjanjian interkoneksi tidak



hanya sekedar menyangkut masalah sambungan, namun juga mencakup masalah penyiapan infrastruktur, keuangan. Sebelum interkoneksi jalan, harus ada PKS dulu”;

(Bukti P-27/B1);

Berdasarkan bukti-bukti dan hal-hal di atas terbukti bahwa unsur perjanjian penetapan harga tidak terpenuhi karena asumsi (maksud dan tujuan) yang mendasari terciptanya PKS Interkoneksi ini bukan mengenai penetapan harga. Oleh karena itu, seluruh klausul di dalam PKS Interkoneksi (termasuk klausul SMS interkoneksi) bukan merupakan perjanjian penetapan harga;

I.A.4. Unsur Perjanjian Penetapan Harga Tidak Terpenuhi Karena Klausul SMS Interkoneksi Hanya Merujuk Harga Pasar/*Benchmark*:

9. Kami mohon perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa argumentasi di atas juga didukung oleh fakta bahwa klausul SMS interkoneksi hanya merujuk harga pasar atau *benchmark* yang berlaku pada saat itu dan bahkan dimungkinkan lebih rendah daripada *benchmark*. Klausul SMS interkoneksi ini pada kenyataannya sama sekali tidak merubah, tidak mempengaruhi atau tidak memberikan pengaruh terhadap tarif SMS interkoneksi yang berlaku di pasar dan juga tidak menciptakan tarif baru;
 10. Pada butir 5.5.2.10 halaman 194 dan 195 dari Putusan Termohon Keberatan, Termohon Keberatan sendiri secara sadar mengakui adanya kemungkinan bahwa kesamaan harga SMS off-net pada saat sebelum dan sesudah klausul SMS interkoneksi dicabut disebabkan karena harga SMS off-net yang berlaku memang harga pada market *equilibrium* (keseimbangan harga di pasar) sehingga ada atau tidak adanya klausul SMS interkoneksi tidak merubah, tidak mempengaruhi atau tidak memberikan pengaruh terhadap harga SMS off net. Harga SMS off-net yang tercipta akan tetap sama;
- Namun Termohon Keberatan justru secara sengaja tidak mengkaji lebih lanjut mengenai kemungkinan ini karena Termohon Keberatan semata-mata hanya ingin mengarahkan



kesimpulannya bahwa terjadi kartel harga tanpa mempertimbangkan hal lain secara objektif;

11. *Benchmark* yang berlaku tersebut diawali ketika Satelindo menerapkan tarif SMS sebesar Rp350,00 per SMS yang ternyata tarif tersebut diterima oleh konsumen pengguna jasa telekomunikasi seluler pada saat itu dan yang kemudian menjadi *benchmark* dan diikuti oleh para operator telekomunikasi lainnya. Hal ini juga diakui oleh Turut Termohon Keberatan VIII/NTS pada butir 16 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IX (NTS) tanggal 16 Januari 2008 sebagai berikut :

"16	Pertanyaan	:	Apakah pada saat itu tariff SMS sudah Rp350,00 ?
	Jawaban	:	Ya, kita hanya mengikuti harga dari <i>market price</i> "

12. Penerapan harga *benchmark* atau harga yang berlaku di pasar tersebut juga diakui secara tegas oleh Termohon Keberatan dalam butir 21.4.3.7 halaman 30 dari Putusan Termohon Keberatan sebagai berikut:

"Dengan adanya penerimaan tersebut, maka operator lain secara sadar menerapkan tarif yang sama dengan tarif Satelindo sebagai suatu *benchmark* pada saat itu. Hal ini wajar terjadi pada pasar yang terbuka sehingga satu pelaku usaha memiliki akses untuk mengetahui tarif yang ditetapkan oleh pesaing lainnya";

13. Lebih lanjut Termohon Keberatan juga mengakui dengan tegas pada butir 21.4.3.1 dan 21.4.3.2 halaman 29 dari Putusan Termohon Keberatan sebagai berikut:

"21.4.3.1. Pada Periode 1994-2004, tarif dasar dan tarif efektif SMS dari seluruh operator (Telkomsel, Indosat, dan XL) adalah Rp350,00;

21.4.3.2. Kesamaan tarif tersebut terjadi efektif meskipun pemerintah tidak pernah meregulasi tarif SMS baik secara nominal maupun secara formula. Sehingga tidak terdapat faktor regulasi yang menyebabkan operator menetapkan tarif yang sama untuk jasa SMS";

Hal. 65 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



14. *Benchmark* yang berlaku di pasar justru lebih tinggi jika dibandingkan dengan nilai yang disebut dalam klausul SMS interkoneksi. Dengan demikian terbukti bahwa apabila Pemohon Keberatan memang hendak melakukan penetapan harga (yang pada kenyataannya tidak), maka berdasarkan logika seharusnya Pemohon Keberatan menetapkan tarif yang lebih tinggi dari *benchmark* yang ada. Sedangkan pada kenyataannya, justru Pemohon Keberatan merujuk kepada nilai tarif yang lebih rendah dari *benchmark* dalam klausul SMS interkoneksinya. Hal ini membuktikan bahwa klausul SMS interkoneksi yang dipermasalahkan oleh Termohon Keberatan bukan merupakan perjanjian penetapan harga dan Pemohon Keberatan tidak melakukan penetapan harga; Oleh karena itu terbukti bahwa Pemohon Keberatan tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 karena unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 yaitu unsur perjanjian penetapan harga tidak terpenuhi;
15. Pemohon Keberatan juga mohon perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa masing-masing operator telekomunikasi dalam menentukan tarif efektif SMS interkoneksinya juga mengikuti harga pasar atau *benchmark* yang telah diterima oleh konsumen dan tidak mengacu kepada klausul SMS interkoneksi dalam PKS Interkoneksi. Hal ini diakui secara tegas oleh Turut Termohon Keberatan III/Telkom (sebagai salah satu operator telekomunikasi yang memiliki PKS Interkoneksi dengan Pemohon Keberatan) dalam butir 23, 25 dan 32 dari Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan Terhadap Terlapor IV (Telkom); tanggal 3 Desember 2007, yang menyatakan sebagai berikut:

"23	Pertanyaan	:	Pada saat <i>launching</i> 2003, berapa harga SMS ?
	Jawaban	:	Sekitar Rp250,00 sampai dengan Rp350,00 antar operator, tidak ada intra operator saat itu, karena Flexy sendiri belum punya pelanggan. Harga tersebut me-refer ke harga paar (<i>benchmark</i>)
25	Pertanyaan	:	Jadi dasar penetapan harga SMS Rp250,00 tersebut apa ?
	Jawaban	:	Kami menetapkan berdasarkan <i>benchmark</i> saja
	Pertanyaan	:	Tolong diserahkan dokumen yang menunjukkan bahwa harga tidak selalu berada di kisaran Rp250,00
	Jawaban	:	Baik nanti akan kita serahkan, namun ingin kami



		tegaskan kembali bahwa harga SMS Rp250,00 itu semata-mata <i>benchmark</i> karena yang terjadi adalah mekanisme pasar"
--	--	--

16. Selain itu Turut Termohon Keberatan VII/Smart juga mengakui bahwa tarif efektif SMS interkoneksinya juga mengikuti harga pasar atau *benchmark*. Hal ini dinyatakan dalam butir 14 dari Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan tanggal 6 Desember 2007;

"... Pasar yang menentukan. Pada prinsipnya, tidak ada *price fixing* secara legal";

(Bukti P-11/B4);

17. Argumentasi di atas juga diperkuat dengan fakta bahwa operator telekomunikasi lain yang tidak memiliki klausul SMS interkoneksi dalam PKS Interkoneksinya juga memberlakukan tarif SMS interkoneksi yang sama dengan *benchmark* yang berlaku. Hal ini dapat dibuktikan berdasarkan tabel tarif dasar SMS dari masing-masing operator seperti yang tercantum dalam Putusan Termohon Keberatan halaman 16 dan 17 sebagai berikut:

Operator	Produk	Tujuan	2004	2005	2006	2007
Terkomsel	Kartu Halo (Pasca Bayar)	Off-net	250	250	250	250/350 ¹
	Kartu Halo (Pasca Bayar)	On-net	250	250	250	250/350 ¹
	Simpati (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	Simpati (Pra Bayar)	On-net	350	350	299	299
	Kartu As (Pra Bayar)	Off-net	300	300	300	299
	Kartu As (Pra Bayar)	On-net	300	150	150	99/149 ²
Indosat	Matrix (Pasca Bayar)	Off-net	300	300	300	300
	Matrix (Pasca Bayar)	On-net	300	300	300	300
	IM3 Bright (Pasca Bayar)	Off-net	250/350 ³	250/350 ³		
	IM3 Bright (Pasca Bayar)	On-net				
	StarOne Pasca	Off-net	225	225	225	225
	StarOne Pasca	On-net	100	100	100	100
	Mentari (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	Mentari (Pra Bayar)	On-net	350	350	350	350
	IM3 Smart (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	88/350 ⁴
	IM3 Smart (Pra Bayar)	On-net		150	88/100/ 150 ⁵	40/88/ 100/150 ⁶
	StarOne (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	StarOne (Pra Bayar)	On-net	150	100	100	100
XL	Xplor (Pasca Bayar)	Off-net	250	250	250	250
	Xplor (Pasca Bayar)	On-net	250	250	250	250
	Bebas (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	Bebas (Pra Bayar)	On-net	350	350	350	350
	Jempol (Pra Bayar)	Off-net	299	299	299	299
	Jempol (Pra Bayar)	On-net	99	99	99	45/99 ⁷
Telkom	Felxi Clasy (Pasca Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Felxi Clasy (Pasca Bayar)	On-net	NA	NA	NA	75
	FlexTrendy (Pra Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	350
	FlexTrendy (Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	100
Mobile-8	Fren (Pasca Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Fren (Pasca Bayar)	On-net	NA	NA	NA	100
	Fren (Pra Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	300
	Fren (Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	100
Bakrie	Esia(Pra Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Esia(Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	50
	Esia(Pasca Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Esia(Pasca Bayar)	On-net	NA	NA	NA	50

Hal. 67 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



NTS	NTS (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	NTS (Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	50

Sumber: Putusan Termohon Keberatan halaman 16 dan 17

Dengan demikian berdasarkan tabel tarif SMS di atas dapat disimpulkan bahwa ada atau tidak ada klausul SMS interkoneksi tersebut tidak mempengaruhi tarif SMS interkoneksi. Hal ini membuktikan bahwa klausul SMS interkoneksi yang dipermasalahkan oleh Termohon Keberatan dalam PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dengan 4 (empat) operator telekomunikasi lain tersebut di atas adalah bukan perjanjian penetapan harga;

18. Berdasarkan hal-hal di atas, terbukti bahwa klausul SMS yang dipermasalahkan sama sekali tidak mempengaruhi atau merubah tarif SMS interkoneksi yang telah ada dan berlaku di pasar. Pada kenyataannya tarif SMS interkoneksi yang berlaku di pasar sebelum, pada saat maupun sesudah adanya klausul SMS yang dipermasalahkan itu adalah sama. Adanya klausul SMS interkoneksi sama sekali tidak merubah, tidak mempengaruhi atau tidak memberikan pengaruh terhadap tarif SMS interkoneksi yang berlaku di pasar;
- Berdasarkan bukti-bukti dan hal-hal di atas terbukti bahwa unsur perjanjian penetapan harga tidak terpenuhi karena klausul SMS interkoneksi hanya merujuk harga pasar / *benchmark*;

I.A.5. Unsur Perjanjian Penetapan Harga tidak terpenuhi karena Klausul SMS Interkoneksi hanya berkaitan dengan tarif SMS Off-Net saja yang hanya memberikan kontribusi sangat minim bagi Pemohon Keberatan:

19. Selain itu kami juga mohon perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa klausul SMS interkoneksi hanya berkaitan dengan tarif SMS interkoneksi saja (off-net), tidak termasuk tarif SMS on-net. Hal ini juga dipertegas oleh Turut Termohon Keberatan III/Telkom pada butir 3 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 8 April 2008 sebagai berikut:
- "...Perjanjian yang ada hanya berlaku untuk SMS lintas operator. Perjanjian tersebut kami lakukan adalah dalam



rangka menjalankan undang-undang untuk interkoneksi, bukan untuk melakukan penetapan harga ke pengguna..”;

20. Sebagai catatan, penerimaan pendapatan SMS off-net rata-rata hanya sebesar 16% dari total pendapatan SMS yang diperoleh Pemohon Keberatan, sedangkan 84% pendapatan berasal dari tarif SMS on-net. Jika memang ada penetapan harga maka penetapan harga tersebut lebih masuk akal dan lebih menguntungkan jika juga meliputi tarif SMS on-net, bukan hanya off-net yang kontribusi pendapatannya jauh lebih rendah dibandingkan pendapatan dari SMS on-net;

Dengan demikian, dapat terlihat dengan jelas bahwa tidak ada niat ataupun maksud dari Pemohon Keberatan untuk melakukan penetapan harga yang bertentangan dengan undang-undang;

Berdasarkan bukti dan hal di atas terbukti bahwa unsur perjanjian penetapan harga tidak terpenuhi karena klausul SMS interkoneksi hanya berkakan dengan tarif SMS off-net saja yang hanya memberikan kontribusi sangat minim bagi Pemohon Keberatan (hanya 16% dari seluruh pendapatan SMS Pemohon Keberatan);

I.A.6. Unsur Perjanjian Penetapan Harga Tidak Terpenuhi Karena Klausul Interkoneksi Hanya Ada Di Dalam 4 (empat) PKS Interkoneksi

21. Kami juga bermaksud meminta perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa klausul SMS interkoneksi yang dipermasalahkan tersebut tidak ada di dalam seluruh PKS Interkoneksi Pemohon Keberatan dengan seluruh operator telekomunikasi, melainkan hanya terdapat di dalam 4 (empat) PKS Interkoneksi saja dan tidak ada di 6 (enam) PKS Interkoneksi lainnya (Bukti P- 23), (Bukti P-24), (Bukti P-25), (Bukti P-26), (Bukti P-28) (Bukti P-29) (Bukti P-30). (Bukti P-31) (Bukti P-32) (Bukti P-33);

Hal ini juga secara nyata menunjukkan bahwa tidak ada niat ataupun maksud dari Pemohon Keberatan untuk melakukan penetapan harga yang bertentangan dengan undang-undang, sebab jika memang ada penetapan harga maka penetapan harga tersebut lebih masuk akal dan lebih menguntungkan



jika terdapat dalam seluruh PKS Interkoneksi atau setidaknya tidaknya terdapat dalam PKS Interkoneksi dengan para operator telekomunikasi besar yang menguasai pangsa pasar telekomunikasi selular Indonesia, yaitu dengan Indosat dan XL. Namun pada kenyataannya hal ini tidak terjadi;

22. Berdasarkan dalil, dasar hukum dan fakta-fakta di atas terbukti bahwa klausul SMS interkoneksi dalam PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dengan 4 (empat) operator telekomunikasi yang dipermasalahkan oleh Termohon Keberatan bukan perjanjian penetapan harga. PKS Interkoneksi ini adalah perjanjian yang mengatur mengenai hubungan dan kegiatan interkoneksi antar para operator telekomunikasi;

23. Dengan demikian, pertimbangan dalam Putusan Termohon Keberatan yang menyatakan bahwa unsur perjanjian penetapan harga telah terpenuhi adalah salah. Pemohon Keberatan terbukti tidak melakukan pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Oleh karena itu sudah sepatutnya Majelis Hakim Yang Terhorma membatalkan Putusan Termohon Keberatan dalam perkara ini;

Berdasarkan bukti-bukti dan hal-hal di atas terbukti bahwa unsur perjanjian penetapan harga tidak terpenuhi karena klausul SMS interkoneksi hanya ada dalam 4 (empat) PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dengan operator telekomunikasi lain;

I.B. Pemohon Keberatan Tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor Karena Unsur Pasar Bersangkutan Yang Sama Dan Unsur Pelaku Usaha Pesaing Tidak Terpenuhi:

24. Kami mohon Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan karena dalam perkara ini unsur pasar bersangkutan yang sama dengan unsur pelaku usaha pesaing tidak terpenuhi;

25. Putusan Termohon Keberatan memuat definisi pasar bersangkutan yang salah. Hal ini berarti unsur pasar bersangkutan yang sama serta unsur pelaku usaha pesaing tidak terpenuhi dalam perkara ini;

Hal. 70 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



I.B.1. Definisi Pasar Bersangkutan Dalam Putusan Termohon Keberatan Adalah Salah Dan Bertentangan Dengan Hukum

26. Halaman 191 butir 4.3.12 dari putusan Termohon Keberatan menyatakan:

"Dengan demikian, Majelis Komisi menilai bahwa pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan SMS di seluruh wilayah Indonesia, baik yang disediakan oleh operator seluler maupun operator FWA;

Definisi pasar bersangkutan di atas adalah salah. Termohon Keberatan tidak menjelaskan dasar hukum dan pertimbangan yang benar dan komprehensif dalam mendefinisikan pasar bersangkutan di atas. Termohon Keberatan hanya mendasarkan definisi di atas terhadap hal-hal yang tidak relevan;

27. Termohon Keberatan seharusnya mendefinisikan pasar bersangkutan berdasarkan dua kategori, yaitu dari segi (i). lisensi atau ijin usaha dan (ii). teknologi atau produk. Hal ini sangat penting dilakukan karena masing-masing dari kategori pasar tersebut akan menentukan pelaku usaha yang berbeda, produk yang berbeda serta pelaku usaha pesaing yang berbeda pula;

28. Berdasarkan lisensi atau ijin usahanya terdapat 3 jenis pasar *mobile services* yaitu *full mobility celular*, *limited mobility celular* dan *satelite mobile phone*. Sementara itu, berdasarkan jenis teknologi atau produknya, terdapat pasar *nordic mobile telecommunication (NMT)*, *advance mobile phone system (AMPS)*, *global system for mobile communication (GSM)*, *code division multiple access (CDMA)*, *WIDE CDMA (WCDMA)*, *satelite* dan *public switching telecommunication network (PSTN)*;

29. Namun demikian, Termohon Keberatan dalam perkara ini tidak mendefinisikan pasar bersangkutan berdasarkan kategori-kategori yang benar di atas. Hal ini mengakibatkan terdapat kesalahan dalam Putusan Termohon Keberatan dalam mendefinisikan pasar bersangkutan;

30. Selain itu, terdapat dua kesalahan *fundamental* lainnya dalam definisi pasar bersangkutan dalam Putusan Termohon

Hal. 71 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Keberatan, yaitu (i) Termohon Keberatan mendefinisikan pasar bersangkutan sebagai layanan SMS saja yang terpisah dari layanan lainnya; dan (ii) Termohon Keberatan menggabungkan layanan SMS dari operator seluler dan operator FWA dalam satu pasar bersangkutan;

31. Termohon Keberatan tidak dapat mendefinisikan pasar bersangkutan sebagai "layanan SMS saja" secara terpisah dari layanan jasa telekomunikasi lainnya sebab, hal ini bertentangan dengan ketentuan hukum yang berlaku;

32. Sesuai dengan peraturan di bidang telekomunikasi, fitur SMS merupakan layanan tambahan. Hal ini secara tegas dinyatakan dalam Pasal 23 ayat (1) dan (2) Keputusan Menteri Perhubungan Nomor KM. 21 Tahun 2001 tentang Penyelenggaraan Jasa Telekomunikasi ("KM Nomor 21/2001") yang menyatakan:

Pasal 23 ayat (1):

"Dalam menyelenggarakan jasa teleponi dasar, penyelenggara jasa teleponi dasar dapat melaksanakan fasilitas layanan tambahan";

(Bukti P-34);

Pasal 24:

"Fasilitas layanan tambahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 ayat (1) dapat berupa:

- a. *reserve charging*;
- b. *multi call address*;
- c. *abbreviated dialing*;
- d. *special dialling facilities*;
- e. *voice and text mail box*;
- f. *short message services (SMS)*";

(Bukti P-34);

33. Berdasarkan ketentuan di atas secara tegas dinyatakan bahwa layanan SMS hanya merupakan layanan tambahan. Oleh karena itu, Termohon Keberatan tidak dapat mendefinisikan layanan SMS sebagai layanan terpisah dari layanan lainnya, terutama layanan suara (*voice*) sebagai layanan dasar. Layanan SMS bukan merupakan layanan yang berdiri sendiri;



34. Termohon Keberatan dalam Putusannya juga sudah mengakui dan menyatakan bahwa layanan SMS adalah layanan tambahan. Halaman 188 butir 4.3.4.1 Putusan Termohon Keberatan menyatakan:

"Short Messages Service atau SMS yang menjadi objek pada perkara ini adalah jasa layanan tambahan yang dimiliki oleh semua penyelenggara jasa telekomunikasi seluler dan *fixed wireless access* (FWA);

Selain itu, halaman 190 butir 4.3.7.2 Putusan Termohon Keberatan menyatakan:

"Sebagai satu layanan nilai tambah dari operator seluler maupun FWA, maka keberadaan layanan SMS akan mengikuti keberadaan dari ketersediaan jaringan operator yang bersangkutan;

35. Selain itu, sampai saat ini tidak ada ijin usaha yang dikeluarkan oleh Pemerintah bagi pelaku usaha atau operator jasa telekomunikasi untuk bergerak di bidang jasa layanan SMS saja yang berdiri sendiri. Oleh karena itu, sampai saat ini tidak ada satu pun pelaku usaha atau operator yang bergerak hanya di bidang layanan SMS:

36. Termohon Keberatan tidak dapat memisahkan layanan SMS dengan layanan voice dan MMS karena ketiganya berada dalam pasar produk yang sama. Secara sadar konsumen memilih menyampaikan sesuatu melalui pilihan yang ada, yaitu antara SMS, voice, atau MMS. Dengan demikian produk-produk jasa layanan tersebut berada dalam pasar bersangkutan yang sama. Termohon Keberatan tidak pernah melakukan pengujian (*testing*) secara sederhana dan tidak ada bukti bahwa antara SMS, voice dan MMS tidak berada dalam pasar bersangkutan yang sama. Dengan demikian, terbukti bahwa layanan SMS bukan merupakan layanan yang terpisah dari voice dan MMS;

37. Lebih jauh, pertimbangan Termohon Keberatan tentang pasar geografis yang meliputi wilayah Indonesia saja merupakan pertimbangan yang tidak akurat dan tidak sesuai dengan fakta. Hal ini karena terdapat banyak warga negara Indonesia yang berada di luar negeri yang tetap

Hal. 73 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



menggunakan jasa operator telekomunikasi nasional seperti misalnya para Tenaga Kerja Indonesia (TKI);

38. Selain itu, Termohon Keberatan juga tidak dapat menggabungkan layanan SMS dari operator seluler dan operator FWA pada pasar bersangkutan yang sama karena hal ini bertentangan dengan Putusan Termohon Keberatan dalam perkara Nomor 07/KPPU-L/2007. Dalam Putusan ini Termohon Keberatan memisahkan operator seluler dan operator FWA pada pasar bersangkutan yang berbeda dengan alasan karena satu sama lain bukan merupakan produk substitusi;

Halaman 6-7 Putusan Termohon Keberatan Nomor 07/KPPU-L/2007, menyatakan:

"Karakter layanan tetap ditentukan oleh lisensi yang dimiliki oleh operator, seluler atau FWA, oleh karena itu PSTN dan FWA bukanlah substitusi dari telekomunikasi seluler";

"Survey konsumen yang dilakukan oleh KPPU terhadap pengguna telepon seluler menunjukkan bahwa layanan FWA dan PSTN bukanlah substitusi dari layanan seluler";

"Bahwa FWA dan layanan selular *full mobility* hanya bersaing pada satu kode wilayah area saja, sehingga FWA dan selular *full mobility* tidak merupakan satu pasar bersangkutan secara nasional";

Dengan demikian terbukti definisi pasar bersangkutan dalam perkara ini salah dan bertentangan dengan Putusan Termohon Keberatan dalam perkara sebelumnya;

39. Berdasarkan penjelasan di atas, terbukti bahwa baik berdasarkan ketentuan hukum maupun secara faktual, definisi pasar bersangkutan dalam Putusan Termohon Keberatan adalah salah;
40. Dengan demikian, terbukti bahwa definisi pasar bersangkutan dalam Putusan Termohon Keberatan adalah salah karena, bertentangan dengan ketentuan hukum dan tidak sesuai dengan fakta. Oleh karena itu, sudah sepatutnya Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan;

I.B.2. Unsur Pasar Bersangkutan Yang Sama Tidak Terpenuhi



41. Pemohon Keberatan tidak dapat dimasukkan dalam satu pasar bersangkutan yang sama dengan Turut Termohon Keberatan III/Telkom, Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel, dan Turut Termohon Keberatan VII/Smart karena masing-masing operator telekomunikasi ini mempunyai lisensi atau ijin usaha serta produk atau teknologi yang berbeda;
42. Pemohon Keberatan merupakan operator telekomunikasi yang mempunyai ijin usaha di bidang *full mobility cellular* atau mobilitas selular penuh. Sedangkan Turut Termohon Keberatan III/Telkom, Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel, dan Turut Termohon Keberatan VII/Smart merupakan operator telekomunikasi yang mempunyai ijin usaha pada *limited mobility cellular* atau mobilitas selular terbatas atau *fixed wireless access* (FWA). Dengan demikian terbukti bahwa antara Pemohon Keberatan tidak berada dalam pasar bersangkutan yang sama dengan Turut Termohon Keberatan III/Telkom, Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel, dan Turut Termohon Keberatan VII/Smart;
43. Selain itu, dilihat dari segi teknologi atau produknya, antara Pemohon Keberatan dengan Turut Termohon Keberatan III/Telkom, Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel, dan Turut Termohon Keberatan VII/Smart juga tidak berada dalam pasar bersangkutan yang sama karena masing-masing menggunakan teknologi atau produk yang berbeda. Pemohon Keberatan merupakan operator telekomunikasi yang menggunakan teknologi GSM, sedangkan Turut Termohon Keberatan III/Telkom, Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel, dan Turut Termohon Keberatan VII/Smart merupakan operator telekomunikasi yang menggunakan teknologi CDMA;
44. Berdasarkan penjelasan di atas terbukti bahwa unsur pasar bersangkutan yang sama dalam perkara ini tidak terpenuhi. Oleh karena itu, kami mohon agar Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan dalam perkara ini;

I.B.3. Unsur Pelaku Usaha Pesaing Tidak Terpenuhi

Hal. 75 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



45. Lebih lanjut, dengan merujuk kepada penjelasan di atas terbukti bahwa Pemohon Keberatan berada dalam pasar bersangkutan yang berbeda dari Turut Termohon Keberatan III/Telkom, Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel, dan Turut Termohon Keberatan.VII/Smart. Oleh karena itu, Pemohon Keberatan dengan operator-operator telekomunikasi ini bukan merupakan pesaing dalam satu pasar yang sama;
46. Dengan demikian, terbukti bahwa unsur pelaku usaha pesaing dalam perkara ini juga tidak terpenuhi. Oleh karena itu, kami mohon Majelis Hakim Yang Terhormat membatalkan Putusan Termohon Keberatan;

II. Putusan Termohon Keberatan Patut Dibatalkan Karena Tujuan Atau Motivasi Klausul SMS Interkoneksi (Off-net) Bukan Untuk Menetapkan Harga Tetapi Sebagai Jalan Keluar Yang Dipilih Akibat Tidak Adanya Ketentuan Hukum Mengenai SMS Interkoneksi

1. Klausul SMS interkoneksi (off-net) sama sekali tidak bertujuan untuk menetapkan harga. Klausul SMS interkoneksi (off-net) merupakan jalan keluar yang dipilih akibat tidak adanya ketentuan hukum mengenai SMS interkoneksi. Jalan keluar ini sangat penting bagi para operator telekomunikasi selular untuk mengatasi dan mencegah terjadinya permasalahan-permasalahan yang timbul berkaitan dengan terciptanya hubungan atau kegiatan interkoneksi di antara para operator telekomunikasi selular;
2. Pada awalnya kegiatan penyediaan jasa telekomunikasi domestik di Indonesia dikuasai sepenuhnya oleh negara melalui satu operator telekomunikasi saja, yaitu Perusahaan Umum Telekomunikasi ("Perumtel") yang kemudian menjadi dan dikenal sebagai PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk. ("Telkom"). Pada masa ini hubungan atau kegiatan interkoneksi (antar operator) tidak dibutuhkan untuk penyelenggaraan kegiatan telekomunikasi domestik;
3. Namun, dengan adanya perkembangan teknologi dan perubahan kebijakan atau peraturan pemerintah maka dimungkinkan bagi pihak swasta untuk ikut berpartisipasi dalam industri telekomunikasi di Indonesia. Revolusi di

Hal. 76 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



bidang jasa telekomunikasi ini diawali dengan lahirnya PT. Satelit Palapa Indonesia ("Satelindo") pada tahun 1993 yang pertama kali memperkenalkan layanan telepon selular dengan memakai teknologi *global system for mobile communications* (GSM) pada bulan November tahun 1994. Kemudian pada tahun 1995 lahir PT. Telekomunikasi Selular (Pemohon Keberatan) sebagai penyedia jasa layanan telekomunikasi selular GSM. Setelah itu industri telekomunikasi Indonesia juga turut diramaikan oleh lahirnya Turut Termohon Keberatan I/XL dan diikuti oleh beberapa penyelenggara telekomunikasi lainnya;

4. Jumlah operator telekomunikasi yang berpartisipasi dalam kegiatan telekomunikasi di Indonesia bertambah banyak sehingga melahirkan kegiatan interkoneksi telekomunikasi dan/atau kerjasama di antara para operator telekomunikasi yang semakin kompleks. Kegiatan interkoneksi telekomunikasi ini bertujuan agar masyarakat para pemakai layanan telekomunikasi dari berbagai operator tersebut dapat saling berhubungan dan menikmati layanan telekomunikasi yang tidak terbatas. Oleh karena itu, di antara para operator telekomunikasi yang ada diperlukan kerjasama interkoneksi yang dituangkan ke dalam Perjanjian Kerjasama atau PKS Interkoneksi. PKS Interkoneksi merupakan suatu hal yang wajar dan merupakan kebutuhan dan keharusan atau kewajiban bagi operator telekomunikasi dalam melakukan kegiatan telekomunikasinya;
5. Mengingat pentingnya kerjasama interkoneksi di antara para operator telekomunikasi yang ada, maka diperlukan pengaturan-pengaturan terhadap hal ini agar tercipta ketertiban dan kegiatan bisnis yang sehat dalam pelaksanaan kegiatan telekomunikasi yang semakin kompleks, khususnya pengaturan dari pihak regulator atau Pemerintah. Pengaturan-pengaturan yang diperlukan ini antara lain adalah pengaturan mengenai layanan teleponi dasar (suara/voice) dan fasilitas layanan tambahan seperti *short message service* (SMS);

Hal. 77 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



II.1. Tujuan Atau Motivasi Klausul SMS Interkoneksi(Off-Net) Bukan Untuk Menetapkan Harga Tapi Merupakan *Self Regulatory* Karena Tidak Ada Aturan Hukum Yang Mengatur Mengenai Pelaksanaan SMS Interkoneksi:

6. Regulasi mengenai interkoneksi di Indonesia sekarang diatur berdasarkan Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 08/Per/M.KOMINF/02/2006, tentang Interkoneksi ("PM 08/2006") (Bukti P-35). PM 08/2006 pada intinya mengatur mengenai penyelenggaraan interkoneksi secara umum, biaya interkoneksi, pembebanan dan penagihan biaya interkoneksi, pelaporan perhitungan biaya interkoneksi, dan lain-lain yang semuanya lebih ditujukan kepada interkoneksi untuk layanan telekomunikasi yang bersifat teleponi atau suara (*voice telephony*). Namun PM 08/2006 sama sekali tidak mengatur mengenai tata cara dan standar pelaksanaan interkoneksi SMS antar operator (*off-net*) yang juga menjadi kebutuhan para operator telekomunikasi. Bahkan sampai saat ini belum ada peraturan mengenai SMS interkoneksi antar operator (*off-net*). Hal ini juga diakui oleh Ir. Helmi Abdullah Baasir (Operation Director PT. Tritech Consult) pada butir 24 dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Saksi tanggal 24 April 2008 sebagai berikut:

"Biasanya ada peraturan Dirjen sebagai pelaksana dari Peraturan Menteri, namun sampai saat ini belum ada yang mengatur mengenai SMS";

(Bukti P-36/B26);

Berdasarkan bukti di atas terbukti bahwa tujuan atau motivasi klausul SMS interkoneksi (*off-net*) bukan untuk menetapkan harga tapi merupakan *self regulatory* karena tidak ada aturan hukum yang mengatur mengenai pelaksanaan SMS interkoneksi;

II.2. Tujuan Atau Motivasi Klausul SMS Interkoneksi (Off-Net) Bukan Untuk Menetapkan Harga Tapi Merupakan *Self Regulatory* Untuk Mengatasi Masalah *Broadcasting*, SMS *Spamming* Dan Tindakan *Tele-Marketing*

7. Tidak adanya aturan mengenai tata cara dan standar pelaksanaan interkoneksi SMS (antar operator) ini



menimbulkan permasalahan-permasalahan terutama di antara para operator pengirim dan operator penerima. Permasalahan yang terjadi adalah timbulnya ketidakseimbangan arus atau traffic SMS di antara operator pengirim dan operator penerima. Ada ketidakseimbangan arus atau traffic antara *send and receive* dari SMS. Ketidakseimbangan arus atau traffic SMS ini terjadi antara lain karena:

- a. Pengiriman SMS oleh operator pengirim ke operator penerima melalui mesin atau *message center*. SMS yang dikirimkan tersebut adalah SMS yang berisi iklan-iklan atas suatu produk tertentu atau juga berisi informasi-informasi mengenai suatu acara/event, promosi atau informasi komersial lainnya (SMS *Broadcasting*). Kerugian yang diakibatkan oleh pengiriman-pengiriman SMS *broadcasting* ini adalah terjadinya ketidakseimbangan arus atau traffic bagi operator penerima. Hal ini terjadi karena para pelanggan yang menerima SMS *broadcasting* ini tidak membalas SMS *broadcasting* yang masuk karena SMS ini sifatnya hanya sebagai media informasi saja bagi para penerima SMS. Oleh karena itu, arus atau traffic SMS masuk (*receive*) yang besar tidak diimbangi dengan adanya arus atau traffic SMS keluar (*send*) yang sama besar. Hal ini sudah pasti merupakan kerugian bagi operator penerima SMS *broadcasting* tersebut;
- b. Pengiriman SMS sampah ke operator lain baik secara sengaja maupun tidak sengaja ("SMS *spamming*");
- c. Tindakan *tele-marketing* yang dapat memicu peningkatan arus atau traffic secara sepihak. Tindakan *tele-marketing* yang dimaksud disini adalah tindakan yang dilakukan oleh para operator yang relatif baru/*new entrant* di dalam industri telekomunikasi Indonesia yang ingin menarik konsumen atau ingin segera memiliki pangsa pasar yang luas dengan cara menetapkan tarif SMS yang sangat murah, yang jauh dari harga pasar yang berlaku di industri telekomunikasi di Indonesia. Hal ini bertujuan untuk memancing para konsumen untuk menggunakan jasa layanan SMS dari operator tersebut yang ditujukan ke

Hal. 79 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



konsumen dari operator lain. Namun, karena ada perbedaan harga/tarif SMS antara operator pengirim dan operator penerima, maka yang akan terjadi adalah ketidakseimbangan arus atau trafik SMS. Arus atau *traffic receive* (terima) akan lebih besar dibandingkan dengan arus atau *traffic send* (kiriman) bagi operator penerima SMS. Maka, sudah pasti hal ini juga merupakan suatu kerugian bagi operator penerima;

Hal di atas juga dibenarkan oleh Rakhmat Junaidi, Direktur Corporate Services PT. Bakrie Telecom Tbk pada butir 26 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 14 April 2008;

"26	Jawaban	:	Menurut teori, jika tarif murah maka akan berpengaruh besar terhadap trafiknya. Ketika tarif diturunkan, maka trafiknya akan meningkat, dikhawatirkan akan timbul spam yang membenani jaringan"
-----	---------	---	---

(Bukti P-16./B25)

Selain itu, hal ini juga didukung oleh pendapat Ahli Ir. Farda Hasun, M.Sc., pada butir 21 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Ahli tanggal 13 Februari 2008, sebagai berikut:

"26	Pertanyaan	:	Bagaimana menurut pendapat ibu jika harga SMS sangat murah, apakah mungkin akan banyak terjadi <i>spamming</i> ?
	Jawaban	:	Perlu dipertimbangkan perilaku pelanggan, jika SMS hanya Rp10,00, maka pelanggan akan mengirim SMS tanpa memperhitungkan biaya. Perilaku <i>spamming</i> mungkin saja terjadi"

Lebih lanjut Ketua Umum Asosiasi Telekomunikasi Seluler Indonesia (ATSI), Merza Fachys, dalam harian Bisnis Indonesia tanggal 2 Juli 2008 menyatakan sebagai berikut:
"...bila tarif SMS berbeda satu sama lainnya, maka akan muncul aliran SMS sampah yang tentunya akan mematikan jaringan operator tertentu";

8. SMS *broadcasting*, SMS *spamming* dan tindakan *tele-marketing* ini dapat mengakibatkan jaringan operator penerima menjadi hang dan *overload* dan lebih lanjut akan mengakibatkan kualitas jaringan operator penerima menjadi buruk. Oleh karena itu, para pelanggan operator penerima



akan mengalami kerugian karena mereka tidak dapat menikmati layanan yang baik dari operator penerima. Hal ini juga kembali didukung oleh pendapat Ahli Ir. Farda Hasun, M.Sc. sebagai berikut:

"12	Pertanyaan :	Apakah <i>spamming</i> dapat mengganggu infrastruktur ?
	Jawaban :	Jika harga terlalu murah... ada kemungkinan ada tambahan trafic karena banyak <i>spam</i> . Bisa saja sewaktu-waktu jaringan terganggu. Memang bagi operator, <i>spamming</i> akan mengakibatkan peninggakan trafic yang jika sudah tercapai batas kapasitas akan mengganggu karena infrastruktur dibangun untuk kapasitas suatu waktu tertentu"

(Bukti P-15/B10)

9. Masalah yang diakibatkan oleh SMS *broadcasting*, SMS *spamming* dan tindakan *tele-marketing* ini secara nyata telah terjadi dan menimbulkan kerugian. Misalnya dalam kasus SMS *broadcasting* yang dilakukan oleh Turut Termohon Keberatan VIII/NTS. Berdasarkan surat Nomor 11/NTS/NS/IV/04, tanggal 29 April 2004, Turut Termohon Keberatan VIII/NTS mengakui sendiri telah melakukan SMS *broadcasting* terhadap Pemohon Keberatan (Bukti P-37);
10. Di samping itu, Pemohon Keberatan juga telah mengalami kerugian secara nyata akibat SMS *spamming* yang dilakukan oleh pelanggan dari Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel. Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel melalui suratnya Nomor 7367/EST.02/Direksi/IX/2006, tanggal 5 September 2006 juga telah mengakui sendiri bahwa pelanggan dari BakrieTel telah melakukan SMS *spamming* terhadap Pemohon Keberatan (Bukti P-38);
- Hal ini diakui oleh Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel pada butir 25 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 7 Januari 2008, yang menyatakan:

"26	Pertanyaan :	Apakah faktanya akan terjadi <i>spamming</i> jika PT. Bakrie Telecom menjual di bawah Rp250,00 ?
	Jawaban :	Ya, faktanya memang ada pelanggan Bakrie Telecom melakukan <i>spamming</i> ...

(Bukti P-39/B7)

11. Kami mohon perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa masalah SMS *spamming* ini tidak hanya menjadi perhatian dan keprihatinan dari Pemohon Keberatan saja, melainkan juga menjadi perhatian dan keprihatinan dari operator



telekomunikasi lainnya. Hal ini dapat dibuktikan antara lain dengan diadakannya rapat pada tanggal 29 Agustus 2006 bertempat di Grha XL antara Pemohon Keberatan, Turut Termohon Keberatan I/XL, Turut Termohon Keberatan VI/Mobile-8, Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel dan Sampoerna Telecom Indonesia ("STI") ("Rapat"). Agenda Rapat ini adalah untuk membahas mengenai kegiatan interkoneksi SMS yang dilakukan oleh Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel ke operator telekomunikasi lain. Tindakan pelanggan Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel yang mengirimkan SMS *spamming* ini telah mengakibatkan kerugian bagi para operator telekomunikasi penerima SMS. Pada butir 4 dalam risalah Rapat dinyatakan sebagai berikut:

4. *Concern* kedua dari XL-Mobile-8-Telkomsel adalah selama ini trafik SMS inter operator dalam komersialnya adalah SKA (*sender keep all*). Sedangkan efek dari iklan SMS gratis BakrieTel menyebabkan porsi besar kapasitas SMSC *gateway* *eksisting* dari operators diduduki oleh trafik SMS dari BakrieTel dan menyebabkan trafik SMS *out going* dari operators *relative failed*, dan kondisi *link* mendekati *congest*. Untuk menghindari *congest* harus dilakukan penambahan *link* atau *up grading* yang berdampak langsung pada *cost*";

(Bukti P-40);

Dengan demikian terbukti bahwa SMS *broadcasting* dan SMS *spamming* ini merupakan masalah yang dialami oleh seluruh operator telekomunikasi selular, tidak hanya Pemohon Keberatan saja, dan permasalahan ini merupakan masalah yang sangat penting dan perlu ditanggulangi secepatnya karena dapat mengakibatkan kerugian yang besar khususnya bagi para operator telekomunikasi penerima SMS;

12. Selain itu, klausul SMS interkoneksi (off-net) juga akan melindungi para operator telekomunikasi baru/*new entrant*. Jika para operator besar menetapkan harga SMS interkoneksi (off-net) yang murah (atau lebih rendah), hal ini akan mengakibatkan timbulnya masalah SMS *broadcasting*,



SMS *spamming* dan tindakan *tele-marketing* yang dilakukan oleh para pelanggan para operator besar kepada para pelanggan operator telekomunikasi baru/*new entrant*. Hal ini dapat mengakibatkan jaringan dan infrastruktur para operator telekomunikasi baru/*new entrant* (yang jaringan dan infrastrukturnya jumlahnya masih sedikit dan kapasitasnya relatif lebih kecil) akan terganggu dan *collapse* (tidak berfungsi). Dengan demikian pertimbangan Termohon Keberatan pada butir 5.5.2.8 dan 5.5.2.9 halaman 194 dari Putusan Termohon Keberatan adalah salah;

Berdasarkan bukti-bukti dan hal-hal di atas terbukti bahwa tujuan atau motivasi klausul SMS interkoneksi (off-net) bukan untuk menetapkan harga tapi merupakan *self regulatory* untuk mengatasi masalah SMS *Broadcasting*, SMS *spamming* dan tindakan *tele-marketing*;

II.3. SMS *Broadcasting*, SMS *Marketing* Dan Tindakan Tele-Marketing Mempunyai Dampak Yang Sangat Fatal Yaitu Terganggunya Jaringan Voice Dan SMS Pada Saat Yang Bersamaan Dan Dapat Membuat Jaringan *Collapse* (Tidak Berfungsi)

13. Lebih lanjut kami juga mohon perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa layanan jasa suara (*voice*) dan jasa SMS serta jasa-jasa lain seperti *mobile banking* dilakukan dengan menggunakan satu jaringan/kanal yang sama. Dengan demikian apabila jaringan tersebut menjadi hang dan *overload*, maka akan mengakibatkan dampak yang sangat besar dan fatal yaitu terganggunya seluruh layanan suara (*voice*) dan SMS serta jasa jasa lain pada saat yang bersamaan. Lebih lanjut, jika hal ini terjadi terus menerus maka jaringan tersebut akan menjadi *collapse* atau tidak berfungsi sama sekali. Hal ini akan mengakibatkan kerugian yang sangat besar bagi operator telekomunikasi penerima SMS. Kerugian ini tidak hanya berupa kerugian materiil saja namun juga *kerugian immateriil (intangible damage)* antara lain rusaknya reputasi operator telekomunikasi dan hilangnya kepercayaan masyarakat terhadap para operator telekomunikasi. Selain itu hal ini juga akan mengakibatkan kerugian bagi masyarakat luas karena masyarakat tidak

Hal. 83 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



dapat menikmati layanan jasa telekomunikasi secara luas dan tidak terbatas;

14. Sedangkan disisi lain operator telekomunikasi mempunyai tanggung jawab dan kewajiban untuk memenuhi dan selalu menjaga kualitas jaringan telekomunikasinya sesuai standar kualitas pelayanan dan rencana dasar teknis yang ditetapkan oleh Direktur Jenderal Pos dan Telekomunikasi dan Menteri, yaitu antara lain agar jaringan telekomunikasinya tidak mengalami *overload*. Bahkan apabila operator telekomunikasi tidak dapat menjaga kualitas jaringan telekomunikasinya, operator telekomunikasi akan dikenakan sanksi keras oleh Pemerintah. Hal ini diatur secara tegas dalam Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 20 Tahun 2001 tentang Penyelenggaraan Jaringan Telekomunikasi ("KM Nomor 20/2001"), KM Nomor 21/2001 dan Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 12/PER/M.KOMINFO/04/2008; Hal ini juga diakui oleh BRTI pada butir 8 dari Risalah Pertemuan antara BRTI dan KPPU tanggal 22 November 2007;

"Ketika jaringan suatu operator *overload* dan operator yang bersangkutan tidak menambah kapasitas jaringannya, maka operator tersebut bersalah";

(Bukti P-7/A8);

Maka dalam konteks ini adalah sangat tidak adil dan merupakan suatu perilaku usaha yang tidak fair dan tidak sehat jika Pemohon Keberatan sebagai operator penerima SMS (dan operator yang dirugikan) yang harus menanggung beban untuk mengatasi permasalahan-permasalahan tersebut dengan cara mengeluarkan biaya tambahan yang sangat besar untuk:

- (i) Menambah jaringan akibat "*overload*" yang disebabkan oleh SMS *broadcasting* dan SMS *spamming* yang dikirim oleh operator telekomunikasi lain;
- (ii) Membeli peralatan anti *spamming*; dan
- (iii) Mengeluarkan "*capex*" atau biaya investasi yang besar untuk memperbaiki jaringan yang rusak;

Hal. 84 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Berdasarkan bukti dan hal-hal di atas terbukti bahwa SMS *broadcasting*, SMS *spamming* dan tindakan *tele-marketing* mempunyai dampak yang sangat fatal yaitu terganggunya jaringan *voice* dan SMS pada saat yang bersamaan dan dapat mengakibatkan jaringan *collapse* (tidak berfungsi);

II.4. Tujuan Atau Motivasi Klausul SMS Interkoneksi (Off-Net) Bukan Untuk Menetapkan Harga Tetapi Merupakan Upaya Untuk Mengatasi Akibat Negative Dari Konsep SKA

15. Sementara di sisi lain, dengan diberlakukannya konsep *sender keeps all* (SKA), operator pengirim SMS mendapatkan keuntungan yang sangat besar karena operator pengirim SMS sepenuhnya mendapatkan pendapatan dari seluruh tarif SMS yang dikirim. Kami mohon perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa SKA ini adalah konsep yang berarti operator pengirim SMS akan mendapatkan seluruh pendapatan dari seluruh tarif SMS yang dikirim sedangkan operator penerima SMS sama sekali tidak mendapatkan bagian penerimaan apapun dari hasil pengiriman SMS tersebut;

Pola SKA ini dapat diterapkan dengan baik jika semua operator telekomunikasi mempunyai kode perilaku atau *code of conduct* yang sama, artinya operator pengirim SMS mempunyai kesadaran dan tanggung jawab untuk tidak melakukan *spamming*, *broadcasting*, atau *tele-marketing*. Selanjutnya, karena tidak ada kewajiban pembayaran kepada operator penerima SMS, SKA ini menyebabkan operator tertentu yang ingin memperoleh keuntungan yang besar, berusaha mengirim SMS sebanyak-banyaknya kepada mitra interkoneksinya;

Di samping itu, *dumping* harga SMS juga mempunyai niat untuk merebut pelanggan, dan tentunya hal ini akan membuat operator penerima SMS mengalami kerugian lebih lanjut;

16. Dengan melihat kondisi dan fakta di atas, para operator telekomunikasi berharap Pemerintah dan/atau BRTI dapat memberikan jalan keluar dan mengatur interkoneksi dan tarif SMS interkoneksi agar tercipta struktur industri



telekomunikasi yang fair dan sehat. Namun demikian, Pemerintah dan/atau BRTI sebagai otoritas yang mempunyai kewenangan untuk melakukan pengaturan, pengawasan, dan pengendalian penyelenggaraan jasa telekomunikasi di Indonesia sesuai dengan KM 31/2003 (Bukti P-3) tidak mengeluarkan aturan mengenai tata cara dan standar pelaksanaan (operasional) interkoneksi SMS apapun untuk menyelesaikan atau mencegah permasalahan-permasalahan tersebut di atas. Tidak adanya aturan mengenai tata cara dan standar pelaksanaan (operasional) interkoneksi SMS ini memaksa para operator jasa telekomunikasi, termasuk Pemohon Keberatan, untuk melakukan pengaturan sendiri (*self regulatory*) untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang ada;

17. Untuk mengatasi atau mencegah permasalahan tersebut di atas Pemohon Keberatan menggunakan jalan keluar melalui klausul SMS interkoneksi dalam PKS Interkoneksinya dengan beberapa operator telekomunikasi. Pilihan ini merupakan niat baik atau wujud itikad baik Pemohon Keberatan untuk melakukan suatu tindakan inisiatif agar terjadi suatu kegiatan interkoneksi telekomunikasi yang benar, fair, sehat, seimbang dan yang tidak merugikan salah satu operator telekomunikasi yang ada (khususnya para operator penerima SMS); Pilihan tersebut dilakukan bukan dengan tujuan atau motivasi untuk melakukan penetapan harga untuk mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya. Pemohon Keberatan sama sekali tidak mempunyai niat atau motivasi yang melanggar hukum; Kami mohon perhatian Majelis Hakim Yang Terhormat bahwa sebenarnya Termohon Keberatan sendiri telah mengakui dan memiliki pendapat yang sama bahwa Pemohon Keberatan sama sekali tidak mempunyai niat atau motivasi yang melanggar hukum dalam mencantumkan klausul SMS interkoneksi. Hal ini terbukti pada butir 5.5.2.34 halaman 201 dari Putusan Termohon Keberatan yang menyatakan sebagai berikut:

"Majelis Komisi menilai bahwa motif XL dan Telkomsel mencantumkan klausula harga dalam PKS Interkoneksi

Hal. 86 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



adalah untuk menghindari *spamming* yang dilakukan oleh operator *new entrant*, bukan untuk membentuk suatu kartel. Hal ini dilakukan karena Pemerintah tidak mengatur mengenai penghitungan harga SMS, sehingga Telkomsel perlu untuk melakukan *self-regulatory*...”;

Berdasarkan bukti-bukti dan hal-hal di atas terbukti bahwa tujuan atau motivasi klausul SMS interkoneksi (off-net) bukan untuk menetapkan harga tetapi merupakan upaya untuk mengatasi akibat negatif dari konsep SKA;

II.5. Tujuan Atau Motivasi Klausul SMS Interkoneksi (Off-Net) Bukan Untuk Menetapkan Harga Karena Pada kenyataannya Tidak Ada Sanksi Khusus Terhadap Implementasi Klausul SMS Interkoneksi

18. Bukti lain bahwa Pemohon Keberatan tidak mempunyai niat atau motivasi yang melanggar hukum dapat terlihat bahwa di dalam PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dengan 4 (empat) operator telekomunikasi lain tidak terdapat pengaturan sanksi khusus terhadap implementasi/penerapan klausul SMS interkoneksi yang dipermasalahkan oleh Termohon Keberatan tersebut. Selain itu, Pemohon Keberatan juga tidak pernah memaksa suatu operator telekomunikasi tertentu (khususnya para operator telekomunikasi baru (*new entrant*) untuk mengadakan suatu PKS Interkoneksi dengan Pemohon Keberatan. Para operator telekomunikasi baru/*new entrant* tersebut sepenuhnya memiliki kebebasan untuk mengadakan PKS Interkoneksi dengan operator telekomunikasi lain manapun; Berdasarkan hal di atas terbukti bahwa tujuan atau motivasi klausul SMS interkoneksi (off-net) bukan untuk menetapkan harga karena pada kenyataannya tidak ada sanksi khusus terhadap implementasi klausul SMS interkoneksi;

II.6. Tujuan Atau Motivasi Klausul SMS Interkoneksi (Off-net) Bukan Untuk Menetapkan Harga Tapi Untuk Mengatasi Ketidakseimbangan Trafik SMS

19. Dengan kata lain, Pemohon Keberatan sama sekali tidak pernah dan tidak memiliki niat untuk memaksa para operator baru/*new entrant* untuk tunduk kepada kehendak Pemohon Keberatan, khususnya sehubungan dengan pencantuman



klausul SMS interkoneksi. Turut Termohon Keberatan VIII/NTS, pada butir 15 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IX (NTS) tanggal 5 Mei 2008 menyatakan sebagai berikut:

"15	Pertanyaan	:	Apakah Bapak mengetahui mengenai proses pembuatan PKS antara Natrindo dengan Telkomsel..?
	Jawaban	:	...tidak ada intensi atau maksud dari NTS dan operator lainnya untuk melakukan penetapan tarif pada saat menandatangani PKS interkoneksi tahun 2001 tersebut. Pada saat itu hanya untuk mempermudah perhitungan secara teknis (sistem <i>billing</i> /tagih menagih yang berbentuk <i>sender keeps all</i> -SKA) antara operator";

(Bukti P-41/B28)

Selain itu hal ini juga didukung oleh pendapat Turut Termohon Keberatan III/Telkom pada butir 17 dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Terlapor IV (Telkom) tanggal 8 April 2008 sebagai berikut:

"17	Pertanyaan	:	Kami melihat adanya paksaan terhadap <i>new comers</i> untuk mengikuti harga yang ditetapkan oleh <i>incumbent</i> ?
	Jawaban	:	Berdasarkan diskusi yang saya lakukan, pola SMS yang menerapkan <i>sender keeps all</i> karena dikhawatirkan akan terjadi <i>spamming</i> terhadap operator lain. Pada saat itu tidak ada maksud untuk melakukan kartel atau mendistorsi pasar. Pasar akan terdistorsi jika operator menolak untuk interkoneksi. Semangat dari perjanjian adalah agar terjadi interkoneksi dan pencegahan <i>spamming</i> SMS"

(Bukti P-9/B21)

Berdasarkan bukti dan fakta di atas, terbukti bahwa dasar pertimbangan atau tujuan atau motivasi Pemohon Keberatan mencantumkan klausul SMS interkoneksi di dalam 4 (empat) PKS Interkoneksinya bukan untuk melakukan penetapan harga;

20. Operator telekomunikasi baru/*new entrant*, Turut Termohon Keberatan VII/Smart juga mengakui hal yang sama pada butir 3 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 7 April 2008 sebagai berikut:

"...Kami membuat PKS tersebut dengan tujuan untuk menyeimbangkan aliran SMS yang tidak seimbang...";

(Bukti P-8/B20);

21. Jalan keluar ini dipilih dengan pertimbangan sebagai suatu cara yang diharapkan efektif dan dapat diterapkan oleh para



operator telekomunikasi pada saat itu (beberapa tahun yang lalu). Hal ini disebabkan karena pada saat itu belum terdapat suatu teknologi yang dapat digunakan oleh para operator telekomunikasi untuk secara efektif dan efisien mengatasi dan mencegah terjadinya masalah ketidak seimbangan arus atau trafic SMS interkoneksi (off-net);

22. Bahkan, dengan kondisi teknologi jaringan telekomunikasi sekarang inipun masih cukup sulit untuk mengatasi permasalahan-permasalahan SMS *Spamming*, SMS *broadcasting* dan tindakan *tele-marketing* tersebut, seperti yang dikatakan oleh KRMT Roy Suryo pada butir 20 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Terhadap Ahli tanggal 11 April 2008 sebagai berikut:

"20	Pertanyaan	:	Apakah ada teknologi anti spamming untu, SMS
	Jawaban	:	Menurut saya sekarang belum ada teknologi anti <i>spamming</i> tersebut. Jika ada teknologi tersebut mungkin akan dilakukan secara manual terhadap nomor-nomor tertentu. Namun, jika dilakukan secara otomatis hal tersebut tidak baik juga. Jika anti <i>spamming</i> dipasang, maka layanan lain yang diberikan oleh operator seperti <i>massege board</i> , tidak dapat dimanfaatkan;

(Bukti P-14/B24)

23. Pertimbangan Pemohon Keberatan yang memilih jalan keluar melalui klausul SMS interkoneksi juga sejalan dengan pendapat BRTI yang dinyatakan pada butir 6 Risalah Pertemuan antara KPPU dan BRTI tanggal 22 November 2007;

"Hal itu sangat wajar di industri telekomunikasi dimana tarif bukan hanya sebagai alat kompetisi tapi juga untuk mengontrol jaringan agar jangan sampai *collaps*";

(Bukti P-7/A8);

24. Termohon Keberatan sendiri juga telah mengakui atau menerima hal ini dengan cara mengutip pendapat atau keterangan saksi ahli KRMT Roy Suryo pada butir 21.2.10.15 halaman 24 dari Putusan Termohon Keberatan, yang menyatakan sebagai berikut:

"Berdasarkan keterangan yang diperoleh dari Saksi Ahli KRMT Roy Suryo, alasan operator menetapkan harga untuk mencegah *spamming* dapat diterima, (vide bukti B24)";

Hal. 89 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Saksi ahli KRMT Roy Suryo lebih lanjut pada butir 19 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 11 April 2008 menyatakan sebagai berikut:

“Saya bisa menerima alasan tersebut karena di Indonesia jika semua digratiskan, maka orang-orang tidak akan bertanggung-jawab atas fasilitas yang diberikan. Saya memiliki pengalaman sendiri ketika memiliki kartu 3, saya banyak menerima *spamming*...”;

(Bukti P-14/B24);

25. Berdasarkan bukti, pendapat ahli dan fakta-fakta di atas, terbukti bahwa tujuan atau motivasi klausul SMS interkoneksi (off-net) dalam PKS Interkoneksi bukan untuk menetapkan harga. Klausul SMS interkoneksi (off-net) tersebut merupakan jalan keluar yang dipilih untuk mengatasi dan mencegah permasalahan-permasalahan yang ada, khususnya SMS *broadcasting*, SMS *spamming* dan tindakan *tele-marketing*, sebagai akibat tidak adanya ketentuan hukum mengenai pelaksanaan interkoneksi SMS antar operator. Oleh karena itu, kami memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan Termohon Keberatan dalam perkara ini;

Berdasarkan bukti-bukti dan hal-hal di atas terbukti bahwa tujuan atau motivasi klausul SMS interkoneksi (off-net) bukan untuk menetapkan harga tapi untuk mengatasi ketidak seimbangan trafik SMS interkoneksi;

III. Putusan Termohon Keberatan Patut Dibatalkan Karena Hal Yang Menjadi Objek Pemeriksaan Termohon Keberatan Yaitu Klausul SMS Interkoneksi Tidak Pernah Efektif Berlaku

1. Termohon Keberatan dalam Putusannya mempermasalahkan klausul SMS interkoneksi yang ada di dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi (“PKS Interkoneksi”) antara Pemohon Keberatan dengan Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel (Bukti P23), Turut Termohon Keberatan VII/Smart (Bukti P25), Turut Termohon Keberatan VIII/NTS (Bukti P24), dan Turut Termohon Keberatan III/Telkom (Bukti P26). Klausul tersebut adalah objek pemeriksaan Termohon Keberatan;



III.A. Klausul SMS Interkoneksi Tidak Pernah Efektif Berlaku;

2. Klausul SMS interkoneksi di atas merupakan klausul yang tidak pernah efektif berlaku baik bagi Pemohon Keberatan maupun bagi para operator lain. Tarif SMS off-net yang diterapkan oleh Pemohon Keberatan dan para operator lain adalah harga yang ditentukan berdasarkan mekanisme pasar, bukan berdasarkan klausul SMS interkoneksi. Hal ini terbukti dengan fakta bahwa tarif SMS off-net sebelum dan sesudah terjadinya amandemen adalah sama, artinya harga yang ditetapkan adalah memang harga pasar;
3. Di dalam pertimbangan Putusan Termohon Keberatan butir 5.5.2.10 halaman 194 dan 195, Termohon Keberatan secara sadar menilai adanya kemungkinan bahwa fakta kesamaan harga SMS off-net sebelum dan sesudah amandemen, merupakan bukti bahwa harga SMS yang berlaku adalah harga pada *market equilibrium* (keseimbangan harga di pasar) sehingga ada atau tidak adanya perjanjian, harga SMS yang tercipta akan tetap sama;
4. Fakta ini diakui secara tegas oleh Turut Termohon Keberatan III/Telkom dalam butir 23, 25 dan 32 dari Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan Terhadap Terlapor IV tanggal 3 Desember 2007, yang menyatakan:

23	Pertanyaan	:	Pada saat launching 2003 berapa harga SMS ?
	Jawaban	:	Sekitar Rp250,00 sampai dengan Rp350,00 antar operator, tidak ada intraoperator saat itu karena Flexy sendiri belum punya pelanggan. Harga tersebut me-refer ke harga pasar (<i>benchmark</i>)
25	Pertanyaan	:	Jadi dasar penetapan harga SMS Rp250,00 tersebut apa?
	Jawaban	:	Kami menetapkan berdasarkan <i>benchmark</i> saja
26	Pertanyaan	:	Tolong diserahkan dokumen yang menunjukkan bahwa harga tidak selalu berada di kisaran Rp250,00
	Jawaban	:	Baik nanti akan kita serahkan, namun mungkin kami tegaskan kembali bahwa harga SMS Rp250,00 itu semata-mata <i>benchmark</i> karena yang terjadi adalah mekanismen pasar"

5. Selain itu Turut Termohon Keberatan VII/Smart juga mengakui bahwa tarif efektif SMS interkoneksi juga mengikuti harga pasar atau *benchmark*. Hal ini dinyatakan dalam butir 14 dari Berita Acara Pemeriksaan Pendahuluan Terhadap Terlapor VIII tanggal 6 Desember 2007;

Hal. 91 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



"... Pasar yang menentukan. Pada prinsipnya tidak ada *price fixing* secara legal";

(Bukti P-11/B4);

6. Selain itu, penurunan tarif SMS setelah tanggal 1 April 2008, justru semakin membuktikan bahwa Pemohon Keberatan adalah pihak yang taat, patuh dan tunduk pada peraturan dan kebijakan pemerintah di bidang telekomunikasi. Fakta ini sama sekali tidak membuktikan bahwa klausul SMS interkoneksi berlaku;
7. Dengan demikian, pertimbangan dalam Putusan Termohon Keberatan butir 5.5.2.9 sampai dengan 5.5.2.11 pada halaman 194 dan 195 yang pada intinya menyatakan perjanjian kartel berlaku efektif sebelum dan sesudah amandemen adalah salah dan tidak berdasar. Oleh karena itu Putusan Termohon Keberatan patut dibatalkan;

III.B. Klausul SMS Interkoneksi Sudah Tidak Ada

8. Klausul Klausul SMS interkoneksi pada kenyataannya telah dibatalkan oleh para pihak. Pembatalan tersebut dicantumkan dalam perubahan atau amandemen terhadap 4 (empat) PKS Interkoneksi, yaitu masing-masing:
 - a. PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon Keberatan V/BakrieTel;
Amandemen Pertama Terhadap Perjanjian Kerjasama Interkoneksi Jaringan Telkomsel Dengan Jaringan BakrieTel antara PT. Telekomunikasi Selular Dengan PT. Bakrie Telecom Tbk Nomor Telkomsel AMD.1227/LG.05/PD-00/VI/2007 - Nomor BakrieTel 600/EST-Amd/Telkomsel/VI/2007, tanggal 25 Juni 2007;
(Bukti P-42);
 - b. PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon Keberatan VII/Smart;
Amandemen Pertama Terhadap Perjanjian Kerjasama Interkoneksi Jaringan Telkomsel Dengan Jaringan Primasel Antara PT. Telekomunikasi Selular Dengan PT. Indoprima Mikroselindo Nomor Telkomsel ADD.1246/LG.05/PD-00/VI/2007 - Nomor Primasel AMD.123/LOBOD/IPM/RAI/VI/2007, tanggal 25 Juni 2007;



- (Bukti P-43);
- c. PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon Keberatan VIII/NTS
Amandemen Ketiga Terhadap Perjanjian Kerjasama Interkoneksi Jaringan STBS GSM Telkomsel Dengan Jaringan STBS DCS-1800 Natrindo Antara PT. Telekomunikasi Selular Dengan PT. Natrindo Telepon Seluler Nomor Telkomsel ADD.2231/LG.05/PD-00/XI/2007 - Nomor NTS 275/JKT-NTS/XII/2007, tanggal 10 Desember 2007 ; (Bukti P-44) ;
- d. PKS Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon Keberatan III/Telkom
Amandemen Keenam Terhadap Perjanjian Kerjasama Interkoneksi Jaringan Telekomunikasi PSTN Telkom Dengan Jaringan STBS Telkomsel Nomor PKS.27/HK.810/OPSAR-00/97-Nomor PKS.168/OPDRTA/97, tanggal 5 Mei 1997 Antara PT. Telekomunikasi Selular Dengan PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk Nomor Telkom 137/HK.820/DCI-A1000000/2007 - Nomor Telkomsel AMD. 2266/LG.05/PD-00/XII/2007 tanggal 11 Desember 2007; (Bukti P-45);
9. Dengan demikian objek pemeriksaan dari Termohon Keberatan sudah tidak ada;
10. Hal di atas merupakan fakta kepatuhan Pemohon Keberatan terhadap surat BRTI Nomor 172/BRTI/ATSI/VI/2007, tanggal 15 Juni 2007 yang ditujukan kepada seluruh Penyelenggara Jaringan/Jasa Telekomunikasi. Pemohon Keberatan menerima surat tersebut pada tanggal 18 Juni 2007; Di dalam surat tersebut, BRTI menyatakan bahwa:
"Sehubungan dengan hal tersebut kami bermaksud menegaskan agar Saudara tidak melakukan baik kesepakatan, himbauan, atau *gentlemen agreement* maupun perjanjian kerja sama antar operator yang menyangkut penetapan tarif (*price fixing*) *short message service* (SMS)..." ; (Bukti P-46);
11. Sebagai catatan, BRTI tidak pernah mengeluarkan kebijakan, himbauan atau pemberitahuan apapun mengenai klausul

Hal. 93 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



SMS interkoneksi sebelumnya. Sehingga kebijakan BRTI dalam surat yang disebutkan di atas baru berlaku sejak surat tersebut diterima oleh Pemohon Keberatan, dan bukan sebelum terbitnya surat tersebut;

12. Kebijakan BRTI yang kemudian langsung dipatuhi oleh Pemohon Keberatan di atas juga konsisten dengan isi Putusan Termohon Keberatan di dalam tiga perkara yaitu:
 - (i). Perkara Nomor 02/KPPU-I/2003, tentang Kargo jalur Jakarta-Pontianak. (Bukti P-47);
 - (ii). Perkara Nomor 03/KPPU-I/2003, tentang Kargo jalur Surabaya-Makasar. Dan (Bukti P-48);
 - (iii). Perkara Nomor 05/KPPU-I/2003, tentang Bus Kota Patas AC DKI Jakarta. (Bukti P-49);

Di dalam perkara-perkara di atas Termohon Keberatan membatalkan klausul atau perjanjian yang dianggap melakukan penetapan harga;

13. Namun demikian, dalam perkara ini Termohon Keberatan tetap melanjutkan pemeriksaan dan mengeluarkan putusan yang menghukum Pemohon Keberatan. Tindakan Termohon Keberatan tersebut tidak konsisten dengan preseden Termohon Keberatan di atas. Hal ini menimbulkan ketidakpastian hukum yang pada akhirnya akan membahayakan iklim investasi Indonesia akibat hilangnya kenyamanan dalam melakukan usaha di Indonesia;
14. Lebih lanjut, pencabutan klausul SMS interkoneksi di atas bukan refleksi pengakuan adanya pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, karena klausul tersebut bukan perjanjian penetapan harga. Pemohon Keberatan mencabut atau menghapus klausul tersebut sebagai bentuk kepatuhan dari Pemohon Keberatan terhadap surat BRTI sebagai pembina dan pengawas persaingan usaha di bidang jasa telekomunikasi. Selain itu, pencabutan klausul tersebut dimaksudkan untuk menghindari salah tafsir dalam memahami klausul SMS interkoneksi tersebut;
15. Pemohon Keberatan selalu tunduk dan patuh pada setiap peraturan perundang-undangan yang berlaku termasuk patuh kepada Undang-Undang Nomor 36/1999 jo. Peraturan



Pemerintah Nomor 52/2000 dan seluruh peraturan terkait lainnya;

16. Berdasarkan fakta dan bukti-bukti tersebut di atas, maka terbukti bahwa klausul SMS interkoneksi yang menjadi objek pemeriksaan sudah tidak ada, sehingga tidak ada alasan apapun bagi Termohon Keberatan untuk mempersoalkan klausul SMS interkoneksi tersebut. Kami memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan Termohon Keberatan;

IV. Putusan Termohon Keberatan patut dibatalkan karena tidak ada kerugian konsumen dalam perkara ini dan seluruh pertimbangan Termohon Keberatan mengenai kerugian Konsumen adalah salah;

IV.A. Kami mohon Majelis Hakim yang terhormat membatalkan putusan Termohon Keberatan karena tidak ada kerugian Konsumen;

1. Kerugian konsumen dalam perkara ini adalah tidak ada. Pertimbangan kerugian konsumen dalam Putusan Termohon Keberatan adalah salah dan mengada-ada;
2. Kerugian konsumen potensial dapat terjadi dalam struktur pasar yang hanya mempunyai satu pelaku usaha yang memasok (barang atau jasa) atau dalam struktur pasar monopoli. Dalam hal ini, pelaku usaha pemasok atau produsen dapat menentukan harga yang sangat tinggi tanpa ada pelaku usaha pesaing yang menawarkan alternatif lain. Konsumen tidak mempunyai pilihan atau alternatif untuk menggunakan atau membeli barang atau jasa dari pelaku usaha lain. Dalam keadaan seperti ini konsumen terpaksa untuk menggunakan atau membeli produk atau jasa dari satu pelaku usaha tertentu. Ilustrasi dari hal ini adalah misalnya dalam hal PLN sebagai satu-satunya pemasok listrik dapat menerapkan harga yang sangat tinggi kepada konsumen, karena konsumen tidak mempunyai alternatif pemasok listrik lain dengan harga yang lebih rendah maka dalam struktur pasar ini dapat terjadi kerugian konsumen;
3. Sementara itu, bidang usaha jasa telekomunikasi di Indonesia berada dalam pasar yang sangat kompetitif. Dalam butir 5.5.3.1 halaman 202 dari Putusan Termohon Keberatan, Termohon Keberatan mengakui bahwa pada saat ini ada 10

Hal. 95 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



- (sepuluh) operator telekomunikasi yang saling bersaing satu dengan lainnya;
4. Di dalam pasar industri telekomunikasi yang sangat kompetitif ini, Pemohon Keberatan tidak mungkin menentukan harga yang sangat tinggi, karena konsumen memiliki kebebasan yang seluas-luasnya untuk memilih dan menentukan jasa atau produk dari operator telekomunikasi lain yang merupakan pesaing dari Pemohon Keberatan. Pemohon Keberatan sama sekali tidak bisa memaksa para konsumen untuk memilih atau menggunakan jasa atau produk dari Pemohon Keberatan. Penentuan harga oleh Pemohon Keberatan harus mempertimbangkan banyak hal termasuk faktor kompetisi di dalam industri telekomunikasi serta faktor kebebasan konsumen untuk memilih;
 5. Termohon Keberatan salah dalam menetapkan kerugian konsumen semata-mata berdasarkan faktor harga. Karena apabila yang dijadikan patokan adalah faktor harga, maka ada banyak sekali produk-produk atau jasa-jasa lain yang memiliki harga yang jauh lebih tinggi dari biaya produksinya, namun produk-produk tersebut tidak merugikan konsumen. Termohon Keberatan juga seharusnya memperhitungkan kualitas pelayanan yang diberikan oleh Pemohon Keberatan kepada para konsumennya;
 6. Penetapan harga tertentu tidak serta-merta merugikan konsumen. Contohnya, barang-barang bermerek tertentu dapat menjual produk atau jasanya dengan harga yang tinggi namun tidak dapat dianggap merugikan konsumen, misalnya kopi Starbucks, air mineral Aqua, handphone Nokia dan mobil Mercedes;
 7. Kerugian konsumen tidak terjadi selama tersedia pilihan alternatif barang dan/atau jasa bagi konsumen dan tidak ada paksaan untuk membeli produk atau jasa tersebut, dan di lain pihak terjadi "free entry" dan "free exit" dari pemasok atau penyedia barang atau jasa;
 8. Putusan Termohon Keberatan yang menyebut kerugian konsumen dalam perkara ini adalah salah. Pada kenyataannya justru konsumen sangat diuntungkan oleh



adanya PKS Interkoneksi. PKS Interkoneksi memungkinkan layanan SMS off-net, sehingga bukan hanya konsumen sesama operator yang sama (on-net) yang dapat berkomunikasi tetapi konsumen lintas atau antar operator (off-net) juga dapat berkomunikasi;

9. Di samping alasan-alasan di atas, pertimbangan Termohon Keberatan tentang kerugian konsumen juga salah berdasarkan hal-hal di bawah ini:
 - 1) Harga atau tarif SMS off-net dari Pemohon Keberatan adalah harga pasar, sehingga tidak ada harga yang tinggi atau berlebihan;
 - 2) Konsumen selalu mempunyai kebebasan untuk berpindah-pindah sebagai konsumen dari satu operator ke operator lain tanpa biaya (tidak ada “switching cost”);
10. Pertimbangan Termohon Keberatan tentang kerugian konsumen adalah pertimbangan yang dibuat-buat dan tidak benar karena hanya berdasarkan perkiraan biaya SMS semata. Hal ini diakui oleh Termohon Keberatan dalam butir 5.6.15 halaman 205 Putusan Termohon Keberatan yang menyatakan:

“Perhitungan aktual mengenai kerugian-kerugian konsumen tersebut di atas memerlukan analisis ekonomi yang mendalam dengan didukung oleh data yang memadai. Dalam hal ini LHPL hanya menyampaikan perkiraan biaya SMS berdasarkan penelitian harga interkoneksi yang dilakukan oleh Ovum serta formulasi perhitungan biaya SMS oleh BRTI”;
11. Putusan Termohon Keberatan tidak memuat analisis ekonomi yang mendalam yang didukung data yang memadai sehingga Putusan Termohon Keberatan tidak patut menyebut kerugian konsumen. Suatu putusan wajib didasarkan pada fakta-fakta dan bukti-bukti yang jelas dan nyata, bukan didasarkan pada perkiraan semata atau data-data yang fiktif. Putusan Termohon Keberatan yang hanya didasarkan pada perkiraan semata sama sekali tidak dapat dibenarkan dan bertentangan oleh hukum;

Hal. 97 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



12. Dengan demikian, terbukti bahwa tidak ada kerugian konsumen dalam perkara ini, sehingga kami mohon Majelis Hakim Yang Terhormat untuk menyatakan bahwa seluruh pertimbangan Termohon Keberatan tentang kerugian konsumen adalah tidak benar dan Putusan Termohon Keberatan dibatalkan;

IV.B. Kami Mohon Majelis Hakim Yang Terhormat Membatalkan Putusan Termohon Keberatan Karena Seluruh Pertimbangan Termohon Keberatan Mengenai Kerugian Konsumen Adalah Salah

IV.B.1. Termohon Keberatan Tidak Mempunyai Kewenangan Untuk Menentukan Tarif SMS Off-net

13. Kewenangan Termohon Keberatan telah ditentukan secara limitatif di dalam Pasal 36 Undang-Undang Nomor 5/1999. Berdasarkan ketentuan ini, wewenang untuk menentukan tarif SMS off-net adalah bukan wewenang Termohon Keberatan. Termohon Keberatan secara nyata telah melampaui wewenang yang ditentukan secara tegas dan jelas dalam Undang-Undang Nomor 5/1999. Tindakan Termohon Keberatan dalam perkaraini adalah *Ultra Vires*;
14. Lebih lanjut, Termohon Keberatan juga sama sekali tidak mempunyai kapasitas, dan keahlian yang spesifik untuk menghitung tarif SMS off-net. Ruang lingkup tugas dan wewenang Termohon Keberatan hanyalah dalam konteks penerapan Undang-Undang Nomor 5/1999, bukan untuk menentukan tarif dalam jasa telekomunikasi;
15. Saksi Hery Nugroho, S.E., M.Si., (Anggota Komite Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia) dalam butir 11 dan 20 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 5 Mei 2008 menyatakan sebagai berikut:

"11	Pertanyaan	:	Bagaimana saran Bapak untuk KPPU terkait dengan perkara penetapan harga SMS ini ?
	Jawaban	:	Menurut saya yang menjadi domain KPPU bukan <i>costing</i> dan <i>struktur cost</i> , saya sarankan KPPU hanya memeriksa mengenai penetapan harga yang ada hitam di atas putih yaitu di PKS. Saya khawatir jika KPPU masuk ke perhitungan <i>cost</i> tersebut, maka pengetahuan detail teknisnya akan kalah dari operator
20	Pertanyaan	:	Apakah ada keterangan lain yang ingin Saudara sampaikan dalam pemeriksaan ini ?
	Jawaban	:	Saya harap agar KPPU tidak terlalu <i>concern</i>



		mengenai angka-angka dalam penentuan tarif SMS, melainkan pada domain KPPU saja"
--	--	--

(Bukti P-20/B27)

16. Dengan demikian, pertimbangan Termohon Keberatan yang menentukan tarif SMS off-net adalah salah dan bukan wewenang dari Termohon Keberatan. Putusan Termohon Keberatan yang didasarkan pada pertimbangan yang salah ini patut dibatalkan;

IV.B.2. Termohon Keberatan Sewenang-Wenang Dan Melanggar Hukum Dalam Menetapkan Dan Menggunakan Komponen Tarif SMS Off-Net

17. Di dalam butir 5.6.22 halaman 206 Putusan Termohon Keberatan, tarif SMS off-net dihitung dengan komponen sebagai berikut:

Tarif kompetitif SMS off-net =

Tarif interkoneksi originasi (Rp. 38) dan terminasi (Rp38,00) hasil perhitungan Ovum;

+

biaya Retail Service Activities Cost (RSAC) sebesar 40% dari biaya interkoneksi;

+

margin keuntungan sebesar 10% dari biaya interkoneksi;

Dengan menggunakan pendekatan di atas, Termohon Keberatan menetapkan tarif kompetitif SMS off-net adalah Rp114,00 (seratus empat belas rupiah);

18. Termohon Keberatan sewenang-wenang dan melanggar hukum dalam menetapkan dan menggunakan komponen tersebut. Hal ini terbukti berdasarkan hal-hal sebagai berikut:

IV.B.2.A. Termohon Keberatan Melanggar Asas Legalitas Karena Menetapkan Dan Menggunakan Komponen Tarif Kompetitif SMS Off-Net Berdasarkan PM 09/2008

19. Komponen tarif yang disebut oleh Termohon Keberatan di atas diatur dalam PM 09/2008. Pasal 14 ayat (1) PM 09/2008 menyatakan bahwa:

"Tarif pungut jasa teleponi dasar dan fasilitas tambahan SMS dihitung dengan formula:

Tarif pungut = Biaya elemen Jaringan + Biaya Aktivitas Layanan Retail + Profit Margin";

Hal. 99 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



20. PM 09/2008 tersebut diundangkan pada tanggal 7 April 2008, dan baru berlaku sejak tanggal diundangkan. Sebelum berlakunya PM 09/2008, tidak ada ketentuan yang mengatur mengenai formulasi tarif SMS;
21. Termohon Keberatan melanggar asas legalitas karena menerapkan PM 09/2008 dalam peristiwa yang terjadi dalam periode tahun 2004 sampai dengan April 2008, yaitu sebelum berlakunya PM 09/2008. Hal ini adalah salah dan bertentangan dengan hukum, karena suatu peraturan tidak dapat diberlakukan surut. Putusan Termohon Keberatan patut dibatalkan;

IV.B.2.B. Hasil Penelitian *Ovum* Bukan Sumber Hukum Yang Mempunyai Kekuatan Memaksa

22. Penelitian *Ovum* merupakan kajian ekonomi yang masih dapat diperdebatkan kebenarannya. Penelitian *Ovum* bukan kaidah atau sumber hukum yang bersifat absolut atau memaksa. Putusan Termohon Keberatan seharusnya didasarkan pada fakta dan bukti-bukti yang benar dan nyata, bukan pada suatu penelitian ekonomi yang belum tentu benar;
23. Hal ini juga dinyatakan secara tegas oleh Saksi Ahli Mas Wigrantoro RS (Dewan Pengurus Harian Masyarakat Telematika Indonesia (MASTEL)) dalam butir 21 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 21 Februari 2008;
“...Perhitungan *Ovum* bukanlah produk hukum sehingga tidak dapat dijadikan acuan bagi operator. Jika perhitungan *Ovum* ini mau dijadikan patokan, maka terlebih dahulu harus disiapkan regulasinya...”;
(Bukti P-19/B11);
24. Hal yang sama juga dinyatakan oleh Saksi Ahli Ir. Farda Hasun, M.Sc., dalam butir 16 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan, tanggal 13 Februari 2008:

"16	Pertanyaan	:	Jika kita kembali pada perhitungan <i>ovum</i> tersebut, menurut Saudara apakah perhitungan <i>ovum</i> tersebut dapat dijadikan referensi ?
	Jawaban	:	Seharusnya perlu dicari <i>second opinion</i> "

(Bukti P-15/B10)



25. Selain itu, *Ovum* juga tidak dapat dipakai untuk menentukan tarif kompetitif SMS off-net. Hal ini dinyatakan oleh saksi ahli Agung Harsoyo dan Dr. Haula Rosdiana, M.Si., dalam butir 11,13 dan 25 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 1 April 2008;

“Untuk menghitung biaya SMS terdapat beberapa metode. Dari studi kami, kita melihat bahwa peruntukan utama dari *Ovum* adalah tarif pungut interkoneksi antar operator saja. Dari metodenya sendiri, kita melihat bahwa input yang ada dalam penelitian tersebut harus diisi dengan *confidential* dari masing-masing operator. Dalam penelitian tersebut, masih banyak komponen yang belum termasuk di dalamnya seperti biaya R&D, *starter pack* atau biaya yang berhubungan dengan *marketing*..”;

“*Ovum* hanya menghitung tarif pungut interkoneksi antar operator sehingga tentu saja tidak bisa tarif pungut kepada konsumen menggunakan metode *Ovum* karena tidak *apple to apple*...”;

“Segala sesuatu harus ditempatkan pada porsinya. Metode perhitungan *cost* digunakan sesuai peruntukannya. Jika kebutuhannya adalah untuk menghitung tarif pungut bagi operator-operator, tentu saja banyak *adjustment* yang harus dipertimbangkan oleh pemerintah. Inilah yang tidak tercover oleh *Ovum*. Misalnya *Ovum* tidak menghitung *regulatory charges* dan komponen-komponen biaya lainnya ”;

(Bukti P18/B16);

26. Penggunaan penelitian *Ovum* oleh Termohon Keberatan sebagai dasar untuk menghitung tarif SMS off-net kompetitif adalah salah; Butir 7 dari Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 21 Februari 2008 dari Mas Wigrantoro (Dewan Pengurus Harian Masyarakat Telematika Indonesia (MASTEL)) menyatakan bahwa:

“... Saya kira *Ovum* salah karena mereka hanya menerbitkan atau melihat biaya interkoneksi, seolah-olah biaya interkoneksi langsung dibagi dua”;

(Bukti P19/B11);



27. Selain itu, Termohon Keberatan juga salah menggunakan perhitungan *Ovum* untuk tarif interkoneksi originasi dan terminasi sebesar Rp76,00 untuk menghitung kerugian konsumen dari tahun 2004 - April 2008. Perhitungan yang digunakan oleh *Ovum* tersebut adalah berdasarkan fakta dan keadaan pada tahun tertentu saja. Padahal fakta dan keadaan tiap tahun tidak sama dan selalu berubah. Dengan demikian pertimbangan Termohon Keberatan adalah salah karena menyamaratakan tarif interkoneksi originasi dan terminasi untuk seluruh tahun dalam periode 2004-April 2008;

IV.B.2.C.Termohon Keberatan Sewenang-Wenang Dalam Menentukan *Retail Service Activities Cost* Sebesar 40% Dari Biata Interkoneksi

28. Formula Biaya Aktivasi Layanan Retail (*retail services activity cost*) diatur berdasarkan Pasal 9 ayat (3) PM 09/2008 yang menyatakan sebagai berikut: "Formula perhitungan biaya aktivitas layanan retail sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b merupakan formula perhitungan biaya aktivitas layanan retail yang digunakan dalam menyediakan layanan jasa teleponi dasar dan atau layanan fasilitas tambahan SMS";
29. Berdasarkan ketentuan di atas, maka besaran *retail service activities cost*nya akan dapat diketahui setelah diketahui besarnya biaya yang harus dikeluarkan untuk menyediakan layanan SMS, termasuk namun tidak terbatas pada biaya investasi dan biaya promosi. Pemerintah sama sekali tidak mengatur mengenai besaran *retail service activities cost*;
30. Hal ini juga sesuai dengan pendapat Ir. Helmi Abdullah Basir (Operation Director PT. Tritech Consult) pada butir 23 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutannya tanggal 24 April 2008

"13	Pertanyaan	:	Bagaimana menurut Bapak mengenai rumusan perhitungan biaya retail yang dikeluarkan oleh Pemerintah ?
	Jawaban	:	Meskipun sekarang ada rumusan untuk menghitung biaya retail, namun tidak diatur berapa persen margin, berapa persen <i>retail activity cost</i> nya";

(Bukti P-36/B26)

31. BRTI dengan tegas menyatakan bahwa *retail service activities cost* adalah sesuatu yang tidak dapat diatur. Dalam butir 17 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Hery Nugroho,

Hal. 102 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



S.E., M.Si., tanggal 5 Mei 2008, dinyatakan: "*common cost dan retail activity cost* bukanlah sesuatu yang bisa diatur...";
(Bukti P-20/B27);

32. Pada kenyataannya, Termohon Keberatan tanpa didukung oleh data-data dan fakta-fakta yang relevan dan akurat telah secara sewenang-wenang dan subjektif menetapkan besaran *retail service activities cost* sebesar 40% (empat puluh persen) dari biaya interkoneksi. Tindakan Termohon Keberatan ini adalah sewenang-wenang;

IV.B.2.D.Termohon Keberatan Sewenang-Wenang dan Melawan Hukum Dalam Menetapkan Angka Keuntungan Sebesar 10% Dari Biaya Interkoneksi

33. Pasal 14 ayat (6) PM 09/2008 menyatakan dengan tegas bahwa:
"Besaran *profit margin* sebagaimana dimaksud pada ayat (5) ditetapkan oleh penyelenggara";
(Bukti P-4);
Berdasarkan ketentuan ini, terbukti bahwa *profit margin* adalah hak dari operator telekomunikasi, dan tidak dapat ditentukan oleh Termohon Keberatan;
34. Pada kenyataannya, Termohon Keberatan secara sewenang-wenang menetapkan angka *profit margin* sebesar 10% (sepuluh persen) dari biaya interkoneksi;
35. Termohon Keberatan tidak mempertimbangkan faktor-faktor yang relevan seperti skala ekonomi (luasnya pasar SMS), perubahan pasar non-SMS (misalnya *voice*, dan MMS), dan tidak mempertimbangkan keuntungan berusaha yang wajar;
36. Penentuan margin keuntungan sebesar 10% dengan jelas menunjukkan bahwa Termohon Keberatan tidak memahami praktek bisnis. Dengan tingkat bunga bank selama periode 2004-2007 yang berada di atas 15% per tahun, maka tidak ada perusahaan yang bersedia menggeluti sektor komunikasi bila margin keuntungannya hanya 10%. Tindakan Termohon Keberatan yang memaksakan margin keuntungan hanya 10% justru akan menimbulkan bahaya yang sangat besar bagi perekonomian nasional, karena semua pelaku usaha



akan memilih untuk mengalihkan modalnya ke simpanan bank dengan tingkat bunga yang lebih besar dan lebih aman;

37. Tindakan Termohon Keberatan ini sewenang-wenang dan melawan hukum;

IV.B.3. Termohon Keberatan Menyebut Kerugian Konsumen Tanpa Mempertimbangkan Fakta-Fakta dan Bukti-Bukti Yang Justru Membuktikan Tidak Ada Kerugian Konsumen:

38. Hal ini dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a. Termohon Keberatan tidak memperhatikan program-program promosi yang dilakukan oleh Pemohon Keberatan selama periode 2004 sampai dengan April 2008. Program promosi tersebut secara signifikan telah menurunkan tarif SMS off-net dari Pemohon Keberatan;
- b. Termohon Keberatan tidak mempertimbangkan nilai *cost base* yang berbeda-beda dari masing-masing operator telekomunikasi. Sebaliknya, Termohon Keberatan justru menyamakan semua *cost base* operator telekomunikasi;
- c. Termohon Keberatan tidak mempertimbangkan hasil penelitian-penelitian lain yang mengungkapkan hasil yang berbeda dari tarif SMS off-net yang disebut oleh Termohon Keberatan, yaitu:

Butir 13 dan 14 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan terhadap ahli Agung Harsovo dan Dr. Haula Rosdiana, M.Si., tanggal 1 April 2008;

“Dengan menggunakan model dinamis, kisaran tarif pungut konsumen ada di Rp329,25 (pasca bayar) dan Rp328,75 (pra bayar). Dengan menggunakan modul statis, hasilnya tentu berbeda. Dari sisi *affordability* didapatkan angka kisaran tarif pungut SMS Rp235,00 sampai dengan Rp325,00. Penelitian ini berdasarkan atas data industri telekomunikasi di Indonesia dari tahun 2000 sampai dengan tahun 2005 dengan memperhitungkan adanya 3 operator telekomunikasi besar dalam industri telekomunikasi Indonesia”;

“Dari segi *profitabilitas* didapatkan angka kisaran tarif pungut SMS Rp250,00 - Rp320,00 dan penelitian ini didasarkan data XL saja. Jika ingin menghitung secara



industri harus mengkonsolidasi laporan keuangan semua operator”;

(Bukti P-18/B16);

Butir 4, 5. dan 26 Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan terhadap MerzaFachvs, Direktur PT Mobile 8 Telecom Tbk, tanggal 3 April 2008 :

“4	Pertanyaan	:	Berapa perhitungan harga pokok SMS Mobile-8 ?
	Jawaban	:	Konsultan kami telah menghitung harga pokok produksi SMS Rp208,00 yang dihitung berdasarkan <i>cost base</i> ;
5	Pertanyaan	:	Apakah harga pokok tersebut sudah termasuk biaya <i>supporting</i> seperti biaya administrasi, manajemen ?
	Jawaban	:	Belum, baru termasuk biaya <i>network, operasional and maintenance</i> . Jika yang dimaksud dengan <i>supporting</i> tersebut <i>advertising dan margin</i> , maka belum termasuk dalam harga pokok produksi tersebut
26	Pertanyaan	:	Apa dasar perhitungan harga pokok SMS sebesar Rp298,00 tersebut ?
	Jawaban	:	Saya kurang mendalami bagaimana perhitungan konsultan, tapi harga tersebut dihitung oleh <i>tritech partner</i> lokal dari <i>ovum</i> ;

(Bukti P-50/B19)

39. Berdasarkan fakta, dasar hukum dan bukti-bukti tersebut di atas, maka terbukti bahwa:

- (1) Tidak ada kerugian konsumen dalam perkara ini; dan
- (2) Seluruh pertimbangan Termohon Keberatan tentang kerugian konsumen adalah salah;

Pertimbangan Termohon Keberatan tentang kerugian konsumen adalah pertimbangan yang sewenang-wenang dan tidak bertanggung jawab. Pertimbangan ini akan menimbulkan potensi gugatan atau tuntutan dari pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab yang pasti akan mengganggu kenyamanan berusaha dari Pemohon Keberatan. Hal ini akan membebani dan mengganggu kegiatan operasional Pemohon Keberatan sebagai pelaku usaha pembayar pajak kepada negara. Pemohon Keberatan mencadangkan haknya untuk mengajukan tuntutan hukum kepada setiap pihak yang tidak bertanggung jawab yang telah menyebabkan atau melakukan provokasi timbulnya gugatan-gugatan yang tidak berdasar hukum berdasarkan alasan kerugian konsumen yang tidak benar. Contohnya adalah pernyataan-pernyataan dari

Hal. 105 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



anggota KPPU dan artikel-artikel yang dicantumkan dalam situs resmi KPPU sebagai berikut:

"Dedie added that a class action suit against the guilty operators was also an option that could be taken by the public to claim for the losses";

Terjemahan bebas:

"Dedie menambahkan bahwa gugatan perwakilan kelompok terhadap operator-operator yang bersalah juga merupakan suatu pilihan yang dapat diambil oleh masyarakat untuk menuntut kerugian-kerugian tersebut";

(Pernyataan Dedie S. Martadisastra, Ketua Majelis Komisi Perkara Nomor 26/KPPU-L/2007 dan Anggota KPPU, di Bisnis Indonesia, Jumat 20 Juni 2008.);

".... Dan menjadi sah-sah saja jika para konsumen telepon seluler kini menuntut ganti rugi kepada enam operator seluler tersebut. ..";

(Situs resmi KPPU, yang bersumber dari Harian Ekonomi Neraca, tanggal 25 Juni 2008);

"Tepatlah bila masyarakat menuntut ganti rugi kepada operator dengan melayangkan *class action*...";

(Situs resmi KPPU, yang bersumber dari Media Indonesia, tanggal 23 Juni 2008.);

40. Pernyataan dan artikel di atas adalah bukan wewenang Termohon Keberatan dan bersifat provokatif. Tindakan Termohon Keberatan tersebut adalah melawan hukum. Ketentuan Pasal 11 ayat (1) Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha menyatakan:

(1) Anggota Komisi wajib melaksanakan tugas dengan berdasar pada asas keadilan dan perlakuan yang sama";

Tindakan Termohon Keberatan di atas bertentangan dengan asas keadilan dan perlakuan yang sama. Bahkan tindakan Termohon Keberatan tersebut cenderung mencerminkan niat yang tidak baik dari Termohon Keberatan terhadap Pemohon Keberatan dalam perkara ini;

41. Lebih lanjut, provokasi yang dilakukan oleh Termohon Keberatan juga melanggar hukum karena didasarkan pada



Putusan Termohon Keberatan yang belum mempunyai kekuatan hukum tetap. Tindakan Termohon Keberatan melanggar asas praduga tidak bersalah;

42. Kami mohon Majelis Hakim Yang Terhormat untuk menyatakan bahwa seluruh pertimbangan Termohon Keberatan tentang kerugian konsumen adalah pertimbangan yang tidak benar, dengan demikian Putusan Termohon Keberatan patut dibatalkan;

Bahwa, berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, Pemohon Keberatan II mohon kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat agar memberi putusan sebagai berikut:

1. Menerima dan mengabulkan seluruh permohonan Keberatan dari Pemohon Keberatan;
2. Menyatakan batal demi hukum atau setidaknya tidaknya membatalkan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 26/KPPU-L/2007, tanggal 18 Juni 2008 atau menyatakan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 26/KPPU-L/2007, tanggal 18 Juni 2008 tidak berlaku, tidak mengikat, dan/atau tidak dapat dilaksanakan terhadap Pemohon Keberatan;
3. Menyatakan Pemohon Keberatan tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
4. Menyatakan bahwa seluruh pertimbangan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang kerugian konsumen di dalam Putusan Nomor 26/KPPU-L/2007, tanggal 18 Juni 2008 adalah pertimbangan yang tidak benar;
5. Menyatakan bahwa Putusan Termohon Keberatan bertentangan dengan undang-undang yang berlaku dan karenanya menghukum Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau Termohon Keberatan untuk membayar seluruh biaya perkara;
6. Menghukum Turut Termohon Keberatan I hingga Turut Termohon Keberatan VIII untuk mematuhi Putusan Majelis Hakim dalam perkara ini;

Atau:

- Jika Majelis Hakim Yang Terhormat mempertimbangkan lain, kami mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*);

Keberatan Pemohon Keberatan III/PT. Bakrie Telecom, Tbk.:

- I. Tentang Fakta-Fakta Hukum



- A. Fakta-Fakta Hukum Berkaitan Dengan Permohonan Yang Telah Diakui Sendiri Oleh Termohon Dalam Putusan KPPU
1. Bahwa dalam konteks layanan tambahan jasa teleponi dasar (suara/voice) berupa SMS, penyelenggaraan jasa telekomunikasi di Indonesia secara umum dan secara regulasi dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu jasa telekomunikasi tetap lokal tanpa kabel dengan mobilitas terbatas (*fixed wireless access "FWA"*) yang termasuk dalam Jaringan Tetap Lokal (*"Jartaplok"*) dan jasa telekomunikasi bergerak seluler (*mobile*) (*"seluler"*) yang termasuk dalam Jaringan Bergerak (*"Jarber"*) dimana masing-masing jasa tersebut memiliki izin operasional yang berbeda (vide, antara lain, Halaman 188, alinea 4.3.4.1, halaman 190, alinea 4.3.7.2 dan halaman 191, alinea 4.3.11 dari Putusan KPPU);
 2. Bahwa Pemohon merupakan operator yang menjalankan jasa telekomunikasi jaringan FWA terbatas yang menyediakan layanan suara (*voice*) dan layanan tambahan berupa SMS (vide halaman 9, alinea 21.2.3.2 dari Putusan KPPU);
 3. Bahwa layanan SMS merupakan jasa layanan tambahan dari jaringan telekomunikasi FWA maupun Seluler yang tidak bisa dipisahkan dari layanan suara (*voice*) (vide halaman 14, alinea 21.2.5.1 dari Putusan KPPU dan halaman 188, alinea 4.3.4.1 dari Putusan KPPU);
 4. Bahwa untuk layanan suara (*voice*), baik untuk jasa jaringan telekomunikasi FWA maupun seluler, para operator tunduk pada tarif interkoneksi yang sudah ditentukan oleh pemerintah melalui regulasi yang ada, sedangkan untuk layanan tambahan dari jasa teleponi dasar (*voice/suara*), antara lain layanan SMS, pemerintah telah menyerahkan kepada para operator untuk mengatur sendiri (*self-regulatory*) (vide halaman 201, alinea 5.5.2.34 dari Putusan KPPU);
 5. Bahwa tarif layanan SMS pada periode 1994 s/d 2004 adalah sama, baik off-net (antar-jaringan) maupun on-net (dalam jaringan yang sama), untuk semua operator yang terdiri dari Telkomsel, Indosat dan XL, yakni sebesar Rp350,00 untuk pra bayar dan tidak ada promosi tariff SMS kepada pelanggan (vide halaman 15, alinea 221.2.6.2 dan 21.2.6.3 dari Putusan KPPU);

Hal. 108 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Catatan: Mohon Perhatian Majelis Hakim bahwa sebenarnya, SMS off-net baru timbul setelah adanya interkoneksi di antara jaringan operator telekomunikasi, yaitu lebih kurang tahun 2001/2002. Jadi, dalam kurun waktu 1994 s/d 2001 sesungguhnya belum ada SMS off-net. Dengan membuat pernyataan tersebut, Termohon tampaknya kurang atau tidak memahami dengan baik perkembangan industri telekomunikasi pada umumnya dan produk layanan SMS pada khususnya. Oleh karena itu, patut dipertanyakan kapabilitas dan kredibilitas Termohon dalam memeriksa dan menjatuhkan putusannya dalam perkara ini;

6. Bahwa struktur pasar pada periode 2004 s/d 2007 mengalami perubahan drastis karena adanya jenis layanan telekomunikasi baru berupa FWA, dan penambahan jumlah operator dari semula sebanyak 3 (tiga) operator menjadi 8 (delapan) operator (halaman 10, alinea 21.2.3.6 dari Putusan KPPU);
7. Bahwa dengan adanya operator baru (*new entrants*, yaitu pelaku usaha baru yang mempunyai posisi tawar lemah dan/atau tidak mempunyai kekuatan untuk mempengaruhi kekuatan pasar) tersebut di atas, beberapa operator mulai memberlakukan perbedaan tarif SMS on-net dan off-net, dan beberapa operator juga mulai memberlakukan tarif promo SMS yang lebih rendah (halaman 15, alinea 21.2.7.1 dan 21.2.7.2 dari Putusan KPPU);
8. Bahwa usaha jasa telekomunikasi memiliki karakteristik, antara lain, sebagai industri jaringan dan sangat tergantung pada jumlah pengguna. Adanya keberagaman operator telekomunikasi mengharuskan para pelaku usaha yang bergerak di bidang jasa telekomunikasi baik seluler maupun FWA untuk melakukan kerjasama interkoneksi agar para konsumen dari masing-masing operator dapat memperoleh layanan telekomunikasi yang baik. Dengan demikian, untuk menjamin keterlangsungan interkoneksi antara operator maka masing-masing operator membuat Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan operator lainnya (halaman 20, alinea 21.2.10.1 dari Putusan KPPU);

Hal. 109 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



9. Bahwa berdasarkan Matrix Penetapan Tarif SMS Dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang dibuat dan disajikan Termohon dalam Putusannya, Termohon telah mengungkapkan fakta-fakta sebagai berikut:
- (a) Para operator tidak pernah secara sekaligus atau bersama-sama (*multilateral*) membuat Perjanjian Kerjasama Interkoneksi. Perjanjian yang demikian dibuat antara dua pihak (*bilateral*) diantara masing-masing operator, dan seluruh penyedia jasa telekomunikasi *visa visoperator* memiliki Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan operator lainnya;
 - (b) Tidak seluruh Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang dibuat oleh masing-masing operator mencantumkan klausula mengenai tarif SMS off-net;
 - (c) Para operator *new entrants*, termasuk Pemohon, hanya memiliki Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat klausula mengenai penetapan tarif SMS off-net pada saat mereka harus membuat perjanjian dengan pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar yang besar yakni XL dan Telkomsel;
 - (d) Pemohon selaku operator FWA tidak memiliki Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat klausula mengenai penetapan tarif SMS off-net dengan pelaku usaha pesaingnya yakni Telkom (Flexi), dan Indosat (StarOne); (vide Halaman 21; Matrix pada Alinea 21.2.10.3 dari Putusan KPPU) ;
10. Bahwa Termohon menyatakan bahwa Indosat tidak memiliki Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat klausula mengenai harga SMS off-net tetapi Termohon secara tegas mencantumkan fakta bahwa Indosat memiliki hubungan kepemilikan silang dengan Telkomsel akibat dari penguasaan kepemilikan Telkomsel oleh Singtel yang merupakan anak perusahaan Temasek pada akhir tahun 2001, dan Indosat oleh STT yang merupakan anak perusahaan Temasek pada akhir tahun 2002 (vide halaman 9, alinea 21.2.2.7 dari Putusan KPPU);



11. Bahwa Pemohon merupakan operator *new entrant* yang tidak mempunyai posisi tawar menawar atau berada dalam posisi yang lemah pada saat penyusunan Perjanjian Kerjasama Interkoneksi sehingga harus mematuhi apa yang ditetapkan oleh operator *incumbent* (pelaku usaha lama yang mempunyai posisi tawar yang kuat dan/atau kekuatan dominan untuk mempengaruhi pasar) (vide halaman 201, alinea 5.5.2.35 dari Putusan KPPU);
12. Bahwa Termohon mengakui dan menerima bahwa kekhawatiran operator *incumbent* mengenai kemungkinan terjadinya *spamming* sebagai akibat munculnya operator *new entrants* tidak dapat menjadi alasan untuk membuat atau mencantumkan klausula mengenai harga SMS off-net dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi karena hal tersebut akan merugikan operator *new entrants* dan konsumen (vide halaman 201, alinea 5.5.2.34 dari Putusan KPPU);
13. Bahwa Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat klausula mengenai penetapan harga SMS off-net telah diamandemen/dirubah (yakni, setelah terbitnya Surat Edaran ATSI (*in casu*, Asosiasi Telekomunikasi Seluler Indonesia) Nomor 002/ATSI/JSS/VI/2007, tanggal 4 Juni 2007) sehingga perjanjian tersebut tidak lagi mencantumkan klausula penetapan harga SMS off-net. Namun demikian, Termohon tetap beranggapan bahwa secara materiil, kartel harga tersebut masih efektif berlaku karena penurunan harga SMS baru terjadi setelah Pemerintah melalui Ditjen Postel mengumumkan penurunan harga interkoneksi pada 1 April 2008 (vide halaman 201, alinea 5.5.2.35 dari Putusan KPPU);
14. Bahwa Termohon secara tegas juga mengakui adanya fakta-fakta yang kemudian dijadikan dasar-dasar untuk meringankan hukuman yang dijatuhkan oleh Termohon terhadap Pemohon, yakni sebagai berikut:
 - (1) Bakrie (*in casu*, Pemohon) pernah menetapkan harga SMS di bawah harga perjanjian namun mendapatkan teguran untuk menaikannya lagi;



- (2) Bakrie (*in casu*, Pemohon) sebagai *new entrant* berada dalam posisi tawar yang lemah (alinea 10.1.2., hal. 208 dari Putusan KPPU);
- (3) Bakrie (*in casu*, Pemohon) telah menurunkan dan mengubah pola penetapan harga SMS (alinea 10.1.3., hal. 208 dari Putusan KPPU);
(vide halaman 208, alinea 10.1.1 s/d alinea 10.1.3 dari Putusan KPPU);
15. Bahwa Termohon menetapkan denda dalam Putusan KPPU dengan memperhitungkan hak-hal sebagai berikut:
- (a) Efek penjara;
 - (b) Keaktifan operator dalam mendisiplinkan anggota kartel lainnya;
 - (c) Jumlah klausula penetapan harga dalam PKS Interkoneksi;
 - (d) Pangsa pasar diantara anggota kartel;
 - (e) Kooperatif tidaknya Terlapor dalam pemeriksaan;
 - (f) Posisi tawar menawar operator *new entrant* terhadap operator *incumbent*;
- (vide halaman 209, alinea 12 dari Putusan KPPU);
16. Bahwa dari seluruh *new entrants* yang menjadi Terlapor, Termohon hanya membebaskan Hutchinson dan NTS-Axis dari tuduhan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, sedangkan Pemohon, Mobile-8 dan Smart dinyatakan bersalah dan dihukum denda kecuali Smart yang tidak dibebani kewajiban membayar denda (vide Amar Putusan KPPU);
17. Bahwa Termohon melakukan perhitungan tentang perkiraan kerugian konsumen jika terdapat kartel harga dengan menggunakan hasil perhitungan *Ovum*, konsultan asing yang ditunjuk oleh Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia ("BRTI") pada tahun 2006 untuk melakukan perhitungan terhadap besarnya biaya interkoneksi antar operator (vide halaman 206, alinea 5.6.22 dan halaman 25, alinea 21.2.11.1 dari Putusan KPPU);
18. Bahwa *Ovum* di dalam melakukan ruang lingkup pekerjaannya bekerjasama dengan partner lokal yakni PT. Tritech Consult, dan menggunakan metode *Long Run Incremental Cost* (LRIC)

Hal. 112 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



(vide halaman 25, alinea 21.2.11.2 s/d alinea 21.2.11.3 dari Putusan KPPU);

19. Bahwa PT. Tritech Consult telah memberikan keterangan bahwa harga layanan telekomunikasi sangat tergantung pada berapa biaya tetap (*fixed costs*) dan jumlah (*traffic*) layanan yang dihasilkan dimana layanan itu sendiri sangat berkaitan dengan jumlah dan perilaku pelanggan sehingga 2 (dua) operator yang berbeda tidak mungkin menghasilkan biaya yang sama meskipun infrastrukturnya sama (vide halaman 26, alinea 21.2.11.8 dari Putusan KPPU);

B. Fakta-Fakta Hukum Tambahan Dari Pemohon

20. Bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang telekomunikasi di Indonesia secara jelas dan tegas membedakan antara penyelenggaraan jaringan dan jasa telekomunikasi serta telekomunikasi khusus sebagaimana tertuang dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi ("Undang-Undang Telekomunikasi"); Penyelenggaraan Jaringan Telekomunikasi dibedakan lagi ke dalam jaringan tetap dan jaringan bergerak, dimana keduanya dikelompokkan lagi ke dalam beberapa jenis sebagaimana tertuang dalam Pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 52 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi ("PP Telekomunikasi"), yaitu sebagai berikut:

Pasal 9:

- (1) Penyelenggaraan jaringan telekomunikasi terdiri dari:
 - a. Penyelenggara jaringan tetap;
 - b. Penyelenggara jaringan bergerak;
- (2) Penyelenggara jaringan tetap dibedakan dalam:
 - a. Penyelenggara jaringan tetap lokal;
 - b. Penyelenggara jaringan tetap sambungan langsung jarak jauh;
 - c. Penyelenggara jaringan tetap sambungan internasional;
 - d. Penyelenggara jaringan tetap tertutup;
- (3) Penyelenggara jaringan bergerak dibedakan dalam:
 - a. Penyelenggara Jaringan bergerak teresterial;
 - b. Penyelenggara Jaringan bergerak seluler;
 - c. Penyelenggara Jaringan bergerak satelit";

Hal. 113 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Sedangkan penyelenggaraan jasa telekomunikasi dibedakan ke dalam jasa teleponi dasar, jasa nilai tambah teleponi, dan jasa multimedia sebagaimana diatur dalam Pasal 14 PP Telekomunikasi. Penyediaan jasa teleponi dasar tersebut dapat diselenggarakan antara lain oleh penyelenggara jaringan tetap lokal maupun jaringan bergerak Seluler sebagaimana ditentukan dalam Pasal 14 Keputusan Menteri Nomor 21 Tahun 2001 tentang Penyelenggaraan Jasa Telekomunikasi ("KM 21/2001") yang telah diubah dengan Keputusan Menteri Perhubungan Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2004 tentang Penyelenggaraan Jasa Telekomunikasi ("KM 30/2004");

Bahwa khusus mengenai penyelenggara jaringan FWA baru diatur pada tahun 2004 melalui Keputusan Menteri Perhubungan Republik Indonesia Nomor KM 35 Tahun 2004 tentang Penyelenggaraan Jaringan Tetap Lokal Tanpa Kabel Dengan Mobilitas Terbatas ("KM 35/2004"). Dalam peraturan tersebut, secara jelas dan tegas diatur bahwa operator FWA adalah penyelenggara jaringan tetap lokal yang menggunakan *teknologi wireless* dan karenanya, penyelenggaraan FWA merupakan bagian dari penyelenggaraan jaringan tetap lokal, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 1 jo Pasal 2 ayat (1) KM 35/2004, yang berbunyi sebagai berikut:

"Pasal 1:

1. Penyelenggara jaringan tetap lokal tanpa kabel yang dimaksud dalam keputusan ini adalah penyelenggara jaringan tetap lokal yang antara lain namun tidak terbatas pada penggunaan teknologi *wireless CDMA (Code division multiple access)*;

Pasal 2:

- (1) Penyelenggaraan jaringan tetap lokal tanpa kabel dengan mobilitas terbatas merupakan bagian dari penyelenggaraan jaringan tetap lokal;

Mobilitas dari FWA adalah terbatas, yaitu dibatasi maksimum pada satu daerah operasi tertentu (satu kode area layanan jaringan tetap lokal), sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (1) jo. Pasal 1 angka 3 KM 35/2004, yang berbunyi sebagai berikut:



Pasal 3:

- (1) Wilayah layanan penyelenggaraan jaringan tetap lokal tanpa kabel dengan mobilitas terbatas dibatasi maksimum pada satu kode area layanan jaringan tetap lokal;

Pasal 1:

3. Mobilitas terbatas adalah mobilitas jaringan akses pelanggan tetap lokal tanpa kabel yang dibatasi pada satu daerah operasi tertentu";

Lebih lanjut, KM 35/2004 tersebut mengatur larangan bagi penyelenggara jaringan FWA untuk membuka fasilitas jelajah (*roaming*) antar kode wilayah sebagaimana tertuang dalam Pasal 4 KM 35/2004 yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

"Pasal 4:

- (1) Penyelenggara jaringan tetap lokal tanpa kabel dengan mobilitas terbatas dilarang membuka fasilitas jelajah antar kode wilayah layanan yang berbeda;
- (2) Setiap nomor pelanggan hanya dapat terdaftar pada satu daerah operasi dan tidak dapat digunakan di luar daerah operasinya;

Bahwa berdasarkan uraian fakta-fakta di atas telah jelas dan nyata bahwa jasa telekomunikasi FWA dan Seluler adalah berbeda;

21. Bahwa SMS merupakan layanan tambahan yang *inheren*/melekat pada layanan iasa teleponi dasar (*voice*/suara) yang dapat disediakan oleh penyelenggara jaringan FWA dan Seluler. Penyelenggara jaringan FWA sendiri timbul/tumbuh belakangan setelah berlakunya KM 21/2001 maupun KM 35/2004. FWA diatur melalui regulasi (termasuk perizinan) terpisah dari seluler sehingga kondisi tersebut membawa konsekuensi tersendiri bagi layanan tambahan yang diberikan, termasuk layanan tambahan berupa SMS;
22. Bahwa meskipun secara regulasi berbeda, FWA dan Seluler dapat terhubung melalui interkoneksi di antara keduanya, sehingga penyelenggara jaringan FWA dan seluler dapat membuat dan melakukan perjanjian kerjasama interkoneksi. Dengan adanya interkoneksi, maka jasa baik suara maupun

Hal. 115 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



tambahannya (termasuk SMS) dapat disalurkan atau dihubungkan di antara operator atau antara penyelenggara jaringan FWA dan seluler, sehingga masing-masing konsumen/pengguna dari keduanya dapat saling melakukan originasi dan terminasi. Meskipun demikian, posisi dan kekuatan pasar dari masing-masing pelaku usaha jaringan FWA dan seluler yang berbeda akan sangat mempengaruhi klausula-klausula yang tertuang dalam perjanjian kerjasama interkoneksi dimaksud, termasuk adanya klausula mengenai harga atas layanan tambahan, antara lain SMS off-net;

23. Bahwa dalam perkara *a quo*, tidak ada satu *new entrants* pun yang dapat menghindari adanya pencantuman klausula mengenai harga SMS off-net dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan *incumbents*, yakni XL dan Telkomsel, sampai dengan adanya Surat Edaran ATSI Nomor 002/ATSI/JSSA/II/2007, tanggal 4 Juni 2007;
24. Bahwa sudah merupakan suatu hal yang terang dan diketahui umum (*notoir feiten*), khususnya di dalam industri telekomunikasi, bahwa operator *new entrants* memiliki kekuatan tawar yang lemah dan tidak seimbang dengan operator *incumbents*. Dengan demikian, pada saat pembuatan Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan *incumbents*, yakni XL dan Telkomsel, pada prinsipnya Pemohon selaku *new entrants* hanya dapat mengikuti keinginan/aturan dari XL dan Telkomsel, termasuk mengenai pencantuman klausula mengenai harga SMS off-net, sedangkan kebutuhan interkoneksi sudah sangat mendesak bagi Pemohon;
25. Bahwa pola perilaku Pemohon selama periode tahun 2004 s/d 2007 secara konsisten menunjukkan adanya kedudukan yang tidak seimbang antara Pemohon selaku operator *new entrant* dengan *incumbents*;
Contohnya:
(a) pada bulan Oktober 2004, Pemohon memberlakukan tarif SMS off-net di bawah harga yang dicantumkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi. Namun, Pemohon mendapatkan peringatan dari XL, dan harus menghentikan



pemberlakuan tarif SMS off-net tersebut guna menghindari adanya sanksi;

(b) pada akhir bulan Agustus 2006, Pemohon kembali memberlakukan tarif SMS off-net di bawah harga yang dicantumkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tetapi kembali ditegur oleh XL dan harus membuat kesepakatan penyelesaian (*settlement*) oleh Pemohon kepada XL yang pada pokoknya merupakan suatu bentuk kompensasi atas pemberlakuan tarif SMS off-net yang dijalankan oleh Pemohon tersebut. Berkaitan dengan pemberlakuan tarif SMS off-net di bawah harga yang tercantum di dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi ini bahkan Pemohon dipaksa oleh XL, Telkomsel dan Mobile-8 untuk menghentikan pemberlakuan tarif SMS off-net di bawah harga yang dicantumkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi untuk inter operator (off-net) dengan batas waktu 5 September 2006 (vide Lampiran 3A, 3B, 3C dan 3D, Surat Nomor Ref.: 260/XL/ICR-ACM/XI/2004, tanggal 10 November 2004, Risalah Rapat tanggal 29 Agustus 2006 berikut dengan daftar hadirnya, Surat Nomor 7568/EST.02/Intercarrier/IX/2006, tanggal 8 September 2006, dan Nota Kesepakatan tertanggal 11 September 2006);

26. Bahwa kedudukan Pemohon sebagai *new entrant* adalah berbeda dengan beberapa *new entrants* yang lain, khususnya Mobile-8, Hutchinson, PT Sampoerna Telecom Indonesia, Smart dan NTS-Axis yang notabene adalah operator Seluler karena Pemohon merupakan operator FWA sama halnya dengan Telkom (Flexi) dan Indosat (StarOne);
27. Bahwa kedudukan Pemohon sebagai *new entrant* juga secara khusus harus dibedakan dengan kedudukan Mobile-8 selaku sesama *new entrant* karena Mobile-8 merupakan *new entrant* yang telah bersekutu dengan pelaku *incumbents*, yakni XL dan Telkomsel, untuk menekan Pemohon agar mematuhi tarif SMS off-net yang telah disepakati dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan XL dan Telkomsel (vide Risalah Rapat dan Daftar Hadir tanggal 29 Agustus 2006);

Hal. 117 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



II. Tentang Kesalahan Atau Pelanggaran Hukum Formil

A. Termohon Melampaui Batas Waktu Pemeriksaan Lanjutan Yang Diwajibkan oleh Pasal 43 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 5/1999

1. Mohon perhatian Majelis Hakim bahwa Termohon telah melampaui batas waktu pemeriksaan dalam tahap pemeriksaan lanjutan sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 5/1999, Pasal 43 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 5/1999:

“(1) Komisi wajib menyelesaikan pemeriksaan lanjutan selambat-lambatnya 60 (enam puluh) hari sejak dilakukan pemeriksaan lanjutan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 39 ayat (1);

(2) Bilamana diperlukan, jangka waktu pemeriksaan lanjutan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat diperpanjang paling lama 30 (tiga puluh) hari”;

2. Bahwa jangka waktu pemeriksaan yang dilakukan oleh Termohon maupun batas waktu yang diperkenankan oleh Undang-Undang Nomor 5/1999 berkaitan dengan pemeriksaan tersebut dapat diringkas ke dalam tabel sebagai berikut:

Tahap Pemeriksaan	Jangka Waktu	Batas Waktu Berdasarkan UU No. 5/1999)	Selisih Waktu
Pemeriksaan Pendahuluan (Penetapan No. 68/PEN/KPPU/XI, tanggal 01 November 2007)	02-11-2007 s/d 13-12-2007	30 hari (Pasal 39 ayat (1) UU No. 5/1999)	Tidak Ada
Pemeriksaan Lanjutan (Penetapan No. 68/PEN/KPPU/XI, tanggal 01 November 2007)	14-12-2007 s/d 26-03-2008	60 hari (Pasal 43 ayat (1) UU No. 5/1999)	Lewat 4 hari kerja
Pemeriksaan Lanjutan Tambahan (Penetapan No. 68/PEN/KPPU/XI, tanggal 01 November 2007)	26-03-2008 s/d 07-05-2008	30 hari (Pasal 43 ayat (2) UU No. 5/1999)	Otomatis melewati batas waktu karena adanya keterlambatan pada tahap pemeriksaan lanjutan
Pengambilan Keputusan oleh KPPU	30 hari	30 hari (Pasal 44 ayat (1) UU No. 5/1999)	Tidak Ada

3. Bahwa dengan asumsi bahwa pengertian “hari” yang dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 5/1999 adalah hari kerja dan bukan hari kalender. Pemohon berpendapat bahwa pemeriksaan lanjutan yang dilakukan oleh Termohon telah lebih



4 (empat) hari kerja dari batas waktu yang seharusnya. Akibatnya, batas waktu pemeriksaan lanjutan maupun pemeriksaan lanjutan tambahan yang diwajibkan undang-undang telah dilampaui oleh Termohon;

4. Bahwa upaya Termohon untuk melakukan koreksi atau justifikasi terhadap keterlambatan yang dilakukannya dalam proses pemeriksaan dengan menggunakan dalih adanya cuti bersama Hari Raya Idul Fitri 1428 H (vide halaman 3, alinea 13 dari Putusan KPPU) sama sekali tidak beralasan karena Hari Raya Idul Fitri 1428H adalah pada tanggal 13-14 Oktober 2007. Pada saat itu pemeriksaan berada dalam tahap Pemeriksaan Pendahuluan dan tidak ada keterlambatan, sedangkan pelanggaran terhadap batas waktu oleh Termohon baru terjadi pada saat tahap Pemeriksaan Lanjutan pada periode 14 Desember 2007 s/d 26 Maret 2008 (Lampiran 4: Tabel Lengkap tentang Perhitungan Jangka Waktu Pemeriksaan Lanjutan di KPPU);

5. Bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Majelis Hakim sudah sepatutnya menyatakan Putusan KPPU batal demi hukum karena KPPU (*in casu*, Termohon) telah melampaui batas waktu pemeriksaan yang diperkenankan oleh Undang-Undang Nomor 5/1999, dan keterlambatan yang demikian tidak dapat ditolerir karena akan menimbulkan tindakan sewenang-wenang dari Termohon dan ketidakpastian hukum serta merugikan bagi para pelaku usaha yang mengalami tuduhan melakukan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;

B. Putusan KPPU Bertentangan Dengan Kompetensi Absolut dari Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia Atau Setidak-Tidaknya Terlalu Prematur Untuk Dijatuhkan

6. Bahwa Termohon sesungguhnya tidak memiliki kewenangan untuk melakukan tindakan pengawasan vis a vis penjatuhan sanksi kepada para operator jasa telekomunikasi karena badan yang diberikan kewenangan secara khusus untuk melakukan pengawasan dan pengendalian terhadap penentuan tarif maupun persaingan usaha di bidang jasa telekomunikasi adalah Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (vide Keputusan Menteri Nomor 33 Tahun 2004 tentang Pengawasan Kompetisi

Hal. 119 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Yang Sehat dalam Penyelenggaraan Jaringan Tetap dan Penyelenggaraan Jasa Telepon Dasar juncto Keputusan Menteri Perhubungan Nomor KM 31 Tahun 2003 tentang Penetapan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia dan Pasal 4 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 36/1999 tentang Telekomunikasi);

7. Bahwa walaupun Termohon bersikeras menyatakan memiliki kewenangan dalam perkara *a quo* dengan dalih Termohon memiliki kewenangan untuk melakukan baik pengawasan maupun penindakan sedangkan BRTI hanya memiliki kewenangan untuk melakukan pengawasan saja (vide halaman 185, alinea 3.21 dari Putusan KPPU), tindakan yang telah diambil oleh Termohon (*in casu* Putusan KPPU) tersebut sama sekali tidak benar dan haruslah ditolak;
8. Bahwa tindakan Termohon yang menjatuhkan sanksi kepada para operator adalah tumpang tindih dengan tindakan yang telah diambil oleh BRTI dan bersifat *prematur* karena BRTI telah mengeluarkan keputusan *vis a vis* tindakan pengawasan berkaitan dengan permasalahan tarif layanan SMS off-net dengan mengeluarkan Surat Nomor 172/BRTI/ATSI/VI/2007, tanggal 15 Juni 2007 terhadap seluruh operator;
9. Bahwa tindakan BRTI tersebut di atas secara langsung telah menolong Pemohon untuk terbebas dari klausula penetapan harga SMS off-net yang sebelumnya ditetapkan oleh XL dan Telkomsel. Setelah adanya keputusan dari BRTI yang juga diikuti Surat Edaran ATSI Nomor 002/ATSI/JSSA/II/2007, tersebut, Pemohon telah melakukan amandemen terhadap Perjanjian Kerjasama Interkoneksi pada tahun 2007 dengan menghilangkan klausula apapun yang berkaitan dengan harga SMS;
10. Bahwa dengan demikian, tindakan Termohon yang kemudian justru menghukum para operator, termasuk Pemohon, dengan tuduhan melakukan kartel harga pada tarif layanan SMS off-net setelah adanya penghapusan klausula penetapan harga SMS off-net tersebut masih sangat terlalu dini (*prematur*) untuk dilakukan mengingat jangka waktu yang ada setelah adanya perubahan tersebut sampai dengan dilakukan pemeriksaan oleh



Termohon belum layak untuk mengukur perubahan perilaku dari Pemohon maupun para operator lainnya. Untuk mengubah struktur tarif SMS off-net diperlukan waktu dan biaya untuk penyesuaian sistem SMS Center, *billing system* (sistem penagihan), sosialisasi dan lainnya;

C. Termohon Telah Menghalang-Halangi Pemohon Untuk Melakukan Pembelaan Secara Patut

11. Bahwa pada tanggal 11 Juli 2008, kuasa hukum Pemohon telah mengajukan Surat Nomor Ref.: SRA/048/Lit/mkr-an/VII.08, perihal Permohonan Pemeriksaan Berkas Perkara Putusan KPPU (*inzage*) kepada KPPU (*in casu* Termohon) untuk keperluan melakukan pembelaan sekaligus keberatan terhadap Putusan KPPU (Lampiran 5);
12. Bahwa pada tanggal 14 Juli 2008, kuasa hukum Pemohon telah menghubungi KPPU (*in casu* Termohon) melalui Nomor Telp.: (021) 3507015 untuk memeriksa status permohonan *inzage* yang telah diajukan;
13. Bahwa berdasarkan keterangan yang diberikan oleh Ibu Ina selaku Sekretaris dari Direktorat Penegakan Hukum KPPU (*in casu* Termohon), diinformasikan bahwa Panitera perkara *a quo*, yakni Sdri. Dinni Melanie, S.H., menolak permohonan *inzage* dari Pemohon tersebut di atas. Adapun penolakan tersebut disampaikan tanpa disertai dengan penjelasan tentang dasar-dasar hukum penolakannya. Sampai saat surat keberatan ini diajukan, Pemohon bahkan juga tidak menerima surat penolakan secara tertulis dari Termohon;
14. Bahwa dengan adanya penolakan tersebut di atas, Termohon telah menghalang-halangi Pemohon untuk melakukan pembelaan secara patut, dan Termohon telah melanggar hak-hak dari kuasa hukum selaku Advokat Indonesia untuk memperoleh informasi guna kepentingan pembelaan kliennya sebagaimana telah diberikan oleh undang-undang (vide Pasal 17 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat); Pasal 17 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat:
"Dalam menjalankan profesinya, Advokat berhak memperoleh informasi, data, dan dokumen lainnya, baik dari instansi



Pemerintah maupun pihak lain yang berkaitan dengan kepentingan tersebut yang diperlukan untuk pembelaan kepentingan kliennya sesuai dengan peraturan perundang-undangan”;

15. Mohon perhatian Majelis Hakim bahwa tindakan Termohon yang menghalangi-halangi Pemohon di dalam melakukan pembelaan dalam perkara *a quo* juga sangat bertentangan dengan hak dasar setiap orang untuk memperoleh jaminan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum sebagaimana secara tegas diatur dalam Pasal 28D Undang-Undang Dasar 1945;

Pasal 28D Undang-Undang Dasar 1945;

Pasal 28D Undang-Undang 1945:

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

III. Tentang Kesalahan Atau Pelanggaran Hukum Material

A. Unsur-Unsur Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 Tidak Terpenuhi

Bahwa senyatanya pertimbangan dan amar putusan Termohon yang menyatakan Pemohon telah melanggar ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 adalah sangat keliru dan tidak berdasarkan pada alas hukum yang benar sebagaimana Pemohon dapat uraikan sebagai berikut:

Unsur-Unsur Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 dan Prinsip Pembuktian Terkait:

1. Bahwa Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 berisi sebagai berikut:

“Pasal 5:

- (1) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan/atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama”;

Berdasarkan isi pasal tersebut di atas, unsur-unsur yang harus dipenuhi adalah sebagai berikut:

- (a) Unsur pelaku usaha;
(b) Unsur pasar bersangkutan yang sama;



- (c) Unsur pesaing; dan
- (d) Unsur perjanjian penetapan harga;

Unsur-unsur dari Pasal 5 ayat (1) tersebut di atas adalah bersifat kumulatif dan bukan alternatif, yang artinya untuk membuktikan apakah Pemohon telah melanggar Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999, seluruh unsur tersebut mutlak harus dipenuhi dan tidak bisa hanya dipenuhi salah satu atau sebagian unsurnya saja;

Termohon Telah Melakukan Kesalahan Penerapan Hukum Karena Menghilangkan Unsur Pasar Bersangkutan dari Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 Atau Setidak-Tidaknya Tidak Menempatkan Unsur Tersebut Secara Benar:

2. Bahwa Tim Pemeriksa LHPL KPPU telah salah dalam menentukan unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 tersebut karena hanya menentukan adanya 2 (dua) unsur yang terkandung dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999, yaitu unsur (i) Pelaku Usaha dan (ii) perjanjian harga dengan pesaing, sedangkan unsur pasar bersangkutan yang sama dinyatakan hanya sebagai unsur tambahan yang tidak mutlak untuk dibuktikan namun hanya bersifat menjelaskan dari kedua unsur tersebut sebagaimana tertuang dalam alinea 21.4.1. halaman 27 dalam Putusan KPPU;
3. Bahwa dengan pendapat/penilaian tersebut, maka Tim Pemeriksa LHPL KPPU secara yuridis telah tidak membuktikan adanya unsur pasar bersangkutan yang sama pada saat menerapkan unsur-unsur Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 ke dalam perkara *a quo*, padahal menurut hukum unsur pasar bersangkutan yang sama merupakan unsur yang mutlak harus dibuktikan oleh Termohon dalam menilai apakah tindakan Pemohon memenuhi ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999;
4. Bahwa penilaian Tim Pemeriksa LHPL KPPU tersebut seharusnya dan sepantasnya diperbaiki oleh Termohon. Namun bukan memperbaikinya, Termohon justru menguatkan kesimpulan dari Tim Pemeriksa LHPL KPPU tersebut meskipun isi Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 secara

Hal. 123 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



gramatikal dan teleologis sudah jelas dan tegas mencakup unsur pasar bersangkutan, dengan menyatakan bahwa unsur pasal dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang didalilkan oleh Tim Pemeriksa dalam LHPL adalah tepat sebagaimana ternyata dalam alinea 4.2.1 halaman 187 Putusan KPPU;

5. Bahwa dengan menguatkan penilaian Tim Pemeriksa LHPL KPPU tersebut, maka Termohon dengan sendirinya juga telah salah dan keliru dalam menentukan dan/atau menerapkan unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 sehingga Termohon tidak melakukan pembuktian terhadap unsur pasar bersangkutan yang sama sebagai suatu unsur utama dan sejajar dengan unsur-unsur lainnya. Oleh karena itu, sesuai dengan prinsip pembuktian, Pemohon dengan sendirinya tidak terbukti melanggar Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999;
6. Bahwa meskipun demikian, ternyata Termohon juga “mencoba” untuk memperbaiki/meluruskan kekeliruan penilaian Tim Pemeriksa LHPL KPPU tersebut dengan memberikan uraian atau penilaian yang pada pokoknya bahwa “unsur kedua yang telah ditentukan oleh Tim Pemeriksa LHPL KPPU yaitu perjanjian harga dengan pesaing haruslah dipisah menjadi unsur perjanjian dan unsur pesaing, dimana uraian mengenai unsur pesaing dilakukan dengan melakukan analisis terhadap pasar bersangkutan” sebagaimana tertuang dalam alinea 4.2.2 s/d 4.2.5 halaman 187 dari Putusan KPPU. Akan tetapi upaya untuk meluruskan tersebut, menurut hemat Pemohon, masih tetap tidak memperbaiki pelanggaran yang telah dilakukan karena uraian mengenai unsur pasar bersangkutan yang sama oleh Termohon tetap dilakukan di luar pembahasan dan penilaian atas unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999, dimana uraian tersebut berada di dalam uraian mengenai Aspek Formal sedangkan unsur-unsur lainnya (pelaku usaha, perjanjian harga, dan pesaing) diuraikan pada bagian Aspek Material. Oleh karena itu, uraian mengenai pasar bersangkutan yang sama menjadi terpisah dan seakan-akan berdiri sendiri yang tidak menjadi



dasar atau bagian integral dari Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999. Sebagai akibat lebih lanjut, Termohon tidak pernah menyatakan terbukti tidaknya unsur pasar bersangkutan yang sama, melainkan hanya menyebutkan pasar bersangkutan dalam perkara *a quo* adalah “pasar jasa layanan SMS di seluruh Indonesia” sebagaimana tertuang dalam alinea 4.3.12 halaman 191;

7. Bahwa upaya Termohon untuk melakukan analisa unsur pasar bersangkutan yang sama dalam kerangka pembahasan unsur perjanjian harga dengan pesaing tersebut sama sekali tidak dapat menghilangkan atau menutupi kesalahan yang dilakukan oleh Tim Pemeriksa LPHL KPPU. Sebaliknya, analisa Termohon tersebut justru semakin membuktikan dan menunjukkan bahwa unsur pasar bersangkutan yang sama adalah sangat vital dalam penerapan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999;
8. Bahwa secara yuridis unsur pasar bersangkutan yang sama dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 merupakan unsur yang mutlak dibuktikan. Hal ini telah diakui secara tegas dan diterima serta diterapkan oleh Termohon sendiri dalam berbagai putusannya terhadap perkara lainnya berkaitan dengan penerapan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999, sebagaimana terbukti dalam putusan-putusan Termohon, antara lain, sebagai berikut:

(a) Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2003, tentang Penetapan Tarif Minimal Uang Tambang Peti Kemas Jakarta-Pontianak-Jakarta, yang memuat pertimbangan hukum dalam halaman 29 - 30 (Lampiran 6), yaitu sebagai berikut:

3.1.8. Bentuk perikatan tertulis antara Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV sebagai para pelaku usaha yang saling bersaing dalam pasar bersangkutan yang sama dimaksudkan untuk menetapkan tarif minimal uang tambang (*floor price*) peti kemas yang harus dibayar konsumen atau pelanggan yaitu untuk pengiriman dari Jakarta ke Pontianak dengan term 30 of

Hal. 125 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



shipment CY to FO ditetapkan sebesar Rp1.600.000,00 (satu juta enam ratus ribu rupiah) per Teus dan untuk pengiriman dari Pontianak ke Jakarta dengan *term of shipment CY to CY* ditetapkan sebesar Rp1.500.000,00 (satu juta lima ratus ribu rupiah) per Teus. Sehingga unsur untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama sebagaimana dimaksud pada Pasal 5 ayat (1) tersebut telah terpenuhi secara keseluruhan dengan meyakinkan:

Pembahasan atau penilaian atas unsur pasar bersangkutan yang sama tersebut dilakukan bersama-sama dan menjadi satu-kesatuan dengan pembahasan atas unsur-unsur lainnya. Jadi pembahasannya tidak terpisah dan tidak dinyatakan sebagai unsur yang hanya menambahkan dan tidak wajib untuk dibuktikan;

- (b) Putusan KPPU Nomor 03/KPPU-I/2003, tentang Penetapan Tarif dan Kuota Jasa Angkutan Peti Kemas Jalur Surabaya-Makassar, yang memuat pertimbangan hukum pada halaman 41 (Lampiran 7), yaitu sebagai berikut:

“6.7. Pasar bersangkutan yang sama;

6.7.3.1 Menimbang bahwa pasar bersangkutan dalam Berita Acara Pertemuan Bisnis di Hotel Elmi Surabaya adalah jalur Surabaya-Makassar-Surabaya dan Makassar-Jakarta-Makassar. Menimbang bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, unsur pasar bersangkutan yang sama dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Terpenuhi”;

Sama dengan putusan-putusan KPPU sebelumnya, Termohon telah menentukan bahwa unsur pasar bersangkutan yang sama dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 adalah mutlak dan haruslah



dibuktikan, oleh karenanya pembahasannya bersama-sama dan menjadi bagian yang integral dari pembahasan mengenai unsur-unsur lainnya. Bahkan KPPU (*in casu* Termohon) dalam kasus tersebut telah membagi atau menjabarkan unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 ke dalam 7 (tujuh) unsur, yaitu (i) pelaku usaha, (ii) perjanjian, (iii) pelaku usaha pesaing, (iv) menetapkan harga, (v) barang atau jasa, dan (vi) konsumen/pelanggan, dan (vii) pasar bersangkutan yang sama;

- (c) Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2003, tentang Penerapan Tarif Bus Kota Patas AC DKI Jakarta, yang memuat pertimbangan hukum dalam halaman 27 (Lampiran 8), yaitu sebagai berikut:

"21.4. Pasar bersangkutan yang sama;

21.4.2. Menimbang bahwa berdasarkan fakta-fakta yang terungkap dalam Pemeriksaan Pendahuluan dan Pemeriksaan Lanjutan yang dimaksud dengan pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan pengangkutan penumpang bus kota Patas AC yang ijin trayeknya dikeluarkan oleh Pemerintah Propinsi DKI Jakarta;

21.4.3. Menimbang bahwa berdasarkan hal tersebut di atas, unsur pasar bersangkutan yang sama dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 telah terpenuhi";

Dalam putusan ini pun, Termohon juga dengan jelas dan tegas menentukan adanya unsur pasar bersangkutan yang sama bersama-sama dengan unsur-unsur lainnya;

9. Bahwa dengan demikian, telah ternyata dan terbukti Termohon telah menghilangkan unsur pasar bersangkutan yang sama atau setidaknya tidaknya telah menempatkan unsur pasar bersangkutan yang sama tidak pada tempatnya, oleh karenanya menurut hukum Putusan KPPU haruslah dinyatakan batal demi hukum atau setidaknya dinyatakan batal dengan segala akibat hukumnya;

Hal. 127 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Termohon Telah Salah Dalam Menerapkan Unsur “pasar yang bersangkutan yang sama” dari Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999;

10. Bahwa dalam perkara *a quo* Termohon secara tegas telah mendalilkan bahwa unsur pasar bersangkutan yang sama hanyalah sebagai unsur tambahan terhadap pembahasan unsur perjanjian harga dengan pesaing, namun demikian Termohon-pun ternyata telah melakukan kesalahan dalam merumuskan “pasar bersangkutan yang sama” dalam perkara *a quo*;
11. Bahwa sebagaimana telah diakui oleh Termohon dalam Putusan KPPU pada halaman 188, alinea 4.3.2, unsur “dasar bersangkutan yang sama” harus ditinjau dari setidaknya-tidaknya dua aspek, yakni: (a) pasar produk dan (b) pasar geografis;

a. Pasar Produk:

Dalam melakukan analisis mengenai produk, Termohon telah mengambil kesimpulan bahwa “pasar produk pada perkara ini adalah layanan SMS yang terpisah dari *product market* layanan *voice*, *voice mail*, MMS maupun *push e-mail* setelah meninjau produk yang dapat disediakan oleh seluruh operator layanan Seluler dan FWA dari sudut kegunaan (*utility*), karakteristik dan harga, sebagaimana tertuang dalam alinea 4.3.3.1 s/d 4.3.6.2 pada halaman 188 s/d 190 dari Putusan KPPU;

Kesimpulan Termohon tersebut tidak benar dan tidak dapat diterima, oleh karenanya haruslah ditolak dengan alasan-alasan sebagai berikut:

Pemohon berada dalam pasar produk yang berbeda dengan sebagian dari pihak-pihak yang dianggap pesaing oleh Termohon karena Pemohon merupakan penyedia jasa jaringan telekomunikasi FWA dan bukan sebagai penyedia jasa telekomunikasi seluler atau keduanya secara sekaligus;

Lebih lanjut, SMS merupakan layanan tambahan terhadap layanan suara (*voice*) dari masing-masing produk layanan FWA dan produk layanan seluler sehingga sifatnya adalah tidak berdiri sendiri dan tetap mengikuti penggolongan atau pengelompokkan pada layanan suara tersebut di



atas. Hal ini semakin ditegaskan dengan tidak adanya izin terpisah maupun regulasi khusus untuk penyelenggaraan layanan SMS. Jadi, layanan SMS tidak dapat dipisahkan keberadaannya dari layanan suara (*voice*). Layanan suara (*voice*) itu sendiri ada dan dapat diselenggarakan oleh operator baik FWA maupun Seluler karena adanya ijin yang diberikan oleh pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan di bidang telekomunikasi. Hal ini sebenarnya telah diakui dan diterima sendiri oleh Termohon sebagaimana tertuang dalam alinea 4.3.10 halaman 191 dari Putusan KPPU yang pada intinya menyatakan bahwa “sebagai layanan nilai tambah, SMS otomatis tersedia ketika operator membangun jaringan untuk menyediakan layanan suara”;

Hanya saja, istilah yang digunakan oleh Termohon, yaitu “layanan nilai tambah”, menjadikan bias/kabur dan menyesatkan mengingat istilah “nilai tambah” akan dapat diartikan sebagai “jasa nilai tambah teleponi”, yang berupa antara lain “*calling card*” dan untuk penyelenggaraannya diperlukan adanya ijin tersendiri dari pemerintah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 PP Telekomunikasi. Padahal layanan SMS hanyalah semata-mata berupa layanan tambahan yang melekat pada ijin penyelenggaraan teleponi dasar (*voice/suara*), yang untuk penyelenggaraannya tidak diperlukan ijin tersendiri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 dan 24 KM 21/2001;

Apabila pengertian “nilai tambah” yang dimaksud oleh Termohon tersebut dianggap sebagai “jasa nilai tambah teleponi”, maka untuk menyelenggarakan layanan SMS, harus diperlukan ijin tersendiri. Dengan adanya ijin tersendiri, maka layanan SMS, dilihat dari pasar produk, akan menjadi berbeda dengan layanan *voice/suara*. Di sinilah, Termohon sebenarnya tidak atau setidaknya tidaknya kurang memahami dan mengerti industri jasa telekomunikasi dengan baik vis a vis telah melakukan kesalahan fatal. Sekali lagi perlu Pemohon tegaskan

Hal. 129 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



bahwa layanan SMS hanyalah merupakan layanan tambahan yang melekat/*inheren* pada (ada karena) layanan teleponi dasar (*voice*/suara), sehingga segala perbedaan pasar produk pada layanan suara (*voice*) antara FWA dengan seluler juga berlaku dan relevan untuk diterapkan pada analisis mengenai layanan SMS tersebut; Terlepas dari kesalahan dan kekeliruan yang dilakukan oleh *Ovum* sebagaimana tertuang dalam *study on cost based interconnect regulation of Indonesia telecommunications sector. final report, April 2005* ("*laporan akhir ovum*"), pengelompokan dan penggolongan yang dilakukan oleh *Ovum* terhadap pelaku-pelaku usaha telekomunikasi dalam analisisnya menunjukkan adanya layanan SMS yang jelas nyata dan berbeda antara operator FWA dengan seluler;

Mohon perhatian Majelis Hakim bahwa dalam halaman 18 dan 19 dari Laporan Akhir *Ovum*, khusus mengenai layanan SMS, terdapat penggolongan FWA dan seluler dimana dari hasil perhitungan *Ovum*, meskipun hasil perhitungan tersebut salah dan keliru karena parameter yang digunakan tidak tepat dan hanya menggunakan data *incumbents* (yakni, Telkom dan Telkomsel), ternyata antara FWA dengan seluler mempunyai perbedaan dalam perhitungan *cost base* untuk layanan SMS baik *terminating* maupun *originating*. Dengan adanya perbedaan tersebut, jelas telah terbukti bahwa layanan SMS yang melekat pada layanan suara (*voice*) pada FWA berbeda dengan seluler;

Pembedaan oleh *Ovum* tersebut dapat diterima karena memang industri telekomunikasi merupakan bidang usaha yang sangat sarat akan regulasi (*highly regulated*). Aturan tersebut baik langsung maupun tidak langsung akan memberikan pengaruh atau dampak pada industrinya itu sendiri, termasuk dalam pengelompokan jenis produk/jasa yang diberikan/disediakan oleh penyelenggara/operator telekomunikasi. Jadi, regulasi dalam bidang telekomunikasi akan sangat relevan untuk menganalisa



pasar produk yang disediakan oleh penyelenggara/operator telekomunikasi;

Dengan demikian. Putusan KPPU yang mengelompokkan Pemohon yang merupakan operator FWA dan para operator seluler sebagai para pelaku usaha dalam pasar bersangkutan yang sama dengan alasan menyediakan produk yang sama, yakni layanan SMS, sama sekali tidak tepat karena SMS sifatnya adalah salah satu dari berbagai layanan tambahan suara (misalnya, *push e-mail*, *voice mail*, MMS) dan tidak bersubstitusi dengan layanan suara sehingga tidak dapat dikatakan berdiri sendiri. Oleh karena layanan SMS tidak berdiri sendiri, melainkan sebagai layanan tambahan dari suara/voice, maka oleh pemerintah penetapan besaran tarif atas layanan tambahan (SMS) tersebut diserahkan sepenuhnya kepada penyelenggara sebagaimana ditentukan dalam Pasal 23 KM Nomor 21/2001;

Adanya layanan tambahan dari voice berupa SMS tidak menjadikan produk jasa Seluler dan jasa FWA menjadi sama. Sebagai contoh dilihat dari sudut penarifan dan kegunaannya (*utility*). Termohon sendiri telah mengakui adanya perbedaan penarifan yang dilakukan oleh Pemohon dibandingkan dengan operator lainnya, dimana Pemohon melakukan penarifan berdasarkan dari jumlah karakter yang dikirimkan sedangkan operator seluler tidak melakukan sistem penarifan tersebut sebagaimana tertuang dalam alinea 4.3 5 2 halaman 189 dari Putusan KPPU. Penarifan layanan SMS juga dapat dilakukan berdasarkan jarak seperti halnya dalam sistem penarifan untuk layanan voice/suara. Jauh dekatnya jarak akan mempengaruhi beban/biaya jaringan yang dibutuhkan, sehingga dengan sendirinya akan mempengaruhi biaya/cost yang diperlukan untuk menyalurkan SMS tersebut. Dengan demikian, karakter-karakter atau parameter-parameter yang digunakan dalam layanan suara/voice adalah sama dan berlaku dalam layanan SMS;

Hal. 131 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Dari sudut kegunaannya, memang SMS digunakan untuk mengirimkan atau menerima pesan yang berupa teks, akan tetapi penggunaan layanan SMS yang disediakan oleh operator FWA dengan seluler berbeda, dimana pemanfaatan layanan SMS dari FWA hanya dapat digunakan secara terbatas secara lokal atau pada kode area tertentu sedangkan dari seluler tidak dibatasi oleh area/lokasi tertentu. Jadi, sebenarnya dilihat dari pemanfaatan layanan SMS antara operator FWA dengan seluler menjadi berbeda. Secara lebih jelas, hal tersebut akan dapat dilihat ketika dikaitkan dengan pasar geografis di bawah ini;

b. Pasar Geografis:

Dalam melakukan analisis pasar geografis, Termohon ternyata tidak mampu untuk merumuskan secara benar dan tepat kesamaan pasar geografis antara operator FWA dengan operator seluler. Termohon dengan begitu saja menyatakan bahwa "pasar geografis pada perkara ini adalah seluruh wilayah Indonesia" sebagaimana tertuang dalam alinea 4.3.7.1 s/d 4.3.7.4 halaman 190 dari Putusan KPPU;

Sebelum menyampaikan analisisnya tersebut, Termohon tidak menjelaskan posisi sebenarnya dari operator FWA dan hanya menentukan bahwa "sebagai satu layanan nilai tambah dari operator seluler maupun FWA maka keberadaan layanan SMS akan mengikuti keberadaan dari ketersediaan jaringan operator yang bersangkutan dan berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tidak diketemukan adanya hambatan baik dari sisi teknologi maupun regulasi bagi para operator seluler untuk memasarkan produknya di seluruh wilayah Indonesia selama operator bersangkutan telah memiliki ketersediaan jaringannya" (vide Alinea 4.3.7.2 dan 4.3.7.3. halaman 190 Putusan KPPU);

Penilaian Termohon bahwa operator seluler tidak memiliki hambatan dari sudut regulasi untuk memasarkan produknya adalah benar, tetapi bagaimana dengan



hambatan regulasi yang dihadapi/dimiliki oleh operator FWA terkait dengan jangkauan dari layanan produknya sama sekali tidak dipertimbangkan oleh Termohon. Sepertinya Termohon menemui fakta yang tidak dapat dibantah kebenarannya bahwa pemanfaatan layanan tambahan berupa SMS dari operator FWA terbatas pada daerah tertentu karena regulasi. Kenyataan ini tidak dibahas dan tidak diuraikan sehingga mengaburkan dan menyederhanakan pasar geografis, padahal sebenarnya tidak begitu;

Pemohon selaku operator FWA jelas berada pada pasar geografis yang berbeda dengan pelaku usaha yang lainnya, khususnya para operator seluler. Oleh karena itu, kesimpulan Termohon yang menyatakan bahwa pasar geografis dalam perkara *a quo* adalah mencakup seluruh Indonesia tersebut tidak tepat dan oleh karenanya haruslah ditolak karena Pemohon berada dalam pasar geografis yang bersifat jaringan tetap terbatas dan lokal (area tertentu) yang jelas berbeda dengan pasar geografis yang dimiliki oleh operator seluler karena sifatnya adalah nasional dan tidak dibatasi dengan area tertentu; Perbedaan pasar geografis antara operator FWA dan operator seluler dapat dilihat secara teknis dan regulasi, antara lain, sebagai berikut:

- (a) Operator Seluler:
sistem penomorannya terbuka seluas-luasnya dengan tidak mengenal kode area tertentu, dan pengguna produk seluler dapat menggunakan layanan produk seluler (baik SMS maupun voice/suara dan produk lainnya) tersebut di seluruh wilayah Indonesia sepanjang jaringannya tersedia; sedangkan;
- (b) Operator FWA:
sistem penomorannya dibatasi dengan kode area tertentu. Apabila pengguna produk layanan FWA keluar dari kode areanya maka yang bersangkutan tidak lagi bisa menggunakan layanan produk FWA

Hal. 133 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



(baik SMS maupun *voice*/suara dan produk lainnya) karena adanya regulasi yang membatasi/tidak membolehkan operator FWA untuk memberikan fasilitas layanan atau layanan jelajah (*roaming*) di luar kode area yang bersangkutan;

12. Bahwa berdasarkan izin FWA yang diberikan oleh Pemerintah melalui Menteri Komunikasi dan Informatika kepada Pemohon, Pemohon hanya dapat menyelenggarakan layanan jaringan tetap lokal dengan akses radio dan penyelenggaraan jasa telepon dasar dengan cakupan wilayah Propinsi DKI Jakarta, Jawa Barat dan Banten sesuai Kepmenhub Nomor KP 282 tahun 2004 yang kemudian wilayah layanannya baru dapat diperluas pada tahun 2007 secara nasional sesuai Kepmenkominfo Nomor 298/KEP/M.KOMINFO/6/2007. Meskipun demikian, layanan produk yang dapat disediakan oleh Pemohon tetap dibatasi area wilayah jangkauannya sebagaimana ditentukan dan diatur dalam Pasal 3 KM Nomor 35/2004;
13. Bahwa berdasarkan uraian-uraian tersebut di atas, maka penilaian/pertimbangan Termohon pada alinea 4.3.9 s/d 4.3.11 halaman 191 dari Putusan KPPU yang pada intinya menyatakan bahwa (i) perbedaan kegunaan, karakteristik dan harga layanan suara antara operator seluler dengan FWA tidak berlaku ketika digunakan untuk melakukan analisis terhadap layanan SMS, (ii) dan perbedaan telekomunikasi seluler dengan FWA, tidak relevan di dalam penggunaan layanan SMS yang disediakan oleh masing-masing operator baik seluler maupun FWA, (iii) serta adanya perbedaan lisensi antara operator seluler dengan FWA, mempengaruhi analisis terhadap kegunaan, karakteristik, maupun harga terhadap layanan SMS merupakan penilaian/pertimbangan yang keliru dan oleh karenanya haruslah ditolak;
14. Bahwa dengan demikian, telah terbukti dan ternyata bahwa pasar layanan oleh operator seluler adalah berbeda atau tidak sama dengan pasar layanan oleh operator FWA baik ditinjau dari pasar produk maupun pasar geografis sehingga unsur pasar bersangkutan yang sama dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 tidak terpenuhi, oleh karenanya haruslah

Hal. 134 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



ditolak analisis Termohon pada alinea 4.3.12 dan 4.3.13, halaman 191 yang pada intinya menyatakan bahwa “pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan SMS di seluruh wilayah Indonesia baik yang disediakan oleh operator seluler maupun operator FWA dan hal ini menunjukkan setiap operator telepon yang menyediakan layanan SMS bagi pelanggannya berada dalam pasar bersangkutan yang sama”;

15. Bahwa oleh karena itu, Majelis Hakim sudah sepatutnya menyatakan unsur pasar bersangkutan yang sama dari Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 tidak terpenuhi karena Pemohon selaku penyelenggara jasa telekomunikasi FWA berada dalam pasar produk dan/atau geografis yang berbeda dengan penyelenggara jasa telekomunikasi Seluler;

Termohon Telah Salah Menerapkan Unsur “Pesaing” dari Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999:

16. Mohon perhatian Majelis Hakim bahwa unsur “pesaing” dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 hanya dapat terpenuhi apabila pelaku usaha yang dimaksud berada dalam “pasar bersangkutan yang sama”;

Pengertian pesaing berarti merujuk pada pemahaman bahwa pelaku usaha tersebut melakukan kegiatan bisnis yang sama atau sejenis dengan pelaku usaha lainnya sehingga keduanya bersaing untuk memperebutkan pasar yang ada. Pelaku usaha yang bergerak di bidang yang sama belum tentu dapat dikatakan sebagai pesaing bila tidak berada pada pasar bersangkutan yang sama. Pelaku usaha menjadi pesaing bagi pelaku usaha lainnya sangat bergantung pada pendefinisian pasar bersangkutan;

Hal tersebut di atas diakui dan ditegaskan oleh Termohon dalam putusannya, antara lain, Putusan Nomor 03/KPPU-I/2003, tanggal 30 Desember 2003 tentang Kasus Tarif Kargo Jalur Surabaya-Makasar, yang pada intinya menyatakan bahwa “yang dimaksud dengan pelaku usaha pesaing adalah pelaku usaha sebagaimana dimaksud dalam pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam pasar bersangkutan yang sama”;

17. Bahwa sejalan dengan penjelasan tentang unsur “pasar bersangkutan yang sama” tersebut di atas, baik pasar produk



maupun pasar geografis, pelaku usaha di pasar produk layanan FWA tersebut adalah Pemohon. Telkom (Flexi) dan Indosat (Star One);

18. Bahwa sedangkan pelaku usaha dilihat dari pasar produk layanan seluler dan pasar geografis-nya adalah XL, Telkomsel (Simpati, Halo dan AS), Indosat (Mentari dan IM3), Hutchinson (3), Mobile-8 (Fren), Sampoerna Telecom Indonesia (Ceria), Smart dan NTS-Axis;
19. Bahwa dengan demikian, pelaku usaha pesaing dari Pemohon adalah Telkom (Flexi) dan Indosat (StarOne). sedangkan operator Seluler (yakni: XL, Telkomsel (Simpati, Halo dan AS), Indosat (Mentari dan IM3), Hutchinson (3), Mobile-8 (Fren), Sampoerna (Ceria), Smart dan NTS-Axis bukan merupakan pesaing dari Pemohon;
20. Bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas, maka analisis Termohon pada alinea 5.5.3. halaman 202 dan 203 dari Putusan KPPU yang pada intinya menyatakan bahwa pelaku usaha pesaing sesuai dengan definisi pasar oleh KPPU adalah XL, Telkomsel, Indosat, Telkom, Hutchison, Bakrie, Mobile-8, Smart, NTS, dan Sampoerna Telecom Indonesia, sehingga unsur pesaing telah terpenuhi, adalah salah dan keliru sehingga haruslah ditolak;

Termohon Telah Salah Menerapkan Unsur “perjanjian penetapan harga” dari Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999

21. Bahwa sesuai dengan karakteristik usaha jasa telekomunikasi yang dijalankan, Pemohon harus membuat Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan seluruh operator lain karena adanya kebutuhan keterhubungan antar operator untuk pelayanan kepada masing-masing konsumennya. Ketiadaan keterhubungan (interkoneksi) antar operator, termasuk antara operator FWA dengan operator seluler, akan menyebabkan tidak berkembangnya industri telekomunikasi. Oleh karena itu, interkoneksi merupakan suatu keharusan yang tidak dapat ditawar-tawar lagi;
22. Bahwa akan tetapi untuk memperoleh keterhubungan/interkoneksi tersebut ternyata tidak semudah membalikkan telapak tangan sekalipun mengenai interkoneksi tersebut telah



diatur dalam peraturan perundang-undangan mengenai telekomunikasi. Ada beberapa faktor yang menyebabkan interkoneksi tidak berjalan secara mulus, salah satunya adalah adanya perbedaan posisi tawar antara operator *incumbents* dengan operator *new entrants*;

Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang dibuat oleh para operator sebenarnya dimaksudkan untuk menjadi dasar perikatan bagi para operator untuk menghubungkan jaringan dari satu operator ke jaringan operator lainnya tanpa memperhitungkan ijin yang diperolehnya, sehingga pengguna/konsumen dari salah satu operator dapat melakukan telekomunikasi dengan pengguna/konsumen operator lainnya. Interkoneksi telah ditentukan dan diatur dalam peraturan perundang-undangan di bidang telekomunikasi. Adanya interkoneksi antara jaringan FWA dengan jaringan seluler ini, tidak menjadikan operator FWA dengan operator seluler berada di pasar yang sama untuk penyelenggaraan layanan tambahan SMS atau menjadi pesaing;

Dalam interkoneksi ini, timbullah perbedaan yang sangat mencolok antara operator *incumbents* dan operator *new entrants*. Operator *incumbents* mempunyai jaringan yang luas dan pengguna/konsumen yang sangat besar, sehingga dapat mempengaruhi pasar dan mempunyai kekuatan/posisi tawar yang sangat besar untuk “menekan/memaksakan” klausula-klausula dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi. Bahkan penekanan/pemaksaan tersebut dapat terjadi untuk hal-hal yang tidak seharusnya diatur dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tersebut, yaitu penentuan harga SMS off-net, sekalipun Pemohon sebagai *new entrants* tidak menghendakinya. Tetapi sekali lagi, adanya klausula soal penentuan harga SMS off-net tersebut dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi sama sekali tidak merefleksikan dan menjadikan Pemohon sebagai operator FWA berada dalam pasar bersangkutan yang sama dengan operator *incumbent* sebagai penyelenggara seluler untuk jenis layanan tambahan berupa SMS;

Hal. 137 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Perbedaan posisi tawar yang sangat berbeda antara operator *incumbents* dengan *new entrants*, dimana posisi *new entrants* selalu dalam posisi tawar yang sangat lemah di hadapan operator *incumbents*, menjadi suatu fakta dan kondisi yang harus diterima sebagai suatu kebenaran, sebagaimana diakui dan diterima sendiri oleh Termohon seperti yang diuraikan di Bagian I Tentang Fakta-Fakta Hukum Huruf A Angka 11 dan 12 tersebut di atas. Sebagai *new entrants*, maka Pemohon tidak berada dalam posisi dan kemampuan untuk melakukan penawaran/*bargaining* berkaitan dengan isi dari klausulaklausula yang dimuat dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan para *incumbents*. Di satu sisi, interkoneksi menjadi suatu kebutuhan dan keharusan untuk memberikan pelayanan terbaik kepada konsumen/pengguna sehingga keberadaannya tidak dapat dikesampingkan oleh Pemohon, tetapi di sisi lain Pemohon tidak dapat mengatur atau menentukan klausula-klausula dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi untuk disesuaikan dengan strategi kebijakan bisnis Pemohon;

Perjanjian Kerjasama Interkoneksi kemudian menjadi suatu keharusan yang “tidak dikehendaki” karena di dalamnya terdapat “keadaan terpaksa” yang menyebabkan “sepakat” yang diberikan oleh Pemohon dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tidak sepenuhnya atau seluruhnya. Ada cacat kehendak karena adanya kondisi yang tidak seimbang dalam pembuatannya. Keadaan ini dengan sangat mudah dapat dibuktikan oleh Pemohon dengan melihat dan mencermati seluruh Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang dibuat oleh Pemohon dengan operator *incumbents* dengan operator *new entrants* lainnya di bawah ini;

23. Bahwa Pemohon mempunyai Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan seluruh operator baik operator seluler maupun FWA. Mohon perhatian Majelis Hakim bahwa dari seluruh Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang mengikat Pemohon tersebut, hanya ada dua Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat adanya penetapan harga SMS off-net, yaitu Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan operator *incumbents* yang



memang mempunyai posisi tawar yang kuat dan dapat mempengaruhi industri telekomunikasi pada umumnya, yaitu Telkomsel dan XL. Sedangkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang dibuat oleh Pemohon dengan operator lainnya, sama sekali tidak memuat mengenai penetapan harga SMS off-net tersebut;

Hal tersebut di atas dapat terjadi hanya dan semata-mata karena memang posisi Pemohon yang lemah di hadapan Telkomsel dan XL sehingga Pemohon tidak mempunyai pilihan lain, selain dari pada menerima klausula mengenai penetapan harga SMS off-net tersebut dan klausula lainnya;

Adanya klausula penetapan harga SMS off-net tersebut sebenarnya sangat membatasi Pemohon untuk berkompetisi dalam rangka meningkatkan pertumbuhan pelanggan/pengguna, dimana Pemohon dapat meningkatkan jumlah pelanggan/konsumen dengan memberikan harga yang sangat kompetitif untuk layanan SMS, yang merupakan layanan tambahan, mengingat jumlah pelanggan/pengguna dari Pemohon masih sangat kecil. Kerugian yang diderita oleh *new entrants*, dalam hal ini Pemohon, akibat adanya klausula penetapan harga SMS off-net tersebut telah diakui dan diterima sendiri oleh Termohon sebagaimana telah diuraikan pada Bagian I Tentang Fakta-Fakta Hukum Huruf A, Angka 12 tersebut di atas;

Dalam rangka membuktikan Pemohon tidak serta merta mengikatkan diri dari ketentuan klausula mengenai penetapan harga SMS off-net tersebut, terbukti Pemohon telah berkali-kali memberlakukan tarif SMS off-net di bawah dari yang ditentukan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi masing-masing dengan XL dan Telkomsel sebagaimana telah Pemohon uraikan dalam Bagian I Tentang Fakta- Fakta Hukum Huruf B Angka 25 tersebut di atas, namun akibat dari itu Pemohon harus “di Hakimi” dan akhirnya tanpa daya harus menjalankan harga SMS off-net yang ditentukan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tersebut. Dari hal tersebut dapat diketahui adanya fakta-fakta bahwa:

Hal. 139 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



- (a) Pertama, Pemohon tidak selalu memberlakukan tarif SMS off-net sesuai dengan klausula tarif SMS off-net dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi masing-masing dengan XL dan Telkomsel. Beberapa kali Pemohon menerapkan tarif SMS off-net di bawah tarif SMS off-net yang dicantumkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi, namun, penerapan tarif SMS off-net tersebut dihentikan karena adanya peringatan dari XL dan Telkomsel. Dengan demikian, sebenarnya tarif rata-rata SMS off-net yang diberlakukan oleh Pemohon adalah di bawah harga Rp250,00 per SMS off-net di dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi; dan
- (b) Kedua, dengan adanya pemberlakuan tarif SMS off-net yang tidak sesuai dengan klausula tarif SMS off-net dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tersebut, Pemohon ditegur untuk mematuhi ketentuan tarif SMS off-net seperti semula;

Selain itu, dengan adanya Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan operator lainnya yang tidak memuat mengenai penetapan harga SMS off-net, maka Pemohon dan operator lainnya tersebut, baik yang merupakan pesaing Pemohon maupun yang bukan pesaing Pemohon, tetap dapat menetapkan sendiri dengan bebas tarif retail SMS off-net kepada masing-masing pelanggannya, sehingga pasar masih memiliki banyak pilihan yang tersedia bagi pelanggan dan tidak ada pengontrolan/penentuan harga. Oleh karena itu, tidak ada kartel/penentuan harga yang dilakukan oleh Pemohon;

24. Bahwa Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat adanya klausula mengenai penetapan harga SMS off-net hanya ada dalam perjanjian interkoneksi antara Pemohon sebagai operator FWA dengan masing-masing XL dan Telkomsel sebagai operator seluler yang notabene bukan pesaing dari Pemohon. Sebagaimana diuraikan pada bagian unsur pesaing tersebut di atas, Pesaing dari Pemohon dalam perkara ini adalah Telkom (Flexi) dan Indosat (StarOne) yang merupakan operator FWA. bukan XL dan Telkomsel karena mereka tidak berada dalam pasar bersangkutan yang sama. Dengan demikian, XL dan



Telkomsel sama sekali bukan pesaing dari Pemohon oleh karenanya meskipun ada klausula mengenai penetapan harga SMS off-net dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan XL dan Telkomsel, perjanjian tersebut tidak dapat dikatakan sebagai bentuk kartel atau *price fixing*;

25. Bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas, maka unsur adanya perjanjian penetapan harga dalam perkara ini menjadi tidak terbukti sehingga haruslah ditolak dengan tegas analisis Termohon pada Alinea 5.5.2.4 halaman 194 dari Putusan KPPU yang pada intinya menyatakan bahwa “secara formal, hal ini sudah termasuk dalam kategori kartel yang dilakukan oleh XL, Telkomsel, Telkom, Hutchison, Bakrie, Mobile-8, Smart, dan NTS”

Begitu pula haruslah ditolak analisis Termohon pada alinea 5.5.2.33 halaman 200, alinea 5.5.2.36 halaman 201, alinea 5.5.2.40 dan 5.5.2.41 halaman 202, yang pada intinya menyatakan “kartel secara materiil tetap berlaku efektif meskipun perjanjian penetapan harga telah diamandemen, oleh karenanya unsur perjanjian penetapan harga telah terpenuhi;

26. ‘Bahwa di samping itu, berbagai pertimbangan maupun analisa yang dibuat oleh Termohon dalam memeriksa dan memutuskan perkara *a quo* menunjukkan bahwa Termohon tidak menguasai dan memahami secara baik, akurat dan menyeluruh tentang industri telekomunikasi di Indonesia, khususnya berkaitan dengan layanan tambahan suara (*voice*) berupa SMS;

- B. Bahwa Tidak Melakukan Kartel Atau Setidak-Tidaknya Tidak Terlibat Dalam Kartel (Jika Ada)

27. Bahwa dengan tidak terpenuhinya unsur-unsur dari Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 tersebut di atas. khususnya unsur “pasar bersangkutan yang sama” sebagaimana telah diuraikan di atas, maka telah terbukti Pemohon tidak melakukan kartel harga meskipun terdapat klausula penetapan harga layanan SMS off-net dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan masing-masing XL dan Telkomsel karena Pemohon merupakan operator FWA sedangkan XL maupun Telkomsel merupakan operator seluler sehingga keduanya sama sekali bukanlah pelaku usaha yang saling bersaing. Jikalaupun



ternyata ada kartel harga pada layanan SMS off-net operator seluler (*quod non*) Pemohon sama sekali tidak terlibat karena Pemohon bukanlah operator seluler;

28. Bahwa dengan demikian, kesimpulan Termohon pada alinea 6.1.1 halaman 207 dan alinea 12.4. halaman 209 dari Putusan KPPU yang pada intinya menyatakan “Pemohon telah melakukan kartel harga SMS off-net pada range Rp250,00 - Rp350,00 pada periode 2004 sampai dengan April 2008 dan penetapan denda sebesar Rp4 miliar terhadap Pemohon”, adalah keliru dan tidak benar, oleh karenanya haruslah ditolak;
29. Bahwa untuk membuktikan Perjanjian Kerjasama Interkoneksi antara Pemohon dengan masing-masing XL dan Telkomsel yang memuat klausula penetapan harga layanan SMS off-net sebagai suatu kartel karena berada dalam pasar bersangkutan yang sama maka harus diperiksa secara seksama dan teliti dalam perkara *a quo* apakah unsur-unsur kartel secara otomatis terpenuhi;
30. Bahwa dari beberapa literatur, diperoleh beberapa pengertian mengenai apa yang disebut sebagai suatu kartel, antara lain, sebagai berikut:

- (a) *Cartel means “a combination of producers of any product joined together to control its production, sale and price, so as to obtain monopoly and restrict competition in any particular industry or commodity;*

“An association by agreement of companies or section of companies having common interests, designed to prevent extreme or unfair competition, and allocate markets, and to promote the interchange of knowledge resulting from scientific and technical research, exchange of patent rights, and standardization of products”;

Terjemahan tidak resminya:

Kartel adalah “kombinasi dari para produsen berbagai produk yang berkumpul bersama untuk mengatur produksi, penjualan dan harga, untuk melakukan monopoli atau membatasi kompetisi pada industri atau komoditas tertentu”;



“Suatu perkumpulan berdasarkan perjanjian beberapa perusahaan atau bagian dari beberapa perusahaan yang memiliki persamaan kepentingan, direncanakan untuk mencegah persaingan usaha yang sangat tajam atau tidak sehat, dan membagi pasar, dan untuk mempromosikan pertukaran pengetahuan yang diperoleh dari penelitian keilmuan dan teknis, pertukaran hak paten, dan standarisasi produk-produk;

(vide Halaman 147, Black's Law Dictionary, Henry Campbell Black, M.A., Abridged Six Edition, 1998, West Group);

- (b) *Cartel means “a group of independent industrial corporations, usually on an international scale, which agree to restrict trade to their mutual benefit”;*

Terjemahan tidak resminya:

Kartel adalah “sekelompok perusahaan-perusahaan industrial yang mandiri, biasanya dalam skala internasional, yang sepakat untuk membatasi perdagangan untuk keuntungan bersama”;

(vide Halaman 69, Barron's Law Dictionary, Steven H. Gifis, Fifth Edition, 2003 Barron's Educational Series Inc.).

- (c) *Cartel means “a group of a separate business organization or nations that have agreed to institute approaches to alter competition by influencing prices, production, or marketing”;*

Terjemahan tidak resminya:

Kartel adalah “sekelompok organisasi usaha yang terpisah atau negara yang sepakat untuk melakukan pendekatan-pendekatan untuk merubah kompetisi dengan mempengaruhi harga, produksi dan pemasaran”;

(vide Halaman 53, Dictionary of International Trade, Jerry M. Rosenberg, 1994, John Wiley & Sons, Inc.);

- (d) *Cartel means “An organization of independent producers formed to regulate the production, pricing or marketing practices of its members in order to limit competition and maximize its market power”;*

Terjemahan tidak resminya:

Hal. 143 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Kartel adalah “Organisasi para produsen yang mandiri (independen) untuk mengatur praktek-praktek produksi, harga atau pemasaran dari para anggotanya untuk membatasi kompetisi dan memaksimalkan kekuatan pasarnya”;

(vide Halaman 36, A to Z of International Trade, Frank Reynolds, 2002, International Chamber of Commerce (ICC);

- (e) “Perjanjian penetapan harga adalah perjanjian di antara para penjual untuk menaikkan atau menetapkan harga, guna membatasi persaingan antar perusahaan dan meraih keuntungan yang lebih tinggi. Perjanjian penetapan harga dibentuk oleh sekelompok perusahaan (pelaku usaha) dalam usahanya untuk bertindak secara kolektif dalam suatu monopoli”;

(vide Halaman 305, Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Perse Illegal atau Rule of Reason, A.M. Tri Anggraini, Cetakan I, 2003, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia);

- (f) “Kartel (*cartel*) adalah kerjasama dari produsen-produsen produk tertentu yang bertujuan untuk mengawasi produksi, penjualan dan harga dan untuk melakukan monopoli terhadap komoditas atau industri tertentu. Jadi di dalam kartel, unsur harga dan output adalah penting, para pihak dalam kartel seharusnya mempunyai kebijakan independen terutama tentang kedua hal tersebut, bersepakat untuk menyatukan kebijakannya sehingga tidak ada lagi kompetisi”;

(vide Halaman 66, Naskah Akademis Tentang Persaingan Usaha dan Anti Monopoli, 2005, Koordinator Penelitian Susanti Adi Nugroho, S.H.,MH., Mahkamah Agung RI);

Berdasarkan pengertian-pengertian tersebut di atas maka dapat diperoleh pengertian dari suatu kartel, yaitu bentuk kerjasama yang disadari, dikehendaki dan dilakukan bersama-sama oleh para pelaku usaha yang saling bersaing untuk mempengaruhi harga, antara lain dengan cara pengaturan harga (*price fixing*), oleh karenanya persaingan diantara para pelaku usaha tersebut



dapat dikurangi, dikendalikan atau bahkan dihilangkan sama sekali sehingga para pelaku usaha yang terlibat dalam kerjasama tersebut dapat bersama-sama menikmati keuntungan;

31. Bahwa dengan demikian, untuk menilai apakah Pemohon merupakan pelaku atau anggota kartel sehingga melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999, haruslah dipenuhi syarat-syarat yang terkandung dalam pengertian dari kartel tersebut di atas, yaitu sebagai berikut:

- (a) Bentuk kerja sama yang disadari, dikehendaki dan dilakukan:

Pada dasarnya suatu kartel itu adalah persekongkolan di antara pelaku usaha yang bersaing. Karena suatu persekongkolan, bentuk atau kegiatan kerja sama di antara pelaku usaha yang bersaing tersebut haruslah disadari, dikehendaki dan dilaksanakan oleh pelaku-pelaku usaha yang saling bersaing dan terlibat di dalam kartel tersebut;

Jika Termohon menganggap Perjanjian Kerjasama Interkoneksi antara Pemohon dengan masing-masing XL dan Telkomsel yang memuat mengenai harga SMS off-net adalah kartel (*quod non*) maka syarat pertama yang harus dipenuhi adalah penentuan harga tersebut memang sengaja disadari dan dikehendaki oleh Pemohon, kemudian nantinya dilaksanakan oleh Pemohon;

Sebagaimana telah diuraikan pada Bagian I tentang Fakta-Fakta Hukum, posisi tawar dari Pemohon selaku *new entrant* adalah lemah, dimana posisi ini pun diakui dan diterima oleh Termohon sebagaimana tertuang dalam alinea 5.5.2.35 halaman 201 yang pada intinya menyatakan bahwa "Majelis Komisi menilai bahwa Tim Pemeriksa Lanjutan telah benar dalam analisisnya mengenai Bakrie (*in casu*, Pemohon), Mobile-8, dan Smart yang menyatakan bahwa operator *new entrant* tidak mempunyai posisi tawar atau berada dalam posisi yang lemah pada saat penyusunan PKS Interkoneksi sehingga



harus mematuhi apa yang telah ditetapkan oleh operator *incumbent*";

Analisis/pertimbangan Termohon tersebut sebenarnya telah membuktikan adanya kenyataan bahwa Pemohon tidak mempunyai niat, kehendak dan kemauan untuk membuat atau mengatur adanya klausula mengenai harga tarif SMS off-net. Ketika Pemohon tidak menghendaki klausula tersebut, maka secara materiil bentuk kerja sama yang akan dibangun untuk melakukan kartel harga otomatis menjadi hilang atau tidak terpenuhi;

Setelah penandatanganan Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tersebut, Pemohon, sekalipun bukan pesaing XL dan Telkomsel, telah membuktikan untuk tidak melakukan atau mematuhi tarif SMS off-net tersebut. Pola perilaku Pemohon selama periode tahun 2004 s/d 2007 telah menunjukkan bahwa Pemohon juga telah berupaya untuk tidak mengikuti penetapan harga layanan SMS off-net sebagaimana diatur dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi dengan *incumbents*, yakni XL dan Telkomsel. Sebagai contoh, (a) pada bulan Oktober 2004 Pemohon memberlakukan tarif SMS off-net di bawah ketentuan tarif SMS off-net yang ditetapkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi ke semua operator. Namun, Pemohon mendapatkan peringatan dari XL dan (b) pada akhir bulan Agustus 2006, Pemohon kembali memberlakukan tarif SMS off-net dengan tarif di bawah ketentuan tarif SMS off-net yang ditetapkan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tetapi kembali ditegur oleh XL sehingga pada bulan September 2006 Pemohon harus memberlakukan kembali tarif SMS off-net minimal Rp250,00/SMS dan harus membuat kesepakatan penyelesaian (*settlement*) oleh Pemohon kepada XL yang pada pokoknya merupakan suatu bentuk kompensasi atas pelanggaran yang dilakukan oleh Pemohon tersebut;

Pemohon telah menandatangani Perjanjian Kerjasama Interkoneksi, masing-masing dengan XL sejak tanggal 12 Januari 2004 dan Telkomsel sejak tanggal 3 Maret 2004.

Hal. 146 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Namun dalam perjalanannya, pada tahun 2007, Pemohon sangat tertolong dengan adanya Surat Nomor 172/BRTI/ATSI/VI/2007, tanggal 15 Juni 2006 dari BRTI terhadap seluruh operator dan Surat Edaran ATSI Nomor 002/ATSI/JSS/VI/2007 sehingga klausula penetapan harga SMS off-net dihilangkan dari Perjanjian Kerjasama Interkoneksi;

Harga SMS off-net yang masih berkisar di antara Rp250,00 - Rp350,00 setelah adanya perubahan/amandemen terhadap Perjanjian Kerjasama Interkoneksi, sama sekali bukan bukti adanya kartel sebagaimana dinyatakan oleh Termohon pada alinea 5.5.2.36 halaman 201 dari Putusan KPPU, melainkan semata-mata karena Pemohon memerlukan analisa yang menyeluruh, waktu, dan biaya untuk penyesuaian sistem SMS Center, *billing system* (sistem penagihan), sosialisasi dan lainnya. Oleh karena itu, tuduhan Termohon tentang adanya kartel harga setelah adanya perubahan Perjanjian Kerjasama Interkoneksi haruslah ditolak;

(b) Secara bersama-sama oleh para pelaku usaha pesaing:

Suatu kartel baru dapat dikatakan menjadi efektif apabila dilakukan secara bersama-sama oleh para pelaku usaha pesaing. Dalam perkara ini, telah terbukti bahwa tidak semua pelaku usaha baik pesaing maupun bukan pesaing secara bersama-sama membuat dan menandatangani suatu perjanjian yang memuat klausula mengenai harga (penetapan harga) SMS off-net. Perjanjian itu pun dibuat selain dalam keadaan terpaksa oleh *new entrants* secara terpisah-pisah di antara pelaku usaha. Pemohon hanya membuat Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat harga SMS off-net masing-masing dengan XL dan Telkomsel dan itupun XL dan Telkomsel bukan pesaing Pemohon, sedangkan dengan operator lainnya sama sekali tidak memuat mengenai klausula harga SMS tersebut;

(c) Meniadakan persaingan:

Hal. 147 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Kartel dimaksudkan untuk meniadakan persaingan di antara pelaku usaha pesaing. Dalam perkara ini, setelah adanya Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat klausula mengenai harga SMS off-net yang dibuat karena terpaksa dan secara terpisah-pisah di antara operator, ternyata klausula tersebut tidak sepenuhnya dilaksanakan dan ditaati, sehingga perbedaan harga layanan SMS off-net di pasar tetap terjadi. Pemohon sendiri beberapa kali tidak melaksanakan/menaati klausula mengenai harga SMS off-net tersebut. Oleh karena itu, sejatinya struktur pasar masih sehat karena masih terjadi perbedaan harga layanan SMS off-net di antara pelaku pasar baik yang menjadi pesaing maupun bukan pesaing;

(d) Tujuan menikmati keuntungan secara tidak wajar:

Para peserta dalam suatu kartel tentu mempunyai tujuan untuk menikmati keuntungan secara bersama. Dalam perkara ini, Pemohon sendiri sebenarnya tidak menikmati keuntungan yang tidak wajar. Bahkan sebagai *new entrant*, Pemohon lebih cenderung untuk menerapkan tarif/harga SMS off-net tidak seperti harga yang ditentukan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi karena Pemohon merasa perlu untuk mencari dan memperoleh pelanggan sebanyak-banyaknya sehingga investasi yang sangat besar dan telah dikeluarkan oleh Pemohon dapat kembali. Akan tetapi, dengan adanya klausula mengenai harga SMS off-net tersebut meniadakan atau menutup peluang berkembangnya pemasaran dari Pemohon. Oleh karena itu, adanya Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat harga SMS off-net tersebut sama sekali tidak menguntungkan Pemohon sebagai *new entrant*. Kondisi ini sebenarnya diakui dan diterima sendiri oleh Termohon sebagaimana tertuang dalam alinea 5.5.2.9 halaman 194 yang pada pokoknya menyatakan bahwa “Tim Pemeriksa menilai kekhawatiran operator *incumbent* tidak seharusnya diantisipasi dengan menggunakan instrumen harga karena hal tersebut mengakibatkan kerugian baik bagi operator *new entrant*. Dari pertimbangan Termohon tersebut jelas



ternyata dan terbukti bahwa Pemohon tidak menghendaki, menyadari dan melaksanakan penetapan harga karena hal tersebut merugikan Pemohon sendiri. Bagaimana mungkin Pemohon dapat dikatakan melakukan kartel harga atau setidaknya tidaknya terlibat dalam kartel harga, jika dengan adanya kartel tersebut sebenarnya Pemohon dirugikan sendiri?;

Perjanjian Kerjasama Interkoneksi pada periode tahun 2004 s/d 2007 antara Pemohon maupun *new entrants* lainnya dengan masing-masing XL dan Telkomsel bisa memuat adanya klausula penetapan harga SMS off-net karena pemerintah telah memberikan kebebasan kepada operator untuk melakukan *self regulatory* berkaitan dengan tarif layanan SMS sebagai jasa layanan tambahan dari jasa teleponi dasar (*voice/suara*);

Ketiadaan regulasi *vis a vis* kebebasan pada tarif layanan SMS hanyalah menguntungkan para *incumbents* karena mereka yang memiliki kekuatan pasar yang besarlah yang kemudian menentukan harga SMS off-net karena adanya ketergantungan operator *new entrants* pada jaringan interkoneksi mereka. Dengan demikian, Pemohon sebagai *new entrant* sesungguhnya dirugikan dan merupakan korban dari *self regulatory incumbents* dalam layanan SMS;

32. Bahwa sekali lagi Pemohon mohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk menimbang secara seksama, antara lain, hal-hal sebagai berikut:
- (a) Kebutuhan mutlak semua operator dalam usaha jasa telekomunikasi untuk memiliki interkoneksi dengan masing-masing operator yang lain;
 - (b) Pemohon bukan merupakan pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar yang besar dan hanya menjalankan usaha di pasar FWA;
 - (c) Klausula penetapan harga dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi timbul karena desakan dari *incumbents* dan kekuatan tawar yang lemah dari *new entrants* dalam penyusunan perjanjian tersebut sebagaimana terbukti dari



adanya klausula yang sama pada setiap perjanjian yang dibuat oleh *new entrants* yang menjadi Terlapor (termasuk Pemohon) pada saat membuat perjanjian dengan XL dan Telkomsel;

- (d) Klausula penetapan harga dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi sama sekali bukan merupakan perikatan yang saling menguntungkan (*mutual benefit*) antara Pemohon dengan masing-masing XL dan Telkomsel karena adanya perbedaan, antara lain, komponen biaya layanan SMS off-net, jumlah pelanggan dan jenis jasa telekomunikasi yang berbeda dimana Pemohon hanya merupakan operator FWA yang bersifat bergerak terbatas dan lokal. Bahkan perikatan yang demikian sesungguhnya sangat merugikan Pemohon karena Pemohon akan sangat kesulitan untuk mengembangkan jumlah pelanggannya karena selain sudah dibatasi secara geografis, Pemohon juga tentunya kesulitan untuk mengembangkan jumlah pelanggannya karena konsumen secara logis saja akan memilih operator seluler yang tidak dibatasi kode area tertentu dan memiliki jangkauan nasional apabila biayanya sama dengan operator FWA yang sifatnya bergerak terbatas dan lokal;

Dengan demikian, tidak terbukti Pemohon melakukan kartel harga SMS off-net atau setidaknya Pemohon tidak terlibat dalam suatu kartel harga SMS off-net (jika ada);

33. Bahwa disamping apa yang diuraikan tersebut di atas, Pemohon Mohon Perhatian Majelis Hakim bahwa keputusan pemerintah untuk menyerahkan pengaturan tarif layanan SMS sebagai layanan tambahan kepada para operator (*self regulatory*) yang termuat dalam Pasal 23 ayat (2) KM21/2001, yang berbunyi sebagai berikut:

"Pasal 23:

- (1) Dalam menyelenggarakan jasa teleponi dasar, penyelenggara jasa teleponi dasar dapat melaksanakan fasilitas layanan tambahan;
- (2) Penyelenggara jasa teleponi dasar dapat menerapkan biaya tambahan penggunaan fasilitas layanan tambahan yang besarnya ditetapkan oleh penyelenggara;



- (3) Fasilitas layanan tambahan diberikan atas permintaan pelanggan“;

Berdasarkan Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5/1999, ketentuan dalam Pasal 5 ayat (1) tidak berlaku lagi atau dikecualikan apabila perjanjian tersebut dibuat didasarkan undang-undang yang berlaku. Dengan demikian, Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang mencantumkan klausula penetapan harga tidak dapat dihukum oleh Termohon karena timbul akibat keputusan pemerintah vis a vis diperintahkan oleh undang-undang;

C. Pertimbangan Maupun Perhitungan Termohon Tentang Kerugian Konsumen Akibat Jasa Jaringan Telekomunikasi FWA Tidak Tepat Dan Dapat Merugikan Pemohon

34. Bahwa Termohon telah mengakui bahwa dirinya tidak berwenang untuk menjatuhkan sanksi ganti rugi untuk konsumen (vide halaman 207, alinea 7 dari Putusan KPPU). Namun demikian, Termohon tetap memberikan gambaran mengenai kerugian konsumen akibat dari perilaku Para Terlapor yang dianggap oleh Termohon sebagai kartel harga tanpa memberikan pandangan atau pertimbangan tentang tujuan dari gambaran tersebut (vide halaman 207, alinea 7 dari Putusan KPPU). Oleh karenanya, pandangan dan pertimbangan Termohon tersebut haruslah ditolak untuk seluruhnya;
35. Bahwa terlepas dari tidak dicantumkannya hukuman ganti rugi kepada konsumen dalam amar dari Putusan KPPU, Pemohon menolak gambaran tentang kerugian konsumen yang dimuat oleh Termohon dalam pertimbangannya karena, antara lain, sebagai berikut:
- (a) Produk FWA dari Pemohon, termasuk layanan tambahan SMS-nya, tidak menimbulkan kerugian terhadap konsumen;
 - (b) Pemohon sebagai operator FWA dan *new entrant*, telah diakui dan dinyatakan oleh Termohon sebagai korban atau pihak yang dirugikan bersama-sama dengan konsumen sebagai akibat perilaku/tindakan operator *incumbents* sebagaimana tertuang dalam pertimbangan Termohon pada halaman 201 alinea 5.5.2.34 dari Putusan KPPU

Hal. 151 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



yang pada intinya menyatakan "kekhawatiran operator *incumbent* mengenai kemungkinan terjadinya *spamming* sebagai akibat munculnya operator *new entrants* tidak dapat menjadi alasan untuk membuat atau mencantumkan klausul mengenai harga SMS off-net dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi karena hal tersebut akan merugikan operator *new entrants* dan konsumen";

- (c) Kalaupun adanya unsur kerugian hendak dipaksakan keberadaannya (*quod non*) perhitungan yang dibuat oleh Termohon sama sekali tidak dapat dipertanggungjawabkan, dan
 - (d) Gambaran atau perhitungan dari Termohon sangat potensial menimbulkan banjir gugatan terhadap Pemohon yang akan sangat menyita waktu, tenaga dan biaya dari Pemohon untuk keperluan pembelaan, maupun menimbulkan publikasi buruk. Semua hal tersebut tentunya akan sangat merugikan Pemohon;
36. Bahwa menanggapi gambaran tentang kerugian konsumen yang diberikan oleh Termohon, Pemohon perlu menunjukkan dalam perkara *a quo* tentang adanya inkonsistensi dan ketidakakuratan dari kesimpulan yang diambil oleh Termohon, maupun ketidakakuratan atau setidaknya ketidakpastian dalam hasil perhitungan yang dibuat oleh *Ovum* berkaitan dengan biaya interkoneksi SMS off-net;
37. Bahwa inkonsistensi dan ketidakakuratan Termohon adalah, antara lain, sebagai berikut:
- (a) Termohon mengakui bahwa partner lokal dari *Ovum*, yakni PT. Tritech Consult, sudah menjelaskan bahwa hasil perkiraan *Ovum* tidak bisa diterapkan secara sama kepada semua operator karena dua operator yang berbeda tidak mungkin menghasilkan biaya yang sama (vide halaman 26, alinea 21.2.11.8 dari Putusan KPPU). Namun. Termohon masih menggunakan hasil perkiraan tersebut sebagai dasar untuk melakukan perhitungan kerugian konsumen bagi seluruh operator;
 - (b) Termohon mengakui bahwa *new entrants*, dalam hal ini Pemohon, telah dirugikan tindakan/perilaku operator

Hal. 152 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



incumbents yang memaksakan klausula mengenai penetapan harga SMS off-net tetapi di sisi lain Pemohon sebagai *new entrant* dianggap merugikan konsumen. Bagaimana Pemohon dapat dikatakan merugikan konsumen, kalau Pemohon sendiri telah dinyatakan sebagai pihak yang dirugikan ?;

- (c) Termohon menyatakan bahwa kerugian yang diderita konsumen tidak terkait dengan perhitungan keuntungan yang dinikmati oleh operator bersangkutan (vide halaman 205, alinea 5.6.14 dari Putusan KPPU). Namun, Termohon menghitung kerugian konsumen dengan cara membandingkan total pendapatan operator dalam laporan keuangan, perkiraan harga kompetitif layanan SMS off-net versi Termohon vis a vis *Ovum*, kisaran harga SMS off-net, dan pangsa pasar masing-masing operator;
38. Bahwa dengan demikian, Termohon seharusnya sama sekali tidak memberikan gambaran tentang kerugian konsumen dalam perkara *a quo* terlepas dari ada atau tidaknya perilaku kartel dari sebagian atau seluruh Terlapor karena suatu putusan seharusnya tidak boleh memuat pertimbangan-pertimbangan yang sifatnya hanyalah perkiraan apalagi didasarkan pada suatu asumsi (yakni, hasil perkiraan *Ovum*) yang sudah jelas tidak dapat dipertanggungjawabkan;
39. Bahwa berkaitan dengan hasil perkiraan yang dibuat oleh *Ovum*, ketidakakuratan atau setidaknya ketidakpastian dari hasil perkiraan biaya interkoneksi SMS off-net terjadi karena perkiraan tersebut dibuat berdasarkan data yang diberikan oleh operator *incumbent* pada jasa jaringan telekomunikasi FWA. dalam hal ini Telkom, dan jasa telekomunikasi seluler, dalam hal ini Telkomsel. Dengan demikian, hasilnya tidak dapat menggambarkan biaya interkoneksi SMS off-net dari para *new entrants* karena biaya tetap (*fixed costs*) yang harus dikeluarkan untuk investasi dan jumlah (*traffic*) layanan yang dihasilkan para *new entrants* pasti berbeda dengan *incumbents*, bahkan berbeda antar *new entrants* itu sendiri atau bahkan antar *incumbents* itu sendiri;

Hal. 153 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Hasil perhitungan *Ovum* yang dikutip oleh Termohon sebagaimana dimaksud dalam Tabel 8 halaman 25 dari Putusan KPPU, ternyata tidak mencantumkan biaya untuk SMS off-net (*terminating dan originating*) dari operator FWA, sedangkan yang dicantumkan adalah hanya untuk operator seluler. Dalam Tabel 8 tersebut dinyatakan "*originating interconnected SMS (to mobile)*" dan "*terminating interconnected SMS (from mobile)*". Jadi harga yang ditentukan dalam hasil perhitungan *Ovum* tersebut hanyalah berlaku untuk operator seluler. Operator FWA jelas-jelas bukan operator seluler. Oleh karena itu, hal ini juga menegaskan adanya perbedaan pasar antara jasa layanan FWA dan Seluler;

D. Putusan KPPU Batal Demi Hukum Karena Kurang/ Tidak Cukup Dipertimbangkan (*Onvoldoende Gemotiveerd*):

Suatu Putusan Yang Tidak Didasari Pertimbangan, Fakta Dan Dasar Hukum Yang Cukup Harus Batal Demi Hukum:

40. Bahwa sesuai dengan prinsip hukum acara perdata yang berlaku di Indonesia suatu keputusan yang tidak disertai oleh pertimbangan atau alasan yang jelas yang dikehendaki oleh undang-undang dapat menimbulkan suatu kelalaian dalam acara (*Vormverzuim*). Demikian pula apabila suatu putusan tidak/kurang memberikan pertimbangan/alasan, bahkan apabila kalau alasan-alasan itu kurang jelas, sukar dapat dimengerti ataupun bertentangan dengan satu sama lain, maka hal demikian dapat dipandang suatu kelalaian dalam acara (*Vormverzuim*) yang dapat mengakibatkan batalnya suatu putusan." (vide Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor M.A./Pem/1154/74 tanggal 25 November 1974);

Putusan KPPU Kurang/Tidak cukup dipertimbangkan (*Onvoldoende Gemotiveerd*) Karena Pertimbangan Hukumnya Tidak Memuat Pertimbangan-Pertimbangan Terhadap Semua Terlapor Yang Dinyatakan Tidak Bersalah Oleh Termohon

41. Bahwa Putusan KPPU kurang atau tidak memberikan pertimbangan yang cukup karena Termohon tidak menguji dan mempertimbangkan hasil pemeriksaan dari Tim Pemeriksa LHPL terhadap seluruh operator yang dinyatakan tidak terbukti



melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, antara lain, Indosat. Padahal, sebagaimana telah disebutkan pada Bagian I Tentang Fakta-Fakta Hukum Huruf A Angka 10 di atas, Termohon melalui Putusan Nomor 07/KPPU-L/2007, tanggal 19 November 2007 secara tegas telah menyatakan bahwa Indosat memiliki hubungan kepemilikan secara silang (*cross ownership*) dengan Telkomsel sehingga tentunya Termohon harus melakukan analisa apakah Indosat benar-benar tidak terbukti melanggar Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999. termasuk di dalamnya apakah dalam suatu *hubungan cross ownership* antara dua pelaku usaha incumbents masih diperlukan suatu perjanjian tertulis maupun komunikasi langsung untuk membuktikan ada tidaknya suatu kesepakatan penetapan harga antara dua pelaku usaha yang memiliki posisi dominan. Putusan KPPU kurang/tidak cukup dipertimbangkan (*onvoldoende gemotiveerd*) karena mengeluarkan putusan yang saling bertentangan dan tidak konsisten sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan khususnya bagi Pemohon;

42. Bahwa di samping hal-hal yang telah diuraikan di atas, Termohon dalam menentukan ada tidaknya kartel harga maupun pihak-pihak yang dinyatakan melanggar dan harus dibebani pertanggungjawaban telah memberikan pertimbangan-pertimbangan dan/atau mengambil kesimpulan-kesimpulan yang saling bertentangan dan tidak konsisten, antara lain, sebagai berikut:

- (a) Termohon menyatakan Hutchinson tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 sebagaimana tertuang dalam halaman 207 Alinea 6.1.3 dari Putusan KPPU tetapi Termohon mengakui bahwa Hutchinson menandatangani perjanjian yang dianggap sebagai perjanjian kartel oleh Termohon sebagaimana tertuang dalam halaman 195 alinea 5.5.2.12 dari Putusan KPPU;
- (b) Smart dinyatakan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 tetapi tidak dikenakan tindakan administratif atau dibebani tanggungjawab untuk membayar denda dengan alasan posisi tawar Smart adalah (paling) lemah

Hal. 155 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



sebagaimana tertuang dalam halaman 209 alinea 12.6 dari Putusan;

- (c) Termohon menyatakan NTS-Axis tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 sebagaimana tertuang dalam halaman 207 alinea 6.1.3 dari Putusan KPPU tetapi Termohon mengakui bahwa NTS-Axis menandatangani perjanjian yang dianggap sebagai perjanjian kartel oleh Termohon sebagaimana tertuang dalam halaman 195 alinea 5.5.2.12 dari Putusan KPPU;

Putusan KPPU Kurang/Tidak Cukup Dipertimbangkan (*Onvoldoende Gemotiveerd*) Karena Mengeluarkan Putusan Yang Kurang / Tidak Memberikan Pertimbangan:

43. Bahwa Putusan KPPU kurang atau tidak memberikan pertimbangan yang cukup karena Termohon tidak mempertimbangkan bukti baru yang diajukan oleh Pemohon kepada Termohon bersama-sama dengan surat tanggal 2 Juni 2008, Ref. Nomor 12427/EST-06/VI/2008, tentang Tanggapan atas Laporan Pemeriksaan Lanjutan Perkara, yaitu bukti berupa Risalah Rapat tanggal 29 Agustus 2006 berikut dengan daftar hadirnya tersebut. Padahal bukti tersebut secara jelas dan tegas menunjukkan serta membuktikan bahwa Pemohon tidak memiliki niat dan maksud untuk melakukan praktek kartel harga dan akibat penurunan tarif SMS off-net yang dilakukan oleh Pemohon, Pemohon mengalami tekanan-tekanan dan ancaman sanksi yang memaksa Pemohon untuk kembali menerapkan tarif sesuai Perjanjian Kerjasama Interkoneksi. Kondisi yang sedemikian itu, tentunya harus menjadi bahan pertimbangan bagi Termohon untuk menjatuhkan putusannya. Akan tetapi, karena tidak dipertimbangkannya secara baik dan cukup atas bukti tersebut, maka Termohon telah tidak memberikan putusannya yang adil terhadap Pemohon;
- E. Termohon Menerapkan Pasal Yang Salah Dalam Perkara *A quo* Karena Pasal Yang Seharusnya Digunakan Adalah Pasal 19 Huruf (A) Dan Bukan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999
44. Bahwa secara historis, Perkara Nomor 26/KPPU-L/2007 timbul karena adanya Laporan Hutchinson yang diblokir oleh XL karena tidak melaksanakan Perjanjian Kerjasama Interkoneksi

Hal. 156 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



(*in casu*, Berita Acara Pemeriksaan Hutchinson di KPPU), serta adanya berbagai keluhan sulitnya *new entrants*, seperti Smart, Hutchinson, NTS Axis, Bakrie (*in casu* Pemohon) dan Mobile-8, dalam kaitannya dengan hubungan interkoneksi dengan operator *incumbents*;

45. Bahwa dengan demikian, pokok persoalan sebenarnya adalah bukan pada adanya klausula harga SMS off-net melainkan adanya tindakan oleh operator *incumbents* yang menghalangi atau setidaknya melakukan restriksi terhadap *new entrants* untuk memasuki pasar telekomunikasi di Indonesia; Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5/1999 yang seharusnya diterapkan vis a vis diuji dalam perkara *a quo* adalah Pasal 19 Huruf (a) karena dalam kasus ini yang terjadi sebenarnya adalah penyalahgunaan posisi dominan (*abuse of dominant power*) oleh pelaku dominan (*incumbents*) terhadap *new entrants*, termasuk Pemohon;

Pasal 19:

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

- (a) menolak dan/atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar yang bersangkutan; atau...”;

- F. Penerapan Prinsip *Rule Of Reason* Oleh Termohon Dalam Penerapan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 Dalam Putusan KPPU Seharusnya Membebaskan Pemohon Karena Pemohon Diakui Sebagai *New Entrants* Dengan Posisi Yang Lemah, Dan Tindakan-Tindakan Pemohon Tidak Menimbulkan Kartel Maupun Persaingan Usaha Tidak Sehat:

46. Bahwa Termohon telah membebaskan Hutchinson maupun NTS-Axis meskipun keduanya telah menandatangani Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat perjanjian penetapan harga SMS off-net dengan alasan masing-masing bahwa Hutchinson secara materiil tidak pernah melaksanakannya, sedangkan NTS-Axis baru diluncurkan tahun 2008 pasca



pencabutan klausula kartel harga. Dengan demikian, Termohon telah menerapkan prinsip *rule of reason* dalam penerapan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999;

47. Bahwa dengan demikian, Termohon seharusnya juga melihat secara seksama kedudukan dan pola perilaku dari Pemohon maupun ada tidaknya akibat tindakan-tindakan yang dilakukan oleh Pemohon yang telah menimbulkan persaingan usaha tidak sehat;
48. Bahwa Pengakuan Termohon, antara lain, tentang kedudukan Pemohon sebagai *new entrant* yang lemah, adanya tindakan Pemohon yang berupaya melepaskan diri dari klausula harga SMS off-net, maupun tindakan Pemohon yang segera merubah tarif layanan SMS semenjak adanya kebijaksanaan yang dikeluarkan oleh BRTI selaku institusi yang berwenang melakukan pengawasan seharusnya menunjukkan bahwa Pemohon tidak melakukan atau terlibat kartel harga. Dengan demikian, Pemohon seharusnya dibebaskan dari tuduhan melakukan praktek kartel harga dan dinyatakan tidak melanggar Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999

G. Putusan KPPU Tidak Mencerminkan Asas Keseimbangan, Dan Keadilan Diantara Para Terlapor

49. Bahwa Termohon telah menjatuhkan hukuman terhadap sejumlah operator termasuk Pemohon yang memiliki Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang memuat klausula harga layanan SMS off-net. Namun disisi lain, Termohon membebaskan dua operator, yakni Hutchinson dan NTS-Axis padahal keduanya juga secara jelas memiliki perjanjian yang serupa;
50. Bahwa Termohon telah menyatakan sejumlah operator bersalah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, termasuk operator *new entrants* yakni Pemohon, *Smart* dan *Mobile-8*. Namun demikian, operator *new entrants* yang dijatuhi penghukuman berupa denda adalah hanya Pemohon dan Mobile-8, sedangkan terhadap Smart tidak diberikan sanksi sejenis;
51. Bahwa dengan demikian, Putusan KPPU tidak mencerminkan asas keseimbangan, dan keadilan diantara Para Terlapor



sehingga tidak seharusnya dipertahankan, khususnya yang berkaitan dengan Pemohon;

Bahwa, berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, Pemohon Keberatan III mohon kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat agar memberi putusan sebagai berikut:

1. Menerima dan mengabulkan seluruh keberatan dari Pemohon;
2. Menyatakan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (KPPU) Nomor 26/KPPU-L/2007, tanggal 18 Juni 2008 (Putusan KPPU) batal demihukum atau setidaknya membatalkan amar Putusan KPPU yang berkaitan dengan Pemohon, yakni Amar Putusan KPPU Angka 1 dan 5, berikut dengan segala akibat hukumnya;
3. Menyatakan Pemohon tidak terbukti melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat; dan
4. Menghukum Termohon (Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia) untuk membayar segala biaya perkara;

Atau:

- Apabila Pengadilan Negeri berpendapat lain, Pemohon mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*) demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa;

Keberatan Pemohon Keberatan IV/PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk.:

Bahwa keberatan Pemohon ini diajukan karena adanya kekeliruan yang nyata yang berkaitan dengan fakta-fakta yang menjadi bahan pertimbangan putusan Termohon maupun oleh adanya kekeliruan penerapan hukum oleh Termohon yang akan Pemohon uraikan lebih lanjut dalam permohonan keberatan ini;

Bahwa mengacu kepada ketentuan dalam Pasal 44 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya di sebut Undang-Undang) yang menyatakan:

"Pelaku Usaha dapat mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri selambat-lambatnya 14 (empat belas setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut", maka secara yuridis Pemohon berhak mengajukan Permohonan Keberatan ini;

Bahwa berdasarkan Anggaran Dasar Pemohon yang beberapa kali diubah dan terakhir telah diumumkan dalam Berita Negara Republik Indonesia Nomor 51 Tambahan Berita Negara Nomor 666 tanggal 27 Juni 2006, pada Pasal 1 disebutkan bahwa tempat kedudukan hukum Pemohon adalah di Bandung (Bukti P-I);

Hal. 159 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Bahwa mengacu kepada ketentuan Pasal 2 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 03 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan (selanjutnya disebut PERMA Nomor 03 Tahun 2005) yang menyatakan:

"Keberatan terhadap Putusan KPPU hanya diajukan oleh Pelaku Usaha Terlapor kepada Pengadilan Negeri di tempat kedudukan hukum pelaku Usaha tersebut", maka Permohonan Keberatan ini memenuhi syarat untuk diajukan kepada Pengadilan Negeri Kelas I Bandung;

Bahwa Putusan Termohon secara resmi diberitahukan kepada Pemohon pada hari Kamis, tanggal 26 Juni 2008 oleh Termohon (sebagaimana Berita Acara Penyerahan Salinan Putusan Perkara Nomor 26/KPPUL/2007, Bukti P-2), maka Permohonan Keberatan ini diajukan masih dalam tenggang waktu 14 (empat belas) hari sebagaimana diatur dalam Pasal 44 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 dan Pasal 4 ayat (1) PERMA Nomor 03 Tahun 2005, oleh karena itu Permohonan Keberatan ini memenuhi persyaratan untuk diterima dan diperiksa oleh Pengadilan Negeri Kelas I Bandung;

Bahwa mengacu kepada ketentuan Pasal 2 ayat (3) PERMA Nomor 03 Tahun 2005, maka sehubungan dengan Permohonan Keberatan Pemohon ini, Termohon adalah merupakan pihak dalam perkara ini;

1. Penjelasan Tentang Duduk Perkara:

- 1.1. Pemohon adalah suatu Badan Usaha Milik Negara (BUMN) berbentuk Perseroan Terbatas telah *Go Publik* yang melakukan kegiatan usaha sebagai Penyelenggara Jaringan Tetap dan Jasa Telekomunikasi di Indonesia berdasarkan izin dari Pemerintah Republik Indonesia yang beberapa kali diubah dan diperbaharui, terakhir berdasarkan Keputusan Menteri Perhubungan RI Nomor KP. 162 Tahun 2004 tanggal 13 Mei 2004, tentang Izin Penyelenggaraan Jaringan Tetap dan Penyelenggaraan Jasa Teleponi Dasar PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk (Bukti P-3);
- 1.2. Bahwa berdasarkan izin tersebut di atas, Pemohon menyelenggarakan Jaringan Tetap Lokal, Jaringan Tetap Sambungan Jarak Jauh dan Jaringan Tetap Sambungan Internasional serta Jasa Teleponi Dasar;
- 1.3. Bahwa berdasarkan penjelasan resmi terhadap Pasal 9 ayat (2) huruf a Peraturan Pemerintah Nomor 52 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi (selanjutnya disebut PP Nomor 52 tahun 2000) (Bukti P-4), penyelenggaraan jaringan tetap lokal dapat



menggunakan jaringan tetap lokal kabel dan/atau jaringan tetap lokal tanpa kabel;

- 1.4. Bahwa dalam menyelenggarakan jasa teleponi dasar, Pemohon menggunakan jaringan telepon atau *Public Switched Telephone Network* (PSTN) sesuai dengan ketentuan butir 7 a) Bab I Lampiran Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 4 Tahun 2001 tentang Penetapan Rencana Dasar Teknis Nasional 2000 (*Fundamental Technical Plan National 2000*) (Bukti P-5) dan jaringan tetap lokal tanpa kabel dengan mobilitas terbatas (*fixed wireless acces/ IWA*) sesuai dengan Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 35 Tahun 2004 (selanjutnya disebut KM Nomor 35 Tahun 2004) (Bukti P-6);
- 1.5. Bahwa Pemohon mulai menyelenggarakan Jaringan tetap lokal tanpa kabel dengan mobilitas terbatas (*fixed wireless access/ FWA*) dengan teknologi CDMA (*code division multiple acces*) secara komersial pada tahun 2003 dengan brand name Telkom Flexi;
- 1.6. Bahwa dalam penyelenggaraan layanan jasa telekomunikasi melalui PSTN Telkom dan Telkom Flexi, pelanggan dapat menggunakan berbagai fasilitas layanan tambahan, diantaranya adalah layanan *Short Message Service* (SMS);
- 1.7. Bahwa sebelum tahun 2002, yaitu pada tahun 1997 antara Pemohon dengan PT. Telkomsel telah membuat Perjanjian Interkoneksi, namun pada saat itu Pemohon belum menyelenggarakan layanan tambahan SMS. Sebagai upaya meningkatkan *value produk* PSTN Telkom, selanjutnya pada bulan Desember 2002 Pemohon mulai menyelenggarakan fasilitas layanan tambahan SMS, oleh karena itu Pemohon mengamandir (merubah) Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel melalui Nomor PKS.256/HK.820/ OPSAR-00/2002, tanggal 30 Desember (selanjutnya disebut Amandemen Kedua) (Bukti P7);
- 1.8. Bahwa pada butir "b" bagian pertimbangan (*considerant*) Amandemen Kedua tersebut disebutkan: 'Bahwa Telkomsel dan Telkom sepakat untuk menjalin kerjasama dalam menyediakan jasa layanan SMS lintas-operator bagi pengguna jasa masing-masing Pihak';
Selanjutnya pada butir "C" bagian pertimbangan Amandemen Kedua tersebut disebutkan: "Bahwa untuk meningkatkan pelayanan pelanggan. Para Pihak sepakat untuk memperluas lingkup kerjasama

Hal. 161 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Interkoneksi jaringan telekomunikasi PSTN Telkom dengan STBS GSM Telkomsel, sehingga meliputi kerjasama penyaluran trafik SMS antar Pengguna masing-masing Pihak”;

- 1.9. Bahwa mengacu kepada butir “b” dan “c bagian pertimbangan Amandemen Kedua tersebut di atas, sangat jelas bahwa tujuan dilakukannya amandir perjanjian interkoneksi tersebut adalah untuk mengakomodir pelaksanaan penyaluran trafik SMS antara pengguna PSTN Telkom, yakni pengguna/pelanggan telepon rumah dengan pengguna layanan STBS GSM PT. Telkomsel sebagaimana tergambar dalam Lampiran Bukti P-7);
- 1.10. Bahwa dalam Perkara Nomor 26/KPPU-L/2007, Termohon menerima laporan dugaan bahwa Pemohon bersama penyelenggara telekomunikasi lain telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 sehubungan fasilitas layanan tambahan SMS yang dimiliki oleh semua penyelenggara jasa telekomunikasi seluler dan *fixed wireless access* (FWA);
- 1.11. Bahwa selanjutnya Termohon melakukan pemeriksaan terhadap dugaan pelanggaran tersebut dengan melakukan pemeriksaan terhadap layanan tambahan SMS layanan telekomunikasi seluler dan FWA melalui proses Pemeriksaan Pendahuluan dan Pemeriksaan Lanjutan;
- 1.12. Bahwa berdasarkan butir 4.3.4.1 Putusan Termohon secara tegas dinyatakan bahwa “objek pada perkara ini adalah jasa layanan tambahan yang dimiliki oleh semua penyelenggara jasa telekomunikasi seluler dan *fixed wireless access* (FWA)”;
- 1.13. Bahwa pada tanggal 18 Juni 2008 Termohon menjatuhkan dan membacakan Putusan Termohon yang amarnya sebagaimana disebutkan di atas;
2. Kewenangan Untuk Melakukan Pengawasan Persaingan Usaha Di Bidang Telekomunikasi, Adalah Mutlak Kewenangan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (BRTI);
 - 2.1. Dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi (selanjutnya disebut Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999, Bukti P-8), diatur bahwa: “Telekomunikasi dikuasai oleh Negara dan pembinaannya dilakukan oleh Pemerintah”;
 - 2.2. Pembinaan sebagaimana dimaksud Pasal 4 ayat (1) di atas, selanjutnya pada ayat (2) ditegaskan bahwa: “Pembinaan

Hal. 162 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



telekomunikasi diarahkan untuk kepentingan penyelenggaraan telekomunikasi yang meliputi penetapan kebijakan, pengaturan, pengawasan dan pengendalian“;

Pada penjelasan resmi terhadap ayat (2) Pasal 4 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 ini, lebih lanjut dinyatakan bahwa:

“Fungsi pengawasan adalah pengawasan terhadap penyelenggaraan telekomunikasi, termasuk pengawasan terhadap penguasaan, penggunaan, pemasukan, perakitan, penggunaan frekuensi dan orbit satelit, serta alat, perangkat, sarana dan prasarana telekomunikasi“;

“Fungsi penetapan kebijakan, pengaturan, pengawasan dan pengendalian dilaksanakan oleh Menteri. Sesuai dengan perkembangan keadaan, fungsi pengaturan, pengawasan dan pengendalian penyelenggaraan telekomunikasi dapat dilimpahkan kepada suatu badan regulasi“;

- 2.3. Bahwa terhadap ketentuan ayat (2) Pasal 4 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tersebut, pada ayat (3) selanjutnya dinyatakan dalam penetapan kebijakan, pengaturan, pengawasan, dan pengendalian di bidang telekomunikasi, sebagaimana dimaksud pada ayat (2), dilakukan secara menyeluruh dan terpadu dengan memperhatikan pemikirandan pandangan yang berkembang dalam masyarakat serta perkembangan global“;
- 2.4. Bahwa selanjutnya, sebagai tindak lanjut (2) Pasal 4 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tersebut Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 31 Tahun 2003 tentang Penetapan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (selanjutnya disebut KM Nomor 31 Tahun 2003, (Bukti P-9) ditetapkan dan dibentuklah Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (selanjutnya disebut BRTI);
- 2.5. Bahwa maksud dibentuk dan ditetapkannya BRTI, secara tegas dinyatakan dalam Pasal 2 KM Nomor 31 Tahun 2003, yakni: “Untuk lebih menjamin adanya transparansi, independensi, dan prinsip keadilan dalam penyelenggraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi baik dalam tungsi pengaturan maupun, pengawasan penyelenggaraan jasa telekomunikasi“;
- 2.6. Bahwa untuk menegaskan keberadaan dan kewenangan BRTI, pada Pasal 5 KM Nomor 31 Tahun 2003 dinyatakan: “Untuk penyelenggaraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa



telekomunikasi, Menteri melimpahkan fungsi pengaturan, pengawasan dan pengendalian kepada BRTI". (Yang dimaksud Menteri dalam hal ini adalah Menteri Perhubungan yang pada saat itu sebagai Menteri Teknis yang membidangi penyelenggaraan telekomunikasi);

2.7. Bahwa untuk melaksanakan fungsi pengawasan sebagaimana dimaksud Pasal 5 KM Nomor 31 Tahun 2003 tersebut di atas, selanjutnya pada Pasal 6 huruf b diatur bahwa:

"Pengawasan terhadap penyelenggaraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi, yaitu:

- 1) Kinerja Operasi;
- 2) Persaingan Usaha;
- 3) Penggunaan alat dan perangkat telekomunikasi";

2.8. Bahwa BRTI dalam melaksanakan fungsinya bebas dari pengaruh dan kekuasaan dan atau kepentingan lain dan diberi kewenangan untuk mengambil tindakan hukum bagi penyelenggara telekomunikasi (dalam bentuk Keputusan Direktur Jenderal Pos dan Telekomunikasi), hal ini diatur pada Pasal 7 dan Pasal 8 KM Nomor 31 Tahun 2003 yang menyatakan:

Pasal 7: "BRTI dalam melaksanakan tugas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 bebas dari pengaruh kekuasaan dan atau kepentingan pihak lain";

Selanjutnya ketentuan Pasal 7 ini diubah oleh Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 25/P/M.Kominfo/11/2005, tentang Perubahan Pertama atas KM Nomor 31 Tahun 2003 (selanjutnya disebut PERMEN Nomor 25 Tahun 2005, Bukti P-10), sehingga seluruhnya berbunyi sebagai berikut:

"Dalam melaksanakan tugas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, Anggota BRTI bebas dari segala kepentingan dan putusannya semata-mata untuk kepentingan publik"

Pasal 8: "Keputusan BRTI dituangkan dalam Keputusan Direktur Jenderal" (dalam hal ini adalah Direktur Jenderal Pos dan Telekomunikasi);

2.9. Bahwa untuk memperjelas kewenangan BRTI dalam melakukan fungsi pengawasan dalam persaingan usaha penyelenggaraan jasa dan penyelenggaraan telekomunikasi, pada butir A III c Lampiran Keputusan Menteri Perhubungan Nomor KM.67 Tahun 2003 tentang



Tata Hubungan Kerja Antara Departemen Perhubungan dengan BRTI (selanjutnya disebut KM Nomor 67 Tahun 2003. Bukti P-11), ditegaskan bahwa BRTI berwenang untuk:

- 1) Mengawasi kinerja operasi penyelenggaraan jasa dan jaringan telekomunikasi yang dikompertisikan;
- 2) Mengawasi persaingan usaha penyelenggaraan jasa dan jaringan telekomunikasi yang dikompertisikan;
- 3) Mengawasi penggunaan alat dan perangkat penyelenggaraan jasa dan jaringan telekomunikasi yang dikompertisikan;

2.10. Bahwa untuk menjamin adanya kepastian dalam penyelenggaraan jaringan dan jasa telekomunikasi, khususnya penyelenggaraan jaringan tetap dan penyelenggaraan jasa teleponi dasar, maka Menteri Perhubungan menetapkan Keputusan Menteri Perhubungan Nomor 33 Tahun 2004 tentang Pengawasan Kompetisi Yang Sehat dalam Penyelenggaraan Jaringan Tetap dan Penyelenggaraan Jasa Teleponi Dasar (selanjutnya disebut KM Nomor 33 Tahun 2004. (Bukti P-12);

2.11. Bahwa berdasarkan seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan sebagaimana diuraikan di atas, maka jelas bahwa:

2.11.1. Secara tegas *Legislator dan Regulator* mengatur secara khusus ketentuan tentang pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi (baik penyelenggaraan jaringan telekomunikasi maupun jasa telekomunikasi). Secara *explisit* diantaranya diatur pada Pasal 10 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999, Pasal 6 huruf d KM Nomor 31 Tahun 2003 dan Butir A III c Lampiran KM Nomor 67 Tahun 2003;

2.11.2. Kewenangan (otoritas) untuk melakukan pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi (baik penyelenggaraan jaringan telekomunikasi maupun jasa telekomunikasi) mutlak diserahkan sepenuhnya kepada BRTI, tidak kepada lembaga, atau badan lain, termasuk tidak kepada KPPU. Hal ini jelas diuraikan dalam Penjelasan Resmi terhadap Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999;

2.11.3. Bahwa kewenangan untuk mengambil tindakan hukum termasuk untuk menjatuhkan sanksi kepada penyelenggara telekomunikasi berkaitan dengan persaingan usaha di bidang

Hal. 165 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



telekomunikasi mutlak berada pada BRTI, tidak berada pada lembaga atau badan lain, termasuk tidak berada pada KPPU;

2.11.4. Bahwa dalam menjalankan tugas dan fungsinya sebagai badan yang mempunyai kewenangan untuk melakukan pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi, secara bersamaan termasuk (*including*) BRTI juga mempunyai kewenangan untuk mengambil tindakan hukum berupa penjatuhan sanksi kepada penyelenggara telekomunikasi, yang dituangkan dalam Keputusan Direktur Jenderal, sebagaimana diatur dalam Pasal 7 dan 8 KM Nomor 31 Tahun 2003;

3. Termohon Tidak Berwenang (Tidak Mempunyai Yurisdiksi) Melakukan Pengawasan Persaingan Usaha Di Bidang Telekomunikasi

3.1. Bahwa pada angka 3.3 pertimbangan Termohon menyatakan sebagai berikut:

"Untuk menilai apakah Komisi mempunyai yurisdiksi dalam menangani perkara persaingan usaha di bidang telekomunikasi, Majelis Komisi melihat, Pertama, mengenai isi ketentuan umum Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, Kedua, mengenai Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi, dan Ketiga, mengenai KM. 31 Tahun 2003 tentang Penetapan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia";

3.2. Bahwa berdasarkan pertimbangan tentang hukum Termohon pada angka 3.3 tersebut, jelas bahwa Termohon secara tegas mengakui keberadaan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 dan KM Nomor 31 Tahun 2003 serta tunduk terhadap seluruh ketentuan yang diatur di dalamnya;

3.3. Bahwa selanjutnya, pada angka 3.21 pertimbangan tentang hukumnya, Termohon menyatakan :

".....Komisi tidak hanya memiliki tugas untuk mengawasi namun juga memiliki kewenangan untuk mengambil tindakan hukum terhadap pelaku usaha yang melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sedangkan BRTI sebagaimana ketentuan KM. 31 Tahun 2003 tersebut hanya memiliki kewenangan untuk mengawasi saja";

3.4. Bahwa pertimbangan tentang hukum Termohon sebagaimana dimaksud di atas, sangatlah keliru dan sangat sempit. Termohon tidak melihat tugas dan fungsi serta kewenangan BRTI secara utuh



dan menyeluruh. Berdasarkan pertimbangan hukum Termohon tersebut, maka secara *explicit* Termohon berpendapat dan berkesimpulan bahwa fungsi BRTI dalam melaksanakan pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi sebagaimana diatur dalam KM Nomor 31 Tahun 2003 hanyalah sekedar “mengamat-amati atau “memata-matai” belaka. Padahal berdasarkan ketentuan KM No. 31 tahun 2003, khususnya Pasal 8, jelas bahwa kewenangan BRTI dalam melakukan pengawasan penyelenggaraan telekomunikasi tidak sekedar “mengamat-amati” atau “memata-matai”, melainkan sampai kepada mengeluarkan tindakan hukum baik, dalam bentuk mengeluarkan surat peringatan atau teguran kepada penyelenggara telekomunikasi atau bahkan sampai kepada mengeluarkan keputusan yang dituangkan dalam bentuk Keputusan Direktur Jenderal;

- 3.5. Bahwa sebagai fakta penerapan kewenangan BRTI dalam fungsi pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi tidak hanya sekedar “mengamat-amati” atau “memata-matai”, pada tanggal 15 Juni 2007 BRTI telah mengeluarkan surat Nomor 172/BRTI/ATSI/VI/2007, yang ditujukan kepada seluruh penyelenggara jaringan dan jasa telekomunikasi, yang isinya menegaskan “agar seluruh penyelenggara jaringan/jasa telekomunikasi tidak melakukan kesepakatan, himbauan, atau *gentlement agreement* maupun perjanjian kerjasama antara operator menyangkut penetapan tarif (*price fixing*) SMS” (lihat butir 36.5.3 dan 36.5.4 halaman 62 Putusan Termohon);
- 3.6. Bahwa kesimpulan pertimbangan hukum Termohon dalam butir 3.11 yang menyatakan: “maka sama sekali tidak terlihat kehendak Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 untuk mengecualikan sektor-sektor tertentu dari aplikasi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, baik secara tersurat maupun tersirat. “Oleh karena itu, kewenangan Komisi dalam melakukan pengawasan dan penegakan Undang-Undang Nomor 5 Tahun berlaku bagi seluruh pelaku usaha dalam sektor apapun pelaku usaha tersebut melakukan kegiatan tanpa terkecuali para pelaku usaha di sektor telekomunikasi”, adalah pertimbangan hukum yang sangat keliru dan sangat sempit serta tidak berdasar;



- 3.7. Bahwa pertimbangan hukum Termohon sebagaimana dimaksud di atas, hanya terpaku kepada ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sama sekali tidak memperhatikan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lain yang sangat erat kaitannya dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yakni Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999, KM Nomor 31 Tahun 2003 dan KM Nomor 67 Tahun 2003 yang mengatur secara khusus tentang pengawasan persaingan usaha pada sektor (di bidang) penyelenggaraan telekomunikasi;
- 3.8. Bahwa pertimbangan hukum Termohon dalam butir 3.16 dan 3.18 yang pada intinya menyatakan bahwa dengan ditunjuknya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam penjelasan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999, maka seluruh ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 harus diterapkan dalam melakukan pengawasan persaingan usaha di bidang telekomunikasi, termasuk menyangkut kewenangan Termohon (KPPU);
- 3.9. Bahwa pertimbangan hukum Termohon dalam butir 3.16 dan 3.18 tersebut adalah keliru. Penunjukan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam penjelasan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tersebut dimaksudkan hanyalah menegaskan larangan bagi penyelenggara telekomunikasi untuk melakukan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Penunjukan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam penjelasan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tersebut tidak dimaksudkan untuk menundukkan diri kepada kewenangan Termohon yang diatur secara umum dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, dan oleh karena itulah kemudian;
- 3.9.1. Melalui KM Nomor 31 Tahun 2003 dan KM Nomor 67. Tahun 2002 diatur lebih lanjut secara khusus tentang pengawasan persaingan usaha di bidang penyelenggaraan telekomunikasi dan kewenangan untuk melakukan pengawasannya diserahkan kepada BRTI;
- 3.9.2. Dalam Pasal 25 ayat (1) Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 09/PER/M.KOMINFO/04/2008, dinyatakan bahwa: "BRTI melakukan pengawasan dan pengendalian serta tindakan yang diperlukan terhadap pelanggaran implementasi besaran tarif dari penyelenggara yang dapat



mengganggu terlaksananya kompetisi yang sehat dalam industri jasa layanan telekomunikasi”;

- 3.10. Bahwa di samping Termohon sama sekali tidak memperhatikan ketentuan sebagaimana diatur khusus dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999, KM Nomor 31 Tahun 2003 dan KM Nomor 67 Tahun 2003, Termohon juga sama sekali tidak memperhatikan dan tidak melandaskan pertimbangan hukumnya kepada asas hukum yang merupakan unsur terpenting dan bahkan merupakan jantung atau jiwa serta landasan yang paling prinsip dalam penerapan ketentuan hukum;

Salah satu asas hukum yang seharusnya dipertimbangkan Termohon dalam hal ini adalah asas *Lex specialis derogot legi generali*. Makna asas ini diketahui secara umum dan luas serta senantiasa diterapkan dalam penegakan hukum, yakni makna yang menyatakan bahwa “ketentuan peraturan perundang-undangan (hukum) yang khusus mengenyampingkan ketentuan (hukum) yang umum, atau ketentuan peraturan perundang-undangan yang sifatnya khusus didahulukan berlakunya dari pada peraturan perundang-undangan yang sifatnya umum”;

- 3.11. Bahwa wewenang Termohon yang didasarkan kepada ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagaimana dipergunakan Termohon dalam pertimbangan hukumnya adalah ketentuan hukum yang sifatnya umum (*legi generalis*), sedangkan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 juncto KM Nomor 31 Tahun 2003 dan KM Nomor 67 Tahun 2003 adalah ketentuan hukum yang sifatnya khusus (*lex specialis*);

Oleh karena Termohon tidak melihat kehendak Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 untuk mengecualikan sektor-sektor tertentu dari aplikasi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagaimana diuraikan dalam pertimbangan hukumnya, seharusnya Termohon menyadari bahwa Termohon harus melihat dan mendasarkan diri kepada Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 juncto KM Nomor 31 Tahun 2003 yang secara tegas mengatur khusus tentang kewenangan yang dimiliki oleh BRTI dalam melakukan pengawasan persaingan usaha di bidang penyelenggaraan Telekomunikasi, sehingga secara sadar seharusnya Termohon tidak melakukan



pengawasan dan pemeriksaan terhadap perkara persaingan usaha di sektor (bidang) penyelenggaraan Telekomunikasi;

- 3.12. Di samping hal-hal sebagaimana Pemohon uraikan di atas, dalam melaksanakan tugas dan fungsi melakukan pengawasan persaingan usaha, Termohon juga telah berlaku diskriminatif dan tidak konsisten pada perkara lain, yakni perkara tentang dugaan pelanggaran Pasal 27 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengenai Kepemilikan Silang yang didugadilakukan oleh PT. Media Nusantara Citra, Termohon secara sadar tidak menindaklanjuti proses pemeriksaan karena adanya perbedaan pengaturan (persepsi) tentang pengertian kepemilikan silang antara Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dengan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran; Hal ini dapat diketahui dari pernyataan Komisioner KPPU Tresna P. Soemardi yang dikutip oleh hukum online.com pada tanggal 19 Mei 2008, sebagai berikut:

“Kasus itu, baru bisa ditangani oleh KPPU jika sudah ada kesamaan persepsi tentang pengertian kepemilikan silang, antara Undang-Undang Penyiaran dengan Undang-Undang Anti Monopoli. Maka dari itu, rapat Majelis komisi merekomendasikan kepada pemerintah untuk memperbaiki *beleid* tentang kepemilikan silang”;

(Bukti P-13);

- 3.13. Bahwa Berdasarkan uraian tersebut di atas, jelas bahwa Termohon tidak berwenang (tidak mempunyai yurisdiksi) untuk melakukan pengawasan terhadap persaingan usaha di bidang penyelenggaraan telekomunikasi, apalagi untuk melakukan pemeriksaan dan mengadili serta menjatuhkan sanksi hukum kepada penyelenggara telekomunikasi sebagaimana Putusan Termohon yang menjadi objek Permohonan Keberatan Pemohon ini;

Putusan Termohon sangat keliru dan tidak berdasar atas hukum, oleh karena itu demi keadilan dan kepastian hukum, maka kiranya cukup alasan bagi Majelis Hakim Yang Terhormat yang memeriksa dan mengadili perkara Permohonan Keberatan ini untuk membatalkan Putusan Termohon dimaksud;

Berdasarkan hal-hal sebagaimana Pemohon uraikan pada angka 1 dan 2 tersebut di atas, Pemohon memohon kepada Yang Terhormat Majelis Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara ini untuk menyatakan bahwa Termohon tidak berwenang melakukan



pengawasan tertiadap bidang usaha penyelenggaraan telekomunikasi termasuk melakukan pemeriksaan dan mengadili serta menjatuhkan sanksi kepada penyelenggara telekomunikasi (baik penyelenggara jaringan telekomunikasi maupun penyelenggara jasa telekomunikasi) termasuk Pemohon;

4. Putusan Termohon Harus Dibatalkan Karena Perjanjian Pemohon Dengan PT. Telkomsel Bukan Perjanjian Yang Menjadi Objek Perkara Yang Diperiksa Oleh Termohon

4.1. Bahwa pada Putusan Termohon butir 4.3.4.1 Termohon secara tegas menyatakan bahwa "objek pada perkara ini adalah jasa layanan tambahan yang dimiliki oleh semua penyelenggara jasa telekomunikasi seluler dan *fixed wireless access* (FWA)";

4.2. Bahwa dalam pemeriksaan, Termohon menyatakan bahwa antara Pemohon dengan PT. Telkomsel membuat perjanjian interkoneksi tahun 2002 sebagaimana digambarkan pada Matriks klausula penetapan SMS dalahn PKS interkoneksi halaman 21 dan 193 Putusan Termohon;

4.3. Bahwa PKS (Perjanjian) Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel yang dimaksud oleh Termohon adalah Amandemen Kedua Nomor PKS.256/HK.820/OPSAR-00/2002, tanggal 30 Desember 2002;

4.4. Bahwa pada butir "b" bagian pertimbangan (*considerant*) Amandemen Kedua tersebut disebutkan: "Bahwa Telkomsel dan Telkom sepakat untuk menjalin kerjasama dalam menyediakan jasa layanan SMS lintas-operator bagi pengguna jasa masing-masing Pihak";

Selanjutnya pada butir "c" bagian pertimbangan Amandemen Kedua tersebut disebutkan: "Bahwa untuk meningkatkan pelayanan pelanggan, Para Pihak sepakat untuk memperluas lingkup kerjasama Interkoneksi jaringan telekomunikasi PSTN Telkom dengan STBS GSM Telkomsel sehingga meliputi kerjasama penyaluran trafik SMS antar Pengguna masing-masing Pihak";

4.5. Bahwa berdasarkan hal tersebut di atas, perjanjian sebagaimana dimaksud pada butir 4.3 di atas adalah perjanjian interkoneksi tentang penyaluran trafik SMS antara pengguna PSTN Telkom, yakni pengguna/pelanggan telepon rumah dengan pengguna layanan STBS GSM PT. Telkomsel, sehingga Perjanjian yang dipergunakan



Termohon untuk menyatakan Pemohon telah melanggar ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah perjanjian yang tidak ada kaitannya dengan objek pemeriksaan Termohon, karena perjanjian antara Pemohon dengan PT. Telkomsel adalah penyaluran trafik SMS antara Pengguna PSTN Telkom dengan pengguna layanan STBS GSM PT. Telkomsel, bukan layanan SMS seluler dan layanan SMS FWA;

- 4.6. Bahwa karena perjanjian yang dijadikan objek pemeriksaan, Termohon tidak sesuai atau menyimpang dari objek perkara (Perkara Nomor 26/KPPU-L/2007), maka demi keadilan dan kepastian hukum Pemohon memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan Termohon;
5. Pemohon Tidak Melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Karena Perjanjian Antara Pemohon Dengan PT. Telkomsel Tidak Memenuhi Unsur-Unsur Yang Terkandung Dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999
 - 5.1. Bahwa amar Putusan Termohon butir 1, Termohon menyatakan bahwa Pemohon terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yang rumusannya seutuhnya adalah sebagai berikut: "Pelaku Usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama";
 - 5.2. Bahwa Pemohon sangat berharap Majelis Hakim Yang Terhormat memperhatikan hal-hal yang Pemohon kemukakan pada butir 4 di atas, namun demikian, apabila Majelis Hakim Yang Terhormat berpendapat lain tentang objek dan perjanjian sebagaimana Pemohon maksud dan Termohon berwenang melakukan pengawasan persaingan usaha pada sektor (bidang) penyelenggara telekomunikasi, *quod non*, amar Putusan Termohon diktum ke-1 sebagaimana tersebut di atas adalah keliru, menyesatkan dan tanpa landasan hukum yang cukup, karena:
 - 5.2.1. Berdasarkan Matrix Klausula Penetapan Harga SMS sebagaimana diuraikan oleh Termohon pada halaman 21 dan halaman 193 Putusan Termohon perjanjian yang menjadi objek pemeriksaan Termohon terhadap Pemohon dalam perkara Nomor 26/KPPUL/2007, adalah Perjanjian



Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel yang dibuat tahun 2002;

5.2.2. Bahwa penilaian Termohon dalam butir 5.4 Putusan Termohon yang menyatakan bahwa unsur-unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang harus terpenuhi dalam menyatakan ada tidaknya pelanggaran adalah:

- 1) Pelaku Usaha;
- 2) Perjanjian Penetapan Harga; dan
- 3) Pesaing, adalah keliru dan tidak mempunyai landasan hukum serta tanpa kewenangan Termohon telah dengan sengaja mengurangi unsur lainnya dari rangkaian rumusan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut, yakni unsur "Pasar Sama" yang sama pentingnya unsur-unsur lainnya;

5.2.3. Bahwa mengacu kepada rumusan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka unsur-unsur dari Pasal 5 tersebut terdiri dari: 1) Pelaku usaha; 2) Perjanjian penetapan harga ; 3) Pesaing; dan 4) Pasar bersangkutan yang sama;

5.2.4. Bahwa prinsip yang sangat mendasar (*fundamental*) yang harus diikuti Termohon dalam memutuskan bahwa Pemohon telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, Termohon harus membuktikan bahwa secara nyata-nyata (faktual) tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh Pemohon telah memenuhi seluruh unsur (elemen) rumusan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut secara kumulatif;

5.2.5. Bahwa sehubungan dengan hal tersebut di atas sebelum Termohon memutuskan dan menyatakan bahwa Pemohon telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka Termohon bahwa Pemohon selaku pelaku usaha secara nyata, telah membuat perjanjian yang dimaksudkan untuk menetapkan harga (dalam hal ini harga layanan SMS); perjanjian tersebut dibuat dengan pesaing Pemohon; dan layanan SMS dimaksud harus dalam pasar bersangkutan yang sama;

5.2.6. Bahwa dalam pertimbangan hukum Termohon pada butir 5.5.1.4, butir 5.5.2.41 dan butir 5.5.3.4 secara tegas

Hal. 173 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



menyatakan bahwa unsur pelaku usaha, unsur perjanjian penetapan harga dan unsur pesaing terpenuhi atau terbukti, sedangkan untuk unsur pasar bersangkutan yang sama tidak dinyatakan terbukti;

5.2.7. Bahwa dengan tidak terbuktinya salah satu unsur dari rumusan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut, yakni unsur pasar bersangkutan yang sama, maka jelas dan nyata bahwa Pemohon tidak terbukti melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dimaksud;

5.3. Bahwa oleh karena Pemohon tidak terbukti melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagaimana dimaksud di atas, maka demi keadilan dan kepastian hukum, Putusan Termohon haruslah dibatalkan;

5.4 Bahwa walaupun dalam menyatakan ada tidaknya pelanggaran Pasal Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 cukup hanya 3 (tiga) unsur yang harus terpenuhi sebagaimana pertimbangan hukum Termohon, yaitu :

- 1) Pelaku Usaha;
- 2) Perjanjian Penetapan Harga; dan
- 3) Pesaing, *quod non*, sesungguhnya pertimbangan hukum Termohon dalam membuktikan unsur Perjanjian Penetapan Harga dan Pesaing adalah keliru dan tidak berdasar, karena;

Tentang Unsur Perjanjian Penetapan Harga:

5.4.1. Bahwa berdasarkan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi dan PP Nomor 52 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi, interkoneksi adalah merupakan kewajiban bagi setiap penyelenggara jaringan telekomunikasi;

5.4.2. Bahwa untuk menjalankan kewajiban interkoneksi berdasarkan perundang-undangan tersebut, para penyelenggara (Operator), dalam hal ini termasuk Pemohon, telah melaksanakan kewajiban interkoneksi tersebut dengan membuat perjanjian interkoneksi dengan PT. Telekomunikasi Selular (selanjutnya disebut PT. Telkomsel) Nomor PKS.27/HK.810/OPSAR-00/97, (selanjutnya disebut Perjanjian Interkoneksi);



- 5.4.3. Bahwa pada Matrix klausula penetapan harga SMS sebagaimana digambarkan oleh Termohon pada butir 5.5.2.3 (halaman 193 Putusan Termohon), pada dasarnya Termohon menyatakan bahwa Pemohon dengan PT. Telkomsel telah membuat Perjanjian Interkoneksi yang didalamnya terdapat klausula penetapan harga layanan SMS);
- 5.4.4. Bahwa antara Pemohon dengan PT. Telkomsel sejak tanggal 5 Mei 1997 telah saling mengikatkan diri dalam Perjanjian Interkoneksi, namun karena Pemohon belum menyelenggarakan layanan SMS, maka dalam perjanjian interkoneksi tersebut tidak mengatur trafik layanan tambahan SMS. Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel yang mengatur tentang trafik layanan tambahan SMS barulah ada sejak tanggal 30 Desember 2002, yakni melalui Amandemen Kedua terhadap Perjanjian interkoneksi;
- 5.4.5. Bahwa dalam menanggapi LHPL Tim Pemeriksa Lanjutan yang dibentuk KPPU, Pemohon telah menyampaikan tanggapan bahwa perjanjian interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel tidak dimaksudkan untuk penetapan harga layanan SMS. Pada kesempatan ini Pemohon mengulang dan menegaskan kembali bahwa maksud utama dan fokus dari Perjanjian Interkoneksi tersebut adalah untuk menyepakati ketentuan-ketentuan teknis agar terjadi keterhubungan di antara jaringan telekomunikasi dua Operator yang berbeda dan mengatur agar seluruh pelanggan dari masing-masing pihak dapat melakukan panggilan lintas operator, termasuk didalamnya panggilan lintas operator untuk layanan SMS PSTN Telkom menuju pelanggan PT. Telkomsel secara timbal balik;
- 5.4.6. Bahwa pada Pasal 5 ayat (2) Amandemen Kedua Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel, yang dibuat pada tahun 2002 yang berlaku hingga tahun 2006 tersebut terdapat klausula seolah-olah mengarah kepada penetapan harga, yang bunyinya "Tarif yang dikenakan kepada Pengguna jasa layanan SMS merupakan kewenangan masing-masing pihak, sehingga masing-masing pihak berhak untuk menetapkan sendiri tarif yang dikenakan

Hal. 175 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



kepada penggunaanya dengan ketentuan bahwa tarif SMS lintas operator yang dikenakan Telkom kepada penggunaanya minimal sama dengan tarif yang dikenakan oleh Telkomsel kepada penggunaanya”;

- 5.4.7. Bahwa dicantumkannya klausula tersebut di atas, sejak semula tidak dimaksudkan untuk menciptakan kartel harga (penetapan harga), dan dalam klausula tersebut tidak tercantum berapa sesaran harga yang disepakati sebagai harga yang ditetapkan oleh Pemohon dengan PT. Telkomsel untuk dibebankan kepada pengguna layanan SMS. pencantuman klausula tersebut tidak ada niat (*intention*) sedikitpun untuk menetapkan harga layanan SMS;
- 5.4.8. Bahwa pentarifan interkoneksi SMS menggunakan skema SKA (*sender keep all*) yang diberlakukan dengan pertimbangan di samping belum ada penetapan regulator atas interkoneksi SMS, para Operator juga belum mempunyai kemampuan *recording* lalu lintas SMS antar pelanggan yang melalui jaringan interkoneksi (Off-Net). Dalam hal ini, *revenue* yang diperoleh dari pengguna sepenuhnya menjadi haknya, tanpa dibebani biaya interkoneksi. Dalam kondisi yang demikian, sangat dimungkinkan terjadinya *spamming* (penyaluran trafik secara berlebihan/“Penggrojokan”);
- 5.4.9. Bahwa maksud dibuatnya klausula tersebut adalah untuk menciptakan dan menjaga sistem interkoneksi yang baik, adil dan seimbang dalam layanan SMS serta untuk mencegah terjadinya *spamming* trafik SMS yang salah satunya terjadi akibat broadcast SMS. Apabila hal ini terjadi, maka akan menimbulkan trafik SMS yang abnormal yang dapat merusak kualitas layanan SMS dan membebani jaringan Operator yang menerima trafik SMS tanpa mendapatkan *revenue* sedikitpun dari penyaluran trafik SMS dimaksud;
- 5.4.10. Bahwa alasan Pemohon dan PT. Telkomsel membuat klausula tersebut adalah untuk mencegah terjadinya *spamming* SMS, juga dibenarkan oleh Saksi Ahli dalam proses Pemeriksaan Lanjutan yang dilakukan oleh KPPU, yakni KRMT Roy Suryo sebagaimana tertera pada LHPL butir 99 halaman 23. Bahkan saksi ahli lainnya Dr. Ir. Bambang P.



Adhiwiyoto (BRTI) menyatakan bahwa motivasi para pihak dalam Perjanjian Interkoneksi untuk mencegah terjadinya *spamming* adalah suatu alasan yang sah dan tidak melawan hukum;

5.4.11. Bahwa fokus utama Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel adalah mengatur penyaluran trafik teleponi (*voice*). Dimasukkannya pengaturan layanan SMS dalam perjanjian interkoneksi untuk mengakomodasi fasilitas layanan tambahan SMS PSTN Telkom. Sejak Pemohon melaunching layanan SMS, Pemohon menerapkan harga antara Rp250,00 s/d Rp350,00 per SMS tidak didasarkan kepada adanya perjanjian interkoneksi dengan PT. Telkomsel, melainkan semata-mata hanya mengacu kepada harga pasar (*benchmark*), yang semata-mata didasarkan kepada mekanisme pasar, apalagi layanan SMS tersebut bukan merupakan layanan utama;

5.4.12. Bahwa disamping Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel, Pemohon juga melakukan perjanjian interkoneksi dengan seluruh operator yang juga menyelenggarakan layanan SMS. Dalam perjanjian interkoneksi dengan operator lain tersebut, tidak terdapat klausula yang seolah-olah terdapat penetapan harga, namun faktanya, harga layanan SMS dari pelanggan Pemohon menuju Operator-Operator tersebut juga berkisar antara Rp250,00 sampai dengan Rp350,00. Hal ini membuktikan bahwa harga layanan SMS yang Pemohon terapkan bukan karena adanya perjanjian penetapan harga sebagaimana disimpulkan oleh Termohon, melainkan mutlak karena benchmark dan mekanisme pasar;

5.4.13. Bahwa kesimpulan Termohon pada butir 6.1.1 yang menyatakan bahwa: "XL, Telkomsel, Telkom (dalam hal ini Pemohon), Bakrie, dan Mobile-8 telah melakukan kartel harga SMS off-net pada range Rp250,00 - Rp350,00 pada periode 2004 sampai dengan April 2008" adalah keliru dan sangat mengada-ada serta tidak berdasar, karena:

5.4.13..1. Dalam Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel, tidak pernah



mencantumkan besaran harga layanan SMS, baik Rp250,00 - Rp350,00 maupun besaran angka berapapun;

5.4.13..2. Bahwa Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel yang didalamnya seolah-olah tercantum klausula penetapan harga tersebut sudah tidak ada (sudah berakhir) sejak akhir tahun 2006 ;

5.4.14. Bahwa Termohon dalam pertimbangan hukumnya pada butir 5.5.2.34 (halaman 201 Putusan Termohon) sesungguhnya Termohon telah mengakui secara tegas bahwa Perjanjian Interkoneksi antar Operator bukan dimaksudkan untuk penetapan harga (kartel), melainkan semata-mata hanya untuk menghindarkan adanya spamming SMS;

5.4.15. Mengacu kepada rumusan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka Pemohon dan PT. Telkomsel hanya dapat dinyatakan telah membuat perjanjian penetapan harga apabila pembuatan Perjanjian Interkoneksi tersebut secara faktual memang sengaja dan dengan niat yang nyata dimaksudkan untuk menetapkan harga layanan SMS yang dibebankan kepada Pengguna. Niat untuk menetapkan harga SMS sama sekali tidak terkandung dalam Perjanjian Interkoneksi yang dibuat antara Pemohon dengan PT. Telkomsel;

5.4.16. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka jelas bahwa Pemohon tidak terbukti telah membuat perjanjian penetapan harga layanan SMS dengan PT. Telkomsel sebagaimana disimpulkan oleh Termohon, karena Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel nyata-nyata tidak ditujukan untuk menetapkan harga sebagaimana dimaksud dalam rumusan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;

5.5. Bahwa oleh karena Pemohon tidak terbukti telah membuat perjanjian penetapan harga, maka serta merta Pemohon tidak terbukti telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sehingga demi keadilan dan kepastian hukum Putusan Termohon haruslah dibatalkan oleh Majelis Hakim Yang Terhormat;

Hal. 178 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Tentang Range Harga SMS antara Rp250,00 s/d Rp350,00 ;

5.6. Bahwa untuk membuktikan lebih jauh bahwa Pemohon tidak pernah berniat untuk membuat perjanjian harga dengan PT. Telkomsel, range harga SMS antara Rp250,00 - Rp350,00 pada periode 2004 s/d April 2008 sebagaimana disimpulkan Termohon tidak benar (tidak ada), karena dalam Perjanjian Interkoneksi, Pemohon dan PT. Telkomsel tidak pernah menetapkan besaran harga;

5.7. Bahwa dalam kenyataannya harga efektif layanan SMS yang dibebankan Pemohon kepada Pelanggan Telkom adalah lebih rendah dari Rp250,00 karena Pemohon dalam menyelenggarakan jasa telekomunikasi, termasuk didalamnya layanan SMS sebagai value added service, banyak melakukan berbagai gimmick promosi Telkom, diantaranya 1) Program Promosi Gratis Berbulan-Bulan (dikenal dengan sebutan Program GB3); 2) Program Gratis Pulsa 100% (dikenal dengan sebutan Program GP100); dan 3) Program Promosi Trendy Dahsyat. Hal ini juga sekaligus membuktikan bahwa Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dan PT. Telkomsel tidak pernah diniatkan (dimaksudkan) untuk kartel harga SMS;

Tentang Unsur Pesaing:

5.8. Bahwa sebagaimana diuraikan di atas, unsur lain yang harus terpenuhi agar Pemohon dapat dinyatakan telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, adalah bahwa perjanjian yang dibuat oleh Pemohon untuk menetapkan harga haruslah dengan pesaing Pemohon;

5.9. Bahwa kesimpulan Termohon yang menyatakan bahwa unsur pesaingtelah terpenuhi, sebagaimana dinyatakan pada butir S.5.3.4 dalam Putusan Termohon, adalah keliru dan tidak benar, sehingga sudah sewajarnya dikesampingkan oleh Majelis Hakim Yang Terhormat dalam mengadili perkara ini, karena :

5.9.1. Sesuai dengan izin (*lisensi*) yang dimiliki Pemohon, maka Pemohon adalah Penyelenggara Jaringan Tetap, sedangkan PT. Telkomsel sesuai dengan izin yang dimilikinya adalah Penyelenggara Jaringan Bergerak;

5.9.2. Teknologi yang digunakan Pemohon adalah teknologi jaringan kabel telepon PSTN sedangkan teknologi yang digunakan oleh PT. Telkomsel adalah GSM (*global system for mobile*), maka pelanggan Pemohon adalah konsumen



yang menggunakan terminal telepon rumah lokal, sedangkan pelanggan PT.Telkomsel menggunakan terminal telepon handpone GSM (*full mobility*);

- 5.9.3. Kedudukan/keberadaan Pemohon dalam membuat Perjanjian Interkoneksi yang dipermasalahkan oleh Pemohon, adalah dalam status sebagai Penyelenggara Jaringan Tetap Lokal PSTN, sedangkan status PT. Telkomsel adalah sebagai Penyelenggara Jaringan Bergerak Seluler dengan Mobilitas Penuh (*full mobility*), sehingga produk Pemohon dengan produk PT. Telkomsel tidak sama;
- 5.9.4. Regulasi yang mengatur penyelenggaraan jaringan tetap PSTN berbeda dengan regulasi yang mengatur penyelenggaraan jaringan bergerak (seluler);
- 5.9.5. Termohon secara sadar telah mengutip hasil Tim Pemeriksa Lanjutan dengan memisahkan jasa teleponi FWA dan jasa seluler, sebagaimana tercantum dalam tabel-tabel terpisah, yaitu Tabel 1 tentang Jumlah dan Pangsa Pasar Telepon Tetap, Tabel 2 tentang Jumlah dan Pangsa Pelanggan *Fixed Wireless Access* dan Tabel 3 tentang Jumlah dan Pangsa Pasar Pelanggan Telepon Seluler, berturut turut pada Putusan halaman 10, 11, 12 dan 13;
- 5.9.6. Dari perbedaan-perbedaan tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa penyelenggara jaringan tetap PSTN tidak dapat dinyatakan sebagai pesaing daripenyelenggara jaringan bergerak (seluler);
- 5.9.7. Selain hal tersebut di atas, dengan adanya perbedaan-perbedaan tersebut, maka sekaligus membuktikan bahwa unsur "pasar bersangkutan yang sama" juga tidak terpenuhi atau tidak terbukti;
- 5.9.8. Sehubungan dengan hal tersebut, kiranya Majelis Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara permohonan keberatan ini berkenan menerima dalil Pemohon bahwa unsur "pesaing" dan unsur "pasar bersangkutan yang sama" tidak terbukti atau setidaknya tidak terpenuhi;
- 5.9.9. Dengan demikian, operator yang menjadi pesaing Pemohon hanya operator penyelenggara telekomunikasi PSTN, bukan operator penyelenggara telekomunikasi seluler;

Hal. 180 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



6. Penilaian Dan Perhitungan Termohon Terhadap Kerugian Konsumen Melampaui Kewenangannya:

6.1. Kalaupun Termohon berwenang melakukan pengawasan persaingan usaha dan memeriksa serta dugaan pelanggaran persaingan telekomunikasi, *quod non*, Termohon telah melampaui kewenangannya, karena:

6.1.1. Berdasarkan rumusan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, tidak terkandung akibat (dampak) adanya perjanjian penetapan harga (kartel harga), baik tertulis maupun tersirat. Namun pada butir 5.6.1 s/d 5.6.23 Putusan Termohon melakukan penilaian-penilaian kerugian konsumen sebagai dampak perjanjian interkoneksi yang dibuat oleh penyelenggara telekomunikasi, bahkan pada butir 5.6.24 Putusan Termohon menyimpulkan bahwa kartel yang dilakukan oleh enam Operator selama tahun 2004 s/d 2007 sebesar Rp2.827.700.000.000,00;

6.1.2. Bahwa melalui surat-surat panggilan Termohon kepada Pemohon, sejak awal Termohon telah menegaskan bahwa pemeriksaan yang dilakukannya adalah kerana adanya dugaan pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, oleh karena itu Termohon sesungguhnya telah menyadari sepenuhnya bahwa rumusan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut tidak memerlukan penghitungan dampak yang timbul akibat pelanggarannya. Oleh karena itu, dalam proses pemeriksaan yang dilakukannya, Termohon tidak berwenang melakukan perhitungan kerugian konsumen yang disebut-sebut dan dihitung dalam pertimbangan hukumnya;

6.1.3. Dengan dilakukannya perhitungan kerugian konsumen tersebut oleh Termohon, sesungguhnya Termohon telah melaksanakan tugas dan fungsinya hanya dengan dasar arogansi yang kemungkinannya dimaksudkan untuk mempersulit Pemohon atau Operator lain, oleh karena itu Pemohon memohon kepada Majelis Hakim Yang Terhormat untuk mengesampingkan perhitungan kerugian konsumen yang dibuat Termohon dimaksud dan tidak menjadikannya sebagai bahan pertimbangan;



7. Termohon Tanpa Kewenangan Telah Menyimpulkan Bahwa Pemohon Melakukan Pelanggaran Berat Terhadap Persaingan Yang Sehat:
 - 7.1. Termohon dalam pertimbangannya butir 8 (halaman 208 Putusan Termohon) menyatakan "bahwa perilaku kartel yang dilakukan oleh XL, Telkomsel, Telkom (Pemohon), Bakrie, Mobil-8 dan Smart merupakan pelanggaran berat terhadap persaingan yang sehat";
 - 7.2. Bahwa seluruh ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, tidak terdapat satupun ketentuan yang mengatur tingkat atau klasifikasi suatu pelanggaran terhadap persaingan usaha yang sehat, apakah ringan atau sedang atau berat. Namun Termohon tanpa kewenangan dan mungkin karena didorong arogansinya, menyatakan bahwa pelanggaran yang dilakukan oleh enam Operator (termasuk Pemohon) merupakan pelanggaran berat, yang selanjutnya pengklasifikasian tersebut dijadikan bahan pertimbangan oleh Termohon dalam menetapkan amar putusannya;
 - 7.3. Berhubung Putusan Termohon didasarkan atas pertimbangan yang keliru dan tidak mempunyai landasan hukum, maka cukup alasan bagi Majelis Hakim Yang Terhormat untuk membatalkan Putusan Termohon ;

Bahwa, berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, Pemohon Keberatan IV mohon kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat agar memberi putusan sebagai berikut:

1. Mengabulkan seluruh Permohonan Keberatan Pemohon ;
2. Membatalkan Putusan Termohon dalam diktum ke 1 yang menyatakan bahwa Pemohon terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
3. Membatalkan Putusan Termohon dalam Diktum ke 4 yang menghukum Terlapor IV: PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk. (Pemohon) membayar denda sebesar Rp18.000.000.000,00 (delapan belas miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan Sekretariat Jenderal Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha) ;

Dan dengan mengadili sendiri memutuskan:

1. Pemohon tidak terbukti telah melakukan pelanggaran apapun terhadap ketentuan-ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;



2. Perjanjian Interkoneksi antara Pemohon dengan PT. Telkomsel yang menjadi objek pemeriksaan Termohon tidak merugikan konsumen;
3. Menghukum Termohon untuk membayar seluruh biaya yang timbul dalam perkara Permohonan Keberatan ini. Apabila Majelis Hakim Yang Terhormat berpendapat lain, maka Pemohon memohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*);

Keberatan Pemohon Keberatan V/PT. Mobile-8 Telecom, Tbk.:

II. Mengenai Dasar Pemikiran Pengajuan Keberatan

Keberatan terhadap Putusan Termohon Keberatan Nomor 26/KPPU-L/2007, tanggal 17 Juni 2008 dilandasi dasar pemikiran yuridis sebagai berikut:

- A. Bahwa Pemohon Keberatan sangat berkeberatan dan tidak dapat menerima Putusan Termohon Keberatan, yang menurut Pemohon Keberatan putusan tersebut keliru, tidak benar dan tidak memiliki landasan hukum yang kuat dan patut. Termohon Keberatan telah sangat keliru dan lalai dalam menilai dan mempertimbangkan fakta-fakta hukum yang ada sehingga menimbulkan kesalahan yang fatal dalam penerapan hukum serta sanksi/hukuman denda. Pertimbangan hukum yang tidak tepat dan/atau tidak cukup layak dalam membuktikan telah terjadi pelanggaran atas ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, (*onvoeldoende qemativeerds*) khususnya terhadap Pemohon Keberatan. Di samping itu, pengenaan sanksi denda yang dibebankan kepada Pemohon Keberatan telah mengabaikan unsur keadilan, unsur keseimbangan serta kondisi keuangan perusahaan sehingga menimbulkan ketidakpatutan secara hukum dalam penerapan sanksi denda terhadap Pemohon Keberatan;
- B. Bahwa Pemohon Keberatan sangat keberatan dan tidak dapat menerima Putusan Termohon Keberatan disebabkan karena amar putusan Termohon Keberatan telah mengabaikan unsur utama dalam suatu penghukuman (termasuk dalamnya pengenaan sanksi hukuman denda), yaitu kewajiban mengedepankan unsur keadilan dalam suatu penghukuman. Dikarenakan Termohon Keberatan telah mengabaikan unsur keadilan dalam penetapan sanksi hukuman (termasuk penentuan jumlah denda), maka putusan Termohon Keberatan telah tidak mencerminkan dan/ atau memperhatikan unsur



keadilan, serta telah melampaui kewenangan sebagaimana diberikan oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

II. Uraian Singkat Perkara

Adapun uraian singkat perkara sebagai dasar Permohonan Keberatan atas Putusan Termohon Keberatan adalah sebagai berikut:

A. Karakter & Kondisi Industri Telekomunikasi Seluler Di Indonesia

1. Bahwa industri penyelenggaraan jaringan telekomunikasi termasuk di Indonesia tergolong ke dalam pasar berkarakter *oligopoly* (sedikit pemain) karena adanya hambatan alamiah di pasar tersebut, terutama yang berkaitan dengan sifat pasarnya yang padat modal dan teknologi tinggi (*capital and technology intensive*). Pada tahun 2006, pelaku usaha dalam industri ini berjumlah sepuluh pemain (operator GSM dan CDMA) dengan *Hirschman-Herfindah-Index* (HHI) sebesar 3426. Sebagai catatan, dan perbandingan, nilai HHI yang melebihi 1800 di Amerika Serikat dianggap sebagai indikator bahwa pasar tersebut terkonsentrasi; Tingginya HHI jelas menunjukkan bahwa industri ini sangat terkonsentrasi. Faktor yang membuat industri ini menjadi industri yang sangat terkonsentrasi adalah faktor alamiah mengenai besarnya kebutuhan akan pendanaan/investasi untuk masuk ke dan bertahan di industri ini. Modal yang besar untuk masuk ke industri ini dibutuhkan untuk membiayai investasi pembangunan infrastruktur jaringan dan pengembangan teknologi yang sangat diperlukan dalam industri ini; Investasi yang diperlukan dalam industri ini dilakukan tiap tahun khususnya bagi pelaku usaha yang baru masuk. Hal ini menyebabkan besarnya *capital expenditure* yang dikeluarkan oleh perusahaan setiap tahunnya;
2. Bahwa investasi bagi operator telekomunikasi khususnya pemain baru (*new entrants*) sebagian besar digunakan untuk pengembangan teknologi dan perluasan jaringan melalui pembangunan BTS (*base transceiver station*). Jumlah BTS yang dimiliki oleh sebuah operator telekomunikasi akan mempengaruhi cakupan jaringan yang dilayani oleh operator tersebut dan tentunya kualitas layanan. Semakin luas cakupan jaringan yang dilayani oleh sebuah operator telekomunikasi,

Hal. 184 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



maka semakin besar pula potensi operator tersebut untuk memperbesar pasar yang dimilikinya. Dilihat dari konteks itu, maka BTS merupakan input yang essential dalam industri operator telekomunikasi dan oleh karena itu, investasi untuk BTS merupakan sebuah keharusan bagi sebuah operator telekomunikasi;

3. Bahwa tingginya kebutuhan investasi operator telekomunikasi, yang terus mengalami peningkatan selama beberapa tahun terakhir, akan mempengaruhi struktur biaya perusahaan. Pada akhirnya, hal ini juga akan berpengaruh terhadap tarif yang ditetapkan oleh operator penyelenggara jaringan telekomunikasi. Artinya, ketiadaan penurunan tarif SMS interkoneksi oleh hampir seluruh operator penyelenggara jaringan telekomunikasi di Indonesia sangat terkait erat dengan semakin tingginya kebutuhan investasi jaringan oleh operator. Pada saat ini, dimana ada beberapa operator yang belum mencakup seluruh wilayah di Indonesia, penurunan tarif justru akan mempersempit kapasitas keuangan perusahaan untuk melakukan ekspansi jaringan;

4. Bahwa dilihat dari jumlah pemainnya yang sedikit dan faktor lainnya, industri penyelenggara jaringan komunikasi dapat digolongkan ke dalam pasar *oligopoli*. Hal ini terutama juga bisa dilihat dari HHI, rasio konsentrasi empat perusahaan (CR4), dan CR2 dari pasar bersangkutan;

Tabel di bawah ini menunjukkan konsentrasi pasar dari industri penyelenggara telekomunikasi di Indonesia pada periode 2004 hingga 2006;

Tabel 4.HHI, RC2 dan CR4 industri Telekomunikasi di Indonesia

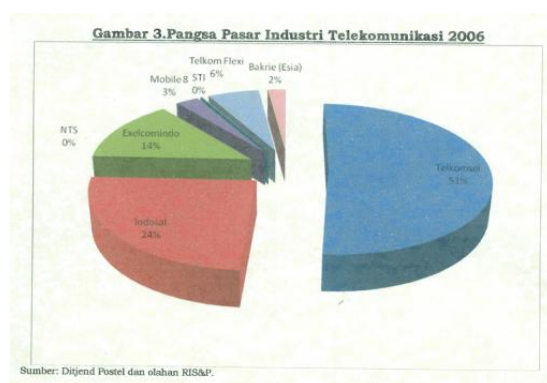
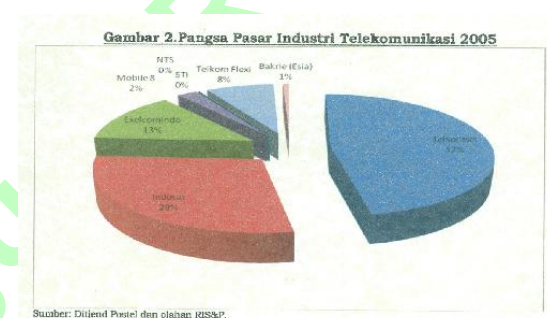
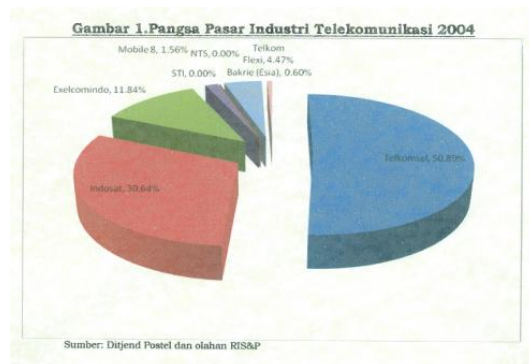
Indicator	2004	2005	2006
CR4	97,84%	96,90%	94,99%
CR2	81,53%	75,53%	75,37%
HHI	3692	3272	3426

Sumber: Ditjen Postel dan Olahan RIS&P

5. Bahwa jika dilihat dari angka HHI yang sebesar 3426 dan CR4 yang sudah di atas 90%, industri ini dapat digolongkan sebagai industri yang sangat terkonsentrasi. CR4 yang di atas 90% menunjukkan bahwa empat perusahaan dengan pangsa pasar tertinggi hampir menguasai seluruh pasar dalam industri ini. Tapi



jika dianalisis dengan menggunakan CR2, maka angka yang diperoleh sepanjang periode 2004 hingga 2006 selalu di atas 75%. Artinya pemain ketiga, keempat, dan seterusnya dalam industri ini memiliki pangsa pasar dibawah 20%. Hal ini menunjukkan bahwa dalam industri ini terdapat dua pemain yang memiliki posisi dominan. Berikut ini adalah bagan yang menunjukkan komposisi pangsa pasar dalam industri penyelenggara jaringan telekomunikasi sepanjang periode 2004 hingga 2006;





6. Bahwa dari ketiga bagan di atas terlihat bahwa ada dua pemain/ pelaku usaha yang secara konsisten menguasai di atas 75% pangsa pasar di industri ini selama periode 2004 hingga 2006;
7. Bahwa dengan karakteristik industri yang seperti ini, dimana ada pelaku usaha yang memiliki posisi dominan, maka tindakan apapun oleh pelaku usaha yang tidak dominan atau tidak melibatkan pelaku usaha dominan sebagai market leader, tidak akan bisa berjalan secara efektif;
Misalnya, keterlibatan pelaku usaha kecil/tidak dominan dalam menerapkan harga tinggi maka tindakan tersebut tidak akan berlaku efektif dikarenakan perusahaan tersebut tidak memiliki *market power* dan tidak dapat mempengaruhi harga pasar yang berlaku di industri serta tidak akan berpengaruh terhadap kondisi persaingan dan juga tidak berpotensi merugikan konsumen karena dalam konteks ini konsumen masih memiliki pilihan. Tindakan baru akan efektif dan merugikan konsumen jika melibatkan pelaku usaha dominan. Hal ini dikarenakan pelaku usaha dominan memiliki *market power* untuk mendikte harga di pasar. Oleh karena itu tindakan penerapan kebijakan harga yang dapat digolongkan sebagai perbuatan yang melemahkan persaingan dan perbuatan merugikan konsumen adalah tindakan yang seharusnya melibatkan pelaku usaha dominan dalam industry;

B. Pemohon Keberatan Bukan Pelaku Usaha Dominan & Masih Merugi

1. Bahwa selama periode 2004 hingga 2006, dari sekitar 10 pemain, Pemohon Keberatan (Mobile-8) menempati peringkat kelima dalam hal penguasaan pangsa pasar. Namun, bukan berarti Pemohon Keberatan dapat digolongkan sebagai pemain besar dalam industri ini. Selama tiga tahun tersebut, pangsa pasar yang dikuasai oleh Pemohon Keberatan hanyalah sebesar 1.56% (2004), 2.32% (2005), dan 2.68% (2006). Pangsa pasar tersebut tentu saja terpaut jauh dengan pangsa pasar pelaku usaha kedua terbesar (Indosat) yang memiliki pangsa pasar 30.64% pada 2004, 29% pada 2005, dan 24% pada 2006. Apalagi jika pangsa pasar Excelcomindo dibandingkan dengan pangsa pasar yang dikuasai oleh Telkomsel sebagai *market*



leader yang menguasai 50.89% pada 2004, 47% pada 2005, dan 51% pada 2006;

2. Bahwa besarnya selisih pangsa pasar yang dikuasai oleh dua *market leader* dengan pangsa pasar yang dimiliki oleh Pemohon Keberatan sebagai pelaku usaha yang menempati urutan kelima membuktikan terdapatnya pelaku dominan pada pasar penyelenggara layanan telekomunikasi. Adanya pelaku dominan dalam pasar ini menyebabkan bahwa tindakan kebijakan harga oleh Pemohon Keberatan sebagai pelaku usaha di luar pelaku dominan di industri tidak akan memberikan dampak kerugian bagi konsumen;
3. Bahwa sejak berdirinya, PT. Mobile 8 Telecom baru menikmati keuntungan sejak dua tahun terakhir. Tahun-tahun sebelumnya, PT. Mobile 8 Telecom membukukan kerugian. Berikut ini adalah tabel yang menunjukkan data historis laba/rugi yang dibukukan oleh PT. Mobile 8 Telecom;

Tabel 5 Laba Bersih dan Akumulasi Laba
PT. Mobile 8 Telecom (dalam jutaan rupiah)

	2004	2005	2006	2007
Laba Bersih	(-422,975)	(-286,700)	34,639	50,345
Akumulasi Laba	(-422,975)	(-700,675)	(-675,036)	(-624,691)

Sumber: Laporan Tahunan Pemohon Keberatan (PT. Mobile 8 Telecom 2007)

4. Bahwa dari dari pada table di atas terlihat bahwa secara akumulatif terhitung sejak 2004, Pemohon Keberatan masih membukukan kerugian. Hal ini bisa dilihat dari akumulasi laporan Pemohon Keberatan yang bernilai negative (-) Rp624.691,00 juta;
5. Bahwa sebagaimana disebutkan dalam Putusan Termohon Keberatan dalam Perkara Nomor 07/KPPU-L/2007, besaran ROE (*return on equity*) yang wajar bagi sebuah perusahaan, yang menunjukkan tidak adanya *acces profit*, adalah ROE sebesar 20-35%, berikut di bawah adalah ROE Pemohon Keberatan (Mobile-8)

ROE Mobile-8 2005 Maret 2008

	2005	2006	2007	Mar-08
ROE	-39%	2,2%	2,8%	-1,3%

6. Bahwa dari tabel di atas, jelas terlihat bahwa tingkat keuntungan yang diraih oleh Pemohon Keberatan sangat jauh dari gambaran



tingkat keuntungan yang eksekutif. Selain sangat rendah, Maret 2008, besaran ROE Pemohon Keberatan malah negatif. Dengan berdasarkan pada fakta ini, maka kami ingin menyampaikan bahwa Pemohon Keberatan (Mobile-8) sama sekali tidak pernah mengakumulasi keuntungan yang eksekutif, bahkan dapat dikatakan tingkat keuntungan yang kami peroleh masih sangat minim dipandang dari sisi bisnis pada umumnya;

7. Bahwa jika dilihat dari komposisi pendapatannya, maka pendapatan dari SMS pada 2007 hanyalah sebesar 17,73%. Jika dilihat dari trendnya, pendapatan dari SMS ini secara relatif terhadap total pendapatan terus menurun. Pada 2005, pendapatan SMS berkontribusi sekitar 26,80% terhadap total pendapatan. Pada 2006, kontribusi pendapatan SMS terhadap total pendapatan turun menjadi hanya 21,25%.

Berikut ini adalah tabel yang menyajikan data tersebut;

Rincian Pendapatan	2005		2006		2007	
	Rp	%	Rp	%	Rp	%
Pendapatan SMS	93,989,926,125	26,80%	125,077,797,733	21,25%	156,485,446,100	17,73%
Total Pendapatan	350,708,835,675		588,641,356,391		882,545,484,035	

Sumber: Laporan Tahunan PT. Mobile 8 Telecom 2006 dan 2007

8. Bahwa sementara itu, dari produk SMS interkoneksi yang bertarif Rp250,00 tersebut estimasi pendapatan yang diterima hanya sekitar 10% (sepuluh persen) saja dari total kontribusi SMS yang rata-rata hanya 20% terhadap total pendapatan Pemohon Keberatan;
9. Bahwa dari data di atas terlihat jelas bahwa kontribusi SMS terhadap pendapatan Pemohon Keberatan terus menurun. Hal ini sangat wajar mengingat produk utama yang ditawarkan oleh Pemohon Keberatan adalah layanan komunikasi suara. Produk SMS bagi Pemohon Keberatan hanyalah *feature* tambahan bagi produk layanan suara. Hal ini juga dapat dilihat dari iklan Pemohon Keberatan (iklan produk Fren), yang memasarkan produk utama berupa layanan komunikasi suara dengan harga yang murah. Pemohon Keberatan tidak pernah berkampanye dan menjanjikan layanan SMS murah bagi pelanggannya;

C. Kronologis Perjanjian Interkoneksi

1. Bahwa pada awalnya kegiatan usaha telekomunikasi di Indonesia diselenggarakan dan dikuasai Negara (Pemerintah)

Hal. 189 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



melalui Badan Usaha Milik Negara (BUMN), yaitu PT Telekomunikasi Indonesia, Tbk. untuk telekomunikasi dalam negeri serta PT Indosat, Tbk. untuk sambungan telekomunikasi internasional (SLI). Terkait dengan hal ini, kegiatan interkoneksi tidak dibutuhkan untuk penyelenggaraan kegiatan telekomunikasi domestik;

2. Bahwa seiring dengan perkembangan teknologi yang memungkinkan diselenggarakannya jasa telekomunikasi yang semakin efisien dan murah, serta adanya perubahan kebijakan investasi bidang telekomunikasi oleh Pemerintah, maka selanjutnya swasta dapat turut berpartisipasi dalam industri telekomunikasi Indonesia terutama di sektor jasa telekomunikasi nirkabel dan seluler. Perubahan besar dalam bidang usaha telekomunikasi seluler di Indonesia dimulai dengan lahirnya PT Satelit Palapa Indonesia (Satelindo) pada 1993 yang diberi lisensi untuk SLI, telepon seluler dan penguasaan eksklusif atas beberapa satelit. Satelindolah yang pertama kali memperkenalkan layanan telepon seluler berbasis teknologi *global system for mobile communication* (GSM) pada tahun 1994. Pada tahun 1995 lahirlah PT Telekomunikasi Selular (Turut Termohon II), selanjutnya diikuti dengan kehadiran PT Excelcomindo Pratama atau XL (Turut Termohon I);
3. Bahwa seiring dengan kebijakan Pemerintah di sektor jasa telekomunikasi nirkabel dan seluler dan perkembangan teknologi yang semakin efisien dan *accessible*, jumlah operator telekomunikasi seluler dan nirkabel di Indonesia semakin banyak, dimana Pemohon Keberatan pun mulai melakukan kegiatan operasi pada Desember 2003 dengan meluncurkan produk Fren, diikuti oleh PT. Bakrie Telecom (Turut Termohon VI) dengan produknya Esia dan PT. Sampoerna Telekomunikasi Indonesia dengan produknya Ceria. Pada tahun 2007, muncul 2 operator baru lagi yaitu Hutchison (Turut Termohon V) dan Natrindo Telepon Selular atau NTS (Turut Termohon VIII);
4. Bahwa seiring dengan bertambahnya operator telekomunikasi seluler dan nirkabel yang ada di Indonesia, maka dimulailah era dimana akses interkoneksi di antara para operator yang ada menjadi suatu kebutuhan vital atau esensial yang menjadi

Hal. 190 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



tuntutan baik dari sisi pelanggan masing-masing operator maupun operator baru (*new entrants*) di bidang telekomunikasi domestik tersebut termasuk di bidang telekomunikasi seluler dan nirkabel. Akses interkoneksi ini bertujuan agar masyarakat pengguna jasa operator yang berbeda satu sama lain dapat saling berhubungan dan menikmati komunikasi tanpa batas. Oleh karena itulah, maka diadakanlah Perjanjian Interkoneksi untuk memenuhi kebutuhan para operator seluler dan pelanggannya tersebut;

5. Bahwa sehubungan dengan pentingnya akses interkoneksi antar operator ini maka dibutuhkan pengaturan agar tercipta ketertiban dan kegiatan bisnis yang sehat dalam pelaksanaan kegiatan telekomunikasi yang semakin kompleks, khususnya pengaturan dari Pemerintah mengenai layanan teleponi dasar (*suara/voice*) dan fasilitas tambahan lainnya seperti *short message service* (SMS), yang tidak dapat dipisahkan keberadaannya dengan layanan *voice*;
6. Bahwa regulasi interkoneksi di Indonesia diatur berdasarkan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi ("Undang-Undang Nomor 36/1999"), Peraturan Pemerintah Nomor 52 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi, KM Nomor 21 Tahun 2001 tentang Penyelenggaraan Jasa Telekomunikasi, PM Nomor 12 Tahun 2006 tentang Tarif Stasiun Telepon Seluler dan Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 08/Per/M.KOMINFO/02/2006 tentang Interkoneksi ("PM Nomor 8/2006"). PM Nomor 8/2006 ini mengatur penyelenggaraan telekomunikasi secara umum, biaya interkoneksi, pembebanan dan penagihan interkoneksi, namun sama sekali tidak mengatur tata cara dan standar pelaksanaan interkoneksi antar operator yang notabene menjadi kebutuhan operator telekomunikasi;
7. Bahwa untuk menjamin kelangsungan akses interkoneksi antar operator penyedia akses, dan terjaminnya kehandalan jaringan yang dimiliki operator, terutama agar tidak terjadi gangguan akibat banyaknya SMS yang diterima lebih besar daripada yang dikirim (*traffic/overload*) dan *spamming*, yang menyebabkan kapasitas jaringan *overload*, maka masing-masing operator

Hal. 191 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



membuat perjanjian kerjasama (Perjanjian Interkoneksi) dengan para operator lainnya;

8. Bahwa penetapan tarif referensi yang terdapat dalam perjanjian kerja sama (PKS) Interkoneksi antara Turut Termohon I (Excelcomindo) dengan Pemohon Keberatan (Mobile-8), pada dasarnya terkait erat dengan rezim interkoneksi SMS yang dianut di Indonesia. Di Indonesia, rezim interkoneksi SMS yang dianut adalah *sender keeps all*. Dengan rezim ini, maka seluruh pendapatan dari SMS interkoneksi, diterima oleh operator penyelenggara interkoneksi. Dengan sistem yang seperti ini, maka operator penerima SMS tidak mendapat pendapatan untuk menutupi biaya yang tercipta karena menerima SMS. Seperti yang telah kami jelaskan sebelumnya, *rezim sender keeps all* menyaratkan adanya *equal traffic* antar operator penyelenggara layanan telekomunikasi;
9. Bahwa di samping itu, sistem ini sebenarnya memiliki resiko atau rentan terhadap aksi *spamming* oleh salah satu operator. Jika ada salah satu operator yang melakukan *spamming*, maka akan menimbulkan kondisi ketidakseimbangan trafic antar operator. Ketidakseimbangan trafic antar operator akan menyebabkan salah satu operator dirugikan;
Operator yang dirugikan tentu saja adalah operator yang lebih banyak menerima SMS interkoneksi (off-net) dari pada mengirimkan/menyelenggarakan SMS interkoneksi;
10. Bahwa untuk mencegah terjadinya ketidakseimbangan trafic antar operator akibat diberlakukannya rezim *sender keeps all* ini, maka perlu dibuat kondisi dimana resiko *spamming* dapat dihindari. Hanya ada 2 (dua) alternatif solusi, pertama penetapan tarif oleh pemerintah yang berlaku bagi seluruh operator dan kedua melalui penetapan tarif referensi. Dengan adanya penetapan tarif referensi tersebut, maka tidak ada insentif bagi satu operator dan/atau konsumen dari satu operator untuk melakukan aksi *spamming* ke operator lain. Selain itu, konsumen dari masing-masing operator akan memiliki kecenderungan pola konsumsi yang sama atas produk SMS mereka. Jika demikian, maka juga akan ada kecenderungan trafic SMS yang sama (*equal traffic*) antar operator telekomunikasi di Indonesia,



sebagaimana syarat yang harus terpenuhi apabila menerapkan rezim *sender keeps all*;

11. Bahwa seperti yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya, SMS bukanlah produk utama yang ingin ditawarkan oleh Pemohon Keberatan. Produk utama yang ingin ditawarkan oleh Pemohon Keberatan adalah layanan komunikasi suara. Dikarenakan SMS bukanlah produk utama, maka keikutsertaan Pemohon Keberatan dalam kerjasama tarif referensi merupakan suatu keharusan dan ditujukan untuk mengatasi potensi masalah ketidakseimbangan trafik (yang apabila terjadi maka Pemohon Keberatan, sebagai operator kecil, yang akan paling dirugikan). Kerja sama tersebut sama sekali tidak bertujuan untuk memperoleh margin keuntungan yang eksekutif;
12. Bahwa sebagai perbandingan dapat dilihat di India dan Korea Selatan yang juga menganut rezim *sender keeps all*. Di kedua negara tersebut, tarif SMS interkoneksi seluruh operatornya sama, meskipun Pemerintah di kedua negara tersebut hanya mengatur mengenai formula tarif tetapi tidak mengatur mengenai besaran tarifnya. Kesamaan tarif ini, khususnya di India, diberlakukan motif untuk menjaga keseimbangan trafik antar operator telekomunikasi. (Sebagai referensi lihat *telecom regulatory authority of India consultation paper on interconnect usage charges (iue) for short message service* dan *the Korean herald: "mobile operators pressured to cut call, message rates"* sebagaimana telah disampaikan pada Termohon Keberatan);
13. Bahwa oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa kerjasama tarif referensi untuk sms interkoneksi di Indonesia bukanlah sebuah bentuk kartel antara pelaku usaha di industri penyelenggara telekomunikasi namun merupakan suatu prakondisi yang harus ada apabila menerapkan rezim *sender keeps all*, untuk menciptakan keseimbangan trafik SMS di antara sesama operator telekomunikasi dan menghindari terjadinya praktek yang dapat merugikan operator secara tidak wajar;
14. Bahwa tambahan lagi dalam konteks Pemohon Keberatan, sebagaimana dijabarkan di atas, pendapatan dari SMS Interkoneksi bukanlah target untuk mendapat keuntungan. Karena hingga kini pun pendapatan dari SMS interkoneksi hanya

Hal. 193 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



sekitar 10% (sepuluh persen) dari total kontribusi pendapatan total dari produk SMS dimana total pendapatan dari produk SMS juga hanya rata-rata 20% (dua puluh persen) dari total pendapatan Pemohon Keberatan. Sehingga alasan dan maksud PT Mobile 8 Telecom untuk membuat perjanjian penetapan harga tarif SMS interkoneksi (yang belakangan telah dicabut) tidak lain hanya untuk mengantisipasi kendala teknis dalam trafik SMS antar operator, tidak untuk mencari keuntungan;

15. Bahwa dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi tertanggal 27 Oktober 2003 (Perjanjian Utama) yang telah dikomunikasikan dengan pihak BRTI pada Pasal 18 ayat (2), Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I (Exelcomindo) telah menyepakati bahwa tarif *referensi/charging* layanan SMS yang dikenakan kepada pengguna masing-masing pihak tidak boleh lebih rendah dari Rp250,00/SMS. Pencantuman angka Rp250,00/SMS tersebut tidak dimaksudkan untuk melakukan penetapan harga (*price fixing*), tetapi ide sebenarnya adalah agar tidak terjadi harga jual yang sangat rendah yang dapat berakibat terjadi banjir trafik di luar kewajiban yang berdampak pada dibebaninya jaringan operator penerima pesan yang berdampak pada penurunan kinerja pada jaringan operator yang bersangkutan, dalam hal ini bisa jaringan Pemohon Keberatan ataupun jaringan Turut Termohon I tergantung jaringan siapa yang berfungsi untuk menerima *Incoming SMS*;
16. Bahwa kemudian, Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I melakukan Amandemen I tertanggal 23 November 2006 dan Amandemen II tertanggal 4 Juni 2007 terhadap Perjanjian Utama, yang pada intinya menghapus seluruh ketentuan yang berkaitan dengan biaya terminasi SMS dan biaya SMS yang tercantum pada Pasal 18 ayat (2) Perjanjian Utama, dengan tujuan agar tidak terjadi kesalahan persepsi sehingga seolah-olah telah terjadi pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, oleh karena secara substansi Perjanjian Interkoneksi yang di dalamnya terdapat pasal yang khusus berkaitan dengan referensi harga SMS tidak dimaksudkan untuk melakukan *price fixing*;



17. Bahwa alasan belum berubahnya tarif SMS interkoneksi oleh Pemohon Keberatan adalah karena akumulasi laba masih negatif sedangkan masih diperlukan banyak biaya untuk investasi. Apabila tarif SMS diturunkan, maka kemampuan kapasitas keuangan Pemohon Keberatan untuk melakukan investasi kembali semakin terbatas. Keterbatasan ini akan sangat mempengaruhi daya saing Pemohon Keberatan, khususnya dalam hal pembangunan dan perluasan infrastruktur jaringan yang berdampak terhadap kualitas layanan kepada konsumen;
18. Bahwa terlepas dari belum berubahnya tarif SMS interkoneksi Pemohon Keberatan pada saat itu, mohon pertimbangan bahwa bahwa tarif SMS Pemohon Keberatan masih dalam rentang yang wajar secara ekonomis. Hal tersebut dapat dilihat dari struktur biaya SMS dari Pemohon Keberatan;
19. Bahwa pada tahun 2005, Pemohon Keberatan meminta PT. Tritech Consultant (*local partner Ovum*) konsultan yang sama yang referensinya digunakan oleh Termohon Keberatan, untuk melakukan perhitungan biaya secara *cost based* untuk penyelenggaraan jasa *voice*, SMS, dan data. Metode perhitungan yang dilakukan oleh PT. Tritech Consultant adalah model LRIC (*Long Run Incremental Cost*) sesuai dengan metode yang telah ditetapkan Ditjen Postel;
20. Bahwa model LRIC secara umum adalah suatu inkremen dari penambahan jenis layanan terhadap jenis layanan yang telah ada ataupun pengurangan jenis layanan yang telah ada dengan tetap mempertimbangkan keadaan masa depan. Model LRIC menggunakan 2 (dua) pendekatan, yaitu pendekatan model *top-down* dan *bottom-up*. model *top-down* pada umumnya memberikan hasil yang lebih tinggi dari model *bottom-up* karena menggunakan data-data historis yang mencerminkan biaya aktual yang dikeluarkan oleh operator sehingga lebih mencerminkan kondisi perusahaan yang sebenarnya. Sementara itu dalam model *top-down* digunakan estimasi beban dari operator yang efisien yang menggunakan teknologi yang terakhir. Dalam model ini, ketidak efisienan yang terjadi dalam operasional perusahaan tidak akan tercermin. Dengan kata lain,

Hal. 195 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



pendekatan ini akan menghasilkan angka biaya jaringan yang dicita-citakan namun tidak mencerminkan biaya yang sesungguhnya yang dikeluarkan oleh perusahaan. Oleh karena itu angka yang dihasilkan dengan model *bottom-up* tidak bisa digunakan sebagai referensi margin untung yang diraih oleh operator;

21. Bahwa berdasarkan perhitungan dengan metode LRIC *top down*, biaya untuk *originating* SMS interkoneksi oleh Pemohon Keberatan adalah sebesar Rp104,00, demikian juga untuk biaya *terminating* SMS interkoneksi tersebut. Artinya, jika rezim interkoneksi yang dianut adalah rezim *sender keeps all*, maka total biaya SMS interkoneksi bagi pelanggan Pemohon Keberatan untuk tiap unitnya adalah sebesar Rp208,00. Perhitungan biaya ini mencakup jaringan inti, jaringan akses, dan retail. Sementara itu, komponen yang belum termasuk dalam perhitungan biaya tersebut adalah biaya pemasaran (dalamnya termasuk biaya iklan dan promosi) yang dilakukan oleh Pemohon Keberatan;
22. Bahwa tanpa menghitung komponen biaya pemasaran, *advertising*, margin keuntungan per unit SMS interkoneksi yang diperoleh Pemohon Keberatan adalah sebesar 20.19%. Tentu saja margin keuntungan ini akan semakin mengecil jika sudah memasukkan faktor biaya pemasaran dan *advertising* Pemohon Keberatan;
23. Bahwa *margin* keuntungan atas setiap unit SMS interkoneksi yang diperoleh setiap operator tentu saja akan berbeda tergantung jumlah pelanggan *subscriben* yang dimiliki oleh operator tersebut. Semakin besar pelanggan yang diperoleh operator, maka akan semakin ekonomis penggunaan jaringan yang dimiliki operator tersebut dan oleh karena itu akan semakin kecil pula biaya setiap SMS (off-net). Sampai tahun 2006, jumlah pelanggan Pemohon Keberatan sebanyak 1,9 juta. Jumlah ini hanya sebesar 2.68% dari total pasar di Indonesia. Oleh karena itu, penggunaan jaringan oleh Pemohon Keberatan tentu tidak se efisien penggunaan jaringan oleh operator besar, khususnya operator yang menjadi pelaku dominan;



24. Bahwa margin keuntungan yang terlalu kecil per unit SMS interkoneksi dan belum efisiennya penggunaan jaringan oleh Pemohon Keberatan merupakan dua faktor utama yang menyebabkan Pemohon Keberatan belum menurunkan tarif SMS interkoneksinya hingga saat ini. Faktor lainnya yang juga menyebabkan Pemohon Keberatan belum menurunkan tarif SMS interkoneksinya hingga saat itu adalah masih tingginya kebutuhan investasi jaringan Pemohon Keberatan. Kebutuhan investasi jaringan Pemohon Keberatan pada tahun 2006 adalah sebesar Rp1.2 triliun. Menurunkan tarif SMS interkoneksi yang artinya menurunkan margin pendapatan yang diperoleh Pemohon Keberatan dapat berdampak pada makin terbatasnya kemampuan keuangan Pemohon Keberatan untuk melakukan ekspansi jaringan dalam rangka peningkatan kualitas layanan. Dari sisi permintaan, harga SMS interkoneksi sebesar Rp250,00/SMS juga dinilai masih kompetitif dan sesuai dengan tingkat akseptabilitas dan daya beli dari konsumen. Selain itu, kecilnya margin keuntungan per unit SMS interkoneksi yang diterima oleh Pemohon Keberatan juga menunjukkan bahwa tarif SMS interkoneksi yang diterapkan Pemohon Keberatan kepada pelanggannya bukanlah tarif yang eksekif (*excessive pricing*). Konsumen Pemohon Keberatan pada dasarnya memiliki pilihan untuk menerima tarif yang dikenakan Pemohon Keberatan apabila sesuai dengan kemampuan dan *willingness to pay* dari konsumen tersebut, atau, berpindah ke operator lain (mengingat Pemohon Keberatan pada dasarnya hanyalah operator kecil dan bukan pelaku usaha dominan);
25. Bahwa dalam upaya untuk meningkatkan basis pelanggan, Pemohon Keberatan sering memberikan promo SMS gratis seperti berikut:
- Gratis 188 SMS ke semua operator sejak September 2007 - Januari 2008
 - Gratis SMS setiap kali isi ulang mulai periode Februari - Mei 2008 Kirim 1 SMS Gratis 5 SMS baik sesama Fren maupun ke operator lain sejak tanggal 16 Mei 2008;
 - Gratis SMS ke semua operator senilai Rp50,00 ribu/bulan selama 6 bulan untuk program postpaid;

Hal. 197 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Terkait dengan promosi ini, pada dasarnya meskipun tarif dasar Pemohon Keberatan yang ditetapkan sebesar Rp250,00/SMS, namun dalam kenyataannya pelanggan Pemohon Keberatan telah menikmati tarif yang relatif lebih murah bagi penggunaan layanan SMS. Memang tarif ini masih sekedar tarif promosi, dan bukan penurunan tarif dasar sebagaimana yang diharapkan oleh BRTI, namun terkait dengan kendala struktur biaya yang dihadapi oleh Pemohon Keberatan, Pemohon Keberatan tetap berupaya memberikan layanan SMS yang relatif murah bagi pelanggannya;

D. Analisis Hukum Persaingan Usaha Dan Tanggapan Terhadap Pertimbangan Putusan Termohon Keberatan) Analisis Hukum Persaingan Usaha Atas Kebijakan Harga Pemohon Keberatan

1. Bahwa Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pelarangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat melarang adanya perjanjian di antara pelaku usaha untuk menetapkan harga yang dikenakan kepada konsumen. Pasal itu melihat bahwa perjanjian penetapan harga di antara pelaku usaha secara otomatis akan berdampak pada pelemahan persaingan yang pada akhirnya akan merugikan konsumen. Padahal dalam kenyataannya, perjanjian penetapan harga tidak secara otomatis dapat secara efektif melemahkan persaingan. Jika terjadi di pasar *oligopoly*, tanpa adanya pelaku usaha dominan, perjanjian penetapan harga yang dapat secara efektif melemahkan persaingan adalah perjanjian penetapan harga yang melibatkan seluruh pelaku usaha. Sedangkan jika perjanjian penetapan harga terjadi di pasar *oligopoly* dengan adanya pelaku usaha dominan, maka perjanjian penetapan harga tersebut dapat secara efektif melemahkan persaingan jika melibatkan pelaku usaha dominan tersebut. Dalam konteks persaingan usaha, perjanjian penetapan harga yang dilarang seharusnya adalah perjanjian penetapan harga yang dapat melemahkan persaingan, bukan perjanjian penetapan harga per se;
2. Bahwa di Indonesia, pasar penyelenggara jaringan telekomunikasi merupakan pasar oligopoly dengan dua pelaku usaha dominan yang menguasai 75% lebih pangsa pasar. Dalam

Hal. 198 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



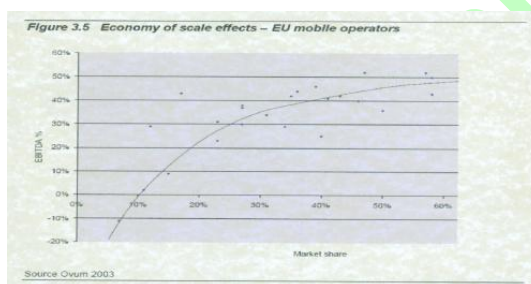
konteks ini, maka perjanjian penetapan harga yang dilarang seharusnya adalah perjanjian penetapan harga yang melibatkan pelaku usaha dominan;

3. Bahwa dalam teori persaingan usaha, pelaku usaha yang dominan yang memiliki kekuatan pasar (*market power*) adalah pelaku usaha yang memiliki pangsa pasar yang besar dan atau menguasai *essential facilities*. Dalam industri jaringan (*network industry*) seperti industri telekomunikasi, pelaku usaha *incumbent* pemilik posisi dominan memiliki tambahan kekuatan pasar yang bersumber dari *network effect*¹ dan *barrier to alternative network entry on an effective scale*²;
4. Bahwa perjanjian kerja sama (PKS) Interkoneksi yang di dalamnya terdapat tarif referensi antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I tentu saja tidak dapat digolongkan sebagai perjanjian penetapan harga yang dapat secara efektif dapat melemahkan persaingan di industri penyelenggara telekomunikasi di Indonesia. Seperti yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya, pangsa pasar yang dimiliki oleh Pemohon Keberatan pada 2006 hanya sebesar 2.68%, sedangkan pangsa pasar yang dikuasai Turut Termohon I pada 2006 hanya sebesar 13.64%. Artinya, pangsa pasar gabungan dari dua operator tentu jauh lebih kecil dibandingkan pelaku usaha dominan dalam industri. Selain kecilnya pangsa pasar Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I, perjanjian tarif referensi antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I juga merupakan perjanjian bilateral yang hanya melibatkan kedua pihak tersebut dan sama sekali tidak melibatkan seluruh pelaku usaha dalam industri;
5. Bahwa selain itu, perjanjian tarif referensi yang dilakukan antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I juga sama sekali tidak bertujuan untuk melemahkan persaingan ataupun sebagai bentuk *excessive pricing*. Perjanjian tarif referensi tersebut dibuat dengan alasan teknis yaitu menghindari *spamming* yang dapat merugikan salah satu operator dikarenakan rezim interkoneksi yang dianut di Indonesia adalah *sender keeps all* (yang mensyaratkan adanya kondisi *equal traffic*). Tanpa adanya penetapan tarif referensi, maka rezim ini rentan sekali terjadi *spamming*;

Hal. 199 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



6. Bahwa sebagaimana yang telah kami sampaikan, penerapan tarif dasar SMS off-net sebesar Rp250,00/SMS oleh Pemohon Keberatan adalah wajar berdasarkan kendala struktur biaya yang dihadapi oleh Pemohon Keberatan. Penetapan tarif SMS off-net sebesar itu hanya memberikan keuntungan yang wajar jika tidak bisa dikatakan sangat kecil bagi Pemohon Keberatan. Berdasarkan pada hal-hal tersebut, maka penetapan tarif dasar SMS off-net sebesar Rp250,00/SMS, bukanlah *collusive price* bagi Pemohon Keberatan sehingga dengan demikian penerapan harga tersebut sama sekali tidak merugikan pelanggan Pemohon Keberatan, atau dengan kata lain tidak ada tindakan Pemohon Keberatan yang telah menyebabkan terjadinya *consumer loss*;
7. Bahwa secara teoretis, besarnya jumlah pelanggan akan mempengaruhi tercapainya skala ke-ekonomian (dengan demikian biaya produksi menjadi lebih rendah) dan pada akhirnya akan mempengaruhi keuntungan yang diperoleh oleh operator telekomunikasi. Penelitian yang dilakukan oleh Ovum terhadap industri telekomunikasi seluler di Eropa pada tahun 2003 menunjukkan secara nyata hal tersebut. Ovum menemukan dalam penelitiannya bahwa operator kecil harus menanggung biaya per pelanggan yang secara signifikan lebih besar dibandingkan operator besar sehingga sulit untuk mendapatkan keuntungan. Berikut ini adalah grafik yang menunjukkan bagaimana pengaruh penguasaan pangsa pasar terhadap tingkat *profitabilitas* operator telekomunikasi seluler di Eropa (lihat *Barriers to Competition in the Supply of Electronic Communications Networks and Services, A Final Report to the European Commission, 2003*):



1. Jaringan menjadi lebih bernilai di mata konsumen karena jumlah pengguna jauh lebih besar dibandingkan pelaku usaha baru sehingga menyebabkan elastisitas harga menjadi lebih kecil.
2. Diperlukannya perjanjian interkoneksi dengan pelaku usaha incumbent agar tindakan masuk ke pasar dapat berlangsung efektif



8. Bahwa berdasarkan hal-hal yang telah kami sampaikan di atas, sekali lagi kami ingin menegaskan bahwa tarif SMS sebesar Rp250,00/SMS sama sekali tidak mendatangkan keuntungan yang eksekutif bagi Mobile-8. Mungkin saja tarif tersebut mendatangkan keuntungan yang besar bagi operator *incumbents* karena telah memiliki pangsa pasar pelanggan dan jumlah trafik layanan yang jauh lebih besar, tapi bukan untuk Mobile-8;
9. Bahwa jikapun, Pemohon Keberatan "memaksakan diri" untuk menyamakan tarif SMS dengan para *incumbants* (*market leaders*) yang memiliki keunggulan jumlah pelanggan yang berkali lipat yang tentunya akan dipandang sebagai keunggulan ekonomis oleh pelanggan atau calon pelanggan, maka tindakan "memaksakan diri" tersebut jika tidak dipertimbangkan dalam konteks kewajaran keuntungan dan *marketing strategy*, merupakan "tindakan bodoh" seorang *new entrant* (*market follower*) yang tidak perlu Termohon Keberatan beri "hukuman" karena konsumen/pelanggan atau potensi konsumen/pelangganlah yang sudah pasti akan memberikan "hukuman ekonomis". "Hukuman ekonomis" berupa larinya konsumen/pelanggan yang ada dari Pemohon Keberatan ke operator *incumbants* atau pilihan logis ekonomis calon konsumen pelanggan untuk lebih memilih operator *incumbants* guna mendapatkan keuntungan ekonomis maksimal atau optimal;

Tanggapan Terhadap Kesimpulan Pertimbangan Putusan Termohon Keberatan

10. Bahwa Termohon Keberatan dalam putusannya pada pokoknya menyimpulkan pada periode 2004-2007, telah terjadi kartel SMS yang diciptakan oleh Telkomsel (Turut Termohon II) dan XL (Turut Termohon I) dan terpaksa diikuti oleh Telkom (Turut Termohon IV), Mobile-8 (Pemohon Keberatan), dan Bakrie (Turut Termohon VI), yang berlanjut sampai April 2008 dan terpaksa diikuti oleh Smart (Turut Termohon VII). Kesimpulan Termohon Keberatan yang demikian adalah tidak benar karena tidak berdasarkan fakta yang sebenarnya. Namun demikian fakta tentang adanya "keterpaksaan" dari Pemohon Keberatan dalam mengikuti Perjanjian Interkoneksi



yang di dalamnya terdapat *Tarif Referensi SMS* adalah fakta yang memang terjadi;

11. Bahwa pada faktanya Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I melakukan Amandemen I tertanggal 23 November 2006 dan Amandemen II tertanggal 4 Juni 2007 terhadap Perjanjian Utama, yang pada intinya menghapus seluruh ketentuan yang berkaitan dengan biaya terminasi SMS dan biaya SMS yang tercantum pada Pasal 18 ayat (2) Perjanjian Utama, dengan tujuan agar tidak terjadi kesalahan persepsi sehingga seolah-olah telah terjadi pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, Artinya, pangsa pasar gabungan dari dua operator 13.64%, oleh karena secara substansi Perjanjian Interkoneksi yang di dalamnya terdapat pasal yang khusus berkaitan dengan referensi harga SMS tidak dimaksudkan untuk melakukan *price fixing*;
12. Bahwa pada faktanya, Pemohon Keberatan bukan pelaku usaha dominan
 - a. Bahwa dalam teori hukum persaingan usaha, pelaku usaha yang dominan yang tidak memiliki pesaing yang berarti atau memiliki posisi tertinggi dalam hal penguasaan pangsa pasar bersangkutan, serta menguasai fasilitas *essensial* seperti kemampuan finansial, kemampuan akses pasokan dan/atau penjualan, dan kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang tertentu;
 - b. Bahwa dalam industri jaringan (*network industry*) seperti industri telekomunikasi, pelaku usaha *incumbent* pemilik posisi dominan memiliki tambahan kekuatan pasar yang bersumber dari *network effect* dan *barrier to alternative network entry on an effective scale*;
 - c. Bahwa berdasarkan fakta, Pemohon Keberatan adalah Operator Baru (*New Entrant*):
 - Bahwa Pemohon Keberatan memiliki tingkat ketergantungan yang sangat tinggi terhadap jaringan yang dimiliki oleh operator *incumbent* untuk interkoneksi;
 - Bahwa hal ini mengakibatkan operator baru sangat rentan terhadap tindak anti-persaingan berupa *refusal to deal* dari operator *incumbent* ketika kehadiran operator baru dengan strategi usaha yang diterapkannya dianggap dapat



mengancam posisi operator *incumbent* di pasar. Hal ini dapat diketahui dari pengakuan Smart (Turut Termohon VII) dan Hutchison (Turut Termohon V). Smart mengakui bahwa ketika masuk ke dalam pasar penyelenggaraan telekomunikasi seluler di Indonesia, Smart mengalami kesulitan untuk mendapatkan interkoneksi, dan meskipun pada akhirnya mendapatkan interkoneksi, tapi waktu yang dibutuhkan cukup lama (vide BAP Pemeriksaan Pendahuluan Smart). Hutchison pun juga mengakui bahwa ketika menerapkan tarif SMS off-net sebesar Rp100,00/SMS, Hutchison mendapatkan "teguran" dari Excelcomindo (Turut Termohon I) dan "diminta" untuk mengkoreksi tarif yang diterapkannya tersebut. Namun karena masih bersikeras menerapkan tarif sebesar Rp100,00 per/SMS, SMS dari pelanggan Hutchison pernah *di-block* oleh Excelcomindo (Turut Termohon I) (vide BAP Pemeriksaan Hutchison). Sementara Bakrie-Tel sebagaimana dijabarkan dalam Putusan Termohon Keberatan (vide Putusan Termohon Keberatan Hal. 127-133) juga mendapatkan "teguran" dan "terpaksa" menuruti "perintah" dari Turut Termohon I untuk menghentikan 2 (dua) Program SMS Murah ke Semua Operatornya serta sempat mendapat "sanksi" berupa tindakan "*blocking*" terhadap interkoneksinya pada program yang kedua. Fakta-fakta ini menunjukkan bahwa dalam penyelenggaraan layanan telekomunikasi di Indonesia, operator baru (*new entrants*) sangat rentan terhadap tindakan anti-persaingan yang dilakukan operator *incumbent*, termasuk ketika tidak bersedia menerapkan tarif SMS off-net sebesar minimum Rp250,00 per/SMS;

- d. Bahwa berdasarkan fakta, Pemohon Keberatan tidak mempunyai kekuatan pasar:
- Bahwa Pemohon Keberatan adalah pendatang baru dan sama sekali tidak memiliki kekuatan pasar yang signifikan dalam penyelenggaraan telekomunikasi seluler di Indonesia. Hal ini dapat dilihat dari penguasaan pangsa pasar yang hanya 1,65-2,86% pada periode 2004-2006.
 - Bahwa dalam hal jangkauan jaringan, XL memiliki 7.260 (tujuh ribu dua ratus enam puluh) BTS (vide Putusan KPPU Perkara

Hal. 203 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Nomor 07/KPPU-L/2007), sedangkan Pemohon Keberatan hanya memiliki 440 (empat ratus empat puluh) BTS pada akhir tahun 2006 (bandingkan dengan Telkomsel, Indosat, dan XL). Dengan demikian, secara fakta, teoretis dan logika praktisnya-pun, Pemohon Keberatan tidak berada dalam posisi untuk mengendalikan pasar, baik dari segi tarif yang diterapkan dan besarnya penyelenggaraan telekomunikasi seluler di Indonesia. Dalam hal penguasaan pangsa pasar pelanggan dan jaringan, XL jauh lebih unggul dibandingkan dengan Pemohon Keberatan, dengan penguasaan pangsa pasar sebesar 12,50-14,93% pada periode 2004-2006 atau kira-kira sekitar 6 kali pangsa pasar Pemohon Keberatan;

e. Bahwa berdasarkan fakta, sebagai Pendatang Baru (*New Entrants*) Pemohon Keberatan tidak berada dalam posisi yang mampu serta dapat menolak negosiasi:

➤ Pemohon Keberatan hanya Pendatang Baru (*new entrant*), dan sama sekali bukan pelaku usaha dominan (*market leader*) dalam penyelenggaraan kegiatan operasi telekomunikasi seluler di Indonesia, sehingga Pemohon Keberatan tidak berada dalam kondisi dan posisi yang dapat mengendalikan atau dapat menolak ketentuan Perjanjian Interkoneksi yang dibuat dan ditawarkan oleh pihak *incumbants*;

➤ Pemohon Keberatan tidak mempunyai inisiatif serta tidak mempunyai kepentingan atas ada atau tidaknya ketentuan tarif SMS off-net batas minimum;

f. Bahwa sesuai dengan fakta, penentuan tarif minimum SMS Rp250,00 per/SMS dalam Perjanjian Interkoneksi tidak berasal dan bukan inisiatif dari Pemohon Keberatan:

➤ Bahwa penentuan tarif SMS minimum Rp250,00 per/SMS dalam Perjanjian Interkoneksi antara Mobile-8 dan Excelcomindo (Turut Termohon I), sebagaimana disebutkan Termohon Keberatan, tidak berasal atau bukan merupakan inisiatif dari Pemohon Keberatan;

➤ Pemohon Keberatan tidak dalam kapasitas kekuatan pasarnya dan tidak dalam *economic reason*nya (dari *perspektif marketing strategy*) yang dapat dan berkeinginan untuk dilakukan penetapan tarif SMS minimum. Pemohon Keberatan



hanya berada pada posisi yang "semestinya harus menerima" seluruh ketentuan dan persyaratan setiap Perjanjian Interkoneksi yang diajukan oleh *Incumbats* kepada Pemohon Keberatan;

- Uraian dan penjelasan Pemohon Keberatan, adalah didasarkan kepada fakta, logis serta beralasan karena dilakukan Pemohon Keberatan demi menjaga agar masuknya Pemohon Keberatan ke pasar dan kelangsungan kegiatan usaha Pemohon Keberatan tidak terkendala akibat hambatan interkoneksi, seperti yang dialami oleh Smart dan Hutchison (vide BAP Smart dan BAP Hutchinson) dan Bakrie-Tel (vide Putusaha Termohon Keberatan);
- g. Bahwa sesuai dengan fakta, Pemohon Keberatan dengan terpaksa harus mengikuti keinginan Turut Termohon I selaku *Incumbent*:
 - Dengan asumsi bahwa apa yang dikutip oleh Termohon Keberatan tersebut dimaksudkan untuk merujuk PKS Interkoneksi antara Turut Termohon I dengan Pemohon Keberatan, yaitu Pasal 18 yang mengatur mengenai tarif minimal SMS, maka dapat diketahui bahwa bunyi ketentuan ini dengan jelas menunjukkan bahwa penetapan tarif SMS sebesar minimal Rp250,00 per/SMS ditujukan bukan untuk, membatasi persaingan tarif SMS dari pihak Turut Termohon I, melainkan untuk membatasi persaingan tarif SMS dari pihak Pemohon Keberatan;
 - Oleh karenanya Pemohon Keberatan tidak patut dipersalahkan oleh karena restriksi persaingan yang timbul dari Perjanjian Tarif SMS, sebagaimana disampaikan Termohon dalam Putusan Termohon Keberatan, dimana kesimpulan adalah Pemohon Keberatan dengan terpaksa harus mengikuti keinginan XL selaku *Incumbent*;

III. Mengenai Pokok-Pokok Keberatan

A. Aspek Formil

1. Termohon Tidak Berwenang Untuk Memeriksa Perkara Nomor 26/KPPU-L/2007
 - a. Bahwa sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku di bidang telekomunikasi, otoritas yang diberi kewenangan

Hal. 205 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



untuk melakukan pengawasan dan pengendalian tarif serta pengawasan persaingan di bidang telekomunikasi adalah Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (BRTI). Dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 36/1999, dinyatakan bahwa "Telekomunikasi dikuasai oleh Negara dan pembinaannya dilakukan oleh Pemerintah". Selanjutnya, Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 36/1999 menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan pembinaan adalah penetapan kebijakan, pengaturan, pengawasan, dan pengendalian kegiatan telekomunikasi Indonesia. Dalam penjelasan pasal tersebut, dinyatakan bahwa: "..... sesuai dengan perkembangan keadaan, pengawasan dan pengendalian penyelenggaraan telekomunikasi dapat dilimpahkan kepada suatu badan regulasi";

- b. Bahwa BRTI dibentuk berdasarkan Keputusan Menteri Perhubungan (KM) Nomor 31 Tahun 2003 tentang Penetapan Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia ("KM Nomor 31/2003") sebagai pelaksanaan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 36/1999. Tugas BRTI sesuai Pasal 6 huruf b KM. Nomor 31/2003 adalah: "Pengawasan terhadap penyelenggaraan jaringan telekomunikasi dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi, yaitu:

- 1) kinerja operasi;
- 2) persaingan usaha;
- 3) penggunaan alat dan perangkat telekomunikasi";

Sehingga sesuai prinsip *lex specialis derogat lex generalis*, maka sepatutnya Pasal 4 Undang-Undang Nomor 36/1999 jo. KM Nomor 31/2003 mengenyampingkan kewenangan yang dimiliki Termohon Keberatan untuk memeriksa perkara berdasarkan Undang-Undang Nomor 5/1999;

2. Putusan Termohon Keberatan Didasarkan pada Fakta yang Salah dan Pertimbangan yang Diperoleh dari Pendapat Ahli yang Tidak Kompeten
- a. Bahwa Termohon Keberatan telah salah menjabarkan fakta tentang Perjanjian Interkoneksi diantara para operator



- sebagaimana yang dikemukakan pada hal.20, angka 21.2.10.8 Putusan Termohon Keberatan: "Klausul jenis (a) di atas terdapat pada Pasal 6 PKS Interkoneksi antara XL dengan Mobile-8 (semula bernama Mobile Seluler Indonesia/Mobisel, yang berbunyi: "khusus untuk *charging* layanan SMS antar operator yang akan dikenakan kepada pengguna masing-masing pihak, para pihak sepakat *charging* terhadap pengguna mobisel tidak boleh lebih rendah dari *charging* yang dikenakan oleh XL kepada penggunanya, yaitu Rp250,00/ SMS (vide bukti C.1.18)";
- b. Bahwa fakta hukum yang dikemukakan dalam Putusan Termohon tersebut di atas, adalah salah atau keliru, karena:
- (1) Mobisel dan Pemohon merupakan dua operator telekomunikasi yang berbeda dan berdiri sendiri-sendiri;
 - (2) Pemohon tidak pernah mempunyai nama (baik nama produk maupun badan hukum) sebelumnya Mobisel;
 - (3) Pasal 6 PKS Interkoneksi antara Pemohon dengan Turut Termohon I tidak mengatur mengenai penentuan tarif minimal SMS;
- c. Bahwa di samping fakta hukum yang keliru tersebut, salah satu pendapat yang dianut dan menjadi Pertimbangan Termohon dalam Putusannya juga jelas-jelas salah, sebagaimana diuraikan pada hal. 27 Putusan Termohon Keberatan, angka 21.2.11.10, yaitu: "berdasarkan keterangan yang diperoleh dari Saksi Ahli KRMT Roy Suryo, operator yang muncul belakangan akan menawarkan harga yang lebih murah karena investasi yang dikeluarkan lebih murah bila dibandingkan dengan operator lama, misalnya tidak perlu mendirikan BTS (vide bukti B24)";
- d. Bahwa pendapat Saksi Ahli (yang tidak ahli) tersebut adalah salah dan sangat tidak berdasar. Sebagaimana telah kami sampaikan di Tanggapan Pemohon Keberatan atas Hasil Pemeriksaan Lanjutan, *Base Transmission Receiver* (BTS) merupakan perangkat telekomunikasi yang harus disediakan oleh setiap operator telekomunikasi,

Hal. 207 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



karena alat tersebut adalah alat yang dipergunakan untuk menangkap dan memancarkan sinyal ke *mobile cellular phone* yang digunakan oleh konsumen, sehingga tanpa adanya BTS, baik operator baru maupun lama, tidak akan mungkin bisa menyelenggarakan pelayanannya;

3. Pembedaan Perlakuan (Diskriminasi) Terhadap Suatu Keadaan Yang Sama dalam Penerapan Sanksi oleh Termohon

- a. Bahwa Termohon menyatakan Pemohon, Turut Termohon I, Turut Termohon II, Turut Termohon IV, Turut Termohon VI dan Turut Termohon VII, terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, dimana asumsinya adalah bahwa secara materiil, terlepas dari hal-hal yang memberatkan atau meringankan mereka dalam proses pemeriksaan yang dilakukan oleh Termohon, kesalahan diantara mereka adalah proporsional. Namun demikian terhadap kesalahan mereka tersebut, Termohon sama sekali tidak mengenakan denda terhadap Turut Termohon VII, dimana menurut pertimbangan Termohon Keberatan, pada hal. 209 angka 12 Putusan Termohon Keberatan: "Menimbang, berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut, Majelis Komisi menetapkan denda untuk masing-masing operator dengan memperhatikan efek penjera, keaktifan operator dalam mendisiplinkan anggota kartel lainnya, jumlah klausul penetapan harga dalam PKS Interkoneksi, pangsa pasar di antara anggota kartel, kooperatif tidaknya Terlapor dalam Pemeriksaan, posisi tawar operator *new entrant* terhadap operator *incumbent*, adalah sebagai berikut:

- 12.1. XL sebesar Rp25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah);
- 12.2. Telkomsel sebesar Rp25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah);
- 12.3. Telkom sebesar Rp18.000.000.000,00 (delapan belas miliar rupiah);
- 12.4. Bakrie sebesar Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah);



12.5. Mobile-B sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah);

12.6. Smart tidak dikenakan denda karena Smart merupakan *new entrant* yang terakhir masuk ke pasar sehingga memiliki posisi tawar yang paling lemah";

- b. Bahwa pengenaan sanksi oleh Termohon Keberatan terhadap Turut Termohon VII bertentangan dan sangat tidak konsisten dengan pernyataan Termohon Keberatan sendiri pada hal. 209, angka 13.4. Putusan Termohon Keberatan: "Meskipun dalam posisi tawar yang lemah, operator *new entrant* tetap memiliki kewajiban untuk selalu mengikuti peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam hal ini Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sehingga posisi tawar yang lemah tidak dapat digunakan sebagai pembenaran atas tindakan yang melanggar hukum." Secara substantif/materiil, Pemohon Keberatan tidak sepenuhnya sependapat dengan premis Termohon Keberatan tersebut di atas, mengingat kondisi dari pelaku usaha yang secara ekonomis lemah dan tertekan oleh pelaku usaha dominan tentu akan membuat dan menciptakan suatu kondisi pasar yang tidak sehat, dimana kondisi pasar yang tidak sehat tersebut bukan diciptakan oleh pelaku usaha kecil dan lemah tetapi oleh pelaku usaha dominan yang mempunyai segala daya upaya untuk melakukan penekanan dan pemaksaan. Dalam kondisi demikian, tentunya posisi tawar yang lemah yang dimiliki oleh operator baru harus menjadi dasar pemaaf, tetapi operator dominan yang menciptakan struktur pasar yang tidak sehat tidak dapat dilepaskan dari pertanggungjawaban hukumnya. Namun demikian, terlepas dari benar atau tidaknya pertimbangan Termohon Keberatan tersebut, telah ternyata Termohon memberikan pertimbangan yang rancu dan saling bertentangan satu dengan yang lainnya. Di satu sisi, Smart (Turut Termohon VII) dimaafkan dan tidak dipertanggungjawabkan secara hukum hanya karena memiliki posisi tawar yang lemah, tetapi di sisi lain, operator

Hal. 209 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



lainnya yang juga mempunyai posisi tawar lemah tetap harus dimintakan pertanggung-jawabannya atas terciptanya struktur pasar yang tidak sehat sebagai akibat tindak anti persaingan yang pada dasarnya dilakukan oleh operator dominan (*incumbant*);

- c. Bahwa dengan demikian, Termohon Keberatan telah memberikan keistimewaan (*privilege*) dan telah bertindak tidak adil Pemohon mempertanyakan 'keistimewaan' atau '*privilege*' yang diberikan Termohon Keberatan kepada Turut Termohon VII, mengingat bahwa menurut Termohon, alasan kelemahan posisi tawar tersebut tidak menghilangkan unsur kesalahan dalam perbuatan yang dilakukan Turut Termohon VII. Namun demikian dengan pertimbangan yang diambil Termohon Keberatan dalam menjatuhkan sanksi, pendirian Termohon Keberatan tersebut di atas dikesampingkan, dan terhadap hal ini, dapat disimpulkan bahwa "posisi tawar yang lemah yang dimiliki oleh Turut Termohon VII", dalam konteks hukum pidana merupakan dasar pemaaf bagi Termohon untuk mengenyampingkan sanksi yang seharusnya diderita Turut Termohon VII;
- d. Bahwa di samping itu, posisi Pemohon, Turut Termohon VI serta Turut Termohon VII sebenarnya tidak berbeda, dimana Termohon sendiri mengakui hal tersebut, pada hal. 20B angka 10.2 Putusan Termohon Keberatan. Dalam Pertimbangannya tersebut dinyatakan bahwa: "menimbang bahwa sebelum menjatuhkan denda, Majelis Komisi mempertimbangkan hal-hal yang meringankan masing-masing Terlapor sebagai berikut: 10.3. Mobile-8 Bahwa Mobile-8 sebagai *new entrant* berada dalam posisi tawar yang lemah:" Terlebih, disamping itu Pemohon Keberatan telah melakukan perubahan perilaku melalui Amandemen I Perjanjian Utama Kerjasama Interkoneksi antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I tanggal 23 November 2006, dan Amandemen II pada tanggal 4 Juni 2007. Dengan demikian, sudah sepatutnya pula apabila Pemohon



mendapat perlakuan yang sama dengan Turut Termohon VII;

B. Aspek Materiil

1. Tidak Dilakukannya Pembuktian atas Salah Satu Unsur Yang Termuat dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999

- a. Bahwa Termohon Keberatan menyatakan dalam Putusan Termohon Keberatan pada hal. 27, angka 21.4 mengenai Analisis sebagai berikut: "dalam melakukan analisis terjadinya pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, Tim Pemeriksa menilai setidaknya-tidaknya harus terdapat dua unsur yang terpenuhi, yaitu: Unsur Pelaku Usaha, 2) Unsur Perjanjian Harga dengan pesaing. Sedangkan unsur pasar bersangkutan adalah unsur tambahan yang tidak mutlak untuk dibuktikan namun hanya bersifat menjelaskan dari unsur kedua yaitu perjanjian harga dengan pesaing. "Selain itu, Termohon Keberatan menyatakan pada hal. 192, angka 5.4 Putusan Termohon Keberatan:

"Majelis Komisi menilai unsur-unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang harus dipenuhi dalam menyatakan ada tidaknya pelanggaran adalah:

5.4.1 Pelaku Usaha;

5.4.2 Perjanjian Penetapan Harga;

5.4.3. Pesaing;

- b. Bahwa Pemohon Keberatan tidak sependapat dan berkeberatan dengan pernyataan Termohon Keberatan tersebut di atas. Perlu Pemohon sampaikan bahwa Pasar bersangkutan adalah salah satu unsur yang harus dibuktikan oleh Termohon Keberatan, mengingat bahwa dalam hal terjadi pelanggaran prinsip persaingan usaha yang sehat, haruslah jelas dimana pasar yang mengalami kerugian ekonomi akibat dilakukannya suatu perbuatan atau perjanjian yang dilarang oleh undang-undang. Terlebih, dengan jelas Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5/1999 menyatakan bahwa: "pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa

Hal. 211 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama". Dengan dicantulkannya unsur "pada pasar bersangkutan yang sama" tersebut, maka Termohon Keberatan telah lalai memenuhi syarat yang ditentukan undang-undang untuk menilai apakah suatu perjanjian tersebut dilarang atau tidak menurut hukum. Menurut hemat Pemohon, unsur "pasar bersangkutan yang sama" dalam pasal ini ditujukan untuk menunjukkan siapa saja pelaku usaha dalam pasar dan siapa saja pesaingnya. Tidak akuratnya pendefinisian pasar bersangkutan dapat menimbulkan bias dimana Termohon Keberatan dapat saja memasukan pelaku usaha tertentu yang berada pada pasar bersangkutan yang lainnya sebagai pelaku usaha dalam suatu pasar/industri tertentu, dimana sebenarnya pelaku usaha yang dianggap sebagai pesaing tersebut tidak melakukan kegiatan bisnis di sana. Bagaimana Termohon Keberatan dapat menentukan siapa saja pelaku pasar dan pesaingnya apabila pasar bersangkutan dalam perkara tidak ditentukan secara definitif? Oleh karena itu, anasir "pasar bersangkutan yang sama" merupakan salah satu unsur *essensial* yang mutlak harus dibuktikan agar pelaku usaha dapat dikatakan telah atau tidak melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Termohon Keberatan sendiri dalam beberapa Putusannya (khususnya putusan-putusan mengenai pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999) secara eksplisit menegaskan bahwa unsur "pasar bersangkutan" harus dibuktikan, yaitu:

-- Sebagaimana dinyatakan Termohon Keberatan dalam Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2003 (Putusan tentang Penerapan Tarif Bus Kota Patas AC DKI Jakarta):

"21.4. Pasar bersangkutan yang sama;

21.4.2. Menimbang bahwa berdasarkan fakta-fakta yang terungkap dalam Pemeriksaan Pendahuluan dan Pemeriksaan Lanjutan yana dimaksud dengan pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah

Hal. 212 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



layanan, pengangkutan penumpang bus kota Patas AC yang ijin trayeknya dikeluarkan oleh Pemerintah Propinsi DKI Jakarta;

21.4.3. Menimbang bahwa berdasarkan hal tersebut di atas, unsur pasar bersangkutan yang sama dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 telah terpenuhi";

-- Termohon Keberatan dalam Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2003 (Penetapan Tarif Minimal Uang Tambang Peti Kemas), pada Hal. 10, menyatakan:

"1. 9. Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, maupun Terlapor IV selanjutnya dapat dikelompokkan sebagai pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha dalam satu pasar bersangkutan yang sama, yaitu pasar jasa pengiriman barang dengan peti kemas melalui laut dengan kapal dari Jakarta-Pontianak-Jakarta";

-- Termohon Keberatan kembali menganut pendirian yang sama, yaitu bahwa unsur "pasar bersangkutan" harus dibuktikan, dalam Putusan KPPU Nomor 03/KPPU-I/2003 (Penetapan Tarif dan Kuota Jasa Jalur Surabaya-Makassar) hal. 41, Termohon Keberatan menyatakan:

"6.7. Pasar bersangkutan yang sama;

6.7.3.1. Menimbang bahwa pasar bersangkutan dalam Berita Acara Pertemuan Bisnis di Hotel Elmi Surabaya adalah jalur Surabaya - Makassar - Surabaya dan Makassar - Jakarta - Makassar;

6.7.4. Menimbang bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, unsur pasar bersangkutan yang sama dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Terpenuhi";

c. Bahwa pernyataan Termohon Keberatan yang mengatakan:
"unsur pasar bersangkutan adalah unsur tambahan yang

Hal. 213 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



tidak mutlak dibuktikan" menunjukan serta membuktikan bahwa Termohon Keberatan sangat tidak konsisten, dan tidak ada standar baku atau kejelasan parameter yang diterapkan Termohon Keberatan dalam memeriksa perkara dugaan pelanggaran persaingan usaha, oleh karenanya penilaian atas suatu perkara digantungkan oleh kehendak Termohon Keberatan semata, sehingga sangat besar kemungkinan terjadi penyalahgunaan wewenang (*excess du pouvoir*) oleh Termohon Keberatan dan timbulnya ketidakpastian hukum;

2. Tentang tidak Terpenuhinya Unsur Perjanjian.
 - a. Bahwa terkait dengan adanya perjanjian penetapan harga SMS antara Pemohon Keberatan dan Turut Termohon I dari 2004-2007, seperti yang sudah kami sampaikan di atas, ketentuan tersebut dibuat oleh Turut Termohon I dalam PKS interkoneksi yang ditawarkan kepada Pemohon Keberatan. Seperti yang telah dipahami oleh Termohon Keberatan, sebagai operator baru, Pemohon Keberatan memiliki posisi tawar yang lemah dalam berhadapan dengan operator *incumbents*;
 - b. Bahwa dengan kedudukan sebagai operator baru, yang jaringannya terbatas dan jumlah pelanggannya masih sangat minim, instrumen tarif SMS yang rendah adalah strategi bisnis yang diperlukan oleh Pemohon Keberatan dalam rangka mengatasi kendala *switching cost* dan resiko yang lebih tinggi yang dihadapi oleh calon pengguna layanan Pemohon Keberatan sehingga ketentuan tarif minimum tersebut sebenarnya membatasi ruang gerak Pemohon Keberatan dalam rangka bersaing memperebutkan pangsa pasar pelanggan dengan operator *incumbent*. Dalam kerangka ini, Pemohon Keberatan setuju dengan kesimpulan Tim Pemeriksa Lanjutan bahwa ketentuan tersebut merugikan bagi operator baru, seperti Mobile-8;
 - c. Bahwa karena ketentuan penetapan tarif tersebut adalah sesuatu yang terpaksa Pemohon Keberatan ikuti, maka sesuai prinsip hukum tentang validitas suatu perjanjian



yang menghendaki adanya "freewill" atau kebebasan berkehendak maka sudah sepatutnya Pemohon Keberatan dibebaskan tanggungjawab hukum atas adanya kesepakatan/perjanjian yang dilakukan dalam kondisi terpaksa tersebut termasuk implikasi hukumnya oleh karenanya Pemohon Keberatan harus dilepaskan dari tuduhan pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 tentang Penetapan Tarif atau setidaknya Mobil-8 tidak bisa dimintai pertanggungjawaban atas restriksi terhadap persaingan yang ditimbulkan oleh ketentuan tersebut;

- d. Bahwa lebih dari itu, Pemohon Keberatan dengan tegas menolak kesimpulan Termohon Keberatan yang mengatakan bahwa pasca Amandemen I tanggal 23 November 2006 dan Amandemen II tanggal 4 Juni 2007 terhadap Perjanjian Utama Kerjasama Interkoneksi antara Mobile-8 dan XL ketentuan tentang penetapan tarif, masih terjadi kartel tarif SMS off-net yang melibatkan Mobile-8, Seperti yang telah disampaikan oleh Tim Pemeriksa Lanjutan dalam Laporan Hasil PL angka 76 dan 82, perjanjian tidak tertulis mengenai harga dapat disimpulkan apabila terpenuhi dua syarat, yaitu (1) adanya harga yang sama atau paralel dan (2) adanya komunikasi antar pelaku usaha mengenai harga tersebut, baik dilakukan secara langsung maupun tidak langsung. Dengan menggunakan teori ini, Termohon Keberatan menyimpulkan bahwa kemiripan tarif SMS yang terjadi pada periode 1994-2004 bukan merupakan akibat adanya kartel harga karena pada periode ini Termohon Keberatan tidak menemukan adanya perjanjian mengenai tarif SMS antara Telkomsel, Indosat, dan XL dan juga tidak menemukan adanya komunikasi antara ketiga operator tersebut. Namun sangat disayangkan Termohon Keberatan tidak konsekuen dalam menggunakan teori ini untuk periode 2007 -Maret 2008;
- e. Bahwa sejauh yang Pemohon Keberatan pahami dari Putusan Termohon Keberatan termasuk dari hasil *inzage* yang telah Pemohon Keberatan lakukan, Termohon

Hal. 215 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Keberatan dan juga bukti-bukti yang ada sama sekali tidak dapat menunjukkan dan/atau membuktikan adanya komunikasi yang terjadi antara Pemohon Keberatan dengan Turut Termohon I, maupun dengan operator lainnya terkait dengan tarif SMS. Oleh karena itu, kami menyimpulkan bahwa Pemohon Keberatan tidak pernah terlibat dalam perjanjian tidak tertulis mengenai harga dalam periode 2007- Maret 2008 dimana pada faktanya pula Pemohon Keberatan sama sekali tidak pernah melakukan komunikasi apapun dengan operator lain terkait dengan penetapan tarif SMS Pemohon Keberatan;

- f. Bahwa Pemohon Keberatan dalam hal penetapan tarif SMS, Mobile-8 selalu bertindak berdasarkan pertimbangan bisnis yang wajar, sesuai dengan kondisi perusahaan dan situasi pasar. Pemohon Keberatan sama sekali tidak pernah ingin, bermaksud, menghendaki dan mau terlibat dalam tindakan apapun yang dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dalam penyelenggaraan telekomunikasi di Indonesia.

3. Esensi Perjanjian Interkoneksi Bukan Perjanjian Penetapan Harga dan Pemohon Keberatan Berada dalam Posisi Tawar Yang Lemah

- a. Bahwa maksud diadakannya Perjanjian Interkoneksi adalah sebagai sarana untuk menciptakan ketertiban dan kegiatan bisnis yang sehat dalam pelaksanaan kegiatan telekomunikasi, dan khususnya untuk meningkatkan daya dan hasil guna jaringan telekomunikasi para operator agar dapat memberikan pelayanan jasa telekomunikasi yang handal, berjangkauan luas dan bermutu tinggi. Pemohon menyadari bahwa masalah yang terjadi diantara operator pengirim dan penerima SMS adalah terjadinya ketidakseimbangan trafik SMS, dan tidak ada ketentuan sama sekali dalam PM Nomor 8/2006 yang mengatur hal ini. Sepanjang pemahaman Pemohon, ketidakseimbangan arus SMS dapat terjadi antara lain karena: (i) Kelebihan pengiriman SMS seperti iklan dan promosi yang dilakukan oleh operator penerima melalui *message center* ke operator

Hal. 216 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



penerima; dan (ii) Pengiriman SMS sampah dari operator pengirim ke operator penerima (*spamming*), dimana efek lanjutan kondisi ini mengakibatkan terganggunya layanan jaringan operator penerima atau *overload* (tidak bekerjanya jaringan secara maksimal) sehingga pada akhirnya konsumen pengguna dirugikan;

- b. Bahwa sebagai pemain baru di bidang telekomunikasi, Pemohon jelas membutuhkan kerjasama jaringan yang baik dengan pemain lama (*incumbant*) yang sudah memiliki jaringan BTS yang cukup banyak. Sebagaimana telah Pemohon sampaikan di atas, dalam penguasaan pangsa pasar konsumen pengguna dan jaringan, XL (Turut Termohon Keberatan I) sangat jauh lebih unggul dibandingkan Pemohon. Selaku operator *incumbant*, Turut Termohon I memiliki pangsa pasar sebesar 12,50-14,93% pada periode 2004-2006 atau kira-kira sekitar 6 kali pangsa pasar Pemohon. Dalam hal jangkauan jaringan, Turut Termohon I telah memiliki sejumlah 7260 BTS, jauh dengan jumlah BTS yang dimiliki oleh Pemohon yang hanya sejumlah 440. Pemohon Keberatan hanyalah *new entrant* dan sama sekali bukan pelaku usaha dominan (*market leader*) dalam penyelenggaraan telekomunikasi seluler di Indonesia. Dalam hal pembuatan perjanjian interkoneksi, Pemohon, dibanding Turut Termohon Keberatan I apalagi operator *incumbant* lainnya adalah pihak yang berada dalam posisi yang tidak dapat dan mampu mengendalikan berbagai negosiasi terkait interkoneksi dengan pihak *incumbants*, termasuk dalam hal inisiatif serta kepentingan mengenai ada atau tidaknya ketentuan tarif SMS off-net minimum;

Dengan kata lain, agar Pemohon dapat bertahan (*survive*) di sektor industri telekomunikasi selular, maka Pemohon terpaksa menyepakati Perjanjian Interkoneksi. Terlepas dari adanya klausul tarif minimum yang dipersyaratkan XL (Turut Termohon I) dalam Perjanjian Interkoneksi, perlu Pemohon sampaikan bahwa tarif dasar SMS antar operator (off-net) sebesar Rp250,00/SMS adalah tarif yang wajar

Hal. 217 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



bagi Pemohon dan nyaris mencerminkan biaya produksi layanan SMS yang harus ditanggung oleh Pemohon dan sama sekali tidak memberikan keuntungan yang eksekutif (*excessive profit*);

4. Tentang Struktur Biaya dan Keuntungan Eksekutif

- a. Bahwa Termohon Keberatan dalam Putusannya hlm. 206, poin 5.6.22 menyatakan bahwa "Majelis Komisi menilai patokan harga SMS off-net yang kompetitif dicerminkan dari besaran harga yang semakin mendekati biaya layanan SMS. Dalam hal ini Majelis Komisi menggunakan tarif interkoneksi originasi (Rp38,00) dan terminasi (Rp38,00) hasil perhitungan *Ovum*, ditambah dengan biaya *retail service activities cost* (RSAC) sebesar 40% dari biaya interkoneksi dan margin keuntungan sebesar 10% dari biaya interkoneksi yang merupakan pendekatan yang disampaikan oleh pemerintah. Berdasarkan perhitungan tersebut maka perkiraan harga kompetitif layanan SMS off-net adalah Rp114,00 (seratus empat belas rupiah)";
- b. Bahwa pendapat atau penilaian Termohon tersebut di atas mengenai harga kompetitif atas layanan SMS off-net dengan mendasarkan pada formula yang disampaikan oleh Pemerintah tersebut, merupakan pendapat yang tidak tepat, oleh karenanya harus ditolak dan dikesampingkan, mengingat formula tersebut sama sekali tidak memiliki landasan akademis dan kajian empiris. Rumusan tersebut adalah pendapat yang sangat subjektif dari Pemerintah sehingga tidak selayaknya digunakan sebagai acuan dalam memperkirakan tarif yang seharusnya terbentuk di pasar, apalagi sebagai acuan dalam menentukan eksekutif tidaknya tarif SMS yang ditetapkan oleh Pemohon;
- c. Bahwa sebagaimana telah Pemohon sampaikan pada tanggapan atas LHPL, terkait dengan biaya interkoneksi yang ditanggung Pemohon berdasarkan perhitungan yang dilakukan oleh Tritech pada tahun 2005 dengan metode *top-down* LRIC (bukan *bottom-up*), biaya originasi dan biaya terminasi SMS Pemohon adalah masing-masing sebesar Rp104,00 sehingga total biaya interkoneksi satu



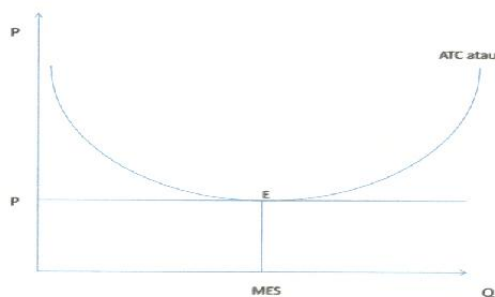
SMS adalah sebesar Rp208,00. Angka sebesar Rp208,00 ini adalah biaya jaringan yang benar-benar harus dikeluarkan oleh Pemohon untuk bisa menyelenggarakan layanan SMS pada posisi tingkat efisiensi dan optimalisasi penggunaan jaringan saat ini atau setidaknya tidaknya pada saat perhitungan dilakukan;

- d. Bahwa hal ini sesuai dengan apa yang telah Pemohon Keberatan sampaikan pula dalam tanggapan atas Hasil Pemeriksaan Lanjutan, sebagaimana yang dituangkan kembali dalam Putusan Termohon Keberatan, hal. 154, angka 41.2.2.1.5: "Pemohon sama sekali tidak mendapatkan atau mengakumulasi keuntungan yang eksekutif dari tarif SMS tersebut, mengingat dengan jumlah pelanggan dan jumlah trafik layanan yang masih sangat kecil, Pemohon belum mencapai skala ke-ekonomian minimum (MES). Oleh karena itu, ketika operator *incumbents* seperti Telkomsel dan Indosat sudah menurunkan tarif SMS sejak April 2008, Pemohon tidak melakukannya karena hal tersebut belum bisa dilakukan, bukan karena adanya keinginan untuk mematuhi PKS dengan XL, melainkan berdasarkan pertimbangan kewajaran dan segi bisnis semata";
- c. Bahwa dalam pendekatan/metode LRIC, penghitungan secara *top-down* menjadi dasar/acuan karena dalam penghitungan *top-down*, sumber data yang digunakan adalah dari laporan manajemen yang di *present value*kan, yang kemudian dialokasikan kepada servis yang berbeda-beda dalam hubungan biaya dan volume produk. Oleh karena itu, penghitungan *top-down* lebih mencerminkan biaya yang saat ini dihadapi oleh perusahaan. Lain halnya dengan pendekatan *bottom-up*, yang dalam penghitungannya memerlukan penghitungan tentang perubahan biaya operasional, perubahan efisiensi biaya, serta digunakan untuk memprediksi perubahan teknologi di masa depan. Hal ini tidak tepat dilakukan, mengingat struktur biaya dihubungkan dengan skala ekonomi dari Pemohon adalah masih baru dan masih belum dapat

Hal. 219 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



menerapkan pola yang dihitung dari metode *bottom-up*. Metode *bottom-up* ini lebih merupakan biaya ideal yang diterapkan ketika perusahaan telah mampu beroperasi pada titik yang paling efisien, dan untuk itu telah memenuhi persyaratan skala ekonomi minimum (MES). Sedangkan untuk menuju ke kondisi tersebut dibutuhkan waktu bagi perusahaan untuk berkembang menuju titik efisiensi;



Sumber: Economics, Lipsey

- f. Bahwa seperti yang diungkapkan Lipsey dalam teori biaya, bahwa biaya yang paling efisien dapat dicapai oleh perusahaan ketika perusahaan telah dapat memproduksi produknya sejumlah MES, yaitu ketika berproduksi pada saat titik terendah kurva ATC (*average total cost*) atau disebut juga dengan AC (*average cost*) sehingga dapat memberi harga P. Jika perusahaan tersebut belum mencapai titik MES, yaitu ketika perusahaan baru memasuki pasar (sebagai *new entrant*), maka ia masih belum dapat mencapai titik terendah AC, sehingga dengan berjalannya waktu, asumsi pesaing lain dan kondisi pasar *ceteris paribus*, penambahan kuantitas produksinya akan semakin menguntungkan dan dapat merendahkan biaya;
- g. Bahwa Posisi Pemohon sebagai *new entrant* adalah di sebelah kiri MES, sehingga kurva biaya yang dihadapinya masih tinggi, dan diharapkan peningkatan pelanggan akan menekan biaya produksi;
- Biaya produksi yang dihadapi sekarang adalah mendekati Rp250,00. Jika Pemohon harus mengurangi tarif SMS tetapi masih belum dapat meningkatkan *output* (dalam hal ini jumlah pelanggan dan jumlah SMS off-net terpakai oleh



pelanggan), maka Pemohon tidak dapat melanjutkan usahanya untuk mencapai MES;

- h. Bahwa perlu Pemohon Keberatan tegaskan kembali bahwa angka atau biaya jaringan sebesar Rp208,00 tersebut di atas, belum memperhitungkan biaya yang harus dikeluarkan untuk pemasaran (iklan dan promosi) dan lain-lain. Oleh karena itu. Pemohon ingin menegaskan bahwa tarif dasar SMS off-net sebesar Rp250,00/SMS oleh Pemohon, ada atau tidak-adanya terms PKS tentang tarif minimum yang dipersyaratkan oleh Excelcomindo/Turut Termohon II, adalah tarif yang wajar bagi Pemohon yang nyaris mencerminkan biaya produksi layanan SMS yang harus ditanggung oleh Pemohon dan sama sekali tidak memberikan keuntungan yang eksekif (*excessive profit*);
- i. Bahwa dengan demikian, Pemohon menjelaskan kembali, bahwa dengan tidak adanya PKS pun, maka harga wajar yang dapat dikenakan oleh Pemohon terhadap konsumennya adalah Rp250,00/off-net SMS, sesuai dengan struktur biaya wajar dengan skala keekonomian Pemohon. Jika lebih rendah dari angka tersebut, maka sebagai akibatnya Pemohon akan merugi dan dalam jangka panjang tidak akan dapat bertahan di industri telekomunikasi Indonesia. Hal ini jelas, karena jika Pemohon mengenakan harga di bawah angka tersebut, maka Pemohon tidak dapat menikmati profit normal/wajar yang secara teoritis ekonomi menjadi insentif bagi pelaku usaha untuk memasuki usaha tersebut, dan oleh karena itu Pemohon tidak dapat lagi menjadi pemain di industri ini;
- j. Bahwa profit yang diterima Pemohon dapat dilihat dari besar ROE Pemohon dari Maret 2005-2008, (berurutan - 39,7%, 2,2%, 2,8 %, serta -1,3%). Besaran ROE Pemohon tersebut dengan jelas menunjukkan bahwa yang diterima oleh Pemohon adalah bukan *excessive profit*. Angka tersebut menunjukkan bahwa dengan mengenakan tarif SMS off-net sebesar Rp250,00 pun Pemohon masih mengalami kerugian, yaitu Maret 2008, sebesar -1,3%. Sehingga adalah tidak mungkin bagi Pemohon untuk

Hal. 221 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



mengenaikan tarif kurang dari Rp250,00/off-net SMS kepada pelanggannya. Jika Pemohon mengenaikan tarif kurang dari angka tersebut, maka Pemohon terancam untuk keluar dari pasar;

- k. Bahwa selain itu, perhitungan yang dilakukan oleh BRTI sebagaimana dimuat dalam Putusan Termohon hlm. 153, poin 41.2.2.1.4 tentang besaran penghitungan tarif off-net SMS, yaitu:

"Elemen biaya untuk perhitungan tarif SMS terdiri atas *network element cost (NEC)* + *retail service activity cost (RSAC)* + *profit margin*, dimana besarnya NEC adalah Rp76, RSAC sebesar 40% dari jumlah elemen tarif SMS dan profit margin sebesar 10% dari jumlah elemen tarif SMS", merupakan perhitungan yang tidak benar dan tidak mencerminkan struktur biaya yang sesungguhnya ditanggung dan dikeluarkan oleh Pemohon. Dalam ketentuan Pasal 14 Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 9 Tahun 2008, hanya ditentukan mengenai komponen tarif dan metode perhitungan biaya elemen jaringan, sama sekali tidak menentukan mengenai angka dan besaran RSAC serta *persentase profit*, sesuai dengan bunyi pasal tersebut yaitu: "Tarif pungut jasa teleponi dasar dan fasilitas tambahan SMS dihitung dengan formula: Tarif pungut = Biaya Elemen Jaringan + Biaya Aktivitas Layanan Retail + Profit Margin (ayat 1); Profit Margin sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan tingkat keuntungan yang digunakan oleh penyelenggara dalam perhitungan besaran tarif (ayat 5). Besaran *profit margin* sebagaimana dimaksud pada ayat (5) ditetapkan oleh penyelenggara (6)";

- l. Bahwa angka penghitungan yang diajukan BRTI tersebut, yaitu 40% untuk RSAC dan 10% untuk *profit margin* belum dibuktikan secara akademis dan empiris. Besar RSAC tersebut akan bervariasi dari satu perusahaan ke perusahaan lain dan sangat tergantung dari orientasi segmentasi pasar dari perusahaan tersebut. Perusahaan yang membidik segmen pasar *high class* tentunya memiliki



besaran RSAC yang berbeda dengan perusahaan yang membidik segmen pasar *low class*. Alur mata rantai yang digunakan berbeda dari segi kualitas maupun harga. Hal ini menyebabkan BRTI tidak bisa begitu saja menentukan besaran 40% untuk RSAC;

- m. Bahwa kemudian mengenai angka 10% dari NEC untuk *profit margin* juga belum dibuktikan secara akademis dan empiris;

Besaran itu seolah-olah mengatur bahwa *profit margin* yang boleh untuk tidak disebut sebagai membahayakan persaingan usaha adalah maksimal 10%. Jika pemahaman tersebut diterima, maka ketika perusahaan menerima keuntungan lebih dari 10% akan dianggap membahayakan persaingan usaha. Padahal kenyataannya secara internasional, *profit margin* yang mencapai 29% pun juga tidak membahayakan persaingan di industri teleponi. Justru dengan adanya kemungkinan mencapai untung lebih dari 10% itu semakin mengundang banyak potential firm untuk memasuki pasar. Jika profit margin dibatasi hanya 10%, maka ini akan menjadi disinsentif bagi potential firm yang berencana untuk memasuki pasar ini karena profit mereka sudah terpatok 10% dan tidak bisa lebih dari itu;

5. Tentang Pengenaan Kerugian Konsumen (*Consumer Loss*)

- a. Bahwa Termohon Keberatan menyatakan dalam Putusan Termohon Keberatan hal. 205, angka 5.6.14, yaitu: "Majelis Komisi menjelaskan bahwa kerugian yang diderita konsumen disebabkan oleh perilaku operator dalam bentuk kartel harga dan tidak terkait dengan perhitungan keuntungan yang dinikmati oleh operator bersangkutan; Sehingga argumen tidak adanya kerugian konsumen karena tidak ada keuntungan eksekutif yang didalilkan oleh XL, Bakrie, dan Mobile-8 adalah tidak relevan";
- b. Bahwa pada hakikatnya praktek kartel harga/tarif adalah praktek anti persaingan yang bertujuan untuk menghilangkan persaingan harga/tarif antar pelaku usaha yang saling bersaing dalam kegiatan penyediaan barang atau jasa tertentu ke konsumen. Dengan adanya kartel,

Hal. 223 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



maka pelaku usaha yang terlibat mengharapkan dapat menjual barang atau jasanya lebih harga yang lebih mahal ke konsumen sehingga bisa meraih keuntungan yang lebih tinggi, namun dengan merugikan konsumen;

- c. Bahwa secara teoretis ilmu ekonomi mikro, harga yang lebih mahal akan menyebabkan berkurangnya surplus konsumen dan meningkatnya surplus produsen, dan berpotensi menimbulkan *dead weight loss* (DWL) akibat penggunaan sumber daya ekonomi yang tidak efisien. Semakin besar konsumen surplus yang berkurang, maka akan semakin besar pula surplus yang beralih ke produsen; Karena kartel tarif bertujuan untuk menetapkan tarif yang lebih mahal maka secara logis tarif ini akan menyebabkan berkurangnya surplus konsumen dan meningkatnya surplus produsen. Semakin jauh tarif kartel di atas tarif keseimbangan, maka akan semakin besar pula surplus konsumen yang diambil oleh produsen/pelaku usaha kartel. Keuntungan yang lebih tinggi oleh praktek kartel ini akan tercermin pada laporan keuangan perusahaan dalam bentuk akumulasi laba yang besar di pandang dari biaya yang dikeluarkan oleh produsen;
- d. Bahwa sebagaimana yang telah Pemohon sampaikan, sejak awal Pemohon melakukan penyelenggaraan jasa dan jaringan telekomunikasi, termasuk SMS off-net, Pemohon tidak pernah mengakumulasi keuntungan yang tinggi, bahkan hingga saat ini masih merugi. Artinya, tarif yang dikenakan oleh Pemohon berada di atas biaya yang harus dikeluarkan oleh Pemohon untuk menyelenggarakan layanannya. Hal ini adalah bukti yang sangat kuat yang menunjukkan bahwa Pemohon sama sekali tidak pernah menerapkan tarif yang eksekutif yang mendatangkan surplus di luar kewajaran kepada Pemohon dan memang sebagaimana yang Pemohon jelaskan, tarif SMS sebesar Rp250,00/SMS yang dibebankan oleh Pemohon ke pelanggan adalah tarif yang wajar, sesuai dengan kendala struktur biaya yang dihadapi oleh Pemohon. Oleh karena itu, Pemohon membantah dengan tegas perhitungan

Hal. 224 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



kerugian sebesar Rp52.300.0000.000,00 selama periode 2004-2007 yang didalilkan oleh Termohon, yang disebabkan oleh Pemohon;

6. Telah Terjadi Perubahan Perilaku

- a. Bahwa tujuan pembentukan Undang-Undang Nomor 5/1999, sesuai ketentuan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5/1999, sebagai berikut:

"Tujuan pembentukan undang-undang ini adalah untuk:

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

- b. Bahwa Pemohon Keberatan terbukti telah melakukan perubahan perilaku dengan melakukan Amandemen I tanggal 23 November 2006 dan Amandemen II tanggal 4 Juni 2007 terhadap Perjanjian Utama Kerjasama Interkoneksi antara Mobile-8 dan XL. Komitmen dalam melakukan perubahan perilaku ini adalah sebagai wujud itikad baik Pemohon Keberatan dalam rangka turut ikut menjaga iklim persaingan usaha yang sehat dalam penyelenggaraan telekomunikasi di Indonesia;

- c. Bahwa perubahan perilaku yang dilakukan oleh Pemohon telah sesuai dan berdasarkan hukum, dimana hak Pemohon untuk melakukan perubahan perilaku dijamin melalui Pasal 65 ayat (2) huruf g jo. Pasal 37 ayat (2) Perkom Nomor 1/2006. Berdasarkan ketentuan pasal-pasal tersebut dinyatakan bahwa:

Pasal 65 ayat (2) huruf g Perkom Nomor 1/2006:



"Dalam setiap tahapan pemeriksaan dan Sidang Majelis Komisi, Terlapor berhak: g. Mendapatkan kesempatan merubah perilaku di Pemeriksaan Pendahuluan";

Pasal 37 ayat (1) dan (2) Perkom Nomor 1/2006:

"Komisi dapat menetapkan tidak perlu dilakukan Pemeriksaan Lanjutan meskipun terdapat dugaan pelanggaran, apabila Terlapor menyatakan bersedia melakukan perubahan perilaku";

"Perubahan perilaku sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat dilakukan dengan membatalkan perjanjian dan/atau menghentikan kegiatan dan/atau menghentikan penyalahgunaan posisi dominan yang diduga melanggar dan/atau membayar kerugian akibat dari pelanggaran yang dilakukan";

- d. Bahwa walaupun telah terjadi perubahan perilaku oleh Pemohon Keberatan atas dugaan terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999 pada Juni 2007 (atau satu tahun sebelum perkara ini diputus oleh Termohon Keberatan), dan secara *implisit* jelas ternyata bahwa Pemohon bersedia atau bahkan telah melakukan perubahan perilaku pada tahap Pemeriksaan Pendahuluan, namun perubahan perilaku ini sama sekali tidak diperhitungkan dan atau menjadi pertimbangan oleh Termohon Keberatan, terbukti bahwa Pemohon Keberatan masih tetap dikenai sanksi hukuman denda berjumlah Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah);
- e. Bahwa dengan melihat fakta yang demikian, dapat diketahui bahwa tindakan Termohon Keberatan yang telah tetap menjatuhkan sanksi denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) terhadap Pemohon Keberatan, dapat dikualifisir sebagai suatu tindakan yang melebihi kewenangan yang diberikan undang-undang kepada Termohon Keberatan;
- f. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 1 butir (18) Undang-Undang Nomor 5/1999 ditentukan sebagai berikut :
"Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam



- menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat";
- g. Bahwa terkait dengan kewenangan yang dimiliki oleh Termohon Keberatan sesuai Pasal 1 butir 18 Undang-Undang Nomor 5/1999 tersebut, berdasarkan fakta hukum, telah terjadi perubahan perilaku dimana Pemohon tidak lagi melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat dengan melakukan Amandemen I tanggal 23 November 2006 dan Amandemen II tanggal 4 Juni 2007 atas Perjanjian Interkoneksi dengan XL, atau telah tidak terjadi dugaan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, akan tetapi ternyata terbukti bahwa Termohon Keberatan tetap menjatuhkan sanksi hukuman denda terhadap Pemohon Keberatan dengan dasar bahwa Pemohon Keberatan telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999. Jadi, atas dasar apakah Termohon Keberatan menjatuhkan sanksi hukuman denda terhadap Pemohon Keberatan? Bukankah telah terjadi perbaikan perilaku dengan dilakukan Amandemen I pada 23 November 2006 dan Amandemen II pada 4 Juni 2007? Jika demikian halnya, lalu untuk tujuan apa diciptakannya ketentuan mengenai perubahan perilaku sebagaimana dimaksud Pasal 65 ayat (2) huruf g dan Pasal 37 Perkom Nomor 1/2006 oleh Termohon, jika Terlapor tetap dihukum meskipun telah merubah perilakunya?;
- h. Mengacu pada ketentuan Pasal 65 ayat (2) jo. Pasal 37 Perkom Nomor 1/2006, serta memperhatikan posisi/ kedudukan Pemohon sebagai *new entrant* yang *inferior* dimana kondisi finansialnya merugi serta sudah melakukan perubahan perilaku, maka sudah sepatutnya apabila Termohon menghentikan Pemeriksaan Lanjutan atas Perkara sesuai hak yang dimilikinya berdasarkan Pasal 37 ayat (1) Perkom Nomor 1/2006, atau setidaknya tetap melanjutkan Pemeriksaan namun tanpa adanya penetapan status Pemohon Keberatan sebagai Terlapor dan hanya memeriksa Pemohon dalam kapasitasnya sebagai saksi;

Hal. 227 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



- i. Bahwa berdasarkan uraian di atas termasuk namun tidak terbatas pada fakta bahwa dalam mengambil putusan Termohon mengabaikan prinsip keadilan dan proporsionalitas di antara para terlapor dan fakta bahwa telah terjadi perubahan perilaku setidaknya oleh Pemohon Keberatan, dapat dinyatakan bahwa tindakan yang dilakukan Termohon Keberatan yaitu menjatuhkan sanksi hukuman denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) kepada Pemohon Keberatan adalah suatu tindakan yang tidak berdasarkan hukum dan keadilan. Oleh karena tindakan Termohon Keberatan tersebut tidak berdasar hukum maka berdasar hukum serta patut menurut hukum apabila Yang Mulia Majelis Hakim menyatakan bahwa sanksi hukuman denda yang jatuhkan oleh Termohon Keberatan terhadap Pemohon Keberatan adalah demi hukum tidak sah;
- j. Bahwa berdasarkan uraian di atas, dapat diketahui bahwa karena tindakan yang dilakukan oleh Termohon Keberatan yaitu menjatuhkan sanksi hukuman denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) terhadap Pemohon Keberatan adalah suatu tindakan yang tidak sah demi hukum, maka berdasar hukum serta patut menurut hukum apabila Yang Mulia Majelis Hakim demi hukum menyatakan batal;

Bahwa, berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, Pemohon Keberatan V mohon kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat agar memberi putusan sebagai berikut:

1. Menerima permohonan keberatan Pemohon Keberatan untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pemohon Keberatan adalah Pemohon yang baik dan benar;
3. Menyatakan Pemohon Keberatan tidak terbukti secara sah melakukan pelanggaran ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
4. Menyatakan batal demi hukum (*null and void roori rechtswegenietig*) Putusan Kornisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia Perkara Nomor 26/KPPU-L/2008, tanggal 18 Juni 2008, atau dibatalkan khususnya yang berkaitan dengan tuduhan pelanggaran ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5/1999, oleh Pemohon dengan segala akibat hukumnya;

Hal. 228 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



5. Membebaskan Pemohon dari sanksi denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) sebagaimana telah diputus oleh Termohon Keberatan dalam amar Putusannya Nomor 26/KPPU-L/2008, tanggal 18 Juni 2008;
6. Menghukum Turut Termohon I s/d. VIII untuk mematuhi Putusan ini;
7. Menghukum Termohon Keberatan untuk membayar ongkos perkara;

Atau:

- Apabila ternyata Majelis Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara ini berpendapat lain, mohon kami diberikan putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*);

Bahwa, terhadap keberatan tersebut Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah memberikan putusan Nomor 03/KPPU/208/PN.Jkt.PSt., tanggal 27 Mei 2015, yang amarnya sebagai berikut:

1. Menerima permohonan keberatan dari Para Pemohon Keberatan;
2. Membatalkan putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007, tanggal 18 Juni 2008;

Dan Mengadili Sendiri:

1. Menyatakan bahwa Pemohon Keberatan I, Pemohon Keberatan II, Pemohon Keberatan III, Pemohon Keberatan IV, Pemohon Keberatan V dan Turut Termohon III tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
2. Menghukum Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (Termohon Keberatan) untuk membayar biaya perkara ini sebesar Rp3.561.000,00 (tiga juta lima ratus enam puluh satu ribu rupiah);

Menimbang, bahwa putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut telah diucapkan dengan hadirnya Termohon Keberatan pada tanggal 27 Mei 2015, terhadap putusan tersebut, Termohon Keberatan, melalui kuasanya berdasarkan surat kuasa khusus tanggal 3 Juni 2015, mengajukan permohonan kasasi pada tanggal 9 Juni 2015, sebagaimana ternyata dari Akta Permohonan Kasasi Nomor 52/Srt.Pdt.Kas/2015/PN.JKT.PST., Jo Nomor 03/KPPU/2008/PN.JKT.PST., yang dibuat oleh Wakil Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, permohonan tersebut diikuti dengan memori kasasi yang diterima di Kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, pada tanggal 22 Juni 2015;

Bahwa memori kasasi telah disampaikan kepada Pemohon Keberatan I, II, III, IV, V, Turut Termohon I, II, III, IV, pada tanggal 31 Agustus 2015, tanggal 7 September 2015, tanggal 4 Agustus 2015, tanggal 23 Juli 2015, tanggal 19 Oktober 2015, tanggal 20 November 2015, tanggal 4 Agustus 2015, tanggal

Hal. 229 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

19 Oktober 2015, tanggal 27 Agustus 2015, kemudian Pemohon Keberatan I, II, IV, dan Turut Termohon Kasasi I, II mengajukan kontra memori kasasi yang diterima di Kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada tanggal 11 September 2015, tanggal 17 September 2015, tanggal 26 Oktober 2015, tanggal 2 Desember 2015;

Menimbang, bahwa permohonan kasasi *a quo* beserta alasan-alasannya telah diberitahukan kepada pihak lawan dengan saksama, diajukan dalam tenggang waktu dan dengan cara yang ditentukan dalam undang-undang, maka permohonan kasasi tersebut secara formal dapat diterima;

Menimbang, bahwa keberatan-keberatan kasasi yang diajukan oleh Pemohon Kasasi dalam memori kasasinya adalah:

A. *Judex Facti* telah nyata melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Perma Nomor 3 Tahun 2005, lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh Peraturan Perundang-Undangan terkait dengan penanganan perkara *a quo*;

1. Bahwa ketentuan Pasal 30 ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Agung, yang berbunyi sebagai berikut:

"(1) Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi membatalkan putusan atau penetapan pengadilan-pengadilan dari semua lingkungan peradilan karena:

1. tidak berwenang atau melampaui batas wewenang;
2. salah dalam menerapkan atau melanggar hukum yang berlaku;
3. lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan";

2. Bahwa *Judex Factie* telah melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU (selanjutnya disebut Perma Nomor 3 Tahun 2005), salah dalam menerapkan hukum yang berlaku serta kelalaian memenuhi persyaratan yang diwajibkan oleh undang-undang didasarkan pada alasan-alasan hukum sebagai berikut:

2.1. Berdasarkan Pasal 44 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang dapat kami kutip sebagai berikut:

Pasal 44:

Hal. 230 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

Disclaimer

Kepaniteraan Mahkamah Agung Republik Indonesia berusaha untuk selalu mencantumkan informasi paling kini dan akurat sebagai bentuk komitmen Mahkamah Agung untuk pelayanan publik, transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan fungsi peradilan. Dalam hal Anda menemukan inakurasi informasi yang termuat pada situs ini atau informasi yang seharusnya ada, namun belum tersedia, maka harap segera hubungi Kepaniteraan Mahkamah Agung RI melalui :

Email : kepaniteraan@mahkamahagung.go.id
Telp : 021-384 3348 (ext.318)



(2) Pelaku usaha dapat mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut.

2.2. Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 4 Perma Nomor 03 Tahun 2005 mengatur:

Pasal 2

(1) Keberatan terhadap Putusan KPPU hanya diajukan oleh Pelaku Usaha Terlapor kepada Pengadilan Negeri di tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha tersebut;

Pasal 4

(1) Keberatan diajukan dalam tenggang waktu 14 (empat belas) hari terhitung sejak Pelaku Usaha menerima pemberitahuan putusan KPPU dan atau diumumkan melalui website KPPU;

(2) Keberatan diajukan melalui kepaniteraan Pengadilan Negeri yang bersangkutan sesuai dengan prosedur pendaftaran perkara perdata dengan memberikan salinan keberatan kepada KPPU;

(3) Dalam hal keberatan diajukan oleh lebih dari 1 (satu) Pelaku Usaha untuk putusan KPPU yang sama, dan memiliki kedudukan hukum yang sama, perkara tersebut harus didaftar dengan nomor yang sama;

(4) Dalam hal keberatan diajukan oleh lebih dari 1 (satu) Pelaku Usaha untuk putusan KPPU yang sama tetapi berbeda tempat kedudukan hukumnya, KPPU dapat mengajukan permohonan tertulis kepada Mahkamah Agung untuk menunjuk salah satu Pengadilan Negeri disertai usulan Pengadilan mana yang akan memeriksa keberatan tersebut;

(5) Permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (4), oleh KPPU ditembuskan kepada seluruh Ketua Pengadilan Negeri yang menerima permohonan keberatan;

(6) Pengadilan Negeri yang menerima tembusan permohonan tersebut harus menghentikan pemeriksaan dan menunggu penunjukan Mahkamah Agung;

(7) Setelah permohonan diterima sebagaimana dimaksud pada ayat (4), Mahkamah Agung dalam waktu 14 (empat



belas) hari menunjuk Pengadilan Negeri yang memeriksa keberatan tersebut;

(8) Dalam waktu 7 (tujuh) hari setelah menerima pemberitahuan dari Mahkamah Agung, Pengadilan Negeri yang tidak ditunjuk harus mengirimkan berkas perkara disertai (sisa) biaya perkara ke Pengadilan Negeri yang ditunjuk;

2.3. Bahwa sesuai dengan ketentuan Pasal 4 ayat (4) Perma Nomor 3 Tahun 2005), yang berbunyi: "Dalam hal keberatan diajukan oleh lebih dari 1 (satu) Pelaku Usaha untuk Putusan KPPU yang sama tetapi berbeda tempat kedudukan hukumnya, KPPU dapat mengajukan permohonan tertulis kepada Mahkamah Agung untuk menunjuk salah satu Pengadilan Negeri disertai usulan Pengadilan mana yang akan memeriksa keberatan tersebut;

2.4. Berdasarkan Relas Panggilan Sidang Keberatan terhadap Putusan KPPU *a quo* dengan Nomor 03/KPPU/2008/ PN.JKT.PST., Nomor 01/PDT/G/KPPU/2008/ PN.BDG., Nomor 03/PDT.KPPU/PN.JKT.SEL., memanggil KPPU untuk hadir pada sidang perkara *a quo* (lampiran 1);

2.5. Atas dasar tersebut, KPPU telah mengirimkan surat yang ditujukan kepada Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai berikut:

(1) Surat dengan Nomor 528/K/VII/2008, tanggal 122 Juli 2008 yang pada intinya berisi Surat Permohonan Penggabungan Sidang Perkara Keberatan atas Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007 (lampiran 3);

(2) Surat dengan Nomor 69/K/III/2011, tanggal 31 Maret 2011, yang pada intinya menindaklanjuti surat Nomor 528/K/VII/2008, terkait dengan Permohonan Penunjukan Pengadilan Negeri untuk memeriksa keberatan terhadap Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007 (lampiran 3);

2.6. Bahwa atas dasar surat permohonan tersebut, Mahkamah Agung telah mengeluarkan Penetapan Nomor 07/Pen/Pdt.Sus/ 2011, tanggal 12 April 2011, yang pada intinya menetapkan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang memeriksa perkara



keberatan terhadap Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007 tentang Kartel SMS. (lampiran 4);

- 2.7. Bahwa mengingat penetapan tersebut telah dikeluarkan pada tanggal 12 April 2011, KPPU telah melakukan koordinasi dengan Pihak Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang pada intinya menanyakan perihal pelaksanaan sidang perkara *a quo*;
- 2.8. Bahwa Pihak dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menginformasikan bahwa alasan belum dimulainya sidang perkara *a quo* dikarenakan berkas perkara dari Pengadilan Negeri Bandung belum diserahkan ke pihak Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pihak dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah mengirimkan surat kepada Ketua Pengadilan Negeri Bandung dengan Nomor W10.U1.5886.VI.2011.03 tanggal 1 Juni 2011, perihal Pengiriman/pelimpahan berkas perkara permohonan keberatan atas Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007 (lampiran 5), yang ditindaklanjuti dengan Surat dengan Nomor W10.U1.9621.IX.2011.03, tanggal 14 September 2011 (lampiran 6);
- 2.9. Bahwa kemudian KPPU secara aktif menanyakan perihal proses pengiriman berkas dari Pengadilan Negeri Bandung, namun pihak Pengadilan Negeri Jakarta Pusat terkesan tidak aktif dalam proses menindaklanjuti surat tertanggal 14 September 2011;
- 2.10. Sehingga atas dasar Surat dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang ditujukan kepada Pengadilan Negeri Bandung, KPPU melakukan koordinasi dengan Pihak Pengadilan Negeri Bandung dengan mengajukan surat kepada Ketua Pengadilan Negeri Bandung Nomor 14/K-KPN/VI/2013, tanggal 10 Juni 2013, yang pada intinya terkait dengan pengiriman berkas perkara ke Perkara Keberatan terhadap Putusan KPPU *a quo* untuk dilimpahkan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat (lampiran 6);
- 2.11. Atas dasar surat KPPU tersebut, Pengadilan Bandung telah mengirimkan surat dengan Nomor W11.U1/2194/HT.02.02/VI/2013, tanggal 13 Juni 2013 yang pada intinya bahwa berkas perkara Nomor 01/Pdt.G/KPPU/PN.Bdg., (PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk.) telah dikirimkan ke Pengadilan Negeri Jakarta

Hal. 233 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



pusat tanggal 13 Juni 2013 dengan Nomor W11.U1/2193/HT.02.02/VI/2013. (lampiran 7);

- 2.12. Bahwa KPPU kemudian telah melakukan koordinasi dengan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat terkait dengan tindak lanjut proses pelaksanaan sidang perkara *a quo* setelah pihak Pengadilan Negeri Bandung mengirimkan berkas perkara *a quo* ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat;
- 2.13. Bahwa Pihak Pengadilan Negeri Jakarta Pusat belum juga memulai sidang pemeriksaan perkara *a quo*;
- 2.14. Bahwa KPPU kemudian mengirimkan surat kepada Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan Nomor 01/D.2.3/II/2015, tanggal 7 Januari 2015 yang pada intinya menanyakan terkait proses pelaksanaan sidang perkara keberatan terhadap Putusan KPPU *a quo* (lampiran 8);
- 2.15. Bahwa surat dengan Nomor 01/D.2.3/II/2015, tidak ditindaklanjuti oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, sehingga kemudian KPPU mengirimkan Surat yang ditujukan kepada Mahkamah Agung dengan Nomor 31/K/III/2015, tanggal 25 Maret 2015;
- 2.16. Atas surat yang ditujukan ke Mahkamah Agung tersebut, kemudian KPPU menerima relaas panggilan sidang *a quo* untuk hadir pada tanggal 15 April 2015, yang kemudian sidang diputus pada tanggal 27 Mei 2015;
3. Bahwa terdapat rentang waktu yang cukup lama sejak Mahkamah Agung menetapkan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang memeriksa perkara *a quo* yaitu 31 Maret 2011 sampai dengan tanggal 15 April 2015 yaitu kurang lebih 4 tahun;
4. Bahwa upaya hukum pengajuan keberatan merupakan hak dari setiap pelaku usaha yang tidak menerima Putusan KPPU Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 secara sederhana mengatur pengajuan keberatan bagi pelaku usaha yang tidak dapat menerima sanksi yang dijatuhkan oleh KPPU. Pengajuan keberatan oleh pelaku usaha kepada Pengadilan Negeri selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari setelah menerima pemberitahuan putusan, dan diajukan ke Pengadilan Negeri di tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha. Pengadilan Negeri harus memeriksa keberatan pelaku usaha tersebut dalam waktu 14 (empat belas) sejak diterimanya keberatan tersebut,

Hal. 234 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



dan harus memberikan putusan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak dimulainya pemeriksaan keberatan tersebut. Pihak yang keberatan terhadap putusan Pengadilan Negeri dapat mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung dalam waktu 14 (empat belas) hari, dan Mahkamah Agung harus memberikan putusan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak permohonan kasasi diterima;

5. Adanya pembatasan waktu pemeriksaan dalam proses keberatan tersebut, baik di Pengadilan Negeri maupun Mahkamah Agung, menunjukkan bahwa pembuat undang-undang menghendaki agar putusan dapat diberikan secara adil, efisien, cepat, dengan biaya ringan, dan proses transparan yang merupakan hal ideal yang diharapkan oleh dunia bisnis, dengan tujuan memberikan kepastian hukum dalam berusaha;
6. Sayangnya, upaya tersebut tidak dilakukan oleh *Judex Factie* karena sejak Mahkamah Agung menetapkan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang menangani perkara *a quo* tanggal 31 Maret 2011, KPPU baru menerima surat panggilan pada tanggal 15 April 2015, sehingga *Judex Factie* yang memeriksa perkara *a quo* telah melanggar aturan sebagaimana ditetapkan pada Perma Nomor 3 Tahun 2005;
7. Bahwa kasus yang ditangani pada tahun 2007, kemudian diperiksa kembali pada tahun 2015 telah menghilangkan moment dan semangat Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yaitu penanganan perkara yang efisien, cepat, dengan biaya ringan dan proses transparan, *in casu* proses lama, tidak efisien dan tidak transparan; Berkaitan dengan hal ini, Pemohon Kasasi mohon agar *Judex Juris* memberikan perhatiannya agar tidak menjadi dan menimbulkan preseden buruk bagi penegakan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
8. Bahwa proses penundaan sidang sejak tanggal 31 Maret 2011, sampai dengan tanggal 15 April 2015, adalah kesalahan fatal sehingga tidak memenuhi syarat-syarat formil;
9. Berdasarkan uraian di atas, sudah sepatutnya Yang Terhormat Majelis Hakim Agung Kasasi (*Judex Juris*) untuk membatalkan putusan Pengadilan Negeri karena *Judex Facti* salah dalam menerapkan hukum yang berlaku dan lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan;

Hal. 235 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Sebelum Pemohon Kasasi menjelaskan Materiil Pokok-Pokok permohonan Kasasi, Pemohon Kasasi akan menjelaskan mengenai konsep Perjanjian Penetapan Harga (*price fixing agreement*);

B. Konsep Perjanjian Penetapan Harga (*price fixing agreement*)

(ringkasan Buku Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks, Andi Fahmi Lubis, dkk. dan Pedoman Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999)

1. Perjanjian penetapan harga (*price fixing agreement*) merupakan salah satu strategi yang dilakukan para pelaku usaha yang bertujuan untuk menghasilkan laba yang setinggi-tingginya;
2. Dengan adanya penetapan harga yang dilakukan oleh diantara pelaku usaha (produsen atau penjual), maka meniadakan persaingan dari segi harga bagi produk mereka jual atau pasarkan, yang kemudian dapat mengakibatkan surplus konsumen yang seharusnya dinikmati oleh pembeli atau konsumen dipaksa beralih ke produsen atau penjual;
3. Persaingan dalam harga akan menyebabkan terjadinya harga pada tingkat yang serendah mungkin, sehingga memaksa perusahaan memanfaatkan sumber daya yang se efisien mungkin, sebaliknya dengan adanya perjanjian penetapan harga, para pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian penetapan harga kemungkinan dapat mendiktekan atau memaksakan harga yang diinginkan secara sepihak kepada konsumen, dimana biasanya harga yang didiktekan kepada konsumen merupakan harga yang berada di atas kewajaran;
4. Penetapan harga adalah sebuah perilaku yang sangat terlarang dalam perkembangan pengaturan persaingan. Hal ini disebabkan penetapan harga selalu menghasilkan harga yang senantiasa berada jauh di atas harga yang bisa dicapai melalui persaingan usaha yang sehat. Harga tinggi ini tentu saja menyebabkan terjadinya kerugian bagi masyarakat baik langsung maupun tidak langsung;
5. Penetapan harga (*price fixing*) merupakan salah satu bentuk "Perjanjian yang dilarang" dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Bahkan di beberapa Negara menganggap tindakan penetapan harga merupakan pelanggaran yang serius (*hard core cartel*), sebagai contoh di Amerika Serikat penetapan harga lebih bersifat pidana.



The OECD Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels adopted on March 25, 1998 defines "a hard core cartel" as follows:

"A" hard core cartel" is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce";

6. Bahwa penetapan harga dilarang karena akan mengakibatkan dampak negatif terhadap persaingan harga (*price competition*). Adanya penetapan harga mengakibatkan kebebasan menentukan harga secara independen menjadi kurang. Selain merugikan persaingan, tindakan penetapan harga juga merugikan konsumen dalam bentuk harga yang lebih tinggi dan jumlah barang yang tersedia lebih sedikit. Para ekonomi dan praktisi hukum persaingan usaha menyatakan bahwa perjanjian penetapan harga memiliki akibat yang fatal terhadap konsumen dan menghambat persaingan dengan menaikkan harga di atas harga kompetitif dan sering disebut sebagai *"naked agreement to eliminate competition"*. Oleh karena itu dalam hukum persaingan usaha penetapan harga dilarang;
7. Penetapan harga tersebut terjadi dalam hal dua pihak atau lebih membuat perjanjian untuk secara bersama-sama menentukan harga jual barang atau jasa;
8. Bahwa dalam hukum persaingan usaha terdapat dua pendekatan yaitu (i) pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. (ii) Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali;
9. Bahwa dalam hukum persaingan usaha, penetapan harga diklasifikasikan secara *per se illegal* secara universal di seluruh dunia, demikian juga Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 secara eksplisit mengatur bahwa Pasal tersebut adalah *per se illegal* sebagaimana dalam pasal tersebut menyebutkan istilah "dilarang" tanpa ada anak kalimat "...yang dapat mengakibatkan", hal ini berbeda



dengan pendekatan *rule of reason* yang dalam pasalnya mengandung anak kalimat "...yang dapat mengakibatkan";

Bahwa hal ini sejalan dengan Prof. Ningrum Natasya Sirait, dalam bukunya yang berjudul "Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat" (hal. 139) dan Andi Fahmi Lubis yang pada intinya menyatakan penetapan harga (*price fixing*) secara univesal dalam hukum persaingan diklasifikasikan sebagai *per se illegal*;

10. Dengan demikian *per se illegal* mengandung arti bahwa perjanjian disebut dilarang secara mutlak tanpa memerlukan pembuktian perbuatan tersebut menimbulkan dampak negatif terhadap konsumen dan persaingan usaha. Selain itu, dalam hal ini, tinggi atau rendahnya harga juga merupakan hal yang tidak relevan. Dengan demikian, walaupun efek negatif dari perjanjian penetapan harga terhadap persaingan usaha itu kecil, namun hal ini tetap dilarang. Hal ini sekaligus mengandung pengertian bahwa *market power* para pihak juga tidak begitu relevan untuk dipersoalkan walaupun kemungkinan terjadinya kenaikan harga lebih besar apabila *market share* pelaku usaha tersebut besar;
11. Bahwa Pedoman Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagaimana diatur dalam Perkom Nomor 2 Tahun 2011, pada intinya mengatur mengenai konsep dan definisi perilaku penetapan harga (*price fixing*) yang pada intinya menjelaskan mengenai:
 - a) Perilaku penetapan harga (*price fixing*) antara perusahaan yang sedang bersaing di pasar merupakan salah satu dari bentuk kolusi. Kolusi merujuk pada situasi dimana perusahaan-perusahaan yang ada di pasar melakukan koordinasi atas tindakan-tindakan mereka yang bertujuan untuk memperoleh keuntungan yang lebih tinggi;
 - b) Koordinasi di dalam kolusi tersebut digunakan untuk menyepakati beberapa hal, diantaranya:
 - Kesepakatan penetapan harga tertentu yang lebih tinggi dari harga yang diperoleh melalui mekanisme persaingan;
 - Kesepakatan penetapan kuantitas tertentu yang lebih rendah dari kuantitas dalam situasi persaingan;
 - Kesepakatan pembagian pasar;
 - c) Penetapan harga merupakan salah satu bentuk pelanggaran terhadap hukum persaingan karena perilaku kesepakatan

Hal. 238 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



penetapan harga akan secara langsung menghilangkan persaingan yang seharusnya terjadi diantara perusahaan-perusahaan yang ada di pasar. Dalam kondisi persaingan, harga akan terdorong turun mendekati biaya produksi dan jumlah produksi di pasar juga akan meningkat;

- d) Ketika harga bergerak turun mendekati biaya produksi maka pasar akan menjadi lebih efisien sehingga kesejahteraanpun akan meningkat (*welfare improvement*). Namun ketika perusahaan-perusahaan melakukan kesepakatan penetapan harga, maka harga akan naik jauh di atas biaya produksi. Kenaikan harga ini diperoleh dengan cara membatasi *output* masing-masing perusahaan yang bersepakat. Kenaikan harga dan penurunan produksi ini akan menurunkan kesejahteraan konsumen (*consumer loss*) karena konsumen harus membayar barang dan atau jasa dengan harga yang lebih tinggi dengan jumlah yang lebih sedikit. Selain itu, kesejahteraan di pasar juga akan turun (*welfare loss*) karena berkurangnya jumlah barang dan atau jasa yang ada di pasar;
- e) Oleh karena itu, hilangnya persaingan akibat penetapan harga ini jelas melanggar hukum persaingan karena merugikan konsumen dan perekonomian secara keseluruhan;
- f) Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, dinyatakan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama. Terdapat beberapa hal yang perlu dicermati terkait dengan pernyataan tersebut:
 - (1) Penetapan harga merupakan salah satu bentuk kesepakatan dari kolusi. Dengan demikian penetapan harga yang dilarang sesuai dengan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah penetapan harga yang berasal dari suatu perjanjian. Tanpa adanya perjanjian, maka kesamaan harga yang ditetapkan oleh suatu perusahaan dan perusahaan lain tidak dapat dikatakan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;



- (2) Kolusi merupakan bentuk peniadaan persaingan antara perusahaan-perusahaan yang ada di pasar. Tanpa adanya kolusi, perusahaan-perusahaan tersebut merupakan pesaing atau kompetitor bagi perusahaan lainnya. Perusahaan yang bersaing adalah perusahaan yang memproduksi barang pengganti terdekat (*close substitute*) dari produksi perusahaan lain. Pasar bersangkutan menunjukkan batas atau cakupan dari tingkat substitusi dari barang yang diproduksi oleh perusahaan. Oleh karena itu, pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 hanya terjadi jika terdapat perjanjian penetapan harga antara pelaku-pelaku usaha yang berada di dalam pasar bersangkutan yang sama;
- (3) Dalam ayat (1) dinyatakan bahwa pelaku usaha dilarang melakukan perjanjian penetapan harga atas suatu barang dan atau jasa. Penetapan harga yang dimaksud di sini tidak hanya penetapan harga akhir, melainkan juga perjanjian atas struktur atau skema harga. Karena di dalam ayat tersebut, penetapan harga tidak berarti penetapan harga yang sama. Misalkan ketika perusahaan-perusahaan yang berkolusi memiliki produksi dengan berbagai kelas yang berbeda, maka kesepakatan harga dapat berupa kesepakatan atas margin (selisih antara harga dengan biaya produksi). Akibatnya harga yang ada di pasar bisa berbeda-beda untuk perusahaan dengan kelas produksi yang berbeda, namun margin yang diperoleh perusahaan-perusahaan di pasar akan sama;
- g) Secara umum bentuk-bentuk penetapan harga yang termasuk ke dalam aturan pelarangan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah berikut ini (namun tidak terbatas pada);
- (1) Kesepakatan menaikkan atau menurunkan harga;
 - (2) Kesepakatan memakai suatu formula standart sebagai dasar perhitungan harga;
 - (3) Kesepakatan memelihara suatu perbandingan tetap antara harga yang dipersaingkan dengan suatu produk tertentu;
 - (4) Kesepakatan meniadakan diskon atau membuat keseragaman diskon;

Hal. 240 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



- (5) Kesepakatan persyaratan pemberian kredit kepada konsumen;
- (6) Kesepakatan meniadakan produk yang ditawarkan dengan harga murah di pasar sehingga membatasi pasokan dan memelihara harga tinggi.
- (7) Persetujuan kepatuhan pada harga yang diumumkan;
- (8) Kesepakatan tidak menjual bila harga yang disetujui tidak dipenuhi;
- (9) Kesepakatan menggunakan harga yang seragam sebagai langkah awal untuk negosiasi.

C. Pemohon Kasasi Telah Tepat Menerapkan Unsur-Unsur Pelanggaran Pasal 5 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

1. Bahwa *Judex Facti* nyata tidak memahami konsep pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yaitu dengan membatasi ruang lingkup pertimbangannya. Hal tersebut terbukti pada ruang lingkup pertimbangan hukum dalam memutuskan perkara *a quo* sebagaimana ditegaskan pada halaman 322-333 putusan *Judex Facti* yang menyatakan:

Menimbang, bahwa dari bunyi Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 di atas maka unsur-unsurnya adalah:

1. Pelaku usaha;
2. Perjanjian Penetapan harga dengan pelaku usaha;
3. Harga yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan;
4. Pasar bersangkutan yang sama;

Menimbang, bahwa harga yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan “tidak dipertimbangkan oleh Majelis Komisi”;

Menimbang, bahwa Termohon Keberatan tidak mempertimbangkan mengenai unsur harga yang harus dibayar oleh konsumen serta tidak menilai keterangan-keterangan tersebut, sehingga Majelis Hakim menilai sendiri dan berpendapat bahwa tidak ada korelasi langsung antara perjanjian penetapan harga yang dibuat oleh pelaku usaha dengan harga yang harus dibayar konsumen, karena harga yang dibayar konsumen adalah berdasarkan harga pasar (*benchmark*) dan Para Pemohon masih saling bersaing sehubungan dengan adanya promosi-promosi dari masing-masing operator.

2. Bahwa pada dasarnya hukum persaingan usaha merupakan hukum yang bersifat khusus dalam ilmu hukum perdata. Oleh karena itu,

Hal. 241 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



konsekuensi yuridisnya pemeriksaan perkara keberatan harus dilakukan secara khusus pula, baik dalam hal prosedural, administratif maupun pemeriksaan perkaranya oleh pengadilan;

3. Bahwa perjanjian, berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis. Dalam hukum persaingan, perjanjian tidak tertulis mengenai harga dapat disimpulkan apabila terpenuhinya dua syarat: 1) adanya harga yang sama atau paralel 2) adanya komunikasi antar pelaku usaha mengenai harga tersebut;
4. Bahwa berdasarkan fakta dan bukti terdapat adanya beberapa perjanjian tertulis mengenai harga yang ditetapkan oleh operator sebagai satu kesatuan PKS Interkoneksi sebagaimana terlihat dalam Matrix Klausula Penetapan Tarif SMS dalam PKS Interkoneksi pada bagian Fakta dan Temuan;
5. Sehingga secara formil, hal ini sudah termasuk dalam kategori kartel yang dilakukan oleh XL, Telkomsel, Telkom, Hutchison, Bakrie, Mobile 8, Smart, dan NTS, sehingga Majelis Komisi menilai unsur-unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang harus terpenuhi dalam menyatakan ada tidaknya pelanggaran adalah: (i) Pelaku Usaha, (ii) Perjanjian Penetapan Harga, (iii) Pesaing;
6. Bahwa unsur Penetapan Harga dalam Putusan KPPU *a quo* menjabarkan hal-hal sebagai berikut:
 - 10.1. Bahwa telah terjadi kartel harga SMS off-net pada periode 2004-2007 yang dilakukan oleh XL, Telkomsel, Telkom, Bakrie, dan Mobile-8, dan secara materiil kartel tersebut masih efektif sampai tanggal 1 April 2008. Sedangkan Smart baru terlibat dalam kartel harga SMS ini pada saat melakukan *commercial launching* tanggal 3 September 2007;
 - 10.2. Bahwa operator *new entrant* berada dalam posisi tawar yang lemah sehingga harus mengikuti klausula yang ditetapkan oleh operator *incumbent* yang dalam hal ini adalah harga minimum SMS; Dengan kata lain, pembentukan harga minimal dalam layanan SMS off-net diciptakan oleh operator *incumbent*, dalam hal ini, XL dan Telkomsel, tanpa ada pilihan lain kecuali dituruti oleh operator *new entrant*;

Hal. 242 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



10.3. Terlepas dari motif operator *incumbent* dan posisi yang lemah dari operator *new entrant*, secara formal maupun materil, perjanjian harga telah dibentuk oleh para operator penyedia layanan SMS sebagaimana digambarkan dalam Matrix Klausula Penetapan Harga SMS, dalam kurun waktu 2004 sampai dengan April 2008

7. Bahwa pertimbangan *Judex Factie* yang menyatakan harga yang dibayar konsumen adalah berdasarkan harga pasar (*benchmark*) dan Para Pemohon masih saling bersaing sehubungan dengan adanya promosi-promosi dari masing-masing operator adalah pertimbangan yang sangat mengada-ada dengan alasan sebagai berikut:

7.1. Bahwa berdasarkan fakta dan temuan, tariff dasar SMS masing-masing operator tahun 2004-2007 adalah sebagai berikut:

Operator	Produk	Tujuan	2004	2005	2006	2007
Telkomsel	Kartu Halo (Pasca Bayar)	Off-net	250	250	250	250/350 ¹
	Kartu Halo (Pasca Bayar)	On-net	250	250	250	250/350 ¹
	Simpati (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	Simpati (Pra Bayar)	On-net	350	350	299	299
	Kartu As (Pra Bayar)	Off-net	300	300	300	299
	Kartu As (Pra Bayar)	On-net	300	150	150	99/149 ²
Indosat	Matrix (Pasca Bayar)	Off-net	300	300	300	300
	Matrix (Pasca Bayar)	On-net	300	300	300	300
	IM3 Bright (Pasca Bayar)	Off-net	250/350 ³	250/350 ³		
	IM3 Bright (Pasca Bayar)	On-net				
	StarOne Pasca	Off-net	225	225	225	225
	StarOne Pasca	On-net	100	100	100	100
	Mentari (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	Mentari (Pra Bayar)	On-net	350	350	350	350
	IM3 Smart (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	88/350 ⁴
	IM3 Smart (Pra Bayar)	On-net		150	88/100/ 150 ⁵	40/88/ 100/150 ⁶
	StarOne (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	StarOne (Pra Bayar)	On-net	150	100	100	100
XL	Xplor (Pasca Bayar)	Off-net	250	250	250	250
	Xplor (Pasca Bayar)	On-net	250	250	250	250
	Bebas (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	Bebas (Pra Bayar)	On-net	350	350	350	350
	Jempol (Pra Bayar)	Off-net	299	299	299	299
	Jempol (Pra Bayar)	On-net	99	99	99	45/99 ⁷
Telkom	Felxi Clasy (Pasca Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Felxi Clasy (Pasca Bayar)	On-net	NA	NA	NA	75
	FlexTrendy (Pra Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	350
	FlexTrendy (Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	100
Mobile-8	Fren (Pasca Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Fren (Pasca Bayar)	On-net	NA	NA	NA	100
	Fren (Pra Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	300
	Fren (Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	100
Bakrie	Esia (Pra Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Esia (Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	50
	Esia (Pasca Bayar)	Off-net	NA	NA	NA	250
	Esia (Pasca Bayar)	On-net	NA	NA	NA	50
NTS	NTS (Pra Bayar)	Off-net	350	350	350	350
	NTS (Pra Bayar)	On-net	NA	NA	NA	50

Ket:

- 1 : 350 adalah tarif SMS untuk kartu halo *free abonemen*;
- 2 : 99 adalah tarif SMS ke sesama kartu As, 149 adalah tarif SMS Kartu As ke sesama Telkomsel;

Hal. 243 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- 3 : 350 tarif ke XL. Tahun 2006 IM3 Brigth melebur ke Matrix;
- 4 : 88 tarif di luar Jawa Q4;
- 5 : 88 tarif khusus Bali, Nusa Tenggara, Sulawesi, Ambon, Papua; 100 tarif voucher khusus SMS Januari;
- 6 : 40 tarif super voucher 200 SMS Mei, 88 tarif luar Jawa Q4;
- 7 : 99 tarif pada saat *peak*, 45 tarif pada saat *off peak*;

7.2. Bahwa tarif dasar SMS masing-masing operator per 25 April 2008 dapat dilihat pada tabel berikut ini:

Operator	Produk	Tujuan	2007	2008
Telkomsel	Kartu Halo (Pasca Bayar)	Off-net	250/350 ¹	150
	Kartu Halo (Pasca Bayar)	On-net	250/350 ¹	125
	Simpati (Pra Bayar)	Off-net	350	150
	Simpati (Pra Bayar)	On-net	299	100
	Kartu As (Pra Bayar)	Off-net	299	149
	Kartu As (Pra Bayar)	On-net	99/149 ²	88
Indosat	Matrix (Pasca Bayar)	Off-net	300	150
	Matrix (Pasca Bayar)	On-net	300	100
	StarOne (Pasca Bayar)	Off-net	225	150
	StarOne (Pasca Bayar)	On-net	100	100
	Matrix (Pra Bayar)	Off-net	350	149
	Matrix (Pra Bayar)	On-net	350	99
	IM3 (Pra Bayar)	Off-net	88/350 ³	100
	IM3 (Pra Bayar)	On-net	40/88/100/150 ⁴	100
	StarOne (Pra Bayar)	Off-net	350	150
	StarOne (Pra Bayar)	On-net	100	100
XL	Xplor (Pasca Bayar)	Off-net	250	250
	Xplor (Pasca Bayar)	On-net	250	250
	Bebas (Pra Bayar)	Off-net	350	350
	Bebas (Pra Bayar)	On-net	350	350
	Jempol (Pra Bayar)	Off-net	299	299
	Jempol (Pra Bayar)	On-net	45/99 ⁵	99
	Flexy Classy (Pasca Bayar)	Off-net	250	250
	Flexy Classy (Pasca Bayar)	On-net	75	75
	Flaxy Trendy (Pra Bayar)	Off-net	350	350
	Flaxy Trendy (Pra Bayar)	On-net	100	850
Telkom	Fren (Pasca Bayar)	Off-net	250	250
	Fren (Pasca Bayar)	On-net	100	100
	Fren (Pra Bayar)	Off-net	300	250
	Fren (Pra Bayar)	On-net	100	100
Mobile-8	Esia Prepaid	Off-net	250	275
	Esia Prepaid	On-net	50	55
	Esia Postpaid	Off-net	250	250
	Esia Postpaid	On-net	50	50
Bakrie	3 Pra Bayar	Off-net	100	100
	3 Pra Bayar	On-net	0	50
Hutchison	Smart Prepaid	Off-net	275	275
	Smart Prepaid	On-net	25	25
	Smart Postpaid	Off-net	-	250
	Smart Postpaid	On-net	-	22
NTS	NTS Prepaid	Off-net	350	150
	NTS Prepaid	On-net	50	150
STI	Ceria Pra Bayar	Off-net	200	200
	Ceria Pra Bayar	On-net	200	200

- 1 : 350 adalah tarif SMS untuk kartu halo *free abonemen*;
- 2 : 99 adalah tarif SMS ke sesama Kartu As, 149 adalah tarif SMS Kartu As ke sesama Telkomsel;
- 3 : 88 adalah tarif di luar Jawa Q4;
- 4 : 40 adalah tarif super voucher 200 SMS Mei, 88 tarif luar Jawa Q4;

Hal. 244 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

Disclaimer

Kepaniteraan Mahkamah Agung Republik Indonesia berusaha untuk selalu mencantumkan informasi paling kini dan akurat sebagai bentuk komitmen Mahkamah Agung untuk pelayanan publik, transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan fungsi peradilan. Dalam hal Anda menemukan inakurasi informasi yang termuat pada situs ini atau informasi yang seharusnya ada, namun belum tersedia, maka harap segera hubungi Kepaniteraan Mahkamah Agung RI melalui :

Email : kepaniteraan@mahkamahagung.go.id

Telp : 021-384 3348 (ext.318)



- 5 : 99 adalah tarif pada saat *peak*, 45 tarif pada saat *off peak*;
- 7.3. Bahwa tarif Promo SMS hanya berlaku bagi tarif SMS on-net dan tidak berlaku bagi tarif SMS off-net. Untuk tarif SMS off-net, hanya tarif SMS StarOne Pasca Bayar yang menetapkan tarif SMS di bawah Rp200,00. Sedangkan operator lainnya menetapkan harga SMS off-net di atas Rp250,00, StarOne merupakan produk dari Indosat, yang dalam pemeriksaan tidak ditemukan memiliki perjanjian harga SMS dengan operator lain;
- 7.4. Bahwa dengan adanya klausula penetapan harga pada PKS tersebut mengakibatkan terciptanya harga yang sama atau paralel antar satu operator dengan operator lainnya. Namun hadirnya Hutchison yang menawarkan tarif SMS off-net hanya Rp100,00 per SMS meskipun Hutchison terikat perjanjian dengan XL jelas memukul kartel tarif yang hendak dijaga oleh operator *incumbent*;
- 7.5. Bahwa pada tahun 2006, BRTI dengan persetujuan para operator seluler menggunakan jasa Ovum untuk menghitung besarnya biaya interkoneksi antar operator yang akan digunakan sebagai acuan penghitungan biaya interkoneksi tahun 2007. Penghitungan biaya yang dilakukan oleh Ovum bersama dengan Tritech, menggunakan metode *long run incremental cost* (LRIC) sesuai dengan kesepakatan antara Dirjen Postel dengan para operator seluler;

Hasil penghitungan OVUM tersebut dapat dilihat dalam table berikut:

Tabel 8
Hasil Penghitungan Ovum

	Recommended
Fixed interconnected Charge – In Rupiah per minute or per message	2006
Originating Interconnected-Local (Fixed to Fixed)	157
Originating Interconnected-Local (Fixed to Mobile)	268
Originating Interconnected-Local (Fixed to Satellite)	564
Originating Interconnected-Local (Fixed to ISP (VoIP))	185
Originating Interconnected-Long Distance (Fixed to Fixed)	550
Originating Interconnected-Long Distance (Fixed to Mobile)	659
Originating Interconnected-Long Distance (Fixed to Satellite)	564
Originating Interconnected-Long Distance (Fixed to ISP (VoIP) Fixed)	551
Originating Interconnected-International (Fixed to International)	549
Terminating Interconnected- Local (Fixed to Fixed)	157
Terminating Interconnected- Local (Mobile to Fixed)	268
Terminating Interconnected-Local (Satellite to Fixed)	564
Terminating Interconnected- Local (ISP (VoIP) to Fixed)	185
Terminating Interconnected- Long distance (Fixed to Fixed)	550
Terminating Interconnected- Long Distance (Mobile to Fixed)	659
Terminating Interconnected- Long Distance (Satellite to Fixed)	564
Terminating Interconnected-Long Distance (OLO VoIP to Telkom-WL)	551
Terminating Interconnected-International (International to Fixed)	549
Transit 1-trunk switches (OLO to Fixed to OLO)	92
Transit 2-trunk switches OLO to Fixed to OLO)	336

Hal. 245 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia
putusan.mahkamahagung.go.id

Transit to IGW (OLO to Fixed to OLO)	355
--------------------------------------	-----

Near End and Far End Alternatives	
Terminating Interconnected-Long Distance (Fixed to Fixed) – Near End	569
Terminating Interconnected-Long Distance (Fixed to Fixed) – Far End	174
Terminating Interconnected-Long Distance (Mobile to Fixed)- Near End	818
Terminating Interconnected-Long Distance (Mobile to Fixed) – Far End	268

	Recommended
Mobile Interconnected Charge–In Rupiah per minute or per message	2006
Originating Interconnected Voice-Local (to Fixed)	361
Originating Interconnected Voice-Local (to Mobile)	449
Originating Interconnected Voice -Local (to Satellite)	574
Originating Interconnected Voice –Long Distance (to Fixed)	471
Originating Interconnected Voice -Long Distance (to Mobile)	622
Originating Interconnected Voice -Long Distance (to Satellite)	851
Originating Interconnected Voice -International (to International)	510
Originating Interconnected SMS (to Mobile)	38
Terminating Interconnected Voice-Local (from Fixed)	361
Terminating Interconnected Voice-Local (from Mobile)	449
Terminating Interconnected Voice -Local (from Satellite)	574
Terminating Interconnected Voice- Long Distance (from Fixed)	471
Terminating Interconnected Voice- Long Distance (from Mobile)	622
Terminating Interconnected Voice- Long Distance (from Satellite)	851
Terminating Interconnected Voice International (From International)	510
Terminating Interconnected SMS (form Mobile)	38

Near End and Far End Alternatives	
Terminating Interconnected-Long Distance (from Fixed) – Near End	569
Terminating Interconnected-Long Distance (from Fixed) – Far End	174
Terminating Interconnected-Long Distance (from Mobile) - Near End	818
Terminating Interconnected-Long Distance (from Fixed) – Far End	268

- Hasil penghitungan tersebut menyebutkan bahwa biaya interkoneksi untuk SMS adalah Rp38,00 untuk *originating interconnected SMS (to mobile)* dan Rp38,00 untuk *terminating interconnected SMS (to mobile)*. Biaya tersebut hanya merupakan biaya penyediaan jaringan yang efisien untuk interkoneksi dan tidak dapat dijadikan dasar untuk perhitungan biaya retail;
 - Berdasarkan keterangan yang diperoleh dari BRTI, bahwa tarif SMS sebesar Rp250,00 – Rp350,00 dirasakan sangat tinggi dan berdasarkan keterangan yang diperoleh dari Trittech, bahwa harga layanan yang dikeluarkan dari bidang telekomunikasi sangat tergantung dari faktor *fixed cost*, jumlah/trafic layanan, jumlah pelanggan dan perilaku pelanggan. Sehingga hal ini mengakibatkan 2 (dua) operator yang berbeda tidak mungkin menghasilkan biaya yang sama, meskipun infrastrukturnya sama;
11. Bahwa ada tidaknya kerugian konsumen bukan merupakan unsur pembuktian ada tidaknya suatu kartel sehingga tanpa dibuktikan

Hal. 246 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

Disclaimer

Kepaniteraan Mahkamah Agung Republik Indonesia berusaha untuk selalu mencantumkan informasi paling kini dan akurat sebagai bentuk komitmen Mahkamah Agung untuk pelayanan publik, transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan fungsi peradilan. Dalam hal Anda menemukan inakurasi informasi yang termuat pada situs ini atau informasi yang seharusnya ada, namun belum tersedia, maka harap segera hubungi Kepaniteraan Mahkamah Agung RI melalui : Email : kepaniteraan@mahkamahagung.go.id Telp : 021-384 3348 (ext.318)



adanya dampak kerugian konsumen sekalipun, kartel tetap merupakan tindakan anti persaingan;

12. Bahwa Majelis Komisi Pemohon Kasasi juga menilai bahwa kartel yang terjadi tidak dapat menghilangkan secara faktual kerugian konsumen pada pasar bersangkutan, sebagai mana dapat kami kutip sebagai berikut:

5.6.12. Majelis Komisi menilai bahwa kartel yang terjadi tidak dapat menghilangkan secara faktual kerugian yang nyata bagi konsumen pada pasar bersangkutan;

5.6.13. Kerugian konsumen tersebut berupa (i) hilangnya kesempatan konsumen untuk memperoleh harga SMS yang lebih rendah, (ii) hilangnya kesempatan konsumen untuk menggunakan layanan SMS yang lebih banyak pada harga yang sama, (iii) kerugian *intangible* konsumen lainnya, (iv) serta terbatasnya alternatif pilihan konsumen, selama kurun waktu 2004 sampai dengan April 2008;

5.6.14. Majelis Komisi menjelaskan bahwa kerugian yang diderita konsumen disebabkan oleh perilaku operator dalam bentuk kartel harga dan tidak terkait dengan perhitungan keuntungan yang dinikmati oleh operator bersangkutan. Sehingga argumen tidak adanya kerugian konsumen karena tidak ada keuntungan eksekusif yang didalilkan oleh XL, Bakrie, dan Mobile-8 adalah tidak relevan;

5.6.15. Perhitungan aktual mengenai kerugian-kerugian konsumen tersebut di atas memerlukan analisis ekonomi yang mendalam dengan didukung oleh data yang memadai. Dalam hal ini LHPL hanya menyampaikan perkiraan biaya SMS berdasarkan penelitian harga interkoneksi yang dilakukan oleh Ovum serta formulasi perhitungan biaya SMS oleh BRTI;

5.6.16. Majelis Komisi menegaskan bahwa ada tidaknya kerugian konsumen bukan merupakan unsur pembuktian ada tidaknya suatu kartel sehingga tanpa dibuktikan adanya dampak kerugian konsumen sekalipun, kartel tetap merupakan tindakan anti persaingan;

Hal. 247 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



5.6.17. Meskipun demikian Majelis Komisi memandang perlu untuk memberikan gambaran mengenai kerugian konsumen sebagai akibat dari perilaku kartel tersebut sebagai berikut:

5.6.18. Berdasarkan laporan keuangan dari 6 (enam) Terlapor, yaitu XL, Telkomsel, Telkom, Bakrie, Mobile-8, dan Smart yang dimiliki oleh Majelis Komisi diperoleh total pendapatan operator-operator tersebut sejak tahun 2004 sampai dengan tahun 2007 adalah sebesar Rp133.885.000.000.000,00 (seratus tiga puluh tiga trilyun delapan ratus delapan puluh lima miliar rupiah) dengan perincian sebagai berikut:

Tabel 1 Pendapatan Operator Pelaku Kartel (dalam miliar rupiah)

Tahun	Telkomsel (Rp)	XL (Rp)	M-8 (Rp)	Telkom (Rp)	Bakrie (Rp)	Smart (Rp)	Total Pendapatan Industri (Rp)
2004	14.765,08	2.528,48	124,91	575,40	275,03	n.a	18.268,91
2005	21.312,91	2.956,38	482,60	1.449,70	369,06	n.a	26.390,65
2006	29.145,19	4.437,17	751,19	2.806,20	829,36	n.a	37.969,10
2007	38.799,00	6.459,77	1.117,74	3.372,39*	1.503,39	4,00	51.256,29
Total	103.842,18	16.381,81	2.476,44	8.203,69	2.976,84	4,00	133.884,95

Sumber: Laporan Keuangan Operator

*dihitung dari perkalian ARPU dengan jumlah pelanggan (Annual Report Telkom Tahun 2007)

5.6.19. Berdasarkan Tabel Pendapatan di atas, diperoleh pangsa pasar diantara para pelaku kartel sebagai berikut:

Tabel 2 Pangsa Pasar Pelaku kartel

Tahun	Telkomsel	XL	M-8	Telkom	Bakrie	Smart
2004	80,82%	13,84%	0,68%	3,15%	1,51%	n.a
2005	80,08%	11,20%	1,83%	5,49%	1,40%	n.a
2006	76,76%	11,69%	1,98%	7,39%	2,18%	n.a
2007	75,70%	12,60%	2,18%	6,58%	2,93%	0,01%

Sumber: data diolah

5.6.20. Berdasarkan data yang disampaikan oleh para Terlapor, Majelis Komisi menggunakan patokan terendah penerimaan SMS off-net sebesar 4,8% yang merupakan 16% dari pendapatan SMS Telkomsel dimana penerimaan SMS adalah 30% dari total pendapatan pada tahun 2007;

5.6.21. Dari semua kerugian yang diderita oleh konsumen, Majelis Komisi memfokuskan pada perhitungan selisih antara penerimaan SMS off-net pada harga kartel SMS off-net dengan harga SMS off-net pada pasar kompetitif selama periode kartel (tahun 2004 sampai dengan tahun 2007);



- 5.6.22. Majelis Komisi menilai patokan harga SMS off-net yang kompetitif dicerminkan dari besaran harga yang semakin mendekati biaya layanan SMS. Dalam hal ini Majelis Komisi menggunakan tarif interkoneksi originasi (Rp38,00) dan terminasi (Rp38,00) hasil perhitungan Ovum, ditambah dengan biaya *retail service activities cost* (RSAC) sebesar 40% dari biaya interkoneksi dan margin keuntungan sebesar 10% dari biaya interkoneksi yang merupakan pendekatan yang disampaikan oleh pemerintah. Berdasarkan perhitungan tersebut maka perkiraan harga kompetitif layanan SMS off-net adalah Rp114,00 (seratus empat belas rupiah);
- 5.6.23. Dari kisaran harga kartel SMS off-net antara Rp250,00 – Rp350,00 Majelis Komisi menggunakan harga kartel terendah sebesar Rp250,00 sebagai patokan dalam penghitungan kerugian konsumen;
- 5.6.24. Dengan menggunakan selisih antara pendapatan pada harga kartel dengan pendapatan pada harga kompetitif SMS off-net dari keenam operator, maka diperoleh kerugian konsumen sebesar Rp2.827.700.000.000 (dua trilyun delapan ratus dua puluh tujuh miliar tujuh ratus juta rupiah) dengan perincian sebagai berikut;

Tabel 3 Perhitungan Kerugian Konsumen Berdasarkan Proporsi Pangsa Pasar Operator Pelaku (dalam miliar 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: data diolah

Bahwa tindakan penetapan harga yang dilakukan oleh Para Termohon Kasasi telah berdampak kepada konsumen dan hal tersebut sama sekali tidak dipertimbangkan oleh *Judex Facti* dan justru membuat pertimbangan yang salah (dalam menerapkan hukum);

13. Bahwa dengan demikian jelas terbukti *Judex Facti* telah salah dalam pertimbangan hukum yang *fundamental* tersebut sehingga sudah



barang tentu pertimbangan hukum-pertimbangan hukum selanjutnya menjadi salah dan tidak sesuai dengan hukum persaingan usaha;

14. Bahwa fakta di atas cukup membuktikan putusan *Judex Factie* telah salah menerapkan hukum karena telah memberikan pertimbangan yang tidak berdasar pada bukti-bukti dan fakta dalam persidangan, Oleh karena itu, sudah sepatutnya Yang Terhormat Majelis Hakim Agung Kasasi (*Judex Juris*) untuk membatalkan putusan Pengadilan Negeri karena salah dalam menerapkan hukum yang berlaku;

D. *Judex Facti* Telah Salah Dalam Mendefinisikan *Relevant Market*

1. Bahwa pertimbangan hukum *Judex Factie* pada halaman 326-328 yang pada intinya sebagai berikut:
 - *Judex Factie* tidak sepakat dengan pasar produk dalam perkara *a quo* adalah layanan SMS yang terpisah dari produk market layanan *Voice, Voice Mail, MMS dan Push E-Mail*;
 - Bahwa terkait dengan pasar Geografis, *Judex Factie* sepakat dengan keberatan dari Termohon Kasasi I, yang menyebutkan bahwa pasar geografis perkara *a quo* meliputi seluruh belahan dunia karena pada kenyataannya pengguna SMS bukan hanya meliputi wilayah Indonesia, akan tetapi mencapai manca Negara;
 - Bahwa masing-masing operator mempunyai ijin/lisensi masing-masing, demikian pula mempunyai teknologi masing-masing dan menghasilkan produk yang berbeda-beda, sehingga Para Termohon Kasasi tidak dapat disimpulkan berada pada pasar bersangkutan yang sama;
2. Bahwa pertimbangan *Judex Factie* adalah pertimbangan yang keliru, Pemohon Kasasi telah menguraikan analisis pasar bersangkutan secara lengkap sebagaimana dalam Putusan KPPU *a quo*, halaman 187 – 191;
3. Bahwa pasar bersangkutan sesuai dengan Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut;
Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu dalam hukum persaingan usaha dikenal sebagai pasar geografis. Sedangkan barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut dikenal sebagai



pasar produk. Karena itu analisis mengenai pasar bersangkutan dilakukan melalui analisis pasar produk dan pasar geografis;

4. Bahwa terkait analisis pasar produk pada intinya bertujuan untuk menentukan jenis barang dan atau jasa yang sejenis atau tidak sejenis tapi merupakan substitusinya yang saling bersaing satu sama lain. Untuk melakukan analisis ini maka suatu produk harus ditinjau dari beberapa aspek, yaitu: kegunaan, karakteristik, dan harga;

4.1. Kegunaan:

- *Short messages service* atau SMS yang menjadi objek pada perkara ini adalah jasa layanan tambahan yang dimiliki oleh semua penyelenggara jasa telekomunikasi seluler dan *fixed wireless access* (FWA);
- Kegunaan SMS adalah untuk mengirimkan pesan singkat satu arah dari satu pemilik handset kepada pemilik handset lainnya. Komunikasi suara (*voice*) memiliki kegunaan yang berbeda karena dalam komunikasi suara, terdapat pertukaran pesan yang terjadi secara langsung atau dua arah dalam waktu yang bersamaan. Sedangkan dalam penggunaan SMS, pesan yang disampaikan hanya bersifat satu arah. Fitur lain yang pada umumnya terdapat pada jasa telekomunikasi dan dapat berfungsi identik dengan SMS antara lain: *voice mail*, *multimedia messaging service* ("MMS") dan *push e-mail*, kesemuanya berfungsi untuk menyampaikan pesan singkat satu arah;
- Sehingga dari sisi kegunaan, SMS bersubstitusi dengan *voice mail*, *MMS*, dan *push e-mail*;

4.2. Karakteristik:

- Meskipun memiliki kegunaan yang sama, terdapat karakteristik yang berbeda secara signifikan antara SMS dengan fitur lainnya yang memiliki kegunaan yang identik. Fitur SMS adalah fitur yang dikirim dan diterima berupa pesan teks, sehingga berbeda dengan *voice mail* yang dikirim dan diterima sebagai pesan suara. Pesan SMS disalurkan melalui kanal signaling sedangkan MMS dan *push e-mail* menggunakan kanal data. Sebagai akibatnya, fitur SMS hanya dapat mengirim dan menerima pesan teks, sedangkan MMS memungkinkan untuk pengiriman dan penerimaan gambar, musik, rekaman suara,



animasi, video, dan file-file multimedia lainnya. Sedangkan *push e-mail* di samping dapat mencakup pesan-pesan berisi multimedia, juga dapat melakukan pengiriman dan penerimaan pesan yang lebih luas dari pesan yang bersifat multimedia, seperti pengiriman dan penerimaan dokumen softcopy dalam berbagai format;

- Disamping itu, pola pentarifan SMS dihitung berdasarkan jumlah pengirimannya tanpa ada biaya yang dikeluarkan oleh penerima SMS, berbeda dengan *voice mail* yang menggunakan pola pentarifan berdasarkan durasi, sedangkan MMS dan *push e-mail* menggunakan pola pentarifan berdasarkan jumlah data yang dipergunakan, sehingga baik pengirim maupun penerima *voice mail*, MMS, dan *push e-mail* juga harus membayar sesuai dengan pola pentarifannya. Perkecualian berlaku untuk pengguna SMS dari Bakrie yang menerapkan pola harga berdasarkan jumlah karakter teks yang dikirim yang baru diberlakukan, namun demikian tidak menghilangkan fakta bahwa hanya pengirim SMS yang membayar jasa tersebut sedangkan penerima SMS tidak mengeluarkan biaya apa pun sehingga meskipun terdapat pola pentarifan berbeda yang diterapkan oleh Bakrie, karakter fitur SMS memiliki perbedaan dengan fitur pengiriman pesan singkat lainnya sehingga tidak bisa saling mensubstitusi diantaranya;

4.3. Harga:

- Dari sisi harga, secara umum harga fitur SMS sekali kirim berada pada kisaran yang jauh lebih murah dibanding dengan *voice mail*, MMS, dan *push e-mail*. Perkecualian berlaku bagi layanan *push e-mail*, dengan mempertimbangkan size dari email yang dikirim dan harga data yang diterapkan oleh setiap operator, maka harga layanan *push e-mail* dapat bervariasi. Hal ini berbeda dengan harga SMS yang fix per sekali kirim dengan pengecualian berlaku bagi fitur SMS yang disediakan oleh Bakrie dengan harga bergantung pada jumlah karakter yang dipergunakan. Namun secara umum, dari sisi harga, SMS tidak dapat disubstitusi oleh *voice mail*, MMS, dan *push e-mail*; Dengan demikian, pasar produk pada perkara ini adalah

Hal. 252 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



layanan SMS, yang terpisah dari product market layanan *voice*,
voice mail, MMS, maupun *push e-mail*;

5. Bahwa terkait analisis pasar geografis bertujuan untuk menjelaskan di area mana saja pasar Produk yang telah didefinisikan saling bersaing satu sama lain;
 - 5.1. Sebagai satu layanan nilai tambah dari operator seluler maupun FWA, maka keberadaan layanan SMS akan mengikuti keberadaan dari ketersediaan jaringan operator yang bersangkutan;
 - 5.2. Berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran, tidak ditemukan adanya hambatan baik dari sisi teknologi maupun regulasi bagi para operator seluler untuk memasarkan produknya di seluruh wilayah Indonesia selama operator bersangkutan telah memiliki ketersediaan jaringannya;
 - 5.3. Dengan demikian pasar geografis pada perkara ini adalah seluruh wilayah Indonesia;
6. Bahwa terkait dengan pertimbangan *Judex Factie* yang menyatakan masing-masing operator mempunyai ijin/lisensi, demikian pula mempunyai teknologi masing-masing dan menghasilkan produk yang berbeda-beda, sehingga Para Termohon Kasasi tidak dapat disimpulkan berada pada pasar bersangkutan yang sama. Bahwa hal ini telah dipertimbangkan oleh Pemohon Kasasi sebagaimana dapat kami kutip sebagai berikut:
 - 4.3.8. Dalam pendapat atau pembelaannya, Telkomsel, Telkom, dan Bakrie pada pokoknya menyatakan bahwa terdapat pemisahan pasar bersangkutan antara pasar telekomunikasi seluler dengan pasar FWA;
 - 4.3.9. Majelis Komisi menilai, karena sifat layanan nilai tambahnya yang merupakan layanan pelengkap dari layanan suara sebagai layanan utama, maka analisis terhadap pasar produk suara berbeda dengan analisis pasar produk SMS;
 - 4.3.10. Sebagai layanan nilai tambah, SMS otomatis tersedia ketika operator membangun jaringan untuk menyediakan layanan suara. Oleh karena itu adanya perbedaan kegunaan, karakteristik, dan harga layanan suara dari operator yang merupakan penyelenggara telekomunikasi seluler dengan

Hal. 253 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



penyelenggara telekomunikasi FWA tidak berlaku ketika digunakan untuk melakukan analisis terhadap layanan SMS;

- 4.3.11. Majelis Komisi menilai perbedaan telekomunikasi seluler dengan FWA tidak relevan di dalam penggunaan layanan SMS yang disediakan oleh masing-masing operator, baik seluler maupun FWA. Berdasarkan analisis pasar produk di atas, perbedaan lisensi operator seluler dengan operator FWA tidak akan mempengaruhi analisis terhadap kegunaan, karakteristik, maupun harga terhadap layanan SMS;
- 4.3.12. Dengan demikian, Majelis Komisi menilai bahwa pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan SMS di seluruh wilayah Indonesia, baik yang disediakan oleh operator seluler maupun operator FWA;
- 4.3.13. Hal ini menunjukkan setiap operator telepon yang menyediakan layanan SMS bagi pelanggannya, berada dalam pasar bersangkutan yang sama;
7. Bahwa berdasarkan uraian di atas, tidak dapat dibantah lagi bahwa pertimbangan Majelis *Judex Factie* tidak beralasan hukum dan pertimbangan tersebut justru menunjukkan pelanggaran yang jelas terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan pertimbangan tersebut menunjukkan ketidakpahaman *Judex Factie* terhadap apa yang dimaksud dengan pasar bersangkutan berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sehingga sudah seharusnya untuk ditolak atau setidaknya tidak dapat diterima;

E. Putusan KPPU Terkait Dengan Pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;

1. Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2003, tentang Kargo Jakarta-Pontianak
Perkara ini merupakan inisiatif Pemohon Kasasi setelah sebelumnya melakukan kegiatan monitoring terhadap Pelaku Usaha Angkutan Laut Khusus Barang Trayek Jakarta-Pontianak. Pihak yang ditetapkan sebagai Terlapor dalam perkara ini karena telah melakukan perjanjian kesepakatan bersama besaran tarif uang tambang untuk trayek Jakarta- Pontianak-Jakarta, adalah:
 1. PT. Perusahaan Pelayaran Nusantara Panurjwan (Terlapor I);
 2. PT. Pelayaran Tempuran Emas, Tbk. (Terlapor II);
 3. PT. Tanto Intim Line (Terlapor III);

Hal. 254 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



4. PT. Perusahaan Pelayaran Wahana Baruna Khatulistiwa (Terlapor IV);

Dalam proses Pemeriksaan telah didengar keterangan dari para pihak yang terkait dengan perkara bersangkutan dan telah dinilai data-data dan sejumlah dokumen dan atau bukti, sehingga Majelis Pemohon Kasasi berkesimpulan bahwa:

- a. Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV telah menandatangani kesempatan bersama tarif uang tambang petikemas Jakarta-Pontianak-Jakarta Nomor 01/SKB/PNP-TE-WBK-TIL/06/2002, yang diketahui dan ditandatangani juga oleh Memet Rahmat Kusrin sebagai Ketua Bidang Kontainer DPP INSA dan Jimmy AB Nikijuluw sebagai Direktur Lalulintas Angkutan Laut Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan;
- b. Kesepakatan bersama tarif uang tambang sebagaimana dimaksud merupakan upaya dari Terlapor I dan Terlapor II untuk mempertahankan tarif pada tingkat dimana Terlapor I dan Terlapor II dapat menikmati margin keuntungan seperti ketika struktur pasarnya masih *duopolistik*;
- c. Kesepakatan bersama tarif uang tambang sebagaimana dimaksud juga merupakan upaya guna mencegah terjadinya penurunan pangsa pasar yang lebih signifikan dari Terlapor I dan Terlapor II akibat pemberlakuan tarif oleh Terlapor III yang lebih rendah daripada tarif Terlapor I dan Terlapor II. Karakteristik struktur pasar yang *oligopolistik* telah memungkinkan terjadinya persepakatan-persepakatan diantara para pelaku nusaha yang saling bersaing dengan melibatkan intervensi Pemerintah dan DPP INSA;
- d. Keterlibatan Terlapor IV dan Terlapor III dalam menandatangani kesepakatan tarif uang tambang sebagaimana dimaksud lebih dikarenakan adanya ketakutan akan mendapatkan perlakuan-perlakuan diskriminatif dari Pemerintah dalam hal ini adalah Direktur Lalu-Lintas Angkutan Laut Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan dan DPP INSA;
- e. Kesepakatan tarif uang tambang dimaksud tidak akan pernah efektif apabila tidak ada intervensi Pemerintah atau Departemen Perhubungan dan DPP INSA. Dalam perkara ini bentuk intervensi pemerintah yaitu Departemen Perhubungan untuk memberikan legitimasi terhadap kesepakatan bersama besaran tarif uang

Hal. 255 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



tambang diantara para pelaku usaha yang bersaing pada pasar bersangkutan jasa pengiriman barang dengan peti kemas melalui laut dengan kapal Jakarta-Pontianak-Jakarta tidak dapat dibenarkan, karena Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1992 tentang Pelayaran tidak mengatur mengenai kewenangan pemerintah untuk menentukan besaran tarif uang tambang;

- f. Argumentasi bahwa kesepakatan bersama tarif untuk menghindari perang tarif ataupun terjadinya persaingan yang sangat tajam (*cut throat competition*) tidak dapat dibenarkan. Selain mengurangi persaingan dan meniadakan alternatif pilihan tarif baik yang akan ditawarkan oleh penyedia jasa sesuai dengan variasi kualitas pelayanannya maupun yang akan dipilih oleh konsumen sesuai dengan kebutuhannya, kesepakatan ini juga akan sangat merugikan industri bersangkutan karena terkondisikannya *entry barriers* yang signifikan menghambat bagi pelaku usaha baru untuk memasuki pasar bersangkutan;
- g. Intervensi Pemerintah untuk menjamin kelangsungan hidup usaha jasa pelayaran nasional seyogyanya diatur melalui kebijakan-kebijakan yang tidak bertentangan dengan undang-undang yang berlaku;

Berdasarkan pemeriksaan termasuk aspek ekonomi dan pengecualian, Majelis Komisi memutuskan Menyatakan Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, dan Terlapor IV secara sah dan meyakinkan terbukti melanggar Pasal 5 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Menetapkan pembatalan perjanjian yang dituangkan dalam bentuk Kesepakatan Bersama Tarif Uang Tambang Peti Kemas Jakarta-Pontianak-Jakarta Nomor 01/SKB/PNP-TEWBKTI/06/2002, yang ditandatangani pada tanggal 26 Juni 2002 oleh Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, dan Terlapor IV sebagai para pihak dan saksi II yaitu Ketua Bidang Kontainer DPP INSA sebagai pihak pengawas dan saksi I yaitu Direktur Lalu Lintas dan Angkutan Laut sebagai pihak fasilitator/regulator, karena bertentangan dengan Pasal 5 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

- 2. Putusan KPPU Nomor 03/KPPU-I/2003, tentang Kargo Surabaya-Makassar Perkara Nomor 03/KPPU-I/2003, merupakan perkara inisiatif yang timbul berdasarkan hasil temuan Pemohon Kasasi dalam kegiatan monitoring yang diawali dengan munculnya berita di koran

Hal. 256 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



mengenai adanya kesepakatan bersama penetapan tarif angkutan barang (kargo) jalur Surabaya-Makassar. Kesepakatan tersebut dilatarbelakangi karena adanya banting-bantingan harga diantara perusahaan pelayaran yang melayani jalur Surabaya-Makassar-Surabaya serta adanya keinginan Pelindo IV untuk menaikkan THC/*port charge*;

Kesepakatan penetapan tarif dan kuota untuk jalur Surabaya-Makassar dibuat pada tanggal 23 Desember 2002 yang ditandatangani oleh tujuh perusahaan pelayaran yaitu:

1. PT. Pelayaran Meratus (Terlapor I);
2. PT. Tempuran Emas Tbk. (Terlapor II);
3. (Persero) Djakarta Lloyd (Terlapor III);
4. PT. Jayakusuma Perdana Lines (Terlapor IV);
5. PT. Samudera Indonesia Tbk. (Terlapor V);
6. PT. Tanto Intim Line (Terlapor VI);
7. PT. Lumintu Sinar Perkasa (Terlapor VII);

Isi kesepakatan tersebut antara lain mengenai penetapan harga dan besaran bongkar muat dari masing-masing perusahaan pelayaran. Selain itu diatur pula mengenai mekanisme *penalty* atau denda yang akan dikenakan jika terjadi kelebihan kuota dan apabila perusahaan pelayaran tidak menyelesaikan denda maka perusahaan pelayaran tersebut tidak akan mendapatkan pelayanan fasilitas pelabuhan dari Pelindo IV Cabang Makassar. Pelaksanaan kesepakatan tahap I mulai berlaku sejak 1 Januari 2003 sampai dengan 31 Maret 2003;

Berdasarkan hasil pemeriksaan diketahui bahwa kesepakatan penetapan tarif dan kuota tersebut telah dilaksanakan namun pelaksanaannya di lapangan ternyata tidak efektif, karena perusahaan pelayaran banyak yang melakukan kecurangan dengan cara memberikan diskon atau potongan harga ke konsumen. Pada saat dilakukan evaluasi atas pelaksanaan kesepakatan tahap I, disepakati untuk melanjutkan kesepakatan tarif dan kuota serta tidak memberikan sanksi kepada perusahaan pelayaran yang melebihi kuota pada pelaksanaan kesepakatan tahap I;

Pelaksanaan kesepakatan tarif dan kuota tahap II hanya dilaksanakan selama 1 (satu) bulan, karena pada tanggal 29 April 2003 diadakan pertemuan antara para perusahaan pelayaran, INSA, Pelindo IV dan



Adpel Makassar dan disepakati untuk mencabut atau membatalkan kesepakatan tarif dan kuota;

Setelah Majelis Komisi memeriksa dan menganalisa semua data dan informasi yang diperoleh selama proses pemeriksaan di atas maka Majelis Komisi memutuskan bahwa ketujuh perusahaan pelayaran yang telah menandatangani kesepakatan tersebut telah melanggar ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengenai Penetapan Harga dan memutuskan untuk membatalkan kesepakatan tarif dan kuota sebagaimana tercantum dalam Berita Acara Pertemuan Bisnis di Hotel Elmi Surabaya tertanggal 23 Desember 2002;

3. Putusan KPPU Nomor 08/KPPU-I/2003, tentang Penyediaan Jasa Survey Gula Impor oleh PT. Sucofindo dan PT. Suveyor Indonesia;

Kegiatan monitoring yang dilakukan Pemohon Kasasi terhadap kegiatan penyediaan jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula yang pelaksanaannya dilakukan oleh PT. Superintending Company of Indonesia (Persero) dan PT. Surveyor Indonesia (Persero) menjadi awal diperiksanya kasus ini. Hasil dari pemeriksaan diperoleh indikasi pelanggaran ketentuan Pasal 5 ayat (1), Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;

Pemeriksaan tersebut memberi informasi bahwa PT. Superintending Company of Indonesia/Sucofindo (Terlapor I) dan PT. Surveyor Indonesia/SI (Terlapor II) ditunjuk sebagai *surveyor* pelaksana *verifikasi* atau penelusuran teknis impor gula oleh Menteri Perindustrian dan Perdagangan melalui SK Nomor 594/MPP/Kep/9/2004, tanggal 23 September 2004. Tanggal 24 September 2004, Sucofindo dan SI menandatangani kesepakatan kerja sama (*Memorandum of Understanding [MoU]*) sebagai pelaksana *verifikasi* atau penelusuran teknis impor gula dalam bentuk Kerja Sama Operasi (KSO);

Melalui KSO, Sucofindo dan SI menetapkan besaran *surveyor fee* dan menawarkannya kepada importir gula dalam proses sosialisasi yang dilakukan sebanyak 4 (empat) kali. Importir gula menerima besaran *surveyor fee* yang ditetapkan oleh Sucofindo dan SI karena importir gula tidak mempunyai pilihan lain dan khawatir akan mengalami kesulitan untuk mengimpor gula. Dalam pelaksanaan *verifikasi* atau penelusuran teknis impor gula, KSO menerbitkan Laporan Survey



(LS) yang dijadikan dokumen oleh Direktorat Bea & Cukai untuk mengeluarkan barang dari wilayah Kepabeanan. Sedangkan dalam pelaksanaan *verifikasi* atau penelusuran teknis impor gula di Negara asal barang, Sucofindo dan SI selalu menunjuk *Societe Generale de Surveillance Holding S.A., Geneva (SGS)* selaku afiliasi Sucofindo dan SI di luar negeri;

Berbagai tindakan tersebut kemudian diteliti lebih lanjut, apakah mengandung unsur persaingan tidak sehat atau tidak, sebagaimana yang telah diindikasikan. Setelah melalui serangkaian pemeriksaan, melalui Putusan KPPU Nomor 08/KPPU-I/2005, Majelis Komisi memutuskan:

- (1) Menyatakan bahwa Sucofindo dan SI terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
- (2) Memerintahkan kepada Sucofindo dan SI untuk membatalkan Kesepakatan Kerja Sama antara kedua pihak mengenai Pelaksanaan Verifikasi atau Penelusuran Teknis Impor Gula dengan Nomor MOU-01/SP-DRU/IX/2004 (805.1/DRU-IX/SPMM/2004), tanggal 24 September 2004 dan menghentikan seluruh kegiatan *verifikasi* atau penelusuran teknis impor gula melalui KSO selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak menerima pemberitahuan putusan ini;
4. Putusan Perkara Nomor 10/KPPU-L/2009, tentang Perjanjian Penetapan Fee
Pemohon Kasasi membatalkan perjanjian besaran komisi (*fee*) untuk sub agen terkait penjualan tiket pesawat kepada 11 pelaku usaha di bidang jasa biro perjalanan. Sanksi ini terkait pelanggaran Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, kesebelas pelaku usaha itu terbukti melakukan pengaturan komisi penjualan tiket penerbangan oleh agen kepada sub agen di Nusa Tenggara Barat (NTB);
Kesebelas terlapor itu adalah PT. Alam Multi Nasional (Terlapor II), PT. A&T Holidays (Terlapor III), PT. Bidy Tour (Terlapor IV), PT. Citra Mulia Antar Nusa (Terlapor V), PT. Gady Angkasa Nusa (Terlapor VI), PT. Jasa Wisata (Terlapor VII), PT. Lombok Karya Wisata (Terlapor VIII), PT. Luana Jaya (Terlapor IX), PT. Biro Perjalanan Wisata Satriavi (Terlapor X), PT. Sindo Surya Cemerlang Asri (Terlapor XI)

Hal. 259 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



dan CV. Global Entrepreneur (Terlapor XII). Sedangkan Terlapor I Asosiasi Agen Ticketing (ASATIN) tidak terbukti melakukan penetapan harga;

Dalam pertimbangannya Majelis Komisi menilai perjanjian penetapan *fee* ini dapat dipersamakan dengan perjanjian penetapan harga sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 5 ayat (1). Dari Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan (LHPL), ditemukan fakta bahwa telah terjadi kesepakatan penentuan besaran *fee*. Hal ini juga diakui oleh Terlapor, dimana memang benar ada kesepakatan antara ASATIN dengan Para Terlapor lainnya dalam hal penetapan besaran komisi dari agen ke sub agen;

F. Contoh Kasus Penetapan Harga di Jepang dan Amerika Serikat;

Berikut adalah contoh kasus yang menunjukkan, bahwa penetapan harga (*price fixing*) tidak selalu lahir dari suatu perjanjian yang tertulis atau jelas. Dengan demikian, Hakim harus memiliki pandangan yang luas atau kepekaan yang dalam untuk mengetahui apakah telah terjadi suatu “perjanjian”, tanpa adanya bukti tertulis atau lisan;

Jepang:

Perkara Barber Shop Association, yakni suatu asosiasi para tukang cukur dalam Akita Prefecture, yang melakukan penelitian tentang pendapat para tukang cukur anggota asosiasi, dengan cara mengirimkan kuesioner kepada mereka dan menjawab pertanyaan mengenai dua hal: “*do you wish to raise price and if you do, what is the appropriate price level?*” Setelah kuesioner terkumpul, mereka menganalisis isi, dan mengumumkan, bahwa hampir semua anggota asosiasi menghendaki peningkatan harga, dengan tingkat harga yang diperkirakan adalah sebesar 300 yen. Kemudian asosiasi menentukan “harga standar” sebesar 300 Yen, dan memerintahkan bahwa masing-masing anggota dapat menentukan harga secara independen, dengan mempertimbangkan “harga standar” tersebut. Semua anggota asosiasi akhirnya sepakat secara diam-diam untuk menetapkan harga sebesar 300 Yen;

JFTC (*japan fair trade commission*) menggugat aktivitas asosiasi tersebut dan memutuskan adanya pelanggaran terhadap Pasal 8 (1) huruf i *of the anti monopoly law* (AMA), yang melarang asosiasi dagang melakukan aktivitas yang secara substansial menghambat persaingan, khususnya di bidang perdagangan. Dalam hal ini, tidak

Hal. 260 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



terdapat bukti langsung bahwa asosiasi menetapkan suatu “harga standar” kepada para anggotanya. Namun demikian, asosiasi melakukan tekanan kepada para anggotanya, untuk mengatur harga senilai 300 Yen dengan cara mengumumkan hasil penelitian. Kegiatan asosiasi ini dapat dievaluasi sebagai sebuah bukti yang secara tidak langsung sebagai suatu bentuk penetapan harga. Melalui pengumuman tersebut, para anggota memperoleh informasi, bahwa mayoritas dari mereka mempertimbangkan, bahwa harga seharusnya ditetapkan sebesar 300 Yen. Hal ini akan menyulitkan para anggota, jika melakukan “cara lain yang berbeda” dengan yang telah ditentukan secara bersama-sama;

Amerika Serikat:

Contoh kasus di Amerika Serikat, yang bertujuan mempengaruhi harga persaingan, yang ditemukan dan digunakan sebagai petunjuk analisis untuk mendukung karakterisasi suatu pengaturan atas harga. Dalam *nation wide trailer rental system, inc. v. United States*. Mahkamah Agung menetapkan, bahwa pengedaran surat dalam bentuk daftar terjadwal, yang berisi penetapan tingkat harga lembur (*overtime charges*) untuk persewaan trailer kepada masing-masing anggota asosiasi, merupakan hambatan dalam bentuk harga (*price restraint*);

Bukti-bukti menunjukkan, bahwa “jadwal” tersebut hanya digunakan sebagai “pedoman”, yang tidak mengharuskan para anggota untuk mematuhi, dan secara nyata menyimpanginya. Meskipun hanya sedikit atau tidak terdapat bukti mengenai pengaruh terhadap harga yang dapat dilihat, namun pengadilan menyimpulkan, bahwa “jadwal” tersebut diedarkan dengan beberapa tujuan, dan tampaknya antara lain, adalah menyarankan “tingkat harga” lembur, walaupun harga tersebut tidak ditetapkan secara rigid;

Sebagai penutup, Pemohon Kasasi menyampaikan hal-hal yang perlu mendapatkan perhatian *Judex Juris* sebagai lembaga tertinggi dalam penegakan hukum persaingan di Indonesia sebagai berikut:

1. Terkait pemenuhan unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999
 - Bahwa terdapat fakta Perjanjian Kerjasama Interkoneksi yang salah satu klausulnya mengenai penetapan tarif SMS (i) tidak boleh lebih rendah Rp250,00 dan (ii) tidak boleh lebih rendah

Hal. 261 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



dari tarif retail penyedia akses (sebagaimana terlihat pada Matrix Klausula Penetapan Tarif SMS dalam PKS Interkoneksi);

- Sehingga dengan adanya klausula penetapan harga pada PKS tersebut mengakibatkan harga yang sama atau paralel antar satu operator dengan operator lainnya;
- Bahwa telah terjadi kartel harga SMS off-net pada periode 2004-2007 yang dilakukan oleh XL, Telkomsel, Telkom, Bakrie, dan Mobile-8, dan secara materiil kartel tersebut masih efektif sampai dengan 1 April 2008 (Smart baru terlibat setelah melakukan *commercial launching* tanggal 3 September 2007);
- Bahwa berdasarkan Matrix PKS Interkoneksi khususnya penetapan harga yang dilakukan oleh Para Termohon Kasasi dan Turut Termohon Kasasi III agar harga SMS off-net sama atau paralel sehingga secara formil sudah termasuk kategori Kartel;
- Bahwa pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut;
- Bahwa hal ini sesuai dengan penerapan unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang mana dasar penerapan unsur-unsur Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 di klasifikasikan secara *per se illegal* sebagaimana dalam pasal tersebut menyebutkan istilah “dilarang” tanpa ada anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan” (hal ini berbeda dengan pendekatan *rule of reason* yang pasalnya mengandung anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan”);
Bahwa ada tidaknya kerugian konsumen bukan merupakan unsur pembuktian ada tidaknya suatu kartel sehingga tanpa dibuktikan adanya dampak kerugian konsumen sekalipun, kartel tetap merupakan tindakan anti persaingan;
- Walaupun secara formil telah terjadi kartel, namun Majelis Komisi menilai bahwa kartel yang terjadi tidak dapat menghilangkan secara faktual kerugian yang nyata bagi konsumen pada pasar bersangkutan, kerugian konsumen tersebut berupa: (i) hilangnya kesempatan konsumen untuk

Hal. 262 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



memperoleh harga SMS yang lebih rendah, (ii) hilangnya kesempatan konsumen untuk menggunakan layanan SMS yang lebih banyak pada harga yang sama, (iii) kerugian intangible konsumen lainnya, (iv) serta terbatasnya alternatif pilihan konsumen, selama kurun waktu 2004 sampai dengan April 2008;

- Bahwa terhadap perkara *a quo*, Majelis Komisi tetap memberikan gambaran kerugian konsumen selama periode kartel yaitu tahun 2004 – 2007 yaitu sebesar Rp2.827.700.000.000,00 (dua triliun delapan ratus dua puluh tujuh miliar tujuh ratus juta rupiah);

Tabel 3. Perhitungan Kerugian Konsumen
Berdasarkan Proporsi Pangsa Pasar Operator Pelaku
(dalam miliar 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: data diolah

2. Terkait Relevan Market

Mengenai Pasar Produk

Bahwa pasar pruduk pada perkara ini adalah layanan SMS, yang terpisah dari produk market layanan *voice mail*, MMS, maupun *push e-mail* dengan penjelasan sebagai berikut:

- Karakteristik:

Bahwa terdapat karakteristik yang berbeda secara signifikan antara SMS dengan fitur lainnya yang memiliki kegunaan yang identik. Fitur SMS adalah fitur yang dikirim dan diterima berupa pesan teks, sehingga berbeda dengan *voice mail* yang dikirim dan diterima sebagai pesan suara. Pesan SMS disalurkan melalui kanal signaling sedangkan MMS dan *push e-mail* menggunakan kanal data. Sebagai akibatnya, fitur SMS hanya dapat mengirim dan menerima pesan teks, sedangkan MMS memungkinkan untuk pengiriman dan penerimaan gambar, musik, rekaman suara, animasi, video, dan file-file multimedia lainnya. Sedangkan *push e-mail* di samping dapat mencakup pesan-pesan berisi multimedia, juga dapat melakukan pengiriman dan penerimaan pesan yang



lebih luas dari pesan yang bersifat multimedia, seperti pengiriman dan penerimaan dokumen softcopy dalam berbagai format;

Di samping itu, pola pentarifan SMS dihitung berdasarkan jumlah pengirimannya tanpa ada biaya yang dikeluarkan oleh penerima SMS, berbeda dengan *voice mail* yang menggunakan pola pentarifan berdasarkan durasi, sedangkan MMS dan *push e-mail* menggunakan pola pentarifan berdasarkan jumlah data yang dipergunakan, sehingga baik pengirim maupun penerima *voice mail*, MMS, dan *push e-mail* juga harus membayar sesuai dengan pola pentarifannya;

- Harga

Dari sisi harga, secara umum harga fitur SMS sekali kirim berada pada kisaran yang jauh lebih murah dibanding dengan *voice mail*, MMS, dan *push e-mail*. Perkecualian berlaku bagi layanan push e-mail, dengan mempertimbangkan size dari e-mail yang dikirim dan harga data yang diterapkan oleh setiap operator, maka harga layanan push e-mail dapat bervariasi;

- Pasar Geografis;

- Bahwa terkait analisis pasar geografis bertujuan untuk menjelaskan di area mana saja pasar produk yang telah didefinisikan saling bersaing satu sama lain;

- Sebagai satu layanan nilai tambah dari operator seluler maupun FWA, maka keberadaan layanan SMS akan mengikuti keberadaan dari ketersediaan jaringan operator yang bersangkutan;

- Berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran, tidak ditemukan adanya hambatan baik dari sisi teknologi maupun regulasi bagi para operator seluler untuk memasarkan produknya di seluruh wilayah Indonesia selama operator bersangkutan telah memiliki ketersediaan jaringannya

- Dengan demikian pasar geografis pada perkara ini adalah seluruh wilayah Indonesia;

Mengenai Izin/Lisensi Operator Selular Dan Operator FWA

- Bahwa pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan SMS di seluruh wilayah Indonesia, baik yang disediakan oleh operator seluler maupun operator FWA;



- karena sifat layanan nilai tambahnya yang merupakan layanan pelengkap dari layanan suara sebagai layanan utama, maka analisis terhadap pasar produk suara berbeda dengan analisis pasar produk SMS;
- sebagai layanan nilai tambah, SMS otomatis tersedia ketika operator membangun jaringan untuk menyediakan layanan suara. Oleh karena itu adanya perbedaan kegunaan, karakteristik, dan harga layanan suara dari operator yang merupakan penyelenggara telekomunikasi seluler dengan penyelenggara telekomunikasi FWA tidak berlaku ketika digunakan untuk melakukan analisis terhadap layanan SMS;
- Bahwa perbedaan telekomunikasi seluler dengan FWA tidak relevan di dalam penggunaan layanan SMS yang disediakan oleh masing-masing operator, baik seluler maupun FWA. Berdasarkan analisis pasar produk di atas, perbedaan lisensi operator seluler dengan operator FWA tidak akan mempengaruhi analisis terhadap kegunaan, karakteristik, maupun harga terhadap layanan SMS;

3. Pasca Setelah Putusan KPPU *a quo*

Bahwa berdasarkan studi estimasi dampak kompetisi Jasa SMS terhadap perubahan kesejahteraan konsumen yang mana studi ini bertujuan Menghitung dampak peningkatan kompetisi layanan pesan singkat (SMS) terhadap perubahan kesejahteraan konsumen dan Melihat perubahan perilaku konsumen terhadap konsumsi SMS setelah adanya Keputusan KPPU. Bahwa hasil studi tersebut diperoleh kesimpulan Putusan KPPU meningkatkan kompetisi tarif SMS yang signifikan. Dengan menggunakan metode perhitungan compensating variation (CV), total perolehan kesejahteraan konsumen mencapai sekitar Rp1.959 triliun (untuk keseluruhan 6 operator dari tahun 2007 sampai 2009. Total peningkatan kesejahteraan yang diperoleh dari putusan KPPU untuk 5 operator yang diputus bersalah yaitu Telkomsel, Excelcomindo, Bakrie Telecom, Mobile 8 dan Telkom Flexi adalah sekitar Rp 1.6 triliun untuk kurun waktu yang sama (rata-rata sekitar 800 milyar rupiah per tahun);

(kajian LPEM UI bekerjasama dengan JICA)



Menimbang, bahwa terhadap keberatan-keberatan tersebut, Mahkamah Agung berpendapat:

Bahwa alasan-alasan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi dapat dibenarkan, karena *Judex Facti*/ Pengadilan Negeri Jakarta Pusat salah menerapkan hukum dengan pertimbangan sebagai berikut:

- a. Bahwa *Judex Facti* yang telah membatalkan putusan Termohon Keberatan I/ Pemohon Kasasi (KPPU) dalam perkara ini pada dasarnya karena 2 (dua) alasan yaitu, pertama, KPPU salah dalam menentukan pasar bersangkutan, dan kedua, KPPU salah dalam menilai tarif SMS yang harus dibayar oleh konsumen;
- b. Bahwa menurut Mahkamah Agung pertimbangan-pertimbangan *Judex Facti* tersebut adalah pertimbangan yang salah dengan alasan sebagai berikut:

- i. Mengenai penentuan pasar bersangkutan;

1. Bahwa dari segi produk, untuk menentukan bahwa 2 (dua) atau lebih produk adalah produk yang saling bersaing sehingga masuk dalam satu pasar bersangkutan (*relevant market*) maka kedua produk tersebut harus memenuhi beberapa kriteria, antara lain, memiliki karakter yang sama, dan memiliki harga yang tidak jauh berbeda antara satu dengan lainnya;

Bahwa terbukti produk dalam perkara ini yaitu layanan SMS off-net memiliki karakter yang tidak sama dibandingkan dengan karakter layanan tambahan lainnya yaitu *voice mail*, MMS, maupun *push e-mail*, dan dari segi harga, terbukti tarif layanan SMS off-net adalah lebih murah dibandingkan dengan tarif layanan tambahan lainnya; Bahwa karena itu pertimbangan *Judex Facti* bahwa layanan SMS off-net berada dalam pasar bersangkutan yang sama dengan layanan tambahan lainnya *in casu voice mail*, MMS, dan *push e-mail* adalah pertimbangan yang salah;

2. Bahwa dari segi geographis untuk menentukan apakah wilayah pasar produk *in casu* layanan SMS off-net meliputi pasar regional, nasional, atau global maka selain tarif SMS off-net operator/Termohon Kasasi di luar negeri adalah sama dengan tarif SMS off-net di Indonesia, juga pada masing-masing wilayah utamanya di luar negeri tersedia jaringan komunikasi serupa milik para operator/Termohon Kasasi, kedua hal tersebut tidak terbukti adanya dalam perkara ini sehingga pertimbangan *Judex Facti* bahwa pasar geographis layanan SMS off-net dalam perkara ini adalah bukan hanya seluruh wilayah Indonesia



tetapi juga meliputi pasar seluruh belahan dunia adalah pertimbangan yang salah;

3. Bahwa dalam hukum persaingan objek yang bersaing adalah produk yang satu dengan produk lain dalam pasar bersangkutan (antar produk) *in casu* layanan SMS off-net oleh operator yang satu dengan layanan SMS off-net yang disediakan oleh operator lain bukan persaingan antar operator sebagai pelaku usaha, karena itu pertimbangan *Judex Facti* bahwa para operator/Para Termohon Kasasi tidak berada dalam pasar bersangkutan yang sama karena memiliki izin yang berbeda adalah pertimbangan yang salah;
- ii. Mengenai tarif SMS yang harus dibayar oleh konsumen;
 1. Bahwa dalam pertimbangannya *Judex Facti* berpendapat bahwa tarif SMS off-net yang harus dibayar oleh konsumen dalam perkara ini adalah harga pasar (*benchmark*), tidak ada hubungannya dengan PKS interkoneksi, dan Para Termohon Kasasi masih saling bersaing melalui berbagai promosi sehingga bukan tarif kartel sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
 2. Bahwa menurut Mahkamah Agung pertimbangan tersebut adalah pertimbangan yang tidak cermat dan tidak berdasar dengan alasan sebagai berikut;
 - a. Bahwa terbukti sesuai dengan fakta persidangan bahwa tarif dasar SMS off-net yang diberlakukan oleh para Termohon Kasasi dalam kurun waktu tahun 2004 hingga April 2008 adalah paralel yaitu di atas Rp250,00 (dua ratus lima puluh rupiah) tarif mana bersesuaian dengan klausula tarif SMS yang tercantum dalam Perjanjian Kerjasama (PKS) interkoneksi berisi larangan bagi operator/Termohon Kasasi untuk memberlakukan tarif SMS lebih rendah dari Rp250,00 (dua ratus lima puluh rupiah) serta lebih rendah dari harga retail, sehingga pertimbangan *Judex Facti* bahwa SMS off-net dalam perkara ini tidak ada hubungannya dengan Perjanjian PKS interkoneksi adalah pertimbangan yang tidak berdasar;
 - b. Bahwa sesuai fakta persidangan promosi-promosi yang disediakan oleh operator/Termohon Kasasi adalah untuk konsumen pengguna layanan SMS on-net bukan pengguna SMS off-net sehingga pertimbangan *Judex Facti* bahwa tarif SMS off-

Hal. 267 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



net dalam perkara ini adalah tarif persaingan adalah pertimbangan yang tidak berdasar;

- c. Bahwa tidak ada bukti yang menunjukkan bahwa tarif SMS off-net dalam perkara ini adalah tarif yang didasarkan pada biaya layanan yang dikeluarkan oleh masing-masing operator sehingga pertimbangan *Judex Facti* bahwa tarif SMS off-net dalam perkara ini adalah harga persaingan adalah pertimbangan yang tidak berdasar;
- d. Bahwa selain itu sesuai dengan fakta yang tidak terbantahkan (*feitelijk*) biaya yang dikeluarkan oleh masing-masing operator untuk penyediaan suatu layanan komunikasi ditentukan oleh banyak faktor sehingga tarif yang harus dibayar oleh konsumen untuk SMS off-net oleh masing-masing operator harusnya tidak paralel di atas Rp250,00 (dua ratus lima puluh rupiah);
- e. Bahwa terbukti tarif dasar SMS off-net yang diberlakukan oleh masing-masing operator/Termohon Kasasi turun dibawah Rp250,00 (dua ratus lima puluh rupiah) setelah Pemerintah melakukan intervensi mengenai tarif interkoneksi pada tanggal 1 April 2008, padahal tidak ada bukti yang menunjukkan bahwa dalam kurun waktu tersebut terjadi penurunan biaya layanan yang dikeluarkan oleh para operator/Termohon Kasasi;
- f. Bahwa telah benar bahwa ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah ketentuan bersifat *per se rule* sehingga unsur yang harus dibuktikan untuk menyatakan adanya pelanggaran adalah adanya kesepakatan harga atau formula harga yang berdampak pada harga yang harus dibayar oleh konsumen, sedangkan dampak dari kesepakatan harga tersebut terhadap konsumen maupun terhadap persaingan bukan merupakan unsur pelanggaran;
Bahwa oleh karenanya data dan analisa (bukti) ekonomi yang menunjukkan bahwa tarif dasar SMS off-net dalam perkara ini adalah tarif yang sangat tinggi (*excessive*) adalah fakta yang tidak bersifat menentukan terjadinya pelanggaran terhadap Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
- g. Bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas maka menurut Mahkamah Agung pendapat Pemohon Kasasi (KPPU) bahwa tarif SMS off-net dalam perkara ini adalah tarif hasil

Hal. 268 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016



kesepakatan (kartel) diantara operator/Termohon Kasasi sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah pendapat yang sudah benar sehingga layak untuk dikuatkan;

Menimbang, bahwa pertimbangan Komisi Pengawas Persaingan Usaha dianggap sudah tepat dan benar, oleh karenanya dapat diambil sebagai pertimbangan sendiri oleh Mahkamah Agung;

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, Mahkamah Agung berpendapat, terdapat cukup alasan untuk mengabulkan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi **KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA REPUBLIK INDONESIA (KPPU)** tersebut dan membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Nomor 3/KPPU/2008/PN.Jkt.Pst., tanggal 27 Mei 2015, yang membatalkan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 26/KPPU-L/2007, tanggal 18 Juni 2008, serta Mahkamah Agung akan mengadili sendiri perkara *a quo* dengan amar sebagaimana yang akan disebutkan di bawah ini;

Menimbang, bahwa oleh karena permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi/Termohon Keberatan dikabulkan, maka Termohon Kasasi I, II, III, IV, V/Pemohon Keberatan I, II, III, IV, V, harus dihukum untuk membayar biaya perkara pada semua tingkat peradilan;

Memperhatikan, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009, serta peraturan perundang-undangan lain yang bersangkutan;

M E N G A D I L I

Mengabulkan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi **KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA REPUBLIK INDONESIA (KPPU)** tersebut;

Membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Nomor 3/KPPU/2008/PN.Jkt.Pst., tanggal 27 Mei 2015;

MENGADILI SENDIRI

1. Menyatakan bahwa Terlapor I: PT. Excelcomindo Pratama, Tbk., Terlapor II: PT. Telekomunikasi Selular, Terlapor IV: PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk., Terlapor VI: PT. Bakrie Telecom, Tbk., Terlapor VII: PT. Mobile-8



- Telecom, Tbk., Terlapor VIII: PT. Smart Telecom, terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
2. Menyatakan bahwa Terlapor III: PT. Indosat, Tbk., Terlapor V: PT. Hutchinson CP Telecommunications, Terlapor IX: PT. Natrindo Telepon Seluler tidak terbukti melanggar Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
 3. Menghukum Terlapor I: PT. Excelcomindo Pratama, Tbk., dan Terlapor II: PT. Telekomunikasi Selular, masing-masing membayar denda sebesar Rp25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan, Sekretariat Jendral satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
 4. Menghukum Terlapor IV: PT. Telekomunikasi Indonesia Tbk., membayar denda sebesar Rp18.000.000.000,00 (delapan belas miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan, Sekretariat Jendral satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
 5. Menghukum Terlapor VI: PT. Telekomunikasi Bakrie Telecom, Tbk., membayar denda sebesar Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan, Sekretariat Jendral satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
 6. Menghukum Terlapor VII: PT. Mobile-8 Telecom, Tbk., membayar denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan, Sekretariat Jendral satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);

Menghukum Termohon Kasasi I, II, III, IV, V/Pemohon Keberatan II Terlapor I, Pemohon Keberatan II/Terlapor II, Pemohon Keberatan III/Terlapor



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

VI, Pemohon Keberatan IV/Terlapor IV, Pemohon Keberatan V/Terlapor VII untuk membayar biaya perkara pada semua tingkat peradilan, yang dalam tingkat kasasi ditetapkan sebesar Rp500.000,00 (lima ratus ribu rupiah);

Demikianlah diputuskan dalam rapat permusyawaratan Majelis Hakim pada Mahkamah Agung pada hari **Senin**, tanggal **29 Februari 2016**, oleh Syamsul Ma'arif, S.H.,LL.M.,Ph.D., Hakim Agung yang ditetapkan oleh Ketua Mahkamah Agung sebagai Ketua Majelis, Dr. H. Abdurrahman, S.H.,M.H., dan I Gusti Agung Sumanatha, S.H.,M.H., Hakim-Hakim Agung, masing-masing sebagai Anggota, putusan tersebut diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum **pada hari itu juga** oleh Ketua dengan dihadiri oleh Anggota-anggota tersebut dan oleh Endang Wahyu Utami, S.H.,M.H., Panitera Pengganti tanpa dihadiri oleh para pihak.

Hakim-Hakim Anggota:

ttd./

Dr. H. Abdurrahman, S.H.,M.H.

ttd./

I Gusti Agung Sumanatha, S.H.,M.H.

Ketua Majelis,

ttd./

Syamsul Ma'arif, S.H.,LL.M.,Ph.D.

Biaya-biaya:

- | | | |
|------------------------|------|--------------|
| 1. Meterai | : Rp | 6.000,00 |
| 2. Redaksi | : Rp | 5.000,00 |
| 3. Administrasi Kasasi | : Rp | 489.000,00 + |
| Jumlah | : Rp | 500.000,00 |

Panitera Pengganti

ttd./

Endang Wahyu Utami, S.H.,M.H.

Untuk Salinan
Mahkamah Agung RI.
a.n. Panitera
Panitera Muda Perdata Khusus

RAHMI MULYATI, SH., MH.
NIP: 19591207.1985.12.2.002

Hal. 271 dari 271 hal Put. Nomor 9 K/Pdt.Sus-KPPU/2016

Disclaimer

Kepaniteraan Mahkamah Agung Republik Indonesia berusaha untuk selalu mencantumkan informasi paling kini dan akurat sebagai bentuk komitmen Mahkamah Agung untuk pelayanan publik, transparansi dan akuntabilitas pelaksanaan fungsi peradilan. Dalam hal Anda menemukan inakurasi informasi yang termuat pada situs ini atau informasi yang seharusnya ada, namun belum tersedia, maka harap segera hubungi Kepaniteraan Mahkamah Agung RI melalui :

Email : kepaniteraan@mahkamahagung.go.id

Telp : 021-384 3348 (ext.318)