



P U T U S A N

No. 305 K/Pdt.Sus/2012

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

MAHKAMAH AGUNG

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

- I. PT PERTAMINA (Pesero), yang diwakili oleh Direktur Utama, Karen Agustiwati,** berkedudukan di Jalan Merdeka Timur 1A, Jakarta Pusat, dalam hal ini memberi kuasa kepada Fredrik J. Pinakunary, SH., N. Christine Purba, SH., MKn., Bobby R. Manalu, SH., MH., R. Dhan Rahadiansyah, SH., para Advokat berkantor pada Fredrik J. Pinakunary Law Office, beralamat di The Energy, Lantai 9, Jl. Jenderal Sudirman, Kav 52-53, SCBD Lot 11-A, Jakarta 12190 ;
- II. MITSUBISHI CORPORATION, yang diwakili oleh Direktur Hideyuki Nabeshima,** berkedudukan di 3-1, Marunouchi 2-Chome, Chiyoda-ku, Tokyo, 100-8086, Japan, dalam hal ini memberi kuasa kepada Mira Fadhyah, SH., Chalid Louis Heyder, SH., Teguh P. Darmawan, SH., Narendra Adiyasa, SH., Debby Sulaiman, SH., Suharsanto Raharjo, SH., para Advokat pada Kantor Hukum Hiswara Bunjamin & Tanjung, beralamat di Gedung BRI II, Lantai 23, Jl. Jenderal Sudirman, Kav 44-46, Jakarta 10210 ;
- III. PT MEDCO ENERGI INTERNATIONAL, Tbk. dan PT MEDCO E & P TOMORI SULAWESI, yang diwakili oleh Presiden Direktur Lukman Maffoedz,** berkedudukan di Energy Building, lantai 52-53, SCBD Lot 11A, Jalan Jendral Sudirman, dalam hal ini memberi kuasa kepada Timbul Thomas Lubis, SH., LL.M., Dr. Mohamed Idwan Ganie, SH., Arief T. Surowidjojo, SH., LL.M., Harjon Sinaga, SH., Rofik Sungkar, SH., Muhammad Adip, SH., Bilal Anwari, SH., Meirsja Arditya Pohan, SH., Nurmalita Malik, SH., MH., Adhie Kuncoro, SH., para Advokat berkantor pada Lubis /**
- IV.**
- V.**
- VI. ie Surowidjojo,** beralamat di Menara Imperium Lantai 30, Jl.

Hal. 1 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



VII.

VIII. . Rasuna Said, Kav. 1, Kuningan, Jakarta Selatan-12980 ;

IX. Para Pemohon Kasasi I, II, III dahulu Pemohon Keberatan I, II, III, IV;

m e l a w a n :

KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA (KPPU),
berkedudukan di Jl.H. Ir. Juanda No. 36, Jakarta Pusat, dalam hal ini diwakili oleh Nursari Amalia, SH.,M.Kn, Muhammad Iqbal, SH. Staf Sekretariat Komisi Pengawas Persaingan Usaha ;
Termohon Kasasi dahulu Termohon Keberatan ;

Mahkamah Agung tersebut ;

Membaca surat-surat yang bersangkutan ;

Menimbang, bahwa dari surat-surat tersebut, ternyata bahwa sekarang para Pemohon Kasasi dahulu sebagai para Pemohon Keberatan II, I, III dan IV telah mengajukan keberatan pada sekarang Termohon Kasasi dahulu sebagai Termohon Keberatan di muka persidangan Pengadilan Negeri Pekanbaru pada pokoknya atas dalil-dalil:

Menimbang, bahwa Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) telah menjatuhkan Putusan Nomor:35/KPPU-I/2011 tanggal 5 Januari 2011 yang amarnya sebagai berikut:

“MEMUTUSKAN”

1. Menyatakan bahwa Terlapor I: PT Pertamina (Persero); Terlapor II: PT Medco Energi Internasional, Tbk; dan Terlapor IV: Mitsubishi Corporation terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
2. Menyatakan bahwa Terlapor II: PT Medco Energi Internasional, Tbk; Terlapor III: PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Terlapor IV: Mitsubishi Corporation telah terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999;
3. Menghukum Terlapor I: PT Pertamina (Persero) untuk membayar denda sebesar Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai Setoran Pendapatan Denda Pelanggaran di bidang Persaingan Usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui Bank Pemerintah dengan Kode Penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
4. Menghukum Terlapor II: PT Medco Energi Internasional, Tbk untuk membayar denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah) yang



harus disetorkan ke Kas Negara sebagai Setoran Pendapatan Denda Pelanggaran di bidang Persaingan Usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui Bank Pemerintah dengan Kode Penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);

5. Menghukum Terlapor III: PT Medco E&P Tomori Sulawesi untuk membayar denda sebesar Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai Setoran Pendapatan Denda Pelanggaran di bidang Persaingan Usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui Bank Pemerintah dengan Kode Penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
6. Menghukum Terlapor IV: Mitsubishi Corporation untuk membayar denda sebesar Rp15.000.000.000,00 (lima belas miliar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai Setoran Pendapatan Denda Pelanggaran di bidang Persaingan Usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui Bank Pemerintah dengan Kode Penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha) Kecuali yang secara tegas dinyatakan diterima oleh Pemohon dalam Permohonan Keberatan ini, Pemohon tidak dapat menerima Putusan a quo dan oleh karena itu mengajukan Permohonan Keberatan seperti yang akan dijelaskan di bawah ini;

I. PERMOHONAN Pemohon KEBERATAN II: (PT.PERTAMINA (PERSERO))

Menimbang, bahwa Pemohon Keberatan II /Semula Terlapor I, telah mengajukan permohonan Keberatan berdasarkan surat Ref.No.072/MRP-PERTAMINA/1032/2001, tanggal 28 Januari 2011 dengan dalil-dalil sebagai berikut:

I. PERMOHONAN KEBERATAN MEMENUHI SYARAT FORMIL

Sebelum Pemohon memasuki alasan Permohonan Keberatan, terlebih dahulu dijelaskan bahwa Permohonan Keberatan yang diajukan memenuhi syarat formil berdasar fakta-fakta yuridis berikut:

1. Permohonan Keberatan memenuhi syarat yang ditentukan oleh Pasal 4 Ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung RI No. 3 Tahun 2005 Tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU (Perma No.3/2005);
Berdasar Pasal 4 Ayat (1) Perma No. 3/2005, Keberatan dapat diajukan terhadap putusan KPPU selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari setelah Pelaku Usaha menerima pemberitahuan putusan tersebut dan atau diumumkan melalui website KPPU;



Pasal 4 Ayat (1) Perma No. 3/2005 mengatur sebagai berikut:

“Keberatan diajukan dalam tenggang waktu 14 (empat belas) hari terhitung sejak Pelaku Usaha menerima pemberitahuan putusan KPPU dan atau diumumkan melalui website KPPU.”

Bahwa mengenai cara menghitung batas tenggang waktu pengajuan Permohonan Keberatan terhitung sejak Pelaku Usaha menerima pemberitahuan putusan KPPU dan atau diumumkan melalui website KPPU. Salinan Putusan *a quo* telah diberitahukan dan diterima secara resmi oleh Pemohon pada hari Senin, tanggal 17 Januari 2011;

Permohonan Keberatan diajukan dan disampaikan kepada panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada tanggal 28 Januari 2011. Dengan demikian pengajuan Permohonan Keberatan masih dalam batas tenggang waktu Permohonan Keberatan berdasar ketentuan Pasal 4 Ayat (1) Perma No. 3/2005 sehingga Permohonan Keberatan ini sah menurut hukum;

2. Permohonan Keberatan memenuhi syarat yang ditentukan oleh Pasal 2 Ayat (1) Perma No.3/2005.

Berdasar Pasal 2 Ayat (1) Perma No.3/2005 yang menegaskan Keberatan dapat diajukan melalui Pengadilan Negeri tempat kedudukan hukum usaha Pelaku Usaha.

Pasal 2 Ayat (1) Perma No.3/2005 mengatur sebagai berikut:

“Keberatan terhadap Putusan KPPU hanya diajukan oleh Pelaku Usaha Terlapor kepada Pengadilan Negeri di tempat kedudukan hukum usaha Pelaku Usaha tersebut.”

Bahwa permohonan Keberatan diajukan melalui Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mengingat Pemohon merupakan suatu badan hukum yang berkedudukan hukum di Jakarta Pusat;

Bahwa berdasarkan fakta-fakta yang dikemukakan pada angka 1 s/d. 2 di atas pengajuan Permohonan Keberatan telah memenuhi syarat formil yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan sehingga Permohonan Keberatan ini sah menurut hukum;

II. ALASAN PERMOHONAN KEBERATAN

Bahwa alasan diajukannya permohonan keberatan atas Putusan No. 35/KPPU-I/2010 selengkapny kami uraikan sebagai berikut :



A. Termohon TELAH KELIRU DALAM MEMBERIKAN PERTIMBANGAN HUKUM DALAM PUTUSAN A QUO YANG MENGANGGAP PROSES PEMILIHAN MITRA YANG DILAKSANAKAN OLEH Pemohon DAN Turut Termohon I SEBAGAI SUATU PROSES TENDER DALAM LINGKUP PENGERTIAN TENDER PASAL 22 UU NO. 5/1999

1. Bahwa Termohon dalam pertimbangan hukum Putusan a quo telah keliru menganggap proses pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro yang dilakukan Pemohon dan Turut Termohon I merupakan suatu Proses Tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999;
2. Bahwa Termohon telah keliru dalam memberikan pertimbangan hukum dalam Putusan a quo karena Termohon tidak memahami proses dan maksud/tujuan pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I;
3. Bahwa proses pemilihan mitra yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I ditujukan untuk mencari mitra usaha yang akan bersama-sama dengan Pemohon dan Turut Termohon I membentuk perusahaan baru untuk memonetisasi gas dari Area Matindok dan Blok Senoro dengan skema hilir ("Proyek Donggi-Senoro"). Mitra usaha yang terpilih **tidak menawarkan barang dan jasa maupun memborong suatu pekerjaan kepada Pemohon dan Turut Termohon I**;
4. Bahwa pemilihan mitra kerjasama dalam Proyek Donggi-Senoro berbeda dengan pemilihan penyedia barang dan/atau jasa. **Dalam penyediaan barang dan/atau jasa terdapat kewajiban pembayaran sejumlah biaya/imbalan tertentu dari pengguna barang/jasa kepada penyedia barang/jasa.** Dalam kasus a quo, perlu dipahami **bahwa tidak ada pembayaran yang dikeluarkan dari anggaran Pemohon maupun Turut Termohon I kepada calon mitra.** Melainkan calon mitra secara bersama-sama dengan Pemohon dan Turut Termohon I melakukan investasi bisnis (*risk sharing*). Hal ini jelas menunjukkan bahwa proses pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I bukan merupakan penyediaan barang dan/jasa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No.5/1999;
5. **Bahwa Pasal 22 UU No. 5/1999 jelas-jelas mengatur mengenai tender untuk pengadaan barang dan jasa, dan oleh karenanya**

Hal. 5 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



sangat tidak relevan untuk diterapkan pada proses pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I;

6. Bahwa Pasal 22 UU No. 5/1999 secara tegas menyatakan:

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

7. Bahwa penjelasan Pasal 22 UU No. 5/1999 secara tegas menyatakan:

“Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Dalam hal ini tidak disebut jumlah yang mengajukan penawaran (oleh beberapa atau oleh satu pelaku usaha dalam hal penunjukan/pemilihan langsung)”

8. Bahwa dalam Pedoman Pasal 22 yang diterbitkan oleh KPPU halaman 11 s/d. 12, secara tegas menyatakan:

“Pengertian tender tersebut mencakup tawaran mengajukan harga untuk:

1. Memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan
2. Mengadakan barang dan atau jasa.
3. Membeli suatu barang dan atau jasa
4. Menjual suatu barang dan atau jasa”

9. Bahwa berdasarkan ketentuan hukum yang sudah diuraikan di poin 6, 7, dan 8 di atas suatu proses dapat dikategorikan sebagai tender menurut Pasal 22 UU No. 5/1999 apabila memenuhi unsur sebagai berikut:

- a. tawaran mengajukan harga; dan
- b. untuk memborong suatu pekerjaan; atau
- c. untuk mengadakan barang-barang; atau
- d. untuk menyediakan jasa.

10. Bahwa proses pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro yang dilaksanakan oleh Pemohon dan Turut Termohon I sama sekali tidak memenuhi unsur tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 sebagai berikut:

10.1. Tawaran Mengajukan Harga

Bahwa dalam proses pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro, calon mitra tidak mengajukan penawaran harga. Tujuan



pemilihan mitra bukan dimaksudkan untuk memilih kontraktor atau pembeli barang, melainkan memilih mitra yang dianggap memiliki kemampuan finansial dan teknis yang handal, kemudian secara bersama-sama dengan Pemohon dan Turut Termohon I akan membentuk perusahaan baru untuk menjalankan bisnis LNG dengan aktifitas hilir.

Bahwa harga gas alam (raw gas) tidak ditentukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I maupun calon mitra. Harga gas alam tergantung pada persetujuan Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulim Minyak dan Gas Bumi ("BPMIGAS") dan Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM), seperti yang diungkapkan oleh Tim Evaluator Donggi Senoro Pemohon dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Saksi halaman 7 No. 48 yang menyatakan:

"Pertanyaan : Siapa pihak pemerintah dalam penentuan harga gas?

Jawaban : BP MIGAS dan Menteri ESDM"

Fakta tersebut di atas, diperkuat dengan keterangan yang diungkapkan oleh Direktur Jenderal Minyak dan Gas Bumi Kementerian ESDM dalam Risalah Permintaan Keterangan Pemerintah halaman 2 jawaban No. 5 yang menyatakan:

"...Pemerintah ada di penentuan harga"

Hal ini ditegaskan kembali melalui keterangan Direktur Jenderal Minyak dan Gas Bumi Kementerian ESDM dalam Risalah Permintaan Keterangan Pemerintah halaman 3 jawaban No. 6 yang menyatakan:

"... jadi intinya bahwa untuk penentuan harga dan alokasi berada di kewenangan dari pemerintah melalui BP migas yaitu di skema hulu"

Bahwa oleh karena harga gas alam tergantung pada persetujuan BPMIGAS dan Kementerian ESDM (harga gas merupakan wewenang dari BPMIGAS dan Kementerian ESDM), maka sangat tidak mungkin bagi Pemohon dan Turut Termohon I meminta penawaran harga gas pada proposal beauty contest kepada calon mitra.

10.2. Memborong suatu pekerjaan



Bahwa proses pemilihan mitra tidak ditujukan untuk memborongkan suatu pekerjaan kepada mitra yang terpilih. Proses yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I bertujuan untuk mencari mitra dalam pengembangan Proyek Donggi Senoro, hal ini secara tegas tercantum dalam judul utama dari Term of Reference ("TOR") pemilihan mitra yaitu: "Selection of Partner For The Development Donggi-Senoro LNG Project Downstream Business"

Terjemahan:

"Pemilihan Mitra Untuk Pengembangan Proyek LNG Donggi Senoro Dengan Skema Hilir"

Bahwa pembangunan fasilitas LNG tidak diborongkan kepada mitra yang terpilih, melainkan dilakukan oleh perusahaan yang akan dipilih oleh perusahaan baru yang dibentuk oleh Pemohon, Turut Termohon I dan mitra yang terpilih. Sebagaimana tercantum di dalam TOR pemilihan mitra halaman 1 paragraf ke-6 yang menyatakan:

"The Downstream Facilities (LNG Plant) will be developed by Downstream Company"

Terjemahan:

"Fasilitas Hilir (fasilitas LNG) akan dibangun oleh Perusahaan Hilir"

10.3. Mengadakan barang-barang

Bahwa proses pemilihan mitra tidak ditujukan untuk mencari penyedia barang. TOR pemilihan mitra sama sekali tidak memuat hal-hal yang mengindikasikan bahwa mitra yang terpilih akan menyediakan barang kepada Pemohon dan Turut Termohon I.

Fakta ini menegaskan bahwa proses pemilihan mitra berbeda dengan proses tender/pengadaan barang. Dalam pelaksanaan tender pengadaan barang, spesifikasi dan kuantitas barang yang harus disuplai telah dicantumkan dalam dokumen pengadaan/dokumen tender. Sedangkan TOR pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro, tidak mencantumkan spesifikasi dan kuantitas barang sama sekali, hal ini mengingat maksud dan tujuan proses pemilihan mitra yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I, bukan



untuk memilih kontraktor melainkan untuk mencari mitra yang secara bersama-sama dengan Pemohon dan Turut Termohon I akan membentuk perusahaan baru untuk menjalankan bisnis LNG dengan aktifitas hilir (mitra untuk melakukan investasi/sharing risk).

10.4. Menyediakan jasa

Bahwa proses pemilihan mitra tidak ditujukan untuk mencari penyedia jasa. Bahwa mitra yang terpilih tidak menyediakan jasa apapun kepada Pemohon dan Turut Termohon I. Mitra yang terpilih justru bersama-sama dengan Pemohon dan Turut Termohon I melakukan investasi (sharing risk) dalam bisnis LNG dengan skema hilir.

11. Bahwa pemilihan mitra yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I bukan merupakan tender pengadaan barang dan/atau jasa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No.5/1999. Hal ini ditegaskan oleh dasar hukum Surat Keputusan Direksi PT. Pertamina (Persero) No. Kpts-036/C00000/2004-S0 tanggal 24 Agustus 2004 tentang Manajemen Pengadaan Barang/Jasa. Bahwa Bab I huruf B Keputusan Direksi No. Kpts-036/C00000/2004-S0 secara tegas mengatur bahwa Lingkup berlakunya SK Direksi yaitu sebagai "Pedoman pelaksanaan ini berlaku untuk **pengadaan barang/jasa** di lingkungan PT. Pertamina (Persero) yang keseluruhannya **dibiayai oleh perusahaan dan anak perusahaan** sepanjang belum mempunyai pedoman pengadaan barang/jasa sendiri".

Bahwa dalam pemilihan mitra, tidak ada pembayaran kepada mitra yang terpilih dari anggaran (biaya) Pemohon, sehingga proses beauty contest yang dilakukan Pemohon bukan merupakan pengadaan barang/jasa dan oleh karenanya tidak tunduk pada SK Direksi tersebut.

12. Bahwa pemilihan mitra yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I bukan merupakan tender pengadaan barang dan/atau jasa juga dikuatkan oleh pendapat dari ahli-ahli independen yang memiliki kapasitas dalam ranah hukum persaingan usaha dan lingkup tender sebagai berikut:

- 12.1. Bahwa dalam pendapatnya, ahli independen dari Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah menyatakan:



"4. Pemilihan mitra kerja dalam pembentukan usaha baru dan pemasaran produk dengan cara beauty contest, menurut hemat kami bukan merupakan persekongkolan sebagaimana dimaksud pada pasal 22 undang-undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat"

"2. ...pemilihan mitra kerja oleh PT. Pertamina (Persero) bukan merupakan bagian pengadaan barang/jasa sebagaimana yang dimaksud pada bagian ketujuh Keppres No. 80 Tahun 2003 Sistem Pengadaan Barang/Jasa Pemborongan/Jasa Lainnya."

(vide: Surat Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah No. B-1212/LKPP/D.IV.1.1/09/2010 yang sudah disampaikan kepada Termohon)

Bahwa berdasarkan pendapat ahli independen di atas jelas bahwa pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro yang dilaksanakan oleh Pemohon dan Turut Termohon I tidak termasuk dalam lingkup tender sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UU No.5/1999.

12.2. Bahwa hal tersebut juga diperkuat dengan pendapat dari ahli hukum persaingan usaha Prof. Erman Rajagukguk yang dalam pendapat tertulisnya menyatakan:

"2. Beauty contest pemilihan mitra tersebut tidak masuk dalam ruang lingkup Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat karena beauty contest pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk membangun suatu usaha, bukan mengenai pengadaan barang/jasa"

(vide Bukti: Pendapat Tertulis Prof. Erman Rajagukguk tanggal 28 Oktober 2010).

13. Bahwa pendapat dari ahli-ahli tersebut diatas, telah disampaikan kepada Termohon dalam proses pemeriksaan, namun sama sekali tidak dipertimbangkan oleh Termohon;

14. Bahwa berdasarkan uraian-uraian di atas jelas fakta-fakta menunjukkan bahwa pemilihan mitra dalam proyek Donggi-Senoro yang dilakukan Pemohon dan Turut Termohon I tidak termasuk



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

dalam kategori tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, sehingga sepatutnya Majelis Hakim Yang Mulia dapat membatalkan Putusan a quo tersebut atau setidaknya menyatakan Putusan a quo tidak memiliki kekuatan hukum dengan segala akibat hukumnya;

15. Bahwa Termohon dalam putusan a quo poin 3.5 (9) halaman 215 menyebutkan:

“(9) Bahwa model beauty contest dalam rangka memberikan hak konsesi terhadap industry dengan karakteristik monopoli alamiah digunakan oleh Terlapor I (PNA) dan Terlapor II (MEI) dalam rangka mencari mitra untuk memproduksi LNG;

(10) berdasarkan uraian tersebut, Komisi menilai bahwa beauty contest adalah salah satu bentuk tender, yang bertujuan untuk menciptakan competition for the market dan oleh karenanya tunduk pada ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.”

16. Bahwa pertimbangan Termohon pada butir 15 tersebut di atas sama sekali tidak benar. Bahwa tidak ada hak konsesi yang diberikan kepada mitra yang terpilih. Termohon juga tidak menjelaskan dalam Putusan a quo apa yang dimaksud oleh Termohon dengan hak konsesi;

Jika yang dimaksud oleh Termohon dengan hak konsesi adalah wilayah kerja minyak dan gas bumi (meskipun penggunaan istilah konsesi dalam hal ini sangat tidak tepat) maka sangat tidak relevan mengaitkan lelang wilayah kerja minyak dan gas bumi dengan proses pemilihan mitra yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I;

Berdasarkan Pasal 44 ayat 3 angka (1) UU No.22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (“UU No.22/2001”), lelang yang bertujuan untuk membagi wilayah kerja minyak dan gas bumi dilakukan oleh Pemerintah bukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I karena hal ini terkait dengan kewenangan dan kedudukan Pemerintah/Negara sebagai pemilik wilayah kerja;

Pasal 44 ayat 3 angka (1) UU No. 22/2001 mengatur sebagai berikut:

“Tugas Badan Pelaksana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah :

Hal. 11 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



- a. memberikan pertimbangan kepada Menteri atas kebijaksanaannya dalam hal penyiapan dan penawaran Wilayah Kerja serta Kontrak Kerja Sama”

Dalam pemilihan mitra, tidak ada wilayah kerja yang diperebutkan, yang ada hanyalah pemilihan mitra yang tanggung jawabnya sejajar dengan Pemohon dan Turut Termohon I terutama dalam pembiayaan proyek Dongi-Senoro;

Berdasar ketentuan Pasal 44 Ayat 3 angka (1) UU No. 22/2001, maka hak konsesi menjadi wewenang pemerintah dalam hal ini BP MIGAS, bukan wewenang Pemohon maupun Turut Termohon I. Oleh karena itu, sangat sulit dipahami darimana Termohon dapat berpendapat bahwa ada hak konsesi yang akan diberikan kepada mitra yang terpilih;

17. Bahwa Termohon dalam pertimbangan pada butir 3.5 (9) (10) halaman 215 menyebutkan terdapat monopoli alamiah dalam perkara a quo. Sangat sulit dipahami bagaimana Termohon dapat menyebutkan terdapat monopoli alamiah sedangkan mTermohon tidak mempertimbangkan dalam putusannya mengenai pasar bersangkutan (*relevant market*) terkait dengan perkara a quo. Jika Termohon mengatakan ada monopoli alamiah, seharusnya Termohon terlebih dahulu menjelaskan dalam pasar apa monopoli alamiah tersebut terjadi;
18. Bahwa salah satu unsur dari Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah “bersekongkol”. Dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 persekongkolan didefinisikan sebagai berikut:
“persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.”
19. Berdasarkan definisi tersebut di atas maka dalam pembuktian pemenuhan unsur Pasal 22 UU No. 5/1999, Termohon seharusnya mempertimbangkan terlebih dahulu “pasar bersangkutan” untuk perkara a quo;
20. Bahwa berdasarkan uraian di atas terlihat tidak adanya pertimbangan mengenai “pasar yang terkait dengan perkara a quo (pasar bersangkutan)” oleh Termohon dalam Putusan a quo. Akibatnya putusan Termohon menjadi kurang



pertimbangan (onvoldoende gemotiveerd) sehingga cacat secara hukum, oleh karena itu mohon kiranya Majelis Hakim Yang Mulia dapat membatalkan Putusan a quo tersebut atau setidaknya menyatakan Putusan a quo tidak memiliki kekuatan hukum dengan segala akibat hukumnya;

B. Termohon DALAM PUTUSAN A QUO TELAH MENGESAMPINGKAN FAKTA-FAKTA DAN LEBIH MENGGUNAKAN ASUMSI DALAM MEM-BUKTIKAN UNSUR PERSEKONGKOLAN SEBAGAIMANA DIMAKSUD DALAM PASAL 22 UU NO. 5/1999.

1. Bahwa dalam pertimbangan hukumnya butir 8.9 halaman 229, Termohon menilai hal-hal sebagai berikut:

“8.9.1 Bahwa perilaku diskriminatif berupa kesempatan diskusi dan presentasi yang hanya diberikan kepada MC serta penyampaian undangan yang berbeda merupakan bentuk pemberian kesempatan eksklusif oleh PNA dan MEI selaku penelenggara beauty contest terhadap MC;

8.9.2 Bahwa hasil penilaian yang berbeda, TOR yang mengambang dan permintaan binding proposal yang mengarah kepada MC merupakan bentuk tindakan PNA dan MEI yang menciptakan persaingan semu;

8.9.3 Bahwa pemberian kesempatan eksklusif serta persaingan semu tersebut merupakan bentuk-bentuk persekongkolan sebagaimana dimaksud dalam Pedoman Pasal 22.”

2. Bahwa Termohon telah keliru dalam memutus dan menyatakan Pemohon telah melakukan persekongkolan berdasarkan asumsi adanya pemberian kesempatan eksklusif (perilaku diskriminatif) serta persaingan semu, dengan penjelasan sebagai berikut:

a. Dugaan adanya Kesempatan Eksklusif Berupa Kesempatan Diskusi dan Presentasi kepada Turut Termohon III;

(i) Bahwa dalam pertimbangan hukumnya Termohon telah menuduh Pemohon telah melakukan perilaku diskriminasi terhadap peserta lainnya dengan adanya pertemuan eksklusif antara Pemohon dan Turut Termohon III, sebagai salah satu peserta beauty contest pada tanggal 7 Februari 2006, tanggal 23 Februari 2006, tanggal 24 Mei 2006, tanggal 16 Maret 2006, dan tanggal 4 September 2006 seperti yang disebutkan dalam pertimbangan hukum



Termohon dalam Putusan a quo butir 4.5 (1) halaman 218.

(ii) Bahwa tidak benar Pemohon memberikan kesempatan eksklusif kepada Turut Termohon III melalui pertemuan dan diskusi. Termohon telah mengesampingkan fakta yang disampaikan oleh Pemohon dalam proses pemeriksaan bahwa sejak ide monetisasi gas Area Matindok dan Blok Senoro dengan bisnis LNG skema hilir disampaikan secara terbuka, beberapa perusahaan yang bergerak di bidang LNG menyampaikan ketertarikannya terhadap proyek Donggi-Senoro kepada Pemohon. Beberapa perusahaan tersebut meminta waktu untuk dapat bertemu dengan Direksi Pemohon, dengan maksud menyampaikan ketertarikannya dalam proyek Donggi-Senoro. Perusahaan-perusahaan tersebut adalah:

- Mitsubishi Corporation
- Mitsui & Co. Ltd.
- LNG Japan Corporation
- Itochu Corporation
- Marubeni Corporation
- Toyota Tsusho Corporation
- PT LNG Energi Utama
- BG Asia Pacific Pte. Ltd.
- Japan Petroleum Exploration Co., Ltd
- PT Pacific Oil & Gas Indonesia

(iii) Bahwa Pemohon memberikan kesempatan yang sama kepada semua perusahaan yang tertarik dengan proyek untuk bertemu (courtesy call). Pemohon tidak pernah membatasi pertemuan tersebut hanya dengan satu perusahaan saja sehingga tidak pernah ada suatu kesempatan eksklusif kepada perusahaan tertentu (dalam hal ini Turut Termohon III);

(iv) Bahwa courtesy call merupakan hal yang wajar bahkan perlu dilakukan untuk melihat sejauh mana ketertarikan pelaku usaha terhadap proyek, terlebih lagi bisnis LNG merupakan industri dengan keistimewaan/ kekhususan dalam pengembangan bisnisnya;

Hal. 14 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



- (v) Bahwa keputusan untuk melaksanakan proses seleksi pemilihan calon mitra dilakukan pada tanggal 31 Agustus 2006 (Vide Bukti KPPU: B14 halaman 3 No.13). Undangan kepada calon mitra disampaikan pada tanggal 1 September 2006 (Vide Bukti Terlapor I: Surat No.063/ D2000/2006-S0; Surat No.064/D2000/2006-S0; Surat No.061/D2000/ 2006-S0; Surat No.065/ D2000/2006-S0; Surat No. 090/D2000/2006-S0; Surat No.059/D2000/2006-S0; Surat No. 062/D2000/2006-S0), **oleh karenanya pertemuan antara Pemohon dengan para calon mitra, termasuk dengan Turut Termohon III pada tanggal 7 Februari 2006, tanggal 23 Februari 2006, tanggal 24 Mei 2006, dan tanggal 16 Maret 2006 sangat tidak relevan jika dikaitkan dengan proses pemilihan mitra karena pertemuan tersebut dilakukan sebelum keputusan pelaksanaan proses seleksi pemilihan mitra;**
- (vi) Bahwa pada tanggal 4 September 2006 Direksi Pemohon tidak hanya bertemu dengan Turut Termohon III. Pada kesempatan yang sama Direksi Pemohon juga melakukan pertemuan/diskusi dengan beberapa perusahaan lain seperti, PT LNG-EU; BG Asia Pasific Ltd; Itochu Corp.; LNG Japan Corp.; Marubeni & Co. Ltd; Mitsui & Co. Ltd;
- (vii) Bahwa pertemuan pada tanggal 4 September 2006 antara Direksi Pemohon dengan beberapa perusahaan (tidak hanya dengan Turut Termohon III sebagaimana dituduhkan oleh Termohon) sama sekali tidak membicarakan mengenai proses pemilihan mitra dan syarat-syaratnya, **bahkan dalam pertemuan tersebut Tim Pengembangan Usaha Gas di Blok Matindok dan Senoro Tomori Sulawesi (Tim Pelaksana Pemilihan Mitra) sama sekali tidak hadir;**
- (viii) Bahwa kriteria pemilihan mitra ditentukan oleh tim yang dibentuk oleh Pemohon melalui SK Dirut No. Kpts-025/C00000/2006-S0, tanggal 14 Agustus 2006 tentang Susunan Anggota Tim Pengembangan Usaha Gas di Blok Matindok dan Senoro Tomori Sulawesi dan tim yang dibentuk oleh Turut Termohon I secara bersama-sama. **Tim tersebut di atas bertindak independen. Tidak ada**



pertemuan antara tim tersebut di atas dengan calon mitra selama proses penyusunan TOR. Hal ini juga diperkuat oleh pertimbangan Termohon dalam pertimbangan putusan a quo butir (3), halaman 218 yang menyatakan:

“Bahwa majelis sependapat dengan pembelaan PNA bahwa tidak pernah ada presentasi kepada tim evaluasi PNA pada tanggal 4 September 2006”

- (ix) Bahwa fakta Pemohon tidak hanya memberikan kesempatan bertemu (courtesy call) kepada Turut Termohon III, melainkan juga kepada perusahaan-perusahaan lain menunjukkan bahwa tidak ada perilaku diskriminatif yang dilakukan oleh Pemohon.

b. Dugaan Kesempatan Eksklusif Berupa Penyampaian Undangan Pemilihan Mitra yang Berbeda.

- (i) Bahwa dalam pertimbangan hukumnya Termohon telah menuduh Pemohon melakukan tindakan diskriminasi terhadap peserta pemilihan mitra lainnya dengan adanya perbedaan waktu penyampaian undangan kepada calon mitra, sehingga terdapat perbedaan peluang bagi **calon mitra untuk menyiapkan proposal**, seperti yang disebutkan dalam pertimbangan hukum Termohon dalam Putusan a quo butir 2, halaman 218:

“Bahwa terkait dengan perbedaan waktu pengiriman undangan majelis menilai, perbedaan waktu tersebut telah menciptakan kesempatan dan peluang yang berbeda di antara peserta beauty contest dalam menyiapkan dokumen,...”

- (ii) Bahwa pada tanggal 1 September 2006, Pemohon telah menyampaikan undangan kepada 7 (tujuh) perusahaan yang pernah menyatakan minatnya terhadap proyek Donggi Senoro kepada Pemohon. 7 (tujuh) perusahaan tersebut sebagai berikut:

- LNG EU
- LNG Japan
- Mitsubishi Corporation
- Toyota Tsusho



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- Itochu Corporation
- Marubeni Corporation
- Mitsui & Co. Ltd.

(iii) Bahwa setelah undangan tertanggal 1 September 2006 disampaikan, Pemohon menerima pernyataan minat dari perusahaan lain yang tertarik mengikuti seleksi pemilihan mitra proyek Donggi-Senoro, sehingga kemudian Pemohon menyampaikan undangan pada tanggal 13 September 2006 kepada 3 (tiga) perusahaan berikut:

- BG Asia Pasific
- JAPEX
- Pasific Oil & Gas Indonesia

(iv) **Bahwa diundangnya 3 (tiga) perusahaan tersebut di atas, bukan dalam rangka diskriminasi kepada ketiga perusahaan tersebut melainkan untuk memberikan kesempatan kepada mereka/ pelaku usaha yang tertarik proyek Donggi-Senoro untuk ikut serta dalam proses pemilihan mitra.**

(v) Bahwa ketiga perusahaan tersebut tidak menyatakan keberatan atas perbedaan tanggal pengiriman undangan **bahkan dalam TOR clarification meeting tanggal 19 September 2006 ketiga perusahaan tersebut tidak menyampaikan permintaan/ permohonan untuk tambahan waktu penyampaian proposal, meskipun kesempatan itu telah diberikan oleh Pemohon dan Turut Termohon I sebagaimana dimaksud dalam TOR clarification meeting.**

(vi) Bahwa perbedaan tanggal penyampaian undangan sama sekali tidak menguntungkan Turut Termohon III, karena undangan tanggal 1 September 2006 bukan hanya ditujukan kepada Turut Termohon III saja, melainkan terdapat 6 (enam) perusahaan lain yang menerima undangan tanggal 1 September 2006 yaitu:

- LNG EU
- LNG Japan
- Toyota Tsusho
- Itochu Corporation

Hal. 17 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



- Marubeni Corporation
- Mitsui & Co. Ltd.

(vii) **Bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas sangat tidak relevan jika perbedaan tanggal penyampaian undangan dianggap sebagai tindakan eksklusif terhadap Turut Termohon III. Pemohon telah memberikan kesempatan dan peluang yang sama kepada calon mitra yang tertarik pada proyek Donggi-Senoro.**

c. Dugaan Persaingan Semu Berupa Hasil Penilaian Yang Berbeda

(i) Bahwa dalam pertimbangan hukumnya Termohon telah menuduh Pemohon telah melakukan tindakan mengarahkan beauty contest untuk memenangkan Turut Termohon III dengan adanya perbedaan penilaian antara penilaian dari Pemohon dengan penilaian dari Turut Termohon I. Perbedaan tersebut dikaitkan juga dengan TOR beauty contest yang menurut Termohon mengambang, seperti yang disebutkan dalam pertimbangan hukum Termohon dalam Putusan a quo butir 1, halaman 222:

“Bahwa perbedaan penilaian antara tim evaluator PNA dan MEI menunjukkan belum adanya kesamaan antara tim evaluator PNA dan MEI dalam memberikan penilaian proposal para peserta beauty contest majelis menilai bahwa perbedaan tersebut telah merugikan peserta beauty contest”

(ii) Bahwa penilaian yang dilakukan oleh Pemohon dan Turut Termohon I dilakukan secara terpisah. Perbedaan pelaksanaan evaluasi/penilaian tersebut telah diinformasikan dalam TOR kepada calon mitra. Meskipun Pemohon dan Turut Termohon I melakukan penilaian masing-masing, namun **kriteria penilaian yang akan digunakan oleh Pemohon dan Turut Termohon I adalah sama, hal mana telah secara tegas dicantumkan dalam TOR pemilihan mitra dan TOR Clarification Meeting.**

(iii) Bahwa adanya perbedaan penilaian antara Pemohon dan Turut Termohon I pada tahap awal proses evaluasi tidak relevan untuk dijadikan dasar adanya penawaran semu,



berupa hasil penilaian yang berbeda, mengingat hasil penilaian akhir antara Pemohon dan Turut Termohon I adalah sama yaitu bahwa Turut Termohon III dan Mitsui Co. Ltd., keduanya dinyatakan sebagai calon mitra yang masuk dalam shortlisted partners.

d. Dugaan Persaingan Semu Berupa TOR yang Mengambang

- (i) Bahwa TOR pemilihan mitra tidak pernah dibuat mengambang. Kriteria penilaian dalam TOR pemilihan mitra telah dicantumkan secara jelas dan disampaikan secara terbuka kepada semua calon mitra (vide Bukti: Term of Reference), melalui TOR Clarification Meeting (vide Bukti: TOR Clarification Meeting tanggal 19 September 2006) sebagai berikut:

- **Calon mitra memiliki kualifikasi minimal BBB+ (S&P) Company;**
- **Calon mitra memiliki pengalaman bertaraf internasional dalam proyek LNG;**
- **Calon mitra dapat membentuk konsorsium, namun harus memberikan pernyataan jointly and severally liability.**

- (ii) Bahwa pencantuman kriteria tersebut di atas dalam proses pemilihan mitra dianggap sebagai suatu yang wajar dan merupakan best practice. Bahkan dalam buku yang ditulis oleh Maarten Jansen (2004), yang dijadikan dasar oleh Termohon, secara tegas disebutkan bahwa:

"In a standard weighted Beauty Contest, proposals are scored on different criteria, the scores on all these criteria are summed and the winner is the proposal with the highest score. Alternatively, one can think of a procedure in which on certain criteria a proposal has to get at least more than a minimum score to be considered acceptable"

Terjemahan:

"Dalam beauty contest pada umumnya proposal dinilai berdasarkan bermacam-macam kriteria, kriteria penilaian dari semua kriteria ini di cantumkan dan pemenang proposal adalah yang memiliki nilai tertinggi. **Alternatif lain, bahwa menjadi suatu keharusan, ada kriteria khusus**



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

dimana proposal harus memenuhi kriteria minimum, sebelum dianggap diterima”

- (iii) Bahwa dalam penilaian baik yang dilakukan oleh Pemohon maupun Turut Termohon I sangat jelas bahwa keduanya menggunakan kriteria yang sama, yang telah dicantumkan dalam general requirement dalam TOR pemilihan mitra sebagai dasar untuk menilai para calon mitra.

(vide Bukti: Term of Reference halaman 2 section General requirement)

“General Requirement

PERTAMINA encourage potential partners to submit proposal based on terms of reference on a competitive basis

- Potential Partner shall be BBB+minimum (S&P) rated company
- Potential Partner shall exposures of world class LNG project
- The Indonesian participation shall be maximized in the project especially during the EPC phase

Terjemahan:

“Persyaratan Utama

PERTAMINA mengajak mitra potensial untuk memasukan proposal berdasarkan term of reference dengan dasar kompetitif

- Mitra Potensial minimal harus memiliki rating perusahaan BBB+ (S&P)
- Mitra Potensial harus memiliki pengalaman di dalam Proyek LNG kelas dunia
- Partisipasi dari dalam Indonesia harus dimaksimalkan di dalam proyek khususnya pada fase EPC

- (iv) Bahwa sangat tidak tepat jika Termohon mengatakan bahwa TOR pemilihan mitra dibuat mengambang. TOR pemilihan mitra yang disusun oleh tim Pemohon dan Turut Termohon I adalah jelas dan dapat dipertanggungjawabkan;
- (v) Bahwa Pemohon dan Turut Termohon I melakukan penilaian berdasarkan kriteria yang telah ditetapkan dalam TOR. Termasuk keputusan Pemohon untuk mengeliminasi

Hal. 20 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar semata-mata **karena konsorsium tersebut tidak mencantumkan pernyataan atau dokumen lainnya yang menunjukkan bahwa mereka bertanggung jawab secara tanggung renteng (jointly severally liable)**. Persyaratan agar konsorsium mencantumkan pernyataan atau dokumen lainnya yang menunjukkan bahwa mereka bertanggung jawab secara tanggung renteng (jointly severally liable) jelas-jelas merupakan kriteria yang ada dalam TOR sebagaimana kami jelaskan pada butir d (i) di atas;

(vi) Bahwa tidak benar konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar dieliminasi karena Direksi melarang adanya peserta yang melibatkan Osaka Gas karena merupakan western buyer. Osaka Gas tidak masuk dalam shortlisted partners semata-mata karena konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar tidak mencantumkan pernyataan atau dokumen lainnya yang menunjukkan bahwa mereka bertanggung jawab secara tanggung renteng (jointly severally liable) sebagaimana disyaratkan dalam TOR;

(vii) Bahwa tidak masuknya konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar dalam shortlisted partners merupakan hasil penilaian Tim Evaluator Donggi Senoro Pemohon yang selanjutnya disampaikan kepada Direksi. Oleh karenanya sangat tidak beralasan jika Termohon mendalilkan bahwa seolah-olah tidak masuknya LNGEU/Osaka Gas/Golar karena keputusan Direksi yang didasarkan pada alasan non ekonomi yang tidak terdapat dalam TOR;

e. Dugaan Persaingan Semu berupa Permintaan dalam TOR yang mengarah kepada Turut Termohon III

(i) Bahwa sangat tidak dapat dimengerti mengapa Termohon menjadikan argumen “permintaan binding proposal yang mengarah kepada MC merupakan bentuk tindakan PNA dan MEI yang menciptakan persaingan semu” (Putusan KPPU, butir 8.9.2 halaman 229);

(ii) Bahwa Tim Evaluator Donggi Senoro Pemohon sesuai dengan TOR bertugas menyampaikan kepada Direksi calon



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

mitra yang dinilai layak. Pemohon dan Turut Termohon I berdasarkan penilaiannya telah mengusulkan Mitsubishi Corporation (Turut Termohon III) dan Mitsui & Co sebagai calon mitra. Selanjutnya tentunya proses pemilihan mitra dilanjutkan dengan memilih mitra yang terbaik diantara calon mitra yang masuk pada shortlisted partners;

(iii) Bahwa untuk melindungi kepentingan Pemerintah, Pemohon dan Turut Termohon I maka Direksi memutuskan untuk meminta penawaran yang mengikat kepada para calon mitra yang masuk dalam shortlisted partners;

(iv) Penawaran yang mengikat (partner to accept) memuat kriteria-kriteria yang sangat penting untuk melindungi kepentingan Pemerintah, Pemohon dan Turut Termohon I, dan menunjukkan seberapa besar calon mitra bersedia menanggung risiko dalam investasi. Karena pentingnya kriteria-kriteria ini maka tidak dibuka kesempatan kepada calon mitra yang masuk dalam shortlisted partners untuk menegosiasikannya. Hal ini berlaku untuk semua calon mitra yang masuk shortlisted partners (fair treatment);

(v) Kriteria-kriteria yang mengikat tersebut (partner to accept) meliputi:

1. kesediaan calon mitra untuk tidak menerima porsi di upstream;
2. tidak ada penjaminan atas kepentingan di upstream;
3. kesediaan untuk membagi partisipasi di downstream dengan Pemohon dan Turut Termohon I;
4. mekanisme pengambilan saham di downstream oleh Pemohon dan Turut Termohon I;
5. kesediaan untuk memasarkan produk LNG bersama-sama dengan Pemohon dan Turut Termohon I;
6. kesediaan untuk mengambil LNG dalam hal LNG tidak terjual (stand by offtaker);
7. completion guarantee (jaminan menanggung liability dalam hal proyek terlambat).

(vi) Dari kriteria-kriteria tersebut di atas, tidak ada satupun kriteria yang mengarah kepada Turut Termohon III. Bahkan Termohon dalam putusannya tidak menyebutkan yang

Hal. 22 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



mana dari ketujuh kriteria tersebut yang dianggap mengarah kepada Turut Termohon III. Kesimpulan Termohon semata-mata didasarkan pada asumsi dan kesimpulan yang salah;

(vii) Berdasarkan uraian di atas maka sangat tidak masuk akal jika persyaratan penawaran yang mengikat mengarah kepada Turut Termohon III.

3. Bahwa dengan demikian berdasarkan fakta-fakta tersebut di atas, tidak ada pemberian kesempatan eksklusif dan persaingan semu yang dilakukan oleh Pemohon, sehingga dengan sendirinya pertimbangan hukum Termohon dalam Putusan a quo menjadi gugur dengan sendirinya, oleh karena itu mohon kiranya Majelis Hakim Yang Mulia dapat membatalkan Putusan a quo tersebut atau setidaknya menyatakan Putusan a quo tidak memiliki kekuatan hukum dengan segala akibat hukumnya.

DALAM PROVISI:

1. Ketentuan dalam Pasal 6, Perma No. 3/2005 menyatakan:
 - (1) "Dalam hal majelis hakim berpendapat perlu pemeriksaan lanjutan, maka melalui putusan sela memerintah kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan;
 - (2) Perintah sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) memuat hal-hal yang harus diperiksa dengan alasan-alasan yang jelas dan jangka waktu pemeriksaan tambahan yang diperlukan;
 - (3) Dalam hal perkara dikembalikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) sisa waktu pemeriksaan keberatan ditangguhkan;
 - (4) Dengan memperhitungkan sisa waktu sebagaimana dimaksud dalam ayat (3), sidang lanjutan pemeriksaan keberatan sudah dimulai selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari setelah KPPU menyerahkan berkas pemeriksaan tambahan;
2. Bahwa Pemohon telah memasukan pendapat tertulis dari Prof. Erman Rajagukguk yang merupakan ahli hukum persaingan usaha, dan merupakan pelaku sejarah yang turut menyusun UU No.5/1999, yang sudah jelas pasti mengetahui esensi substansial dari UU No.5/1999 terutama pada ketentuan unsur-unsur Pasal 22 UU No.5/1999. Namun Prof. Erman Rajagukguk belum sempat dihadirkan dan didengar langsung keterangannya oleh Termohon di



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

dalam proses pemeriksaan karena keterbatasan waktu dari pemeriksaan;

3. Berdasarkan uraian di atas maka sesuai dengan ketentuan Pasal 6, Perma No.3/2005 maka mohon kiranya Majelis Hakim yang Mulia menengguhkan pemeriksaan keberatan ini dan memerintahkan kepada Termohon untuk melakukan Pemeriksaan Tambahan terhadap saksi ahli hukum persaingan usaha Prof. Erman Rajagukguk guna memberikan pemahaman yang jelas mengenai UU No. 5/1999 pada umumnya dan Pasal 22 pada khususnya;

Bahwa Pemohon sependapat dengan Termohon sebagaimana dimaksud dalam Putusan a quo butir 30.2.6. bahwa tidak ada pelanggaran Pasal 23 UU No.5/1999 yang dilakukan oleh Pemohon. Pemohon tetap dalam posisi bahwa tidak ada persekongkolan dalam mendapatkan informasi rahasia milik LNGI sebagaimana Pemohon sampaikan dalam pembelaan Pemohon pada saat pemeriksaan lanjutan di KPPU dan sebagaimana tercantum dalam Putusan a quo halaman 62 s/d 72 Butir 30.2.6.7.

Berdasarkan seluruh uraian di atas, Pemohon dengan ini memohon kepada Majelis Hakim Yang Mulia yang mengadili perkara ini untuk berkenan memutus perkara a quo dengan amar putusan sebagai berikut:

DALAM PROVISI:

1. Menengguhkan pemeriksaan permohonan keberatan hingga selesainya pemeriksaan tambahan oleh Termohon (KPPU);
2. Memerintahkan Termohon untuk melakukan pemeriksaan tambahan dalam Perkara No. 35KPPU-I/2010, berupa Pemeriksaan Tambahan terhadap saksi ahli hukum persaingan usaha Prof. Erman Rajagukguk guna memberikan pemahaman yang jelas mengenai UU No.5/1999 pada umumnya dan Pasal 22 pada khususnya.

DALAM POKOK PERKARA:

1. Menerima dan mengabulkan Permohonan Keberatan dari Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pemohon adalah Pemohon Keberatan yang beritikad baik dan benar;
3. Menyatakan Termohon telah salah menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999;

Hal. 24 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



4. Menyatakan Pemohon tidak terbukti melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam pemilihan mitra yang dilakukan dalam Proyek Donggi Senoro;
5. Menyatakan Putusan Termohon No. 35/KPPU-I/2010 tanggal 5 Januari 2011 batal demi hukum atau setidaknya menyatakan tidak mengikat dengan segala akibat hukumnya;
6. Menghukum Termohon untuk membayar seluruh biaya perkara yang timbul;
- Apabila Majelis Hakim Yang Mulia berpendapat lain, kami mohon putusan yang seadil-adilnya (ex aequo et bono);

II. PERMOHONAN Pemohon KEBERATAN I: (MITSUBISHI CORPORATION)

Menimbang, bahwa Pemohon Keberatan I/Semula Terlapor IV, telah mengajukan permohonan Keberatan tanggal 26 Januari 2011 dengan dalil-dalil sebagai berikut:

1. PERSYARATAN FORMAL PENGAJUAN KEBERATAN

- 1.1. Putusan KPPU telah dibacakan pada tanggal 5 Januari 2011 dan telah disampaikan kepada Pemohon pada tanggal 12 Januari 2011, sebagaimana tertuang dalam Berita Acara Penyerahan Putusan KPPU.
- 1.2. Pasal 44 (2) UU No.5/1999 menetapkan bahwa:
"Pelaku usaha [yakni Pemohon dan pihak Terlapor lainnya] dapat mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut (Putusan KPPU)."
- 1.3. Selanjutnya, berdasarkan Pasal 4 (1) jo. Pasal 1 (4) of Peraturan Mahkamah Agung No. 3 tahun 2005 ("**PERMA No. 3/2005**"), jangka waktu untuk mengajukan Keberatan adalah 14 hari kerja setelah Putusan KPPU diterima oleh Pemohon. Pasal 4 (1) menetapkan sebagai berikut:
"Keberatan diajukan dalam tenggang waktu 14 (empat belas) hari terhitung sejak Pelaku Usaha menerima pemberitahuan putusan KPPU dan atau diumumkan melalui website KPPU."
Berdasarkan Pasal 1 (4) PERMA No. 3/2005, kata "hari" didefinisikan sebagai "hari kerja".
- 1.4. Berdasarkan ketentuan tersebut di atas, Keberatan harus diajukan



kepada pengadilan negeri yang berwenang dalam jangka waktu 14 hari kerja sejak tanggal 12 Januari 2011 (tanggal Pemohon secara formal menerima Putusan KPPU), yaitu tanggal **1 Februari 2011**.

- 1.5. Keberatan Pemohon diajukan pada tanggal **26 Januari 2011**. Oleh karena itu, permohonan atas Keberatan diajukan dalam jangka waktu yang sebagaimana ditentukan sejak putusan dijatuhkan, sehingga persyaratan formil pengajuan Keberatan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah terpenuhi.

2. DASAR HUKUM PENGAJUAN KEBERATAN KE PENGADILAN NEGERI JAKARTA PUSAT.

- 2.1. Berdasarkan Pasal 2 (1) PERMA 3/2005, keberatan harus diajukan ke Pengadilan Negeri ditempat kedudukan hukum Pemohon. Pasal 2 (1) of PERMA No. 3/2005, menyatakan sebagai berikut:
"Keberatan terhadap Putusan KPPU hanya diajukan oleh Pelaku Usaha Terlapor kepada Pengadilan Negeri ditempat kedudukan hukum usaha Pelaku Usaha Tersebut."
- 2.2. Pemohon adalah badan usaha Jepang yang berdomisili asal di Tokyo, dimana kehadiran perusahaan tersebut di Indonesia hanya sebatas dengan mendirikan kantor perwakilan (*representative office*);
- 2.3. Bahwa UU No.5 /1999 dan PERMA No. 3/2005, tidak mengatur sehubungan dengan permohonan Keberatan yang diajukan oleh pihak seperti Pemohon, dimana berdomisili asal di luar Indonesia. Akan tetapi, Pasal 8 PERMA No.3/2005 menetapkan bahwa:
"Kecuali ditentukan lain dalam Peraturan Mahkamah Agung (PERMA No.3/2005) ini, Hukum Acara Perdata yang berlaku diterapkan pula terhadap Pengadilan Negeri."
- 2.4. Berdasarkan Pasal 8 di atas dan tidak adanya pengaturan yang sesuai dengan UU No.5/1999, kami merujuk kepada ketentuan dalam Pasal 118 Het Herziene Indonesisch Reglement ("**HIR**") yang menyatakan bahwa tuntutan perdata dapat diajukan ke Pengadilan Negeri di daerah hukum tempat kedudukan Termohon. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat memiliki yurisdiksi yang mencakup tempat kedudukan KPPU, selaku Termohon dalam perkara ini;
- 2.5. Dengan demikian pengajuan Keberatan ke Pengadilan Negeri



Jakarta Pusat telah sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

3. DRAMATIS PERSONAE

Pemohon telah mencantumkan di bawah ini identitas para pihak yang terkait dengan proses Keberatan untuk mempermudah pihak Pengadilan.

| Nama | Singkatan | Peran |
|------------------------------|-------------------------|--|
| Mitsubishi Corporation | Mitsubishi atau Pemohon | Dalam hal ini bertindak selaku Pemohon dan merupakan pihak Terlapor IV dalam Putusan KPPU. Pemohon adalah sebuah perusahaan dagang (trading company) yang dipilih oleh Pertamina dan Medco untuk menjadi mitra mereka dalam perusahaan patungan hilir (<i>joint venture downstream company</i>) terkait dengan Proyek Donggi Senoro. |
| PT Pertamina (Persero) | Pertamina | Dalam hal ini bertindak selaku Turut Termohon I dan merupakan pihak Terlapor I dalam Putusan KPPU. Pertamina merupakan operator lapangan gas Matindok, yang merupakan salah satu dari dua lapangan gas yang merupakan bagian dari Proyek. Pertamina adalah <i>joint operator</i> dari lapangan gas Senoro, suatu lapangan gas yang merupakan bagian dari Proyek tersebut, bersama-sama dengan Turut Termohon III. |
| PT Medco Energi Indonesia | Medco | Dalam hal ini bertindak selaku Turut Termohon II dan merupakan pihak Terlapor II dalam Putusan KPPU. Medco merupakan induk perusahaan dari Turut Termohon III. Medco dalam dokumen ini merujuk baik kepada Medco maupun Turut Termohon III. |
| PT Medco E&P Tomori Sulawesi | Medco | Dalam hal ini bertindak selaku Turut Termohon III dan merupakan pihak Terlapor III dalam Putusan KPPU. |
| LNG Limited | LNGL atau LNG/IEU | Merupakan perusahaan teknologi LNG dari Australia yang merupakan induk perusahaan dari LNG International Pty Ltd. LNG/IEU dalam dokumen ini merujuk kepada semua grup perusahaan LNG Limited, termasuk LNG International Pty Ltd dan PT LNG Energi Utama. |
| LNG International Pty Ltd | LNGL atau LNG/IEU | Merupakan anak perusahaan LNG Limited yang menandatangani Perjanjian Eksklusifitas pada tanggal 31 Mei 2005 dengan Pertamina dan Medco sehubungan dengan Blok Senoro, yang ketika itu merupakan Proyek LNG Padang. Perjanjian Eksklusifitas (<i>Exclusivity Agreement</i>) ini berakhir pada bulan September 2005 dan tidak diperpanjang karena LNG/IEU tidak dapat memenuhi syarat tangguh (<i>conditions precedent</i>) yang telah ditentukan. |
| PT LNG Energi Utama | LNGL atau LNG/IEU | Merupakan perusahaan hasil kerja sama antara LNG International Pty Ltd dan PT Maleo Energi Utama berdasarkan salah satu dari syarat tangguh dalam Perjanjian Eksklusifitas. |
| Ibu Susanti Adi Nugroho | Ibu Nugroho | Ahli Hukum yang dilibatkan oleh Mitsubishi untuk memberikan keterangan saksi ahli (<i>affidavit</i>) kepada KPPU pada 11 November 2011 (" Afidavit Nugroho "). |

Hal. 27 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



| Nama | Singkatan | Peran |
|--------------------------------|------------|--|
| James Ball dari Gas Strategies | James Ball | Ahli Industri LNG yang dilibatkan oleh Mitsubishi untuk memberikan keterangan saksi ahli (<i>affidavit</i>) kepada KPPU yang diajukan pada tanggal 11 November 2011 (" Afidavit Ball 1 ") dan pada tanggal 27 Desember 2011 (" Afidavit Ball 2 "). Mr. Ball merupakan ahli industri independen dan bukti yang diberikan olehnya tidak terbantahkan. |

4. KEPUTUSAN Termohon SEBAGAIMANA TERLAMPIR DALAM PUTUSAN KPPU

4.1 Bahwa keputusan tersebut berbunyi demikian :

"MEMUTUSKAN"

1. Menyatakan bahwa Terlapor I, PT Pertamina (Persero), Terlapor II PT.Medco Energi Internasional, Tbk dan Terlapor IV Mitsubishi Corporation terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar pasal 22 UU No.5 tahun 1999;
2. Menyatakan bahwa Terlapor II, PT Medco Energi Internasional, Tbk, Terlapor III, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Terlapor IV, Mitsubishi Corporation terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 23 UU No.5/1999;
3. Menghukum Terlapor I PT.Pertamina (Persero) membayar denda sebesar Rp10.000.000.000,- (sepuluh milyar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui Bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
4. Menghukum Terlapor II PT Medco Energi Internasional, Tbk membayar denda sebesar Rp5.000.000.000,- (lima milyar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui Bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
5. Menghukum Terlapor III PT Medco E&P Tomori Sulawesi membayar denda sebesar Rp1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan

Hal. 28 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);

6. Menghukum Terlapor IV, Mitsubishi Corporation membayar denda sebesar Rp. 15.000.000.000,- (lima belas milyar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan usaha melalui bank pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha)”

5. IKHTISAR KESIMPULAN DALAM PUTUSAN KPPU

5.1 Dalam mendukung Pernyataan I (tentang Pasal 22 UU No.5/99), Termohon membuat kesimpulan sebagai berikut :

- 5.1.1 Beauty Contest yang diadakan oleh Pertamina dan Medco memiliki tujuan menciptakan "competition for the market" ("persaingan untuk pasar") dan dengan demikian merupakan suatu bentuk "tender" dalam arti yang dimaksudkan dalam Pasal 22 (**Putusan KPPU, halaman 215**);
- 5.1.2 *Beauty Contest* dilakukan dengan cara yang diskriminatif karena tidak semua peserta *Beauty Contest* diberikan kesempatan yang sama dengan Pemohon yang dapat memberikan presentasi kepada Pertamina dan Medco pada tanggal 7, 23, dan 24 Februari, 16 Maret dan 4 September 2006 dan membahas hal-hal terkait dengan Proyek Donggi Senoro sebelum dan selama *Beauty Contest* berlangsung. (**Putusan KPPU, halaman 218-219**);
- 5.1.3. Beberapa faktor tertentu menunjukkan bahwa *Beauty contest* dilaksanakan untuk memenangkan Pemohon, yaitu fakta bahwa *Term of Reference* yang digunakan dalam *Beauty Contest* dibuat mengambang, bahwa terdapat perbedaan sistem penilaian yang digunakan oleh Pertamina dan Medco, dan bahwa permintaan atas proposal yang mengikat (*binding proposal*) dibuat setelah pemberian pertanyaan tambahan kepada Mitsui dan Pemohon (**Putusan KPPU, halaman 222-223**);
- 5.1.4 Bahwa terdapat indikator-indikator atau bentuk-bentuk persekongkolan sesuai dengan pedoman Pasal 22, antara

Hal. 29 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Pemohon, Pertamina, Medco, karena adanya kesempatan eksklusif dan penciptaan persaingan semu demi keuntungan Pemohon. (**Putusan KPPU, halaman 229-230**);

5.1.5. Bahwa tindakan diskriminatif yang mengarah pada dinyatakan Pemohon sebagai pemenang dalam *Beauty Contest* merupakan tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. (**Putusan KPPU, halaman 237**).

5.2 Dalam mendukung Pernyataan 2 (tentang Pasal 23), Termohon membuat kesimpulan sebagai berikut:

5.2.1. Permintaan Pemohon atas informasi tentang data hulu dan hilir kepada Pertamina dan Medco menyebabkan Medco memfasilitasi peninjauan oleh Pemohon atas informasi yang terkait dengan pekerjaan awal LNGI (**Putusan KPPU, halaman 233**).

5.2.2. Pemohon menggunakan informasi hasil *due diligence* dalam mempersiapkan proposalnya (**Putusan KPPU, halaman 234**) dimana informasi tersebut masuk dalam definisi rahasia dagang dengan merujuk pada definisi yang ditemukan dalam UU No.30/2000 (**Putusan KPPU, halaman 234**).

5.2.3. Terdapat indikator-indikator atau bentuk-bentuk persekongkolan antara Medco dan Pemohon karena Medco memfasilitasi Mitsubishi dalam meninjau data milik LNGI dan data tersebut digunakan oleh Pemohon untuk tujuan bisnisnya sendiri dan demi kepentingannya sendiri. (**Putusan KPPU, halaman 234, 238-239**).

5.2.4. Pemohon membuat proposalnya berdasarkan hasil *due diligence* tersebut, dimana merupakan tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat (**Putusan KPPU, halaman 239-240**).

5.3. Dalam mendukung Pernyataan 6 (tentang sanksi Pemohon), Termohon membuat kesimpulan sebagai berikut:



5.3.1. Termohon menyimpulkan bahwa Pemohon merupakan pihak yang berinisiatif meminta informasi terkait dengan aspek hulu dan hilir dari Proyek Donggi Senoro yang menimbulkan keputusan untuk melakukan *due diligence*;

5.3.2. Hal tersebut merupakan hal yang memberatkan bagi Pemohon

5.4. Pemohon menolak dengan tegas setiap dan seluruh kesimpulan dan dalil dari Termohon, kecuali dinyatakan sebaliknya. Pemohon dengan ini meminta dokumen-dokumen yang telah diajukan oleh Pemohon kepada Termohon dalam proses pemeriksaan, yaitu:

5.4.1. Tanggapan Tertulis Pertama Pemohon tertanggal serta disampaikan kepada Termohon pada 16 November 2010; dan

5.4.2. Tanggapan Tertulis Kedua Pemohon tertanggal serta disampaikan kepada Termohon pada 27 Desember 2010, harus dipertimbangkan sebagai bagian dari Keberatan ini.

6. IKHTISAR KEBERATAN PEMOHON

6.1. Keberatan Prosedural terhadap Putusan KPPU

6.1.1 Termohon melakukan proses penyidikan dengan tidak mematuhi *due process of law* karena lalai memberikan kepada Pemohon semua dokumen yang telah ditinjau dalam proses penyidikan dan lalai memberikan kesempatan yang sama bagi Pemohon untuk didengar. Putusan KPPU tersebut dengan demikian telah cacat hukum dan harus dibatalkan.

6.1.2 Selanjutnya, Termohon hanya mengandalkan asumsi semata tanpa bukti pendukung dalam membuat kesimpulan dalam Putusan KPPU. Oleh karena itu, Putusan KPPU harus dibatalkan.

6.2. Keberatan Substantif terhadap kesimpulan yang dibuat dalam Putusan KPPU

Sehubungan dengan ditemukannya pelanggaran atas Pasal 22:

6.2.1 Termohon telah gagal dalam membuktikan semua aspek substantif dalam Pasal 22. Antara lain, Termohon tidak berhasil membuktikan bahwa (i) *Beauty Contest* merupakan suatu “tender”, (ii) bahwa terdapat persekongkolan dalam menyatakan Pemohon sebagai pemenang dari *Beauty Contest* dan (iii) terdapat



persaingan usaha tidak sehat. Setiap kesimpulan Termohon akan dibahas secara ringkas di bawah ini.

Kesimpulan KPPU:

Beauty Contest yang diadakan oleh Pertamina dan Medco memiliki tujuan menciptakan "*persaingan untuk pasar*" dan dengan demikian merupakan suatu bentuk "*tender*" dalam arti yang dimaksudkan dalam Pasal 22 (**Putusan KPPU, halaman 215**).

6.2.2. *Beauty Contest* bukanlah merupakan "*tender*" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No.5/1999, karena *Beauty Contest* tidak diadakan untuk pengadaan barang atau jasa dengan imbalan pembayaran uang, sebagaimana didefinisikan dalam UU No.5/1999.

- Sebaliknya, *Beauty Contest* diadakan untuk memilih mitra kerja (*partner*) yang paling sesuai untuk Pertamina dan Medco.
- Tidak ada harga atau uang yang dipertukarkan pada akhirnya; tidak ada jasa atau barang yang diberikan. Kesimpulan Termohon yang menyatakan bahwa kegiatan *Beauty Contest* merupakan "*tender*" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 adalah keliru dan berada di luar ruang lingkup UU No.5/1999.
- *Beauty Contest* tidak "*menciptakan persaingan untuk pasar*" (*competition for the market*); melainkan hanya menyediakan kesempatan bagi Pertamina dan Medco untuk memilih mitra kerja (*partner*) yang mereka inginkan.

Beauty Contest dilakukan dengan cara yang diskriminatif karena tidak semua peserta *Beauty Contest* diberikan kesempatan yang sama halnya dengan Pemohon yang dapat memberikan presentasi kepada Pertamina dan Medco pada tanggal 7, 23, dan 24 Februari, 16 Maret dan 4 September 2006 dan membahas hal-hal terkait dengan Proyek Donggi Senoro ("**Proyek**") sebelum dan selama *Beauty Contest* berlangsung. (**Putusan KPPU, halaman 218-219**)

6.2.3. Bahwa Pemohon pada kenyataannya tidak diberikan kesempatan yang lebih baik daripada pihak lainnya. Hubungan yang dilakukan antara Pemohon di satu pihak dan Pertamina serta Medco di pihak lainnya sebelum diadakannya *Beauty Contest*, dilaksanakan secara non-eksklusif dan tidak ada hubungannya dengan *Beauty Contest*.

Hal. 32 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



- o Bahwa terdapat pihak lain yang berpartisipasi dalam *Beauty Contest*, seperti LNGI/EU, Mitsui dan Itochu yang juga berhubungan dengan Pertamina dan Medco dalam rentang waktu yang sama.
- o Oleh karena itu, tidak ada perlakuan diskriminatif yang menguntungkan Pemohon.

Beberapa faktor tertentu menunjukkan bahwa *Beauty Contest* dilaksanakan untuk memenangkan Pemohon, yaitu fakta bahwa *Term of Reference* yang digunakan dalam *Beauty Contest* dibuat mengambang, bahwa terdapat perbedaan sistem penilaian yang digunakan oleh Pertamina dan Medco, dan bahwa permintaan atas proposal yang mengikat (*binding proposal*) dibuat setelah pemberian pertanyaan tambahan kepada Mitsui dan Pemohon (**Putusan KPPU, halaman 222-223**).

- 6.2.4. Bahwa bukti paling kuat yang menunjukkan bahwa *Beauty Contest* tidaklah bertujuan untuk kepentingan pemilihan Pemohon adalah bahwa Pertamina dan Medco tidak mempunyai kewajiban untuk mengadakan proses seleksi formal apa pun sejak awal. Mereka dapat secara langsung menunjuk perusahaan manapun tanpa mengadakan *Beauty Contest*. Oleh karena itu, konklusi logisnya adalah bahwa *Beauty Contest* diselenggarakan dalam rangka mencari mitra yang paling tepat dan sama sekali tidak bertujuan untuk memenangkan Pemohon.
- 6.2.5. Begitu pula halnya dengan *Term of Reference*, Pemohon telah memberikan bukti berupa kesaksian ahli industri yang tak terbantahkan yang menegaskan bahwa *Term of Reference* tersebut cukup jelas. Sama sekali tidak ada dasar untuk dapat menyimpulkan bahwa apabila *Term of Reference* tidak jelas (yang memang sudah jelas), maka hal tersebut menguntungkan hanya bagi Pemohon saja.
- 6.2.6. Terkait dengan sistem penilaian yang berbeda, hal tersebut bukanlah bukti adanya persekongkolan, tetapi mencerminkan kebebasan kedua perusahaan dan perbedaan tingkat pengalaman mereka. Tidak ada yang dirugikan oleh sistem penilaian yang berbeda karena hal itu diterapkan pada semua proposal secara merata.
- 6.2.7. Terkait permintaan proposal yang mengikat, Pemohon telah mengajukan bukti kesaksian ahli yang tak



terbantahkan, yang menegaskan bahwa persyaratan tersebut adalah hal yang wajar dalam praktik industri dan merupakan hal yang wajar bagi pemilik proyek untuk memberikan persyaratan tambahan selama proses seleksi berlangsung.

Terdapat indikator-indikator atau bentuk-bentuk persekongkolan sesuai dengan pedoman Pasal 22, antara Pemohon, Pertamina, Medco, karena adanya kesempatan eksklusif dan penciptaan persaingan semu demi keuntungan Pemohon. (**Putusan KPPU, halaman 229-230**).

6.2.8 Termohon tidak mengidentifikasi bukti apa pun untuk mendukung kesimpulannya bahwa ada persekongkolan. Sebaliknya, **bukti yang ada pada Termohon menunjukkan bahwa tidak ada persekongkolan**. Seperti dijelaskan sebelumnya, tidak ada kesempatan eksklusif yang diberikan kepada Pemohon. Juga tidak ada persaingan semu diciptakan untuk Pemohon. Penentuan pemenang tender ini adalah proses yang sungguh-sungguh digelar untuk mencari mitra terbaik untuk Pertamina dan Medco.

Tindakan diskriminatif yang mengarah pada dinyatakan Pemohon sebagai pemenang dalam *Beauty Contest* merupakan tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. (**Putusan KPPU, halaman 237**).

6.2.9. Seperti dijelaskan sebelumnya, tidak ada perilaku diskriminatif yang menyebabkan Pemohon dinyatakan sebagai pemenang. Oleh karena itu, tidak ada perilaku tidak jujur atau melanggar hukum yang terjadi di sini yang mengarah pada kesimpulan bahwa ada persaingan usaha tidak sehat dengan mengacu pada *rule of reason*. Sebaliknya, tidak ada persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan oleh hasil *Beauty Contest*. Terpilihnya Pemohon mencerminkan hasil terbaik yang mungkin dicapai bagi Pertamina dan Medco sebagaimana ditegaskan oleh bukti yang tidak terbantahkan dari ahli industri Mr. James Ball.

Sehubungan dengan penemuan bahwa telah terjadi pelanggaran Pasal 23:



6.2.10. Termohon telah gagal membuktikan semua elemen substantif Pasal 23. Diantaranya, Termohon tidak dapat membuktikan bahwa: (i) LNGI/EU merupakan pesaing Pemohon, (ii) bahwa ada persekongkolan untuk mendapatkan kerahasiaan informasi LNGI/EU (iii) Pemohon menggunakan informasi milik LNGI/EU ini di dalam proposal dan (iv) terdapat persaingan usaha tidak sehat.

Kesimpulan KPPU:

Permintaan Pemohon atas informasi tentang data hulu dan hilir kepada Pertamina dan Medco menyebabkan Medco memfasilitasi peninjauan oleh Pemohon atas informasi yang terkait dengan pekerjaan awal LNGI (**Putusan KPPU, halaman 233**)

6.2.11. Tidak ada hubungan langsung antara permintaan Pemohon atas informasi, dimana hal tersebut merupakan praktek industri yang normal, dan permintaan tersebut bahkan dibuat sebelum pihaknya menyadari keterlibatan LNGI dalam Blok Senoro dan permintaan Medco kepada Pemohon untuk meninjau pekerjaan awal LNGI.

Pemohon menggunakan informasi hasil *due diligence* dalam mempersiapkan proposalnya (**Putusan KPPU, halaman 234**) dimana informasi tersebut masuk dalam definisi rahasia dagang dengan merujuk pada definisi yang ditemukan dalam UU No.30/2000 (**Putusan KPPU, halaman 234**)

6.2.12. Pemohon tidak menggunakan informasi yang diperoleh dari *due diligence*. Hal ini dibuktikan dengan, antara lain, fakta bahwa semua proposal yang dibuat sebelum dan selama *Beauty Contest* didasarkan pada proposal awal tertanggal 7 Februari 2006, yang dilakukan sebelum pelaksanaan *due diligence*. Hal ini menunjukkan bahwa Pemohon tidak menggunakan informasi rahasia LNGI/UE.

6.2.13. Pemohon dalam hal apa pun tidak mungkin menggunakan informasi tersebut karena tinjauan terhadap *Term of Reference* akan menunjukkan bahwa kriteria yang digunakan dalam *Beauty Contest* jelas-jelas berbeda dari jenis dan lingkup pekerjaan yang dilakukan oleh LNGI/UE. Informasi rahasia LNGI/EU tersebut tidak dapat digunakan dalam *Beauty Contest*. *Term of Reference* lebih terkait pada informasi komersial sehubungan calon mitra untuk



tujuan melaksanakan operasi hilir dari Proyek Donggi Senoro sementara pekerjaan awal LNGI/EU lebih terkait pada teknologi dan pembelian gas, yang mana hal tersebut tidak relevan dengan *Beauty Contest*.

Terdapat indikator-indikator atau bentuk-bentuk persekongkolan antara Medco dan Pemohon karena Medco memfasilitasi Mitsubishi dalam meninjau data milik LNGI dan data tersebut digunakan oleh Pemohon untuk tujuan bisnisnya sendiri dan demi kepentingannya sendiri. (**Putusan KPPU, halaman 234, 238-239**)

6.2.14 Pertama-tama, tidak ada persekongkolan untuk memperoleh informasi rahasia dari pesaing karena LNGI/EU bukanlah pesaing Pemohon. LNGI/EU bukan pesaing dari Pemohon karena memiliki peran yang berbeda di Blok Senoro dan beroperasi di pasar yang berbeda dari Pemohon dalam industri LNG. LNGI/EU adalah penyedia teknologi dan pembeli gas, sementara Pemohon adalah pemain dalam seluruh mata rantai (*all value-chain*) industri LNG.

6.2.15 Dalam hal apapun, Pemohon tidak bersekongkol dengan Medco untuk memperoleh informasi rahasia LNGI/EU. LNGI/EU yang menyetujui untuk memberikan informasi rahasia berdasarkan Perjanjian Kerahasiaan dan fakta ini tidak dibantah oleh Termohon.

6.2.16 LNGI/EU juga menyetujui *due diligence* yang dilakukan oleh pihak lain seperti Mitsui dan Anadarko atas permintaan Medco. Fakta bahwa Pemohon meninjau informasi secara non-eksklusif untuk mendukung posisi bahwa tidak ada persekongkolan untuk memperoleh informasi untuk kepentingan Pemohon.

Pemohon membuat proposalnya berdasarkan hasil *due diligence* tersebut, dimana merupakan tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat (**Putusan KPPU, halaman 239-240**)

6.2.17. Seperti dijelaskan sebelumnya, bukti-bukti menunjukkan bahwa Pemohon sama sekali tidak menggunakan dan tidak dapat menggunakan hasil *due diligence* apa pun dalam proposalnya sendiri. Oleh karena itu, tidak ada perilaku tidak jujur atau melanggar hukum yang terjadi di sini yang mengarah pada kesimpulan bahwa ada



persaingan usaha tidak sehat dengan mengacu pada *rule of reason*.

Sehubungan dengan sanksi Rp15 miliar yang dikenakan oleh KPPU:

6.2.18 Bahkan seandainya Pengadilan menemukan bahwa Pemohon telah melanggar Pasal 22 dan 23 – *quad non* - sanksi yang dikenakan oleh Termohon sangat **berlebihan, tidak memiliki dasar dan dengan demikian seharusnya dikurangi**.

7. KRONOLOGIS PERISTIWA FAKTUAL YANG TAK TERBANTAHKAN

Sebelum Pemohon memberikan argumentasi hukum terhadap Putusan KPPU, dirasakan perlu untuk menjelaskan kronologi peristiwa-peristiwa faktual utama yang tak terbantahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat guna mendapatkan pemahaman yang lebih baik tentang perkara ini.

| Tanggal | Peristiwa |
|-----------------|---|
| 12 Januari 2006 | Dalam tahun 2005, telah menjadi diketahui secara umum di antara pemain industri LNG bahwa Pertamina dan Medco sedang mempertimbangkan mengeksploitasi ladang gas Senoro Matindok yang bertujuan untuk mengembangkan suatu proyek LNG. Dengan demikian Pemohon menulis kepada Pertamina untuk menyatakan secara umum minatnya untuk berpartisipasi dalam proyek tersebut. Pada saat itu, Pemohon memiliki sedikit pengetahuan mengenai status dan rincian proyek tersebut. |
| 20 Januari 2006 | Pertamina menulis kembali ke Pemohon dan mengusulkan agar pertemuan diadakan antara Pertamina dan Pemohon. |
| 23 Januari 2006 | Pemohon bertemu dengan Pertamina untuk membahas kemungkinan keterlibatan Pemohon dalam pengembangan ladang gas Senoro dan Matindok. Pertamina menyambut minat Pemohon dalam proyek ini. Disepakati bahwa pertemuan yang melibatkan manajemen senior Pertamina dan Medco akan berlangsung pada tanggal 7 Februari 2006. |
| 7 Februari 2006 | Pemohon memberikan presentasi kepada Pertamina dan Medco, mengenai topik-topik berikut: (1) Pemohon dan keberadaannya di industri LNG, (2) skenario Pemasaran / Pembiayaan untuk peluncuran Proyek LNG Sulawesi yang lebih cepat, (3) Peran Pemohon dalam: a) Pemasaran, b) Keuangan, c) Teknologi (Hulu/Pencairan) dan d) Pengiriman, (4) pandangan awal Pemohon tentang Proyek LNG di Sulawesi, dan (5) usulan dan saran Pemohon. Presentasi tersebut berhasil dan semua peserta dari Pertamina dan Medco menghargai kemampuan, ide dan keseriusan Pemohon terkait proyek tersebut. |
| 8 Februari 2006 | Pemohon mengadakan pertemuan lanjutan dengan Medco. Pertemuan ini diminta oleh Medco setelah presentasi Pemohon pada tanggal 7 Februari 2006. Pada kesempatan itu, Pemohon mengkonfirmasi minatnya untuk terlibat di kedua sisi hulu dan hilir pengembangan lapangan gas Senoro dan Matindok. Medco menginformasikan kepada Pemohon bahwa prioritas harus |



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

| Tanggal | Peristiwa |
|---------------------|---|
| | diberikan kepada aspek hilir dan meminta agar Pemohon melakukan <i>due diligence</i> atas pekerjaan pendahuluan yang dilakukan oleh LNGL dan LNGI, anak perusahaan yang dimiliki seluruhnya oleh LNGL. |
| 17 Februari 2006 | Pemohon dan LNGL menandatangani Perjanjian Kerahasiaan (<i>Confidentiality Agreement</i>). |
| 21-22 Februari 2006 | Tim Pemohon melakukan <i>due diligence</i> pada pekerjaan awal pada aspek hilir proyek yang dilakukan oleh LNGI. Proyek ini hanya sebuah proyek yang berhubungan dengan Senoro yang dianggap sebagai proyek padang LNG. <i>Due Dilligence</i> dilaksanakan di kantor Medco, dimana Pemohon diberitahu bahwa staf dari LNGL ditempatkan disana. |
| 23-24 Februari 2006 | Pemohon membahas hasil atas <i>due diligence</i> dengan Pertamina (23 Februari 2006) dan Medco (24 Februari 2006). Singkatnya, ternyata LNGL telah (i) mengerjakan ide awal untuk proyek kilang LNG Mini (sekitar 0.85 mtpa) dengan menggunakan bagian dari gas yang dihasilkan oleh lapangan gas Senoro, (ii) memperoleh beberapa izin tapi tidak terlalu penting dan banyak pengesahan penting lainnya yang masih belum diperoleh dan (iii) telah melakukan beberapa studi teknis konseptual tetapi mereka masih pada tahap yang sangat awal. |
| 1 September 2006 | <p>Pertamina menulis surat kepada Pemohon untuk secara resmi menginformasikan kepada Pemohon bahwa Pertamina dan Medco telah memutuskan untuk mengadakan proses seleksi untuk mitra mereka guna pengembangan blok Matindok dan Senoro-Toili (<i>Beauty Contest</i>). Terlampir pada surat tersebut adalah <i>Term of Reference</i> awal yang harus dipenuhi oleh para mitra yang berminat ketika menyusun proposal mereka. Batas waktu untuk mengajukan proposal yang tidak mengikat adalah tanggal 15 September 2006. Proyek sebagaimana yang diusulkan oleh Pertamina dan Medco (sesuai dengan Kerangka Acuan/<i>Term of Reference</i>) sangat berbeda dalam hal kapasitas yang diharapkan (0.85 mtpa vs 2 metrik ton per tahun) dan sumber-sumber hulu (bagian dari ladang Senoro-Tioili vs ladang Matindok ditambah bagian dari lapangan Senoro-Toili) dari proyek mini LNG yang sedang dikerjakan LNGL dan yang atasnya Pemohon melakukan <i>due diligence</i> pada bulan Februari 2006.</p> <p>Pemohon memahami dari surat Pertamina dan Medco bahwa Pemohon bukan merupakan satu-satunya calon mitra yang dipertimbangkan oleh Pertamina dan Medco merenungkan, walaupun nama-nama penawar yang diundang lainnya belum diberitahukan kepada Pemohon.</p> |
| 4 September 2006 | Atas permintaan Pertamina dan Medco, Pemohon memberikan presentasi umum kepada Pertamina dan Medco yang sebagian besar didasarkan pada presentasi tanggal 7 Februari dan 16 Maret 2006 terdahulu. Pemohon menyajikan filosofinya terkait proyek, yaitu bahwa pihaknya akan memberikan pertimbangan yang cermat atas situasi energi di Indonesia, menghormati kebijakan Pemerintah Indonesia dan memperkuat citra Indonesia sebagai eksportir LNG yang handal. Pemohon memahami bahwa penawar lain diberi kesempatan untuk memberikan presentasi yang serupa. |
| 8 September 2006 | Pertamina, atas nama sendiri dan atas nama Medco, memberikan Pemohon revisi (lebih rinci) dari <i>Term of Reference</i> dan meminta mitra yang berminat untuk |

Hal. 38 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



| Tanggal | Peristiwa |
|-------------------|---|
| | mengajukan proposal yang tidak mengikat pada 22 September 2006. |
| 19 September 2006 | Pertamina dan Medco mengadakan pertemuan klarifikasi (clarification meeting) sehubungan dengan Revisi <i>Term of Reference</i> di Jakarta (Hotel Marriot). Para peserta pertemuan klarifikasi itu adalah Marubeni, Mitsui, Toyota Tsusho, Itochu, Pemohon, LNG Jepang, LNG Energi Utama, BG Asia Pasifik, JAPEX dan Pacific Oil & Gas Indonesia. Pertamina dan Medco menyerahkan dokumen Pertanyaan & Jawaban. |
| 22 September 2006 | Pemohon mengajukan proposal yang tidak mengikat sesuai dengan Revisi <i>Term of Reference</i> berdasarkan idenya sendiri untuk proyek besar tersebut. |
| 3 Oktober 2006 | Medco mengajukan kepada Pemohon daftar "Pertanyaan Klarifikasi" mengenai proposal Pemohon yang tidak mengikat. |
| 4 Oktober 2006 | Pemohon mengajukan secara tertulis kepada Pertamina dan Medco jawaban terhadap pertanyaan klarifikasi. |
| 20 Oktober 2006 | Pertamina, atas namanya sendiri dan atas nama Medco, memberitahu kepada Pemohon bahwa pihaknya telah masuk dalam <i>shortlist</i> . Pertanyaan Klarifikasi Tambahan dilampirkan pada surat Pertamina dan jawaban harus diberikan selambat-lambatnya tanggal 30 Oktober 2006. |
| 30 Oktober 2006 | Pemohon mengajukan secara tertulis kepada Pertamina dan Medco jawaban terhadap Pertanyaan Klarifikasi Tambahan. |
| 31 Oktober 2006 | Pemohon mengadakan pertemuan tatap muka klarifikasi dengan Pertamina dan Medco. Pertamina dan Medco telah mempersiapkan ringkasan dan proposal Pemohon yang tidak mengikat, yang diberikan kepada Pemohon. Pemohon mengetahui bahwa Mitsui ikut ambil bagian dalam pertemuan klarifikasi serupa sekitar waktu yang sama dan menjadi jelas bahwa hanya Pemohon dan Mitsui yang telah dimasukkan dalam <i>shortlist</i> oleh Pertamina dan Medco. |
| 23 November 2006 | Pertamina, atas namanya sendiri dan atas nama Medco mengirim Permintaan Proposal dan meminta Pemohon untuk mengajukan revisi proposal yang mengikat (<i>binding proposal</i>) sesuai dengan kriteria tambahan revisi lebih lanjut yang ditetapkan dalam surat tersebut. Batas waktu untuk proposal yang mengikat adalah tanggal 1 Desember 2006. |
| 1 Desember 2006 | Pemohon mengajukan proposal akhirnya, dan kali itu bersifat mengikat (<i>binding commitment</i>). |
| 6 Desember 2006 | Pertamina memberitahu pada Pemohon bahwa pihaknya telah dipilih untuk menjadi mitra Pertamina dan Medco untuk proyek LNG Donggi Senoro LNG. |

8. DASAR PROSEDURAL KEBERATAN TERHADAP PUTUSAN KPPU

8.1. Termohon tidak melaksanakan *due process of law* dalam pemeriksaan/ penyelidikannya terhadap Perkara No. 35/KPPU-I/2010 dan oleh karena itu Putusan KPPU cacat dan harus dinyatakan batal demi hukum.

8.1.1. Sebagai permasalahan awal, Termohon telah gagal untuk mematuhi *due process of law* dalam proses pemeriksaan

Hal. 39 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



yang menyebabkan Putusan KPPU adalah cacat hukum dan tidak dapat dipertahankan.

8.1.2. Termohon telah gagal untuk menghormati hak Pemohon berdasarkan Pasal 53 dari Peraturan KPPU No.1 Tahun 2006, yang merupakan Peraturan yang diterapkan oleh KPPU untuk mengatur proses penyidikan. Berdasarkan Pasal 53, Pemohon mempunyai hak untuk memeriksa semua dokumen yang diberikan kepada Termohon dalam proses penyelidikan. Namun, dari daftar dokumen yang diberikan selama pemeriksaan kepada kami pada tanggal 20 Desember 2010, jelas bahwa tidak semua dokumen diberikan kepada kami.

8.1.3. Sebagai contoh, terdapat beberapa dokumen yang dihilangkan dari berkas yang kami periksa seperti dokumen berlabel A46, A48, A51, A62, B15 and B17 (mohon perhatian dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk dapat memeriksa daftar dokumen Termohon yang diperbolehkan untuk diperiksa oleh Pemohon; daftar dokumen Termohon tersebut sebagaimana terlampir pada Tanggapan Tertulis Kedua tertanggal 27 Desember 2010). Pemohon juga tidak dapat memeriksa dokumen yang diajukan oleh Pertamina atau Medco karena dokumen ini bukan bagian dari berkas yang disediakan untuk diperiksa. Permasalahan ini disampaikan kepada Majelis Komisi pada sidang pembelaan Pemohon dalam Tanggapan Tertulis Kedua namun diabaikan ;

“Tanggapan Tertulis Kedua ini merujuk pada dokumen-dokumen tersebut di atas dan juga pada dokumen-dokumen yang disediakan oleh KPPU untuk diperiksa oleh Mitsubishi pada tanggal 20 Desember 2010. Kami lampirkan dalam **Lampiran 8** dari Tanggapan Tertulis ini daftar seluruh dokumen yang diizinkan untuk diperiksa oleh kami. Kami mencatat bahwa terdapat beberapa dokumen dihilangkan dari daftar dokumen yang kami periksa, seperti dokumen-dokumen berlabel A46, A48, A51, A62, B15 dan B17. Kami juga mencatat bahwa kami



tidak dapat memeriksa dokumen-dokumen yang diajukan oleh Pertamina dan Medco, dimana dokumen-dokumen tersebut tidak terdapat dalam dokumen-dokumen yang disediakan kepada kami untuk diperiksa. Hal ini bertentangan dengan hak kami berdasarkan Pasal 53 Peraturan KPPU No. 1 tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU, yang memberi hak kepada terlapor untuk memeriksa semua dokumen yang diserahkan kepada KPPU dalam tahap pemeriksaan. Untuk sementara waktu, kami mencadangkan hak kami terhadap hal tersebut”

- 8.1.4. Hal tersebut di atas juga merupakan pelanggaran terhadap pasal 28 D Undang-undang Dasar 1945 yang mengharuskan Termohon untuk memberikan kepada semua orang (termasuk Pemohon) hak yang sama di hadapan hukum.
- 8.1.5. Selain itu, Termohon juga menolak untuk memeriksa ahli hukum Pemohon, Ibu Nugroho, walaupun telah banyak upaya Pemohon untuk mengajukan bukti kesaksian lisannya (lihat: (i) Surat dari kuasa hukum Pemohon kepada Termohon No.112/10/10 tertanggal 21 Oktober 2010; dan (ii) Surat dari kuasa hukum Pemohon kepada Termohon No.46/11/10 tertanggal 12 November 2010). Termohon telah diberitahu jadwal kesibukan Ibu Nugroho sejak awal dalam surat tersebut tetapi lalai untuk mempertimbangkan hal tersebut dan memanggilnya tepat pada hari saat ia tidak dapat memenuhi panggilan tersebut sebagaimana telah diketahui Termohon (lihat Surat No.1224/AK/KTP-PL/X/2010 tertanggal 27 Oktober 2010 – ditandai sebagai **Dokumen A82** dari berkas dokumen Termohon).
- 8.1.6. Fakta-fakta di atas menunjukkan bahwa Termohon telah tidak adil dalam memeriksa Pemohon dan gagal untuk menghormati prinsip *audi et alteram partem* yang mengharuskan pihak yang mengadili (*adjudicator*) untuk



memberikan kesempatan yang adil bagi para pihak untuk menyampaikan perkaranya dan didengar.

8.1.7. Mengingat bahwa Putusan KPPU TIDAK didasarkan pada *due process of law*, Putusan KPPU cacat dan harus dinyatakan batal atau tidak berlaku.

8.2. Putusan KPPU didasarkan pada asumsi dan pernyataan kosong yang dibuat oleh LNGI/EU tanpa didukung dengan bukti

8.2.1. Termohon mengandalkan pada asumsi dan tidak memiliki dokumen pendukung atau bukti untuk mendukung kedudukannya tersebut. Akibatnya, Termohon gagal untuk memberikan dasar dan alasan yang sesuai untuk kesimpulan dan temuan-temuannya.

8.2.2. Sebagai contoh, Termohon menyimpulkan bahwa Pemohon menggunakan informasi milik LNGI/EU yang ditinjau olehnya untuk menyiapkan proposal (**Putusan KPPU, halaman 234**). Akan tetapi, Termohon tidak mengidentifikasi hal-hal berikut dalam laporan-laporan Termohon serta Putusan KPPU: (i) informasi aktual yang diberikan oleh LNGI/EU kepada Termohon, (ii) bagaimana informasi tersebut digunakan dan dimana informasi tersebut muncul dalam salah satu proposal yang dibuat oleh Pemohon yang diberikan kepada Termohon. Dengan kata lain Termohon membuat kesimpulan tanpa mendasarkannya pada bukti yang konkret.

8.2.3. Kami akan mengacu pada contoh-contoh lain dimana Termohon mencapai kesimpulan tanpa adanya bukti dalam paragraf berikut yang ditemukan dalam Bagian 9.

8.2.4. Termohon juga mempercayai pernyataan tidak teruji yang diberikan oleh saksi yang berpihak (*biased witness*) seperti direktur PT LNGEU, Mr. Norman Marshall. Mr. Marshall bukan seorang saksi yang netral karena Mr. Marshall memiliki kepentingannya sendiri, mengingat bahwa perusahaannya gagal untuk memenuhi kriteria yang ditetapkan dalam *Beauty Contest* dan oleh karenanya tereliminasi. Ia membuat beberapa pernyataan yang tidak berdasar terkait dengan Pemohon selama sidanganya pada



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

tanggal 22 November 2010, yang mana terutama bahwa Pemohon telah menggunakan informasi rahasia LNGI/EU untuk keuntungannya. Akan tetapi, Mr. Marshall gagal memberikan bukti tentang informasi apa yang digunakan. Termohon hanya mengadopsi tuduhannya sebagaimana disoroti dalam ayat 8.2.2 di atas tanpa bukti apa pun untuk mendukung tuduhan tersebut dan, lebih buruk lagi, mengabaikan bukti konkret yang disampaikan oleh Pemohon melalui slide-slide presentasinya bahwa proposalnya didasarkan pada ide-idenya sendiri yang dipresentasikan sebelumnya tanggal 7 Februari 2006 (sebelum peninjauan atas pekerjaan LNGI/EU dilaksanakan),

8.2.5. Faktanya adalah bahwa Termohon telah menyelidiki perkara ini selama dua tahun dan tetap saja tidak dapat mengidentifikasi setiap bukti yang konkret untuk mendukung temuan-temuannya. Hal ini karena pada kenyataannya tidak ada bukti tersebut karena tidak ada persekongkolan untuk menentukan sebelumnya Pemohon sebagai pemenang *Beauty Contest*; dan tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia yang dimiliki oleh LNGI/EU untuk kepentingan Pemohon.

8.2.6. Sebagai lembaga *quasi judicial* yang mampu menerapkan sanksi, dalam membuat Putusan KPPU, Termohon seharusnya tunduk pada prinsip yang sama yang mengatur lembaga peradilan, yaitu bahwa tidak ada sanksi yang dapat dikenakan kecuali terdapat instrumen verifikasi yang sah untuk menentukan bahwa pihak tersebut bertanggung jawab untuk suatu pelanggaran untuk mana sanksi tersebut diterapkan. Prinsip ini diatur dalam Pasal 6 (2) UU No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ("UU No 48/2009") yang menyatakan bahwa:

"Tidak seorang pun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggung jawab,

Hal. 43 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



telah bersalah atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya."

8.2.7. Hal tersebut di atas lebih lanjut ditegaskan oleh Ibu Nugroho dalam Afidavit Nugroho yang menjelaskan bahwa:

"Pembuktian juga berlandaskan pada fakta-fakta yang konkrit, tidak dimungkinkan hanya berdasarkan adanya petunjuk atau asumsi-asumsi saja. Petunjuk dapat digunakan, sebagai tambahan, untuk melengkapi bukti konkrit yang ada."

8.2.8. Sebagai kesimpulan, jelaslah bahwa Putusan KPPU (i) tidak sesuai dengan hukum dan peraturan yang relevan, dan (ii) tidak bisa secara sah membuktikan dugaan pelanggaran terhadap Pemohon. Oleh karena itu Putusan KPPU harus dibatalkan.

9. DASAR SUBSTANTIF KEBERATAN TERHADAP KESIMPULAN-KESIMPULAN TERTENTU DALAM PUTUSAN KPPU

Pada bagian ini, Pemohon menyangkal setiap kesimpulan yang dibuat oleh Termohon untuk mendukung temuannya bahwa telah terjadi pelanggaran Pasal 22, dan 23 yaitu:

1. *Beauty Contest* adalah tender;
2. Ada perilaku diskriminatif yang mendukung Pemohon;
3. *Beauty Contest* diarahkan mendukung Pemohon;
4. Ada persekongkolan antara Pemohon, Pertamina dan Medco untuk menyatakan Mitsubishi sebagai pemenang dari *Beauty Contest*;
5. Ada persekongkolan antara Pemohon dan Medco untuk memperoleh informasi rahasia LNG/EU ;
6. Ada persaingan usaha tidak sehat

9.1. Kesimpulan Termohon bahwa *Beauty Contest* adalah "tender" dalam arti Pasal 22 tersebut keliru dan di luar ruang lingkup UU No 5 / 1999

9.1.1. Termohon telah mengakui bahwa untuk membuktikan Pemohon bersalah melanggar Pasal 22, pertama-tama ia harus menunjukkan bahwa *Beauty Contest* adalah "tender" dalam arti Pasal 22 UU No 5 / 1999 yang menyatakan bahwa:



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

- 9.1.2. Namun, Pemohon dalam hal ini menolak dalil Termohon dalam ayat 10 halaman 215 dari Putusan KPPU (**Putusan KPPU**), dimana menyatakan sebagai berikut:

"Berdasarkan pada penjelasan yang disebutkan, Majelis Komisi mengevaluasi bahwa Beauty Contest adalah satu dari bentuk tender yang bertujuan menciptakan persaingan pasar dan karena itu tunduk pada ketentuan dari Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999"

- 9.1.3. Kesimpulan Termohon adalah salah karena 2 alasan. Pertama, hal ini bertentangan dengan definisi dan pemahaman istilah "tender" berdasarkan Undang-Undang Nomor 5/1999. Kedua, hal tersebut lalai untuk menghargai sifat dari *Beauty Contest* yang diselenggarakan oleh Pertamina and Medco;

- 9.1.4. Sehubungan dengan alasan pertama, Penjelasan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa istilah "tender" yang digunakan dalam Pasal 22 mengacu pada **"tawaran untuk mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa"**. Pedoman Pasal 22 KPPU menegaskan penjelasan diatas. Peraturan No. 02 tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan Tender ("**Pedoman KPPU**") menyatakan bahwa:

"Pengertian tender harus mencakup tawaran mengajukan harga untuk: (i) memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan; (ii) mengadakan barang atau jasa; (iii) membeli suatu barang atau jasa; (iv) menjual suatu barang atau jasa."

- 9.1.5. Dari penjelasan Pasal 22 dalam UU No.5/1999 dan Pedoman KPPU, dapat ditarik kesimpulan bahwa dua elemen yang harus ada dalam suatu proses untuk

Hal. 45 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



didefinisikan sebagai “tender” untuk tujuan penerapan Pasal 22 adalah:

- (A) Penawaran untuk suatu harga; **dan**
- (B) Penyediaan pekerjaan untuk dilakukan, barang atau jasa-jasa. Pasal 1 (16) dan (17) Undang-Undang No. 5 tahun 1999 menjelaskan bahwa “barang-barang” mengacu pada benda yang dapat diperdagangkan, digunakan, atau dieksploitasi oleh konsumen atau pihak pengusaha sementara “jasa” mengacu kepada “layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat”.

- 9.1.6. Kedua elemen persyaratan untuk “tender” tidak ada dalam *Beauty Contest*. *Beauty Contest* adalah sebuah proses seleksi mitra untuk Pertamina dan Medco. Dalam proses tersebut mereka tidak mencari pekerjaan yang harus diselesaikan; atau tidak juga mereka mencari untuk mendapatkan barang-barang atau jasa-jaa atu prestasi untuk dilakukan. Terlebih lagi, tidak ada “harga” untuk dipertimbangkan;
- 9.1.7. Untuk mengulang, Pertamina dan Medco tidak mengadakan *Beauty Contest* untuk mencari seseorang untuk membangun kilang LNG (misalnya, suatu kontraktor EPC) tidak juga untuk membeli gas alam dari mereka. Tetapi mereka mengadakan *Beauty Contest* untuk mencari suatu pihak yang memiliki kemampuan untuk mendukung (termasuk membiayai) perusahaan patungan yang akan melakukan kegiatan-kegiatan Proyek;
- 9.1.8. Pihak Termohon sangat menyadari atas sulitnya mendefinisikan *Beauty Contest* sebagai suatu tender dan karenanya mencoba untuk membenarkan kesimpulan mereka dengan melihat pada sumber-sumber eksternal. Pihaknya mengklaim bahwa berdasarkan Marten Jaansen (Ed 2004) *Beauty Contest* adalah sebuah bentuk tender;
- 9.1.9. Sebelum menanggapi analisa Termohon dari teori Tn. Jaansen, perlu dicatat bahwa Termohon mendasarkan pada buku dari Tn. Janssen pertama kali di dalam Putusan KPPU. Walaupun Termohon telah gagal untuk mengutip

Hal. 46 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



dengan tepat, judul atau nama artikel atau buku yang ditulis oleh Marteen Jaansen, Pemohon berhasil untuk mempelajari buku Tn. Janssen berjudul "*Auctioning Public Assets*" (2004) (*Melelang Aset Publik*) yang digunakan sebagai dasar oleh Termohon dalam Putusan KPPU;

9.1.10. Yang lebih penting, setelah mempelajari buku Tn. Jaansen, dapat disampaikan bahwa teori dari Maarten Janssen tidak menyimpulkan bahwa bahwa *Beauty Contest* yang diorganisir oleh Pertamina dan Medco dapat dipertimbangkan sebagai proses tender. Itu adalah kesimpulan dari Termohon tanpa dasar hukum, menyimpulkan bahwa *Beauty Contest* yang diorganisir oleh Pertamina dan Medco merupakan bentuk tender. Faktanya, sebagaimana dijelaskan di bawah, buku Tn. Jaansen mendukung posisi Termohon bahwa *Beuaty Contest* yang diorganisir oleh Pertamina dan Medco bukan merupakan tender dengan pengertian Pasal 22:

(A) Tn. Jaansen menyebutkan dengan jelas bahwa bukunya membahas mekanisme yang digunakan oleh pemerintah untuk mengalokasikan aset public ke perusahaan swasta dan salah satu mekanisme termasuk *Beauty Contest*:

"... governments need to choose one or more private companies to use these assets in a proper way... the assets to be allocated are used to serve consumers in a market type of environment.

There are potentially many ways a government can allocate these assets. It can use auctions, Beauty Contests, first-come-first-served, grandfather rights and lotteries... In a Beauty Contest, firms have to submit a plan how they will use the asset in the future and they have to provide credentials that make their plan trustworthy" (**Auctioning Public Assets, Marten Jaansen, 2004, halaman 7**)

Terjemahan tidak resmi:

(pemerintah perlu memilih satu atau lebih perusahaan swasta untuk menggunakan aset-



asetnya dengan baik...aset yang dialokasikan digunakan untuk melayani konsumen di tipe pasar yang sesuai lingkungan.

Ada banyak cara yang potensial untuk pemerintah mengalokasikan aset-asetnya. Dapat menggunakan pelelangan, Beauty Contest, pertama datang pertama dilayani, hak kakek dan lotere ... Di dalam Beauty Contest, firma harus mengajukan rencana bagaimana mereka akan menggunakan aset di masa yang akan datang dan mereka akan memberikan surat kepercayaan yang akan membuat rencana mereka dapat dipercaya);

- (B) Di dalam konteks pemindahan aset pemerintah ke perusahaan swasta, Pemohon sependapat bahwa *Beauty Contest* yang diorganisir untuk memilih perusahaan swasta yang akan menerima aset, dapat dipertimbangkan sebagai tender sebagaimana pengertian Pasal 22 karena proses tersebut akan menjadi sebuah penawaran untuk pengadaan jenis barang atau jasa (contohnya operasi rel atau darat atau frekuensi telepon seluler) sebagai pertukaran sebuah harga (contohnya biaya ijin untuk frekuensi tertentu, harga pembelian untuk tanah, dll). Deskripsi *Beauty Contest* dalam bagian *introduction* dalam buku Tn. Jaansen yang dikutip diatas ("firma harus mengajukan sebuah rencana bagaimana mereka akan menggunakan aset") mengasumsikan bahwa pada akhir *Beauty Contest*, peserta yang terpilih akan hal-hal yang menjadi subjek dari *Beauty Contest* dari pemerintah berdasarkan rencana yang ditawarkan;
- (C) Tetapi, dalam kasus ini, tidak ada aset atau jasa yang ditawarkan oleh Pertamina dan Medco dan diperoleh oleh Pemohon ataupun adanya harga atau keuntungan yang dibayarkan oleh Pemohon. *Beauty Contest* dalam kasus ini tidak diorganisir untuk alokasi aset (hak untuk eksploitasi 2 blok, yang berbentuk aset, telah dialokasikan oleh Pemerintah



ke Pertamina (sehubungan dengan Matindok) dan Pertamina dan Medco (sehubungan dengan Senoro). Mereka kemudian diberikan kebebasan yang terbatas untuk mengeksploitasi 2 blok dengan cara apapun yang menurut mereka sesuai). *Beauty Contest* diorganisir oleh Pertamina dan Medco untuk menemukan mitra yang ikut bergabung didalam usaha bersama (joint venture) dengan mereka, usaha bersama (joint venture) tersebut akan melaksanakan aktivitas proyek hilir;

- (D) Sehubungan dengan penjelasan Tn. Jaansen tersebut, sangatlah jelas bahwa *Beauty Contest* yang diorganisir oleh Pertamina dan Medco bukanlah sebuah mekanisme untuk mengalokasikan asset yang ditukar dengan sebuah harga atau keuntungan lain. Oleh karenanya, *Beauty Contest* tersebut bukanlah tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22.

9.1.10 Perlu diketahui bahwa teori Maarten Janssen tidak secara tegas menyimpulkan bahwa *Beauty Contest* yang diadakan oleh Pertamina dan Medco harus dianggap sebagai sebuah tender. Pihak Termohon tanpa dasar hukum menyimpulkan bahwa *Beauty Contest* adalah sebuah proses Tender;

9.1.11 Bagaimanapun juga, dalil Termohon harus ditolak karena teori Maarten Janssen tersebut yang diandalkan oleh Termohon tidak dapat ditemukan dalam Pasal 22 atau penjelasannya. Lebih penting lagi, hal tersebut tidak sesuai dengan definisi dari "tender" yang sudah disediakan dalam Undang-undang Nomor 5/1999 itu sendiri dan bertentangan dengan Pedoman KPPU dari Termohon sendiri seperti yang telah disebutkan di atas;

9.1.12 Berdasarkan Pasal 20 Algemene Bepalingen, dinyatakan: "*hakim harus memutus perkara berdasarkan undang-undang*" dan dilarang menambahkan arti terhadap undang-undang dengan cara penafsiran. Selain itu, jelas dari doktrin Montesquieu dan Kant, bahwa seorang pihak



yang mengadili (*adjudicator*) tidak diperkenankan menambah atau mengurangi atau mengubah (atau menafsirkan) undang-undang;

9.1.13 Sebagai lembaga *quasi judicial*, Termohon juga tunduk pada prinsip di atas dan harus terikat oleh penafsiran yang diberikan oleh penjelasan untuk Pasal 22 dalam Undang-Undang No. 5/1999 dan Pedoman KPPU sendiri. Termohon tidak diizinkan untuk menciptakan definisi baru agar sesuai dengan tujuannya sendiri sesuai dengan kehendaknya sendiri;

9.1.14 Oleh karena itu, kesimpulan Termohon bahwa *Beauty Contest* bisa ditafsirkan sebagai "tender", telah melanggar Pasal 20 Algemene Bepalingen;

9.1.15 Sehubungan dengan alasan kedua, Termohon telah gagal untuk memahai dan menilai bahwa *Beauty Contest* tidak meminta Pemohon untuk memberikan pekerjaan atau layanan tertentu. *Beauty Contest* tidak mengharuskan Pemohon untuk membeli atau menjual barang atau jasa tertentu. Apa yang diminta adalah mitra terbaik yang memenuhi kriteria yang ditetapkan dalam *Term of Reference* dan agar mitra tersebut untuk mengadakan usaha bersama (joint venture) dengan Pertamina dan Medco untuk melaksanakan kegiatan hilir dalam Proyek Donggi Senoro;

9.1.16 Oleh karena itu, dalil Termohon yang menyimpulkan bahwa *Beauty Contest* adalah proses tender tidak memiliki dasar hukum dan oleh karena itu Putusan KPPU harus dibatalkan;

9.2. Tidak ada perilaku diskriminatif yang menguntungkan Pemohon

9.2.1. Pemohon dengan ini menolak dalil Termohon dalam ayat 1 sampai 4, halaman 218-219 dari Putusan KPPU, yang menyatakan sebagai berikut:

"(1) Terkait dengan diskusi yang diselenggarakan oleh MC untuk Dewan Direksi PNA, dari MEI, dan dari MEPTS sebelum dan pada saat *Beauty Contest* adalah tindakan bermanfaat bagi MC. Presentasi MC



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

kepada Dewan Direksi PNA, dari MEI, dan dari MEPTS pada tanggal 7 Februari 2006, 22 dan 23 Februari 2006, 24 Februari 2006, 16 Maret 2006, dan 4 September 2006 berkaitan dengan substansi proyek. Tidak semua peserta lelang dari Beauty Contest memiliki kesempatan yang sama dari Dewan PNA, MEI, dan MEPTS untuk melakukan diskusi yang berhubungan dengan substansi proyek sebelum dan pada kinerja Beauty Contest sehingga panel telah dinilai bahwa adanya perilaku diskriminasi yang dibuat oleh PNA, MEI dan MEPTS;

- (2) Bahwa sehubungan dengan perbedaan waktu dalam pengiriman undangan, majelis komisi telah melakukan penilaian yang mengatakan bahwa waktu yang berbeda memberikan kesempatan yang berbeda dan kesempatan untuk penawar dari Beauty Contest dalam penyusunan dokumen. Walaupun tidak ada keberatan dari para peserta lelang dari Beauty Contest dalam hal penerimaan undangan terbaru, majelis komisi telah menilai bahwa perbedaan mengirim undangan sebagai diskriminasi;
- (3) Bahwa Majelis Komisi memiliki pendapat yang sama dengan Terlapor I (PNA) bahwa Terlapor IV tidak pernah membuat presentasi ke tim penilai pada tanggal 4 September 2006, namun, Majelis Komisi telah menilai bahwa presentasi dari Terlapor IV (MC) pada tanggal 4 September 2006 kepada Dewan Direksi Terlapor I (PNA) dan Dewan Direksi Terlapor II (MEI) adalah berkaitan dengan substansi proyek tersebut sebagai diskriminasi karena keputusan strategis terkait dengan proses Beauty Contest yang merupakan kewenangan dari Direksi Terlapor I (PNA) dan Dewan Direksi Terlapor II (MEI), sedangkan penawar lain tidak mendapatkan kesempatan yang sama untuk melakukan presentasi sebelum Terlapor I (PNA) dan Terlapor II (MEI);

Hal. 51 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



- (4) Bahwa Majelis Komisi telah menilai bahwa presentasi dari Terlapor IV (MC) terhadap Terlapor I (PNA) dan Terlapor II (MEI) adalah untuk mengetahui posisi Terlapor I (PNA) dan Terlapor Partai II (MEI) agar Terlapor IV (MC) dapat menyiapkan proposal sesuai dengan keinginan dari Terlapor I (PNA) dan Terlapor II (MEI). Kemudian yang mengatakan presentasi memberikan keuntungan kepada Terlapor IV (MC) dibandingkan dengan penawar lain dalam penyusunan proposal Beauty Contest"

9.2.2. Perlu diingat beberapa peristiwa yang **tidak terbantahkan** pada saat ini:

- (A) Pemohon pertama kali menyatakan minatnya dalam Proyek Donggi Senoro pada bulan Januari 2006, jauh sebelum *Beauty Contest* diumumkan;
- (B) Pemohon memberikan sejumlah presentasi umum mengenai kemampuannya kepada Pertamina dan Medco pada bulan Februari dan Maret 2006, jauh sebelum *Beauty Contest* diumumkan. Selama jangka waktu tersebut, Pertamina dan Medco juga melakukan komunikasi dengan para pemain industry lainnya seperti Mitsui, Itochu dan Anadarko;
- (C) *Beauty Contest* diumumkan kepada Pemohon dan peserta lainnya melalui surat undangan untuk berpartisipasi pada tanggal 1 September 2006 - 6 bulan kemudian.

9.2.3. **Tidak ada bukti** yang mendukung asumsi Termohon bahwa komunikasi (presentasi pada tanggal 7, 23 dan 24 Februari, 16 Maret dan 4 September 2006) antara Pemohon, Pertamina dan Medco terkait bagaimanapun dengan proses *Beauty Contest*. Singkatnya, rangkuman dari masing-masing presentasi tersebut adalah sebagai berikut:

- Presentasi Pemohon pada tanggal 7 Februari 2006 kepada Pertamina: Pemohon mempresentasikan kemampuannya secara umum dalam industri LNG.



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- i. Slide 3 sampai 26 membahas usaha Pemohon secara umum, struktur perusahaan dan reputasi serta pengalamannya dalam industri LNG;
- ii. Slide 28 sampai 34 membahas strategi pembiayaan dan pemasaran Pemohon, apabila pihaknya dilibatkan dalam Proyek, berdasarkan data industri;
- iii. Slide 36 sampai 65 membahas pengalaman lalu dari Pemohon (yang tidak terkait dengan Proyek) sebagai pemain dalam seluruh mata rantai (*all value chain*) industri LNG, yaitu pengalamannya dalam memasarkan LNG, pengalamannya dalam membiayai proyek LNG, pengalamannya dalam memilih teknologi untuk digunakan dalam kilang LNG, dan pengalamannya dalam mengirimkan atau mengangkut LNG;
- iv. Slide 67 membahas pandangan awal Mitsubishi tentang Proyek berdasarkan data industri atau pengalamannya sebelumnya;
 1. Terkait dengan masalah penentuan waktu Proyek, Pemohon merekomendasikan penangkapan pasar antara tahun 2008 dan 2010. Sebagaimana dijelaskan oleh Mr. Ball dalam Affidavit Ball 1, Industri LNG menyadari bahwa pada jangka waktu tersebut, pasar berubah menjadi pasar penjual karena meningkatnya permintaan (Lihat Angka 5, Affidavit Ball 1 halaman 31). Oleh karena itu, logis bagi Mitsubishi untuk merekomendasikan pengambilan keuntungan dari pasar tersebut;
 2. Terkait dengan masalah pemasaran, Pemohon merekomendasikan untuk menentukan pasar Jepang sebagai sasaran. Hal ini juga merupakan rekomendasi yang logis mengingat pasar pada saat itu. Sebagaimana dijelaskan oleh Mr. Ball dalam Affidavit Ball 1 (yang buktinya tidak dibantah oleh KPPU), halaman 32:

“...Contract totalling 24 mtpa (~50%) of Japanese demand with 3 regional suppliers were due to

Hal. 53 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



expire in 2009-2011 and by 2006 negotiation were underway to explore the opportunities to extend those contracts... there were concerns about the availability of gas supply to extend both the Bontang and Kenai volumes. This served to put a new demand strain on the market particularly now coming from Japan – the key global LNG buyer.”

Terjemahannya sebagai berikut:

(...Kontrak sebanyak 24 mtpa (~ 50%) dari permintaan Jepang dengan 3 pemasok daerah tersebut akan berakhir pada 2009-2011 dan pada tahun 2006, negosiasi berlangsung untuk mengeksplorasi kesempatan untuk memperpanjang kontrak tersebut...ada kekhawatiran tentang ketersediaan pasokan gas untuk memperpanjang volume Bontang dan Kenai. Hal ini menimbulkan beban permintaan yang baru pada pasar yang sekarang terutama berasal dari Jepang - pembeli utama LNG secara global);

3. Terkait dengan EPC, Pemohon juga menyoroti keahlian dan relasinya dengan para kontraktor EPC sebagai nilai plus;
- v. Slide 69 membahas mengenai permohonan Pemohon dan saran atas proses dalam rangka Pertamina dan Medco tertarik untuk mengikutsertakan Pemohon di dalam Proyek. Pada waktu itu, Pemohon tidak memiliki pengetahuan mengenai lingkup Proyek tersebut, permintaan pertama yaitu untuk mengerti data dan informasi yang berkaitan dengan kegiatan hulu dan hilir Proyek;
- vi. Slide 72 sampai 84 merupakan “slide cadangan” Pemohon. Ini artinya slide ini dipersiapkan sebagai alternative untuk presentasi Pemohon mengenai pengalaman masa lalu (sebelumnya di Slide 36 sampai 65).



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- Presentasi Pemohon pada tanggal 23 dan 24 Februari 2006 kepada Pertamina dan Medco: Pemohon menyajikan hasil *due diligence* yang diminta dan rekomendasinya sendiri yang didasarkan pada presentasinya tertanggal 7 Februari 2006 dan bukan berdasarkan hasil *due diligence*;
 - i. Slide 2 sampai 4 merangkum temuan-temuan Pemohon dalam pekerjaan pendahuluan LNGI/EU, sebagaimana telah dijelaskan dalam kronologis peristiwa. Jelas dari slide tersebut bahwa pekerjaan pendahuluan mereka masih dalam tahap awal dan kilang yang diusulkan oleh LNGI/EU berukuran mini dengan kapasitas hanya sampai 1,0 mtpa. Slide 4 juga menyoroti bahwa LNGI/EU hanya berfokus pada Blok Senoro;
 - ii. Di sisi lain, Slide 5 sampai 10 merangkup opsi-opsi Pemohon untuk pengembangan kedua blok Senoro dan Matindok. Pemohon telah mengasumsikan pengembangan kedua blok tersebut: lihat Slide 59 dari presentasi tertanggal 7 Februari 2006. Slide berisi peta berlabel “*LNG Projects Under Construction & Planning*” (Proyek LNG dibawah Konstruksi & Perencanaan). Salah satu proyek yang di soroti adalah proyek “Sulawesi LNG – Indonesia”. Hal ini hanya dapat merujuk pada perkembangan dari kedua blok Matindok dan Senoro dan tidak hanya satu blok. Selanjutnya, dua pilihan yang terdaftar berdasarkan proyek menyebutkan 1,95 mtpa x 1 atau 0,85 mtpa x 2. Pilihan ini hanya dapat dibuat berdasarkan dua blok yang dikembangkan bersama. Hal ini didukung lebih lanjut oleh fakta dari surat Pemohon tertanggal 12 Januari 2006 yang merujuk pada pembangunan kedua blok ketika menyatakan “*strong interests to your Matindok-Senoro//Toili Project*”;
 - iii. Terkait dengan rekomendasi pemasaran dalam Slide 10, semua rekomendasi di dalamnya dapat dilacak

Hal. 55 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

kembali ke rekomendasi yang diberikan pada tanggal 7 Februari 2006;

iv. Sebagaimana dalam proposal dan poin untuk diskusi lebih lanjut sebagaimana diatur didalam Slide 10 dan 11 presentasi tertanggal 24 Februari, ini adalah isu yang dibahas dalam presentasi tertanggal 7 Februari 2006. Contohnya, Slide 10 berbicara mengenai *“realistic target for FID and commissioning”*. Hal ini dibahas dalam judul *“Timing”* pada Slide 67 tanggal 7 Februari;

v. Singkatnya, tidak ada dalam proposal yang tertulis dalam slide 23 dan 24 Februari berdasarkan informasi milik LNG/EU; mereka didasarkan atau memperluas presentasi Pemohon tertanggal 7 Februari 2006.

- Presentasi Pemohon pada tanggal 16 Maret 2006 kepada Pertamina-Medco: Pemohon menyajikan proposal untuk skema pengembangan Blok Donggi Senoro pada berbagai aspek seperti kapasitas peralatan, manajemen proyek, strategi kontrak EPC, jadwal EPC, keuangan, kemitraan, pemasaran, perjanjian dan jadwal. Sekali lagi, proposal yang berhubungan dengan aspek-aspek yang disebutkan diatas merupakan perluasan atau elaborasi pada proposal pertama yang dibuat pada 7 Februari 2006. Contohnya:

i. Slide 3 merekomendasikan penggunaan kombinasi gas yang tersimpan di kedua blok – hal ini konsisten dengan asumsi yang dibuat dalam slide 59 tertanggal 7 Februari;

ii. Pada Slide 13, Pemohon merekomendasikan keterlibatannya dalam kedua aktivitas upstream dan downstream. Ini merupakan poin yang sama dalam Slide 69 tertanggal 7 Februari. Harus dipahami **bahwa hal ini sangatlah berbeda dari Beauty Contest yang terbatas pada partisipasi mitra yang potensial didalam usaha bersama (joint venture)**

Hal. 56 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

yang hanya dapat melaksanakan aktivitas downstream;

iii. Pada Slide 15 pemasaran, Pemohon sekali lagi merekomendasikan penjualan di pasar Jepang seperti rekomendasi didalam Slide 34 tanggal 7 Februari.

- Presentasi Pemohon pada tanggal 4 September 2006 kepada Pertamina-Medco: Pemohon menampilkan kepercayaannya dan kemampuannya untuk pengembangan skema Blok Donggi Senoro.

i. Slide 3 sampai 18 mengandung informasi mengenai Pemohon sebagai perusahaan dan aktivitasnya di industri LNG. Isi dari Slide secara material sama dengan isi yang ditemukan dalam slide 3 sampai 21 dari presentasi Pemohon tertanggal 7 Februari 2006 sebagaimana didiskusikan diatas;

ii. Slide 19 sampai 51 mengandung informasi mengenai proposal Pemohon dari berbagai aspek Proyek seperti Pemasaran, keuangan, manajemen proyek, jadwal dan kemitraan. Informasi mengenai Slide secara material sama dengan informasi yang ditemukan di dalam slide presentasi tertanggal 7 Februari dan 16 Maret 2006, contohnya:

1. Slide 38 membahas mengenai kemampuan Pemohon menjadi *swing buyer* untuk Proyek. Ini merupakan poin yang sama dibuat di dalam slide 42 presentasi tertanggal 7 Februari;

2. Slide 42 membahas mengenai manajemen proyek seperti Slide 4 di presentasi tertanggal 16 Maret;

3. Slide 25 membahas mengenai partisipasi Pemohon dalam kedua aktivitas upstream dan downstream sama dnega slide 13 dalam presentasi tertanggal 16 Maret dan slide 69 dalam presentasi tertanggal 7 Februari;

iii. Dengan kata lain, presentasi dimaksudkan untuk mengulang presentasi tertanggal 16 Maret 2006 dan

Hal. 57 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



oleh karena itu, tidak berhubungan dengan hal-hal yang digunakan dalam *Beauty Contest*.

Dari rangkuman tersebut, jelas bahwa presentasi-presentasi tersebut tidak terkait dengan *Term of Reference* yang digunakan oleh Pertamina dan Medco dalam *Beauty Contest*. Dimohonkan agar Majelis Yang Terhormat dapat melihat dan memeriksa presentasi-presentasi tersebut. Presentasi-presentasi tersebut telah diberikan kepada Termohon sebagai bukti. Apabila Majelis cermati, maka presentasi tersebut tidak terkait dengan pembahasan *Term of Reference* yang digunakan dalam *Beauty Contest*;

9.2.4. Sebaliknya, bukti-bukti menunjukkan bahwa *Beauty Contest* tidak dimulai sebelum tanggal 1 September 2006 (lihat Surat No. 061/D20000/2006-SD tertanggal 1 September 2006: surat ini disampaikan kepada Termohon sebagai bukti pada 4 Desember 2008 oleh kuasa hukum Pemohon) dan sebelum itu, Pertamina dan Medco mungkin masih memutuskan secara internal, tanpa keterlibatan dari salah satu peserta *Beauty Contest* termasuk Pemohon, cara terbaik untuk memonetisasi Proyek Donggi-Senoro (lihat pembelaan yang disampaikan Pertamina kepada Termohon pada tanggal 27 Desember 2010, sebagaimana terefleksikan pada bagian 30.2.6.8 halaman 72 dari Putusan KPPU). Termohon telah keliru, dan tanpa dasar apapun, berusaha untuk memperpanjang *Beauty Contest* sampai sebelum 1 September 2006;

9.2.5. Ini juga menekankan bahwa Mitsubishi bukanlah pemain LNG satu-satunya yang berkomunikasi dengan Pertamina dan Medco selama periode awal tahun 2006 dan sebelum *Beauty Contest*. Laporan Termohon sendiri dalam proses penyelidikan mengakui fakta bahwa sedikitnya lima anggota lainnya, yaitu Golar, LNGI/EU, Mitsui, Itochu dan Anadarko, diketahui telah berkomunikasi dengan Pertamina dan/atau Medco dalam kaitannya dengan Proyek Donggi Senoro tersebut (yaitu, Laporan Dugaan



Pelanggaran Termohon halaman 29-33 dan 36). Oleh karena itu, tidak ada alasan bagi Termohon untuk menyimpulkan bahwa presentasi Pemohon hanya eksklusif untuk Pemohon dan diskriminatif terhadap peserta lain ketika pada kenyataannya, mereka juga memiliki kesempatan yang sama;

9.2.6. Terkait dengan presentasi pada tanggal 4 September 2006, dijelaskan (dan tidak ditolak oleh Termohon dalam Putusan KPPU) bahwa Pemohon tidak mendiskusikan *Term of Reference* pada pertemuan tanggal 4 September 2006. Tidak ada bukti yang mendukung temuan Termohon bahwa tujuan dari pertemuan ini adalah berkaitan dengan substansi dari *Beauty Contest*. Selanjutnya, Pemohon bukan satu-satunya pihak yang memberikan presentasi kepada Pertamina dan Medco selama waktu itu. Sebagaimana diakui oleh Termohon dalam laporannya, ada juga pemain LNG lainnya, yaitu Itochu, yang juga hadir pada waktu itu;

9.2.7. Perwakilan Pemohon (Mr. Takuji Konzo) menegaskan kembali selama sidang dengan Termohon pada tanggal 15 November 2010 bahwa Pemohon **tidak memberikan presentasi tentang *Term of Reference*** pada tanggal 4 September 2006, tetapi hanya tentang kemampuan Pemohon dan sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, presentasi tersebut hanya didasarkan pada materi presentasi tanggal 7 Februari 2006 dan 16 Maret 2006. Hal ini adalah sebagaimana disebutkan dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 15 Nopember 2010 (lihat dokumen Termohon, index B38). Hal ini konsisten dengan isi slide presentasi yang diberikan kepada Termohon pada 4 Desember 2008;

9.2.8. Oleh karena itu, Pemohon tidak memiliki lebih banyak waktu maupun tidak memiliki peluang eksklusif dibandingkan dengan pihak lain karena baru menerima kriteria yang ditetapkan oleh Pertamina dan Medco dalam *Beauty Contest* ketika menerima surat tertanggal 1 September dan 8 September 2006;

Hal. 59 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



9.2.9. Tidak ada cukup bukti atas perlakuan istimewa yang diberikan kepada Pemohon selama periode *Beauty Contest*.

Tidak ada bukti untuk mendukung kesimpulan di atas pada ayat (4). Secara ringkas, Termohon tidak memiliki dasar untuk menyimpulkan bahwa ada bentuk perilaku diskriminatif untuk kepentingan Pemohon;

9.3. Beauty Contest tidak diarahkan untuk kepentingan Pemohon

9.3.1. Pemohon dengan ini menolak dalil Termohon dalam ayat 1 sampai 3 halaman 222-223 Putusan KPPU, yang menyatakan sebagai berikut:

"(1) Bahwa perbedaan penilaian antara tim penilai dari PNA dan MEI menunjukkan bahwa tidak ada penentuan pandangan umum antara tim penilai dari PNA dan MEI dalam memberikan penilaian pada proposal penawar dari Beauty Contest. Majelis Komisi telah menilai bahwa perbedaan dari penilaian terhadap proposal tersebut telah merugikan peserta lelang dari Beauty Contest;

(2) Yang terkait dengan TOR dibuat tidak menentu, majelis komisi telah menilai:

a. Alasan eliminasi dari konsorsium LNGEU atau Osaka Gas atau Golar adalah mereka tidak termasuk Perjanjian Tanggung Renteng dan sesuai dengan TOR karena TOR meminta: "sebuah pernyataan definitif tentang kewajiban bagi masing-masing pihak dari konsorsium", dan dalam risalah rapat pada tanggal 19 September 2006 mereka tidak pernah meminta perjanjian tersebut dan hanya menjelaskan bahwa Kemitraan oleh Konsorsium adalah mungkin tanggung jawab tanggung renteng;

b. Konflik antara TOR dan keputusan dewan direksi, yaitu dalam hal tujuan pemasaran. TOR menyebutkan bahwa tujuan pemasaran adalah Jepang, Korea, dan Taiwan, sedangkan direksi melarang pemasaran ke Korea dan Taiwan;



- c. TOR tidak menjelaskan tentang penolakan oleh penawar tertentu, namun dewan direksi melarang penawar untuk melibatkan Osaka Gas karena pembeli barat;
 - d. TOR tidak meminta teknologi apa yang dikehendaki namun dewan direksi meminta teknologi yang telah terbukti;
 - e. Majelis Komisi telah menilai bahwa penilaian hasil dari Beauty Contest berdasarkan alasan non-ekonomis yang tidak ada dalam TOR seperti yang dijelaskan di atas, membuktikan TOR yang dibuat dengan tidak pasti;
- (3) Yang berhubungan dengan proposal mengikat majelis komisi telah menilai bahwa persyaratan untuk mengikat proposal ini diarahkan untuk MC sebagai pemenang. Hal ini disebabkan karena Dewan Direksi PNA dan MEI mempertanyakan proposal "mengikat" setelah tim evaluasi memberikan kuesioner tambahan untuk MC dan Mitsui. Kuesioner tambahan merupakan kelanjutan dari pertemuan yang diadakan pada tanggal 7 November 2006 berdasarkan hasil kuesioner tambahan tim evaluasi yang menyimpulkan bahwa usulan Mitsui lebih baik daripada MC dan direkomendasikan berkata penting kepada Wakil Direktur PNA"

9.3.2. Tidak ada bukti yang dapat mendukung dalil Termohon dalam Putusan KPPU bahwa *Beauty Contest* dilaksanakan untuk kepentingan Pemohon;

9.3.3. Harus ditekankan bahwa Pertamina dan Medco tidak diwajibkan untuk melakukan *Beauty Contest* sejak awal. Pertamina dan Medco dapat menunjuk langsung Pemohon sebagai mitra jika mereka menginginkan hal tersebut dari awal. Hal ini merupakan praktik industri yang diterima - misalnya, Inpex Corporation yang merupakan satu-satunya pengelola Blok Masela di dekat Maluku baru-baru ini memilih PT EMP Energi Indonesia secara langsung (tanpa proses seleksi) untuk bersama-sama mengoperasikan

Hal. 61 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Blok Masela dengannya. Oleh karena itu, fakta bahwa Turut Termohon I dan Medco menyelenggarakan *Beauty Contest* merupakan bukti niat mereka untuk mencari mitra yang terbaik dan tidak mengasumsikan bahwa Mitsubishi akan menjadi entitas tersebut;

9.3.4. Adalah tidak masuk akal untuk mengasumsikan bahwa mereka bersedia menanggung kesulitan tambahan dan biaya penyelenggaraan untuk mengadakan *Beauty Contest* dan mempekerjakan penilai pihak ketiga seperti PWC dan White and Case hanya untuk dapat menunjuk Mitsubishi - padahal mereka dapat melakukan hal tersebut secara langsung. Tujuannya sudah pasti untuk memuaskan diri mereka sendiri bahwa mereka akan mendapatkan mitra yang terbaik melalui proses seleksi;

9.3.5. Terkait dengan penggunaan dua metode penilaian yang berbeda, tidak terdapat logika untuk menghubungkan fakta ini dengan asumsi bahwa *Beauty Contest* diarahkan untuk kepentingan Pemohon. Jikapun ada, fakta bahwa mereka menggunakan dua metode yang berbeda mengesankan sebuah proses yang adil dan kompetitif yang dilakukan oleh dua perusahaan independen. Akan jauh lebih mengesankan terjadinya sebuah persekongkolan apabila dua pihak yang meninjau proposal menggunakan kriteria yang sama dan mencapai kesimpulan yang sama - kebalikan dari apa yang terjadi dalam perkara ini;

9.3.6. Dalam kenyataannya, perbedaan dalam penilaian hanya merupakan sebuah cerminan dari perbedaan pengalaman antara Pertamina dan Medco sebagaimana dijelaskan oleh Mr. James Ball dalam Afidavit Ball. Perbedaan dalam metode tidak membahayakan para peserta sebagaimana mereka diperlakukan sama untuk semua proposal. Hal tersebut tidak membuat evaluasi *Term of Reference* mejadi tidak jelas *per se*. Bukti yang sebelumnya terungkap di hadapan Termohon dan sekarang dibuka di hadapan Pengadilan adalah bahwa Medco dan Pertamina melaksanakan metode penilaian mereka secara adil terhadap masing-masing proposal. Selain itu, *Term of*



Reference itu sendiri adalah suatu bentuk dari sistem penilaian, yaitu penilaian dengan rujukan terhadap persyaratan yang tertuang didalamnya. Hal tersebut menjadi suatu persyaratan minimal yang harus dapat dilalui oleh calon mitra. Termohon tidak dapat membantah hal ini;

9.3.7. Dalam Berita Acara Pemeriksaan dari Turut Termohon I tertanggal 15 November 2010, dinyatakan bahwa *Term of Reference* adalah sebuah persyaratan umum yang harus dipenuhi oleh peserta dari *Beauty Contest*. Selanjutnya, berdasarkan Berita Acara Pemeriksaan dari Medco (Turut Termohon II) tertanggal 2 November 2010 metode evaluasi yang berbeda yang digunakan oleh Pertamina dan Medco adalah alamiah dikarenakan perbedaan karakteristik antara Pertamina dan Medco;

9.3.8. Terakhir, perlu dicatat bahwa jika Pengadilan ini berpendapat bahwa *Beauty Constest* adalah sebuah tender – *quad non* - sebagaimana teori Tn. Jaansen yang menjadi dasar dasar dari argumentasi Termohon (yang ditolak oleh Pemohon), Tn. Jaansen menerima bahwa ada jenis tertentu dari *Beauty Contest* dimana kriteria penilaian tidak diketahui oleh peserta:

"In an unweighted Beauty Contest, bidders do not know in advance how their bids will be evaluated. A weighted Beauty Contest is an allocation mechanism in which bidders know in advance the criteria on which they will be assessed and the weights on the different criteria. Even though the maximum score on certain criterion is known, it remains (somewhat) ambiguous, even in a weighted Beauty Contest, how to score different bidders on that criterion" (Auctioning Public Assets, Martin Jaansen, 2004, halaman 8)

Terjemahan tidak resmi:

(Dalam *Beauty Contest* yang tidak berbobot, penawar tidak mengetahui dimuka bagaimana penawaran mereka akan di evaluasi. *Beauty Contest* yang berbobot merupakan mekanisme alokasi dimana penawar mengetahui dimuka



mengenai criteria yang akan mereka taksir dan bobot criteria yang berbeda. Walaupun nilai maksimum pada criteria tertentu diketahui, itu tetap ambigu, walaupun didalam *Beauty Contest* berbobot, bagaimana cara menilai penawar berbeda dalam criteria tersebut);

Oleh karena itu, dalam kasus ini, walaupun Pertamina dan Medco menggunakan dua sistem penilaian yang berbeda yang tidak diberitahukan kepada peserta, tidak akan ada kerugian bagi peserta selama kedua system di aplikasikan secara rata (dalam kasus ini) kepada proposal masing-masing waktu;

9.3.9. Dalam kaitannya dengan *Term of Reference*, dari sudut pandang Pemohon, sebagai pemain industri yang mapan, kriteria yang digunakan oleh Pertamina dan Medco dalam *Term of Reference* cukup pasti dan jelas untuk mempersiapkan sebuah proposal yang responsif. Bahwa seluruh pemain industri yang menerima *Term of Reference* dan berminat atas Proyek Donggi Senoro berhasil mengajukan proposal yang responsif merupakan bukti dari kejelasan dan ruang lingkup yang pasti dari criteria tersebut;

9.3.10. Termohon menyimpulkan bahwa *Term of Reference* tidak jelas tanpa referensi yang jelas. Sebaliknya, Pemohon telah menemukan bukti yang tidak terbantah dari Mr. James Ball bahwa kriteria dari *Term of Reference* tersebut telah sesuai (Ringkasan Eksekutif dari the Affidavit Ball 1 (halaman ix and x)):

“...d. **Were the right criteria chosen?** We believe that it was correct to pick selection criteria that were largely qualitative and which defined a partner that would provide capabilities and credibility which needed to be strengthened. These included proven, long standing LNG experience, especially along the whole value chain and financial strength. Such a partner would know how to make the appropriate technical choices, thus the technology issue need not be included



- e. **Was the list of invitees discriminatory?** If anything, we are surprised by the breadth of the list of invited parties; it was the opposite of discriminatory. It gave many newcomers a chance to prove themselves but also wisely included some more experienced contenders.
- f. **Was the contest fairly conducted?** We believe that screening criteria used and the method used by Pertamina to evaluate the bids were reasonable and fit for purpose. The two strongest candidates across the two evaluations, Mitsubishi and Mitsui were shortlisted following further evaluation by a joint team. These candidates were clearly the most qualified contenders by the standards required at the beginning of the process.”

Terjemahan tidak resmi:

- (...d. **Apakah kriteria yang terbaik terpilih?** Kami percaya bahwa adalah benar untuk menentukan kriteria seleksi yang sebagian besar kualitatif dan yang mendefinisikan seorang mitra yang mampu memberikan kemampuan dan kredibilitas yang dibutuhkan untuk memperkuat. Hal-hal ini termasuk, pengalaman LNG yang panjang dan terbukti, terutama bersama dengan seluruh mata rantai (value chain) dan kekuatan keuangan. Mitra tersebut harus tahu bagaimana caranya membuat pilihan-pilihan teknis secara tepat, sehingga masalah teknologi tidak perlu dimasukkan.
- e. **Apakah daftar undangan bersifat diskriminatif?** Jika ada, kami terkejut dengan banyaknya daftar pihak-pihak yang diundang; hal itu justru kebalikan dari diskriminatif. Hal tersebut memberikan peluang kepada banyak pendatang baru untuk membuktikan diri mereka tetapi juga dengan bijaksana melibatkan beberapa peserta yang lebih berpengalaman.
- f. **Apakah kontes tersebut dilakukan dengan adil?** Kami percaya bahwa kriteria penyaringan dan

Hal. 65 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



metode yang digunakan Pertamina untuk mengevaluasi tawaran-tawaran adalah masuk akal dan cocok untuk tujuan. Dua kandidat terkuat setelah melewati dua evaluasi, Mitsubishi dan Mitsui terpilih untuk mengikuti evaluasi berikutnya oleh tim gabungan. Kandidat-kandidat ini adalah jelas-jelas merupakan peserta yang paling memenuhi persyaratan yang disyaratkan pada awal proses.)

9.3.11. Poin sebelumnya didukung oleh Tn. Jaansen, dikutip oleh Termohon, ketika ia menjelaskan bahwa:

"... in the cases where a Beauty Contest is most desirable, i.e. when the seller wants to get information from the market about innovative business concepts, one simply cannot prepare such a precise evaluation scheme in advance. Some degree of ambiguity cannot be avoided if a Beauty Contest is held" (Auctioning Public Assets, Martin Jaansen, 2004, halaman 13)

Terjemahan tidak resmi:

(..pada kasus dimana *Beauty Contest* paling menarik, contohnya ketika penjual berkeinginan untuk mendapatkan informasi dari pasar mengenai konsep yang inovatif, hanya satu tidak dapat dipersiapkan skema evaluasi yang tepat dimuka. Beberapa tingkatan ambigu tidak dapat di tolak jika *Beauty Contest* diselenggarakan).

9.3.12. Terkait dengan persyaratan proposal yang mengikat yang diajukan Pertamina dan Medco, hal ini saja tidak dapat membuktikan bahwa terdapat sebuah persekongkolan untuk mengarahkan Pemohon sebagai pemenang dari *Beauty Contest*. Perlu ditekankan bahwa Pemohon tidak memiliki peran apa pun dalam menentukan kriteria dari *Beauty Contest*, termasuk persyaratan untuk proposal yang mengikat. Namun, ketika persyaratan untuk proposal yang mengikat diajukan, Pemohon berupaya sebaik mungkin untuk mengakomodasi persyaratan. Adalah di luar kendali dari Pemohon bahwa peserta lainnya (contoh Mitsui) dapat atau tidak dapat mengakomodasi



persyaratan tersebut. Pemohon tidak dapat dianggap bertanggung jawab atas pengajuan persyaratan tersebut;

9.3.13. Dalam hal apapun, hal tersebut umum dalam praktek industri bagi pemilik proyek untuk meminta proposal yang mengikat pada akhir proses karena akan menunjukkan komitmen dari peserta *Beauty Contest* dan "mengurangi resiko proyek" sebagaimana dijelaskan oleh Mr Ball (Afidavit Ball 1 pada halaman 43). Persyaratan ini tentu akan menguntungkan proyek Donggi Senoro tersebut dan rakyat Indonesia;

9.3.14. Selanjutnya, apabila Pengadilan ini memutuskan bahwa *Beauty Contest* adalah tender dalam arti Pasal 22 – quad non - sebagaimana yang dikutip Termohon dalam Putusan KPPU, adalah juga merupakan hal yang biasa untuk membuat persyaratan tambahan di tengah proses *Beauty Contest*. Dalam ayat 8 halaman 215 Putusan KPPU, menyatakan sebagai berikut:

"Bahwa *Beauty Contest* menjadi lebih menguntungkan daripada tender dalam hal, itu diperlukan inovasi dan pendekatan yang berbeda dalam menjalankan proyek yang melalui Kontes Kecantikan, penawar mungkin berkontribusi penciptaan dan menyesuaikan kebutuhan khusus, karena persyaratan yang belum ditetapkan namun pada pertama (Maarten Janssen (Ed), 2004)"

9.3.15. Tn. Jaansen juga menjelaskan didalam bukunya bahwa:

"A third issue concerns whether the proposed 'beauty' of a proposal is also fixed in a contract. There are two related points here. The first is that if a proposal wins because of certain aspects in the proposal, then these aspects have also to be fixed in a contract with the winning organisation.... The second point is that it is advisable not to score a proposal on 'beautiful aspects' that cannot afterwards be verified (and hence cannot be the subject of a contract).

A last point concerning *Beauty Contest* design is that in some cases it may make sense to have an initial qualification phase, in which a limited number of firms are



selected, before the full contest takes place. This two-stage procedure may have advantages if organisations are requested to provide a very detailed plan. Knowing that there are a limited number of competitors, firms have higher chances of winning the contest and therefore better incentives to make significant effort in writing the proposal, i.e. limiting the number of competitors may increase the quality of the proposals. Second, a two-stage procedure may also reduce the time it takes for government authorities to evaluate the different proposals. A two-stage procedure was followed in some of the Dutch contests among reintegration firms, but not in all of them" (Auctioning Public Assets, Martin Jaansen, 2004, halaman 13-14)

Terjemahan tidak resmi:

(Isu ketiga mengenai apakah pengajuan 'beauty' dalam proposal adalah pasti didalam kontrak. Ada dua poin yang berhubungan disini. Pertama bahwa jika proposal menang berdasarkan aspek tertentu didalam proposal, maka aspek tersebut harus juga ditetapkan didalam kontrak dengan memenangkan organisasi..Poin kedua yaitu bahwa sebaiknya dinilai proposal pada "aspek cantik" yang tidak dapat sesudahnya diverifikasi (dan oleh karena itu tidak menjadi subyek kontrak).

Poin terakhir mengenai bentuk Beauty Contest bahwa di beberapa kasus dimungkinkan untuk memiliki kualifikasi fase awal, yang terbatas jumlah, firma yang terpilih, sebelum kontes sepenuhnya diadakan. Dua tahap prosedur ini dapat menguntungkan jika organisasi meminta rencana yang sangat rinci. Mengetahui adanya jumlah kompetitor yang terbatas, firma memiliki kesempatan yang besar untuk memenangkan kontes dan oleh karena itu insentif yang lebih baik untuk membuat usaha yang penting dalam menulis proposal, contohnya pembatasan jumlah kompetitor dapat menambah kualitas proposal. Kedua, dua tahap prosedur dapat mengurangi waktu yang digunakan untuk pemerintah yang berwenang untuk



mengevaluasi proposal yang berbeda. Dua tahap prosedur tersebut diikuti oleh beberapa kontes di Belanda diantara reintegrasi firma, tetapi tidak semua;

9.3.16. Paragraf pertama yang dikutip diatas menunjukkan bahwa adalah wajar dan normal untuk menggunakan proposal mengikat diakhir untuk mengikat peserta terhadap proposal. Paragraph kedua menunjukkan bahwa adalah wajar dan normal memiliki dua tahap dalam *Beauty Contest*. Dalam kasus ini, tahap kedua adalah ketika Pertamina dan Medco memilih untuk memperkenalkan persyaratan mengikat (*binding requirement*);

9.3.17. Oleh karena itu, jelas bahwa Termohon tidak memiliki bukti untuk mendukung kesimpulan bahwa *Beauty Contest* diarahkan oleh Pemohon, Pertamina atau Medco untuk kepentingan Pemohon dan kesimpulan tersebut harus ditolak. Faktanya, bukti memperlihatkan bahwa, seandainya pun Pengadilan berpendapat bahwa *Beauty Contest* merupakan tender (dimana Pemohon menolak) – *quod non* -, tidak ada hal yang tidak wajar dalam hal bagaimana *Beauty Contest* tersebut dirancang, criteria yang dipilih dan cara penilaian peserta;

9.4. Tidak ada persekongkolan antara Mitsubishi, Pertamina dan Medco

9.4.1. Pemohon dengan ini menolak dalil Termohon dalam ayat 8.9.1 sampai 8.9.3 halaman 229-230 Putusan KPPU, yang menyatakan sebagai berikut:

"8.9.1. Bahwa perilaku diskriminatif adalah dalam bentuk kesempatan diskusi dan presentasi yang hanya diberikan kepada MC serta memberikan undangan yang berbeda sebagai bentuk pemberian kesempatan eksklusif oleh PNA dan MEI sebagai penyelenggara Beauty Contest untuk MC;

8.9.2. Bahwa hasil dari penilaian yang berbeda, TOR yang tidak jelas dan permintaan proposal yang mengikat langsung ke MC adalah bentuk PNA dan tindakan MEI dalam penciptaan persaingan ditiru;



- 8.9.3. Bahwa pemberian kesempatan eksklusif serta persaingan palsu adalah bentuk konspirasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22"
- 9.4.2. Meskipun telah melangsungkan proses penyidikan panjang selama hampir dua tahun, Termohon tidak mengidentifikasi bukti-bukti, baik langsung maupun tidak langsung, untuk mendukung kesimpulan bahwa Pemohon bersekongkol dengan Pertamina dan Medco dalam *Beauty Contest*;
- 9.4.3. Termohon mengutip empat faktor sebagai indikator atau bentuk dari persekongkolan di atas, yang semuanya telah dibantah oleh Pemohon;
- 9.4.4. Sehubungan dengan faktor pertama yaitu kesempatan eksklusif untuk diskusi diberikan hanya kepada Mitsubishi, seperti yang dijelaskan sebelumnya dan diakui dalam laporan penyelidikan Termohon sendiri, Termohon bukan satu-satunya pihak yang berkomunikasi dengan Pertamina dan Medco. Dengan kata lain, diskusi dan presentasi tidak diberikan oleh Pemohon secara eksklusif. Oleh karena itu, kesimpulan Termohon bahwa Pemohon telah bersekongkol dengan Pertamina dan Medco untuk mendapatkan peluang eksklusif untuk memberikan presentasi dengan demikian tidak relevan;
- 9.4.5. Selain itu, seandainya pun Pengadilan ini setuju bahwa terdapat perlakuan "diskriminatif" yang diberikan untuk kepentingan Pemohon (yang mana disangkal) - *quod non* - hal ini tidak berarti bahwa terdapat persekongkolan antara para pihak tanpa bukti lainnya. Hal ini karena suatu persekongkolan mensyaratkan suatu maksud bersama untuk mencapai suatu tujuan bersama;
- 9.4.6. Akan tetapi, telah ditunjukkan bahwa Pemohon tidak meminta kesempatan untuk memberikan presentasi. Presentasi tersebut diberikan atas permintaan Pertamina dan Medco. Pihaknya juga telah menunjukkan bahwa Pemohon tidak memiliki keterlibatan apa pun dalam menentukan pemenang *Beauty Contest* atau kriteria yang akan digunakan dalam *Beauty Contest*;



- 9.4.7. Oleh karena itu, tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Pemohon bersama-sama dengan Pertamina dan Medco sejak awal bertujuan untuk memperlakukan Pemohon lebih baik dibandingkan dengan para peserta lainnya. Selain itu, juga tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Pemohon bersama-sama dengan Pertamina dan Medco sejak awal bertujuan untuk menentukan Pemohon sebagai pemenang;
- 9.4.8. Terkait dengan faktor-faktor lainnya yaitu perbedaan waktu untuk pengiriman undangan, perbedaan sistem penilaian dan persyaratan proposal yang mengikat, Pemohon tidak terlibat dalam keputusan apapun yang berkaitan dengan *Beauty Contest*. Termohon tidak mengidentifikasi adanya bukti (dan memang tidak ada) atas keterlibatan Pemohon dalam setiap proses pengambilan keputusan, seperti contoh keputusan kapan untuk mengirimkan undangan, keputusan untuk menentukan kapan mengenakan persyaratan mengikat atau keputusan tentang bagaimana menilai proposal. Dengan tidak adanya keterlibatan Pemohon, tidak dimungkinkan adanya persekongkolan apapun antara Pemohon dengan Pertamina dan Medco;
- 9.4.9. Hal yang lebih penting, apabila Pertamina dan Medco berkeinginan untuk menunjuk Pemohon sebagai mitra mereka, mereka tidak harus bersekongkol dengan Pemohon dan melaksanakan *Beauty Contest*. Mereka dapat menunjuk Pemohon secara langsung. Fakta ini saja membantah kesimpulan apa pun bahwa terdapat persekongkolan atau bahwa *Beauty Contest* dilakukan untuk kepentingan dari Pemohon;
- 9.4.10. Selanjutnya, Pedoman KPPU dalam halaman 18 menyebutkan bahwa indikator-indikator yang harus ada harus tetap dibuktikan dengan bukti oleh KPPU. Dengan kata lain, indikator-indikator saja tidak mencukupi untuk membuktikan persekongkolan:
- “Untuk mengetahui telah terjadi tidaknya suatu persengkokolan dalam tender, berikut dijelaskan berbagai indikasi persekongkolan yang sering dijumpai



pada pelaksanaan tender. Perlu diperhatikan bahwa, hal-hal berikut merupakan indikasi persekongkolan sedangkan bentuk atau perilaku persekongkolan maupun tidak adanya persekongkolan tersebut harus dibuktikan melalui pemeriksaan oleh Tim Pemeriksa atau Majelis KPPU.”

9.4.11. Berdasarkan penjelasan diatas, sangatlah jelas bahwa tidak ada persekongkolan antara Pemohon, Pertamina dan Medco terkait dengan proses *Beauty Contest*. Dengan tidak adanya bukti apa pun berkaitan dengan persekongkolan, maka kesimpulan Termohon harus ditolak.

9.5. Tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan atau menggunakan informasi LNGI yang dikategorikan sebagai Rahasia Dagang.

9.5.1. Pemohon dengan ini menolak dalil Termohon dalam paragraph 1 sampai 8 halaman 232-234 dari Putusan KPPU, yang menyatakan sebagai berikut:

- "(1) Bahwa berdasarkan Putusan KPPU Nomor 19/KPPU-L/2007 sebagaimana dikuatkan dengan Putusan MA No. 158 K/PDTSUS/ 2009 dated 23 June 2009, Pengertian mengenai Rahasia perusahaan mungkin diadaptasi dari Pengertian dari Rahasia Dagang sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang dalam (Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000);
- (2) Bahwa berdasarkan pasal 1 angka 1 dari Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000, rahasia Dagang adalah “Informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan/atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh Pemilik Rahasia Dagang”;
- (3) Bahwa dalam Pasal 2 Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 “ Lingkup perlindungan Rahasia Dagang meliputi metode produksi, metode pengolahan, metode penjualan, atau informasi lain di bidang

Hal. 72 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

teknologi dan/atau bisnis yang memiliki nilai ekonomi dan tidak diketahui oleh masyarakat umum;

- (4) Bahwa lebih lanjut mengenai ruang lingkup dari rahasia dagang dalam Pasal 3 Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 menyatakan sebagai berikut:

1. Rahasia Dagang mendapat perlindungan apabila informasi tersebut bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomi, dan dijaga kerahasiaannya melalui upaya sebagaimana mestinya;
2. Informasi dianggap bersifat rahasia apabila informasi tersebut hanya diketahui oleh pihak tertentu atau tidak diketahui secara umum oleh masyarakat;
3. Informasi dianggap memiliki nilai ekonomi apabila sifat kerahasiaan informasi tersebut dapat digunakan untuk menjalankan kegiatan atau usaha yang bersifat komersial atau dapat meningkatkan keuntungan secara ekonomi;
4. Informasi dianggap dijaga kerahasiaannya apabila pemilik atau para pihak yang menguasainya telah melakukan langkah-langkah yang layak dan patut."

- (5) Bahwa berkaitan dengan due diligence yang dilakukan oleh MC kepada LNGI, Pendahuluan dari due diligence adalah setelah MC melakukan presentasi kepada PNA dan MEI. Dalam salah satu presentasi berkaitan dengan Permintaan dan Saran dari MC memuat: "MC menginginkan adanya peluang untuk mereview data pada permulaan perihal Hulu dan Hilir". lebih lanjut MEI memfasilitasi MC untuk melihat data hilir dengan meminta MC TO melakukan due diligence kepada LNGI;

- (6) Bahwa hasil dari MC due diligence kepada LNGI memberikan data untuk MC dalam persiapan proposal proyek sedikitnya untuk hal-hal sebagai berikut:

- a. Dalam presentasi pada 7 Februari 2006, MC menyatakan kepada para pihak: "MC menawarkan

Hal. 73 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Kapasitas terminal yang tersedia (mencapai c.2 MTPA) telah dijamin dalam U.S/Go.M, sebagaimana diperlukan untuk menjamin arus kas yang cukup dan pembiayaan untuk permulaan FID".Setelah dilakukan due diligence dan dinilai bahwa teknologi yang ditawarkan oleh LNGI dengan kapasitas 1.0 mtpa, memberikan inspirasi kepada MC sebagaimana telah dinyatakan dalam presentasi pada 23 dan 24 Februari 2006 bahwa Kilang minyak dengan kapasitas 2.0 mtpa X 1 mencukupi untuk menggabungkan Donggi-Senoro.

b. Dalam presentasi pada 7 Februari 2006, MC tidak didiskusikan tentang DMO (Kewajiban Pasar Domestik) tetapi setelah melakukan due diligence dan dari aspek komersial dapat melihat DMO, kemudian dalam proposal pada 16 Maret 2006, MC mendiskusikan DMO, bahwa dalam mengatasi permasalahan DMO;

- (7) Bahwa Majelis Komisi menilai informasi hasil due diligence yang dimanfaatkan oleh MC dalam menyusun proposal proyek dikategorikan sebagai rahasia perusahaan karena memenuhi kriteria dalam lingkup rahasia dagang sebagaimana dimaksud dalam pasal 3 UU No. 30 Tahun 2000 yaitu informasi dianggap dijaga kerahasiaannya apabila memiliki nilai ekonomi dan pemilik atau para pihak yang menguasainya telah melakukan langkah-langkah layak dan patut sebagaimana telah ditempuh melalui confidentiality agreement;
- (8) Bahwa terkait dengan hasil due diligence merupakan persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia pesaingnya, majelis komisi menilai bahwa sepanjang informasi digunakan oleh pihak lain untuk kepentingan bisnis dan mendapatkan manfaat dari informasi tersebut maka tindakan tersebut dapat dikategorikan sebagai persekongkolan untuk mendapatkan rahasia perusahaan pesaingnya."



9.5.2. Ada baiknya mengingat fakta tak terbantahkan mengenai *due diligence*:

- (A) Pada tanggal 7 Februari 2006, Pemohon membuat presentasi umum kepada Pertamina dan Medco mengenai ketertarikannya dalam Proyek Donggi Senoro dan kemampuannya serta ide-ide yang diusulkannya;
- (B) Segera setelah itu, Pemohon diminta untuk melakukan peninjauan terhadap pekerjaan awal LNGI berkaitan dengan Blok Senoro. LNGI menyetujui peninjauan tersebut berdasarkan Perjanjian Kerahasiaan;
- (C) Pada tanggal 23 dan 24 Februari 2006, Pemohon menyampaikan hasil peninjauan tersebut kepada operator Blok Senoro;
- (D) Pemohon bukan satu-satunya pihak yang diminta untuk melakukan peninjauan. Mitsui dan Anadarko melakukan hal yang sama pada saat/sekitar waktu yang bersamaan.

9.5.3. Sehubungan dengan kesimpulan pada point (5) bahwa *due diligence* dipicu oleh permintaan Pemohon untuk peninjauan data:

- (A) Permintaan Pemohon untuk “sebuah kesempatan untuk melakukan peninjauan data” dibuat pada tanggal 7 Februari 2006 (lihat halaman 69 dari Presentasi Pemohon), bahkan sebelum Pemohon meyakini keterlibatan LNGI/EU dalam Blok Senoro. Lebih lanjut, permintaan tersebut diajukan dalam kaitannya dengan data yang dimiliki Pertamina dan Medco yang berhubungan dengan kegiatan mereka dalam (baik hulu maupun hilir) untuk Blok Matindok dan Senoro. Hal ini tidak berkaitan dengan LNGI/EU;
- (B) Permintaan informasi tersebut merupakan hal yang biasa, mengingat suatu pemain LNG perlu memahami sifat dari Blok-Blok terkait dan proyek yang bersangkutan sebelum dapat berpartisipasi. Dengan kata lain, tidak ada bukti yang menunjukkan



hubungan langsung antara permintaan Pemohon untuk peninjauan data dan permintaan Medco kepada Pemohon untuk meninjau pekerjaan awal LNG/EU;

- (C) Selanjutnya, tidak dapat dibantah bahwa permintaan untuk melakukan *due diligence* tersebut tidak hanya dimintakan kepada Pemohon tetapi juga kepada Mitsui dan Anadarko. Hal ini membuktikan bahwa bukan Pemohon yang memulai *due diligence* tersebut. Fakta ini tidak dapat dibantah oleh direktur LNG/EU sendiri selama sidangnya dengan KPPU pada tanggal 22 November 2010 (lihat dokumen B42 dari berkas dokumen Termohon pada tanggapan terhadap pertanyaan no. 18).

9.5.4. Sehubungan dengan kesimpulan pada point (6) bahwa hasil *due diligence* memberikan Pemohon titik mulai ataupun dasar dalam mempersiapkan proposalnya:

- (A) Pertama-tama, harus ditekankan bahwa hal ini merupakan hal baru yang tidak pernah diangkat sebelumnya oleh Termohon yang melanggar hak dari Pemohon untuk diberi kesempatan menyampaikan perkaranya;
- (B) Dalam hal apapun, adalah tidak benar untuk menyatakan bahwa opsi Pemohon untuk memiliki 2.0 mtpa x 1 train dibuat setelah Pemohon meninjau pekerjaan awal LNG/EU. Opsi ini terdapat dalam presentasi Mitsubishi pada tanggal 7 Februari 2006 (slide 59). Pada Map yang diberi label "Proyek LNG dalam Konstruksi dan Perencanaan", label Sulawesi LNG – Indonesia merujuk pada proyek dan disebutkan dalam bagan Pemohon bahwa opsinya adalah 1.95 mtpa x 1 atau 0.85 mtpa x 2. Dengan demikian, hal ini jelas menunjukkan bahwa proposal Pemohon dalam slide-slide tanggal 7 Februari 2006 didasarkan pada presentasi sebelumnya dan bukan berasal dari informasi milik LNG/EU;



- (C) Berkaitan dengan masalah kewajiban pasar domestik, sekali lagi, informasi ini merupakan informasi yang disediakan oleh Pertamina dan Medco atau BPMigas karena merekalah pihak yang mengetahui setiap persyaratan pemerintah untuk penjualan gas untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri. Informasi ini, walaupun tidak disampaikan dalam presentasi slide pada tanggal 7 Februari 2006, tidak termasuk kedalam informasi yang termasuk dalam kategori Rahasia Dagang LNG/EU karena informasi ini bukan merupakan milik LNG/EU. Informasi ini akan menjadi informasi yang dimiliki oleh pemilik proyek atau Pemerintah Indonesia yang telah membicarakan hal ini dengan pemilik proyek;
- (D) Dalam hal apapun, masalah kewajiban gas dalam negeri merupakan pengetahuan umum sejak bulan Agustus 2005. Affidavit Tambahan Mr. James Ball (Affidavit Ball 2) menambahkan beberapa publikasi industri tentang Indonesia yang dipublikasikan di bulan Agustus 2005 yang menyebutkan persyaratan penyediaan gas untuk produsen pupuk di Indonesia dibandingkan menjualnya ke luar negeri (Lihat Analisis Masalah Gas berjudul “Indonesia – what plaques the gas industry:” sebagaimana terlampir pada Affidavit Ball 2);
- (E) Sebagai kesimpulan, tidak ada bukti untuk mendukung kesimpulan Termohon bahwa Pemohon telah menggunakan hasil *due diligence* sebagai dasar dalam persiapan proposalnya. Termohon tidak menunjukkan informasi apa yang ditinjaunya dalam *due diligence* yang muncul dalam proposal Pemohon atau presentasi Pemohon karena dalam kenyataannya Pemohon tidak menggunakan informasi tersebut. Hal ini didukung oleh bukti dari saksi ahli yang telah menganalisa sifat dari informasi LNG/EU sebagaimana dipresentasikan dalam temuan Pemohon (dikutip dari ayat 9.5.6 berikut ini).



9.5.5. Sehubungan dengan kesimpulan pada ayat (7):

- (A) Keberadaan Perjanjian Kerahasiaan saja tidak cukup untuk menyimpulkan bahwa informasi yang ditinjau adalah “Rahasia Dagang” LNGI. Hal ini dikarenakan meskipun Perjanjian Kerahasiaan itu sendiri mengakui bahwa informasi yang diungkapkan akan menjadi “informasi rahasia” hanya apabila informasi tersebut merupakan “informasi bernilai rahasia” yaitu yang tidak diketahui oleh pihak lainnya. Selanjutnya, menurut Pasal 1 Nomor 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000, rahasia dagang adalah “Informasi yang **tidak diketahui oleh umum** dalam bidang teknologi dan/atau bisnis”. Oleh karena itu, informasi seperti cadangan gas pada blok dan kewajiban gas dalam negeri tidak akan dianggap sebagai informasi rahasia;
- (B) Termohon tidak menunjukkan informasi mana yang menjadi milik LNGI/EU yang merupakan informasi rahasia sehingga kesimpulannya harus ditolak.

9.5.6. Sehubungan dengan kesimpulan pada ayat (8):

- (A) Pertama-tama, harus digarisbawahi bahwa Termohon belum menyatakan mengapa pihaknya menganggap LNGI sebagai saingan dari Pemohon. Telah disampaikan bahwa LNGI bukanlah saingan dari Pemohon. (sehingga Pasal 23 menjadi tidak berlaku) karena:
1. LNGI menawarkan sebuah skema untuk satu blok yaitu Blok Senoro, dimana LNGI akan bertindak sebagai pembeli gas untuk membeli gas dari Pertamina dan Medco. LNGI juga menawarkan teknologinya yaitu konsep kilang LNG mini untuk memproses gas yang dibeli. LNGI selanjutnya akan menjual gas tersebut. (LDP KPPU yang meringkas Perjanjian Eksklusivitas);
 2. Pemohon, di sisi lain, menawarkan dalam presentasi awalnya pada tanggal 7 Februari 2006 (sebelum *due diligence* dilakukan dan sebelum



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Pemohon menyadari minat dari LNGI) untuk terlibat dalam semua aspek dari kegiatan hulu dan hilir dari dua blok tersebut yaitu Blok Matindok dan Blok Senoro;

- (B) Lebih lanjut, LNGI dan Pemohon beroperasi pada dua pasar yang berbeda. LNGI terutama bergerak dalam penyediaan teknologi dan pengalamannya sebagian besar terkonsentrasi dalam pembelian gas serta pembangunan dan pengoperasian kilang LNG mini. Dilain pihak, Pemohon merupakan pemain semua mata rantai (*all value chain*) yang dapat melakukan semua aspek dalam kegiatan hulu dan hilir;
- (C) Tidak ada keuntungan yang diperoleh Pemohon dalam meninjau pekerjaan awal LNGI/EU karena Pemohon tidak dapat menggunakan informasi yang dimiliki oleh LNGI/EU serta tidak menggunakan informasi tersebut;
- (D) Termohon tidak mengidentifikasi informasi tertentu mana yang merupakan milik LNGI, yang digunakan dalam proposal Pemohon. Mohon agar Majelis Hakim Yang Terhormat memeriksa semua slide presentasi Pemohon. Pemeriksaan tersebut akan menunjukkan bahwa tidak ada informasi LNGI yang digunakan dalam slide presentasi Pemohon ataupun proposal dalam *Beauty Contest*;
- (E) Lebih penting lagi, Pemohon telah menunjukkan bukti yang sangat kuat melalui Afidafit Ball 1 dimana Mr. James Ball meninjau slide-slide tersebut dan membuktikan bahwa Pemohon tidak dan tidak mungkin menggunakan informasi LNGI apapun selama pelaksanaan *due diligence*. Dalam Afidafit Ball 1, Mr. James Ball menganalisa slide presentasi dari Pemohon mengenai pekerjaan awal LNGI (Afidafit Ball 1 halaman 39 dan 40) dan membuat kesimpulan sebagai berikut:

Hal. 79 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



"We do not believe that the knowledge of the work carried out by LNGI could in any way have given either Mitsui or Mitsubishi any advantage in the partner selection process that would have resulted in either of those companies being shortlisted or being finally selected. What information there was related largely to technology or was specific to the small scheme based on Senoro alone. None of this was relevant to the larger scheme for the combined Matindok and Senoro blocks. In addition, technology was not a criterion used in selecting the partners. The technology would be chosen by the partners at a later stage in the project development from one of several well established providers of liquefaction technology. These companies (such as Air Products) are not generally experienced in the management and development of LNG projects and are not therefore chosen as partners in LNG projects. They are service providers. Mitsui and Mitsubishi are not among them; they were offering their wider LNG development expertise and financial strength. LNGI's particular contribution was offering a small scale technology for a small scale plant that was not proven for baseload LNG" (Afidavit James Ball halaman 40).

Terjemahan tidak resmi:

(Kami tidak mempercayai bahwa pengetahuan (informasi) pekerjaan yang dilakukan oleh LNGI dapat dengan cara apapun, memberikan keuntungan bagi Mitsui maupun Mitsubishi dalam proses seleksi mitra yang menjadikan kedua perusahaan itu masuk dalam daftar pilih atau pada akhirnya terpilih. Informasi tersebut sangat berkaitan dengan teknologi atau spesifik dengan skema kecil yang berbasis pada Senoro sendiri. Tak sedikitpun informasi yang relevan dengan skema lebih besar yang ada pada gabungan

Hal. 80 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Matindok dan Blok Senoro. Di samping itu, teknologi bukanlah suatu kriteria yang dipakai untuk memilih mitra. Teknologi akan dipilih oleh para mitra pada tingkatan selanjutnya dalam pengembangan proyek dari satu atas beberapa penyedia teknologi liquefaction yang telah mapan. Perusahaan-perusahaan tersebut (seperti Air Products) tidak secara umum berpengalaman dalam bidang pengelolaan dan pengembangan proyek-proyek LNG serta tidak dipilih sebagai mitra dalam proyek-proyek LNG. Mereka adalah penyedia layanan. Sedangkan Mitsui dan Mitsubishi tidak sama dengan perusahaan-perusahaan tersebut, mereka menawarkan keahlian dan kekuatan finansial mereka dalam bidang pengembangan LNG. Kontribusi khusus LNGI adalah menawarkan sebuah teknologi skala kecil untuk sebuah kilang berskala kecil yang tidak teruji untuk LNG baseload);

- (F) Sehingga, Kesimpulan Termohon yang menyatakan bahwa Pemohon telah menggunakan informasi rahasia LNGI untuk keuntungannya sendiri harus ditolak;

9.6 Tidak Terjadi Praktik Persaingan Usaha Tidak Sehat yang akan Berujung Pada Pelanggaran Pasal 22 dan 23 Undang-Undang No. 5/1999

- 9.6.1. Pemohon menolak asumsi Termohon yang menyatakan bahwa telah terjadi persaingan usaha tidak sehat dalam kondisi ini;
- 9.6.2. Termohon tidak menjelaskan bagaimana persaingan usaha tidak sehat terjadi dalam perkara ini. Termohon hanya berasumsi bahwa tindakan yang dikeluhkan telah menyebabkan persaingan usaha tidak sehat. Termohon juga berasumsi bahwa telah terjadi tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum. Namun, bagaimanapun juga, tidak terdapat bukti yang menunjukkan:



- (A) Sehubungan dengan Pasal 22, *Beauty Contest* tidak lain dari sebuah proses seleksi secara adil untuk memilih calon mitra terbaik untuk Pertamina dan Medco;
- (B) Sehubungan dengan Pasal 23, Pemohon telah menggunakan informasi LNGI untuk kepentingannya sendiri.

9.6.3. Pemohon telah mengajukan bukti ahli hukum yang menyatakan bahwa aturan mengenai alasan dan prinsip efisiensi akan mengacu pada kesimpulan bahwa tidak terjadi persaingan usaha tidak sehat dalam perkara ini. Bahkan seandainya pun terjadi persekongkolan (yang telah disangkal) berdasarkan pasal 22 dan 23 – *quod non* - . Ahli Hukum Ibu Nugroho menjelaskan dalam laporannya bahwa unsur “menyebabkan persaingan usaha tidak sehat”, merupakan pencerminan dari persyaratan *rule of reason* untuk bukti (halaman 15 kesaksian ibu Nugroho)

“Khususnya pembuktian unsur “akibat perbuatan pelaku usaha tersebut dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat” Karena pembuktian unsur “yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.” pada pasal 22 maupun pasal 23 sesuai ketentuan UU No 5 Tahun 1999, pembuktiannya menggunakan pendekatan *rule of reason*, yang penggunaannya cenderung berorientasi pada prinsip efisiensi, dan adanya kerugian masyarakat. Yang diperlukan pembuktian, apakah tindakan yang dituduhkan itu (jika terbukti adanya pelanggaran pasal 22 dan pasal 23), mengakibatkan kerugian masyarakat dan merusak persaingan.)”

9.6.4. Termohon telah gagal untuk mempertimbangkan prinsip *rule of reason* dalam menganalisa pertanyaan mengenai apakah persaingan usaha tidak sehat telah terjadi. Hal ini keliru dan bertentangan dengan susunan kata dalam Pasal 22 yang mensyaratkan adanya unsur tersebut untuk “menyebabkan persaingan usaha tidak sehat” terjadi. Hal ini ditegaskan dalam literatur yang dibuat oleh Termohon

Hal. 82 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



(dan dimuat dalam Website Termohon) yang berjudul *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks*) yang ditulis oleh Dr. Andi Fahmi Lubis, Dr. Anna Maria Tri Anggaraine, Dr. Kurnia Toha, Prof. Budi Kagramanto, Prof. Hawin, Prof. Dr. Ningrum Sirait, Dr. Sukarmi, Dr. Syamsul Maarif dan Dr. Udin Silalahi, dimana berkaitan dengan elemen ini, dinyatakan dalam halaman 153 dan 154:

"Unsur yang terakhir dari ketentuan tentang persekongkolan adalah terjadinya "persaingan usaha tidak sehat". Unsur ini menunjukkan, bahwa persekongkolan menggunakan pendekatan rule of reason, karena dapat dilihat dari kalimat "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat". Pendekatan rule of reason merupakan suatu pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan usaha (seperti KPPU di Indonesia) untuk mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan...

Kebanyakan perkara persekongkolan tender tersebut (baik itu untuk pengadaan maupun penjualan barang-barang dan atau jasa) telah diputus oleh KPPU dengan menggunakan pendekatan rule of reason.)

9.6.5. Sehubungan dengan Pasal 22;

- (A) Proposal Pemohon menang dengan adil berdasarkan kekuatannya sendiri dan faktanya merupakan sebuah proposal yang memenuhi semua persyaratan yang diminta oleh Pertamina dan Medco. Hal ini dijelaskan oleh ahli industri Mr. Ball, (halaman 42 dan 44 Afidafit Ball 1). Menurut Mr. Ball, Pemohon memiliki reputasi yang bagus dan terkenal dalam industri LNG dan mampu bekerja dengan pemilik proyek dalam jangka waktu yang lama. Reputasi Pemohon akan membantu kerjasama ini untuk mendapatkan

Hal. 83 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



pembiayaan yang dibutuhkan untuk memberikan proyek ini modal yang diperlukan. Hal ini akan menguntungkan Pemilik Proyek dan pada akhirnya rakyat Indonesia. Maka dari itu, tidak ada kerugian atau rintangan untuk berkompetisi dalam industri LNG di Indonesia, dan tentu saja tidak terkait dengan Proyek Donggi Senoro. Mr. Ball menyimpulkan:

"Overall, the Mitsubishi proposal was a highly credible one. Mitsubishi showed that it had the credentials to develop LNG projects and necessary project management experience and resources (human and capital) to execute a project of this kind. Mitsubishi was further prepared to offer considerable marketing capabilities and was prepared to offer project financing."

Terjemahan tidak resmi:

(Secara keseluruhan, proposal Mitsubishi memiliki kredibilitas tinggi. Mitsubishi menunjukkan bahwa mereka memiliki kemampuan untuk mengembangkan proyek-proyek LNG dan pengalaman manajemen proyek yang diperlukan serta sumber daya (manusia dan modal) untuk melaksanakan proyek semacam ini. Lebih lanjut, Mitsubishi siap untuk menawarkan kemampuan marketing yang berbobot dan juga siap menawarkan pembiayaan proyek);

- (B) Oleh karena itu, pemilihan Mitsubishi merupakan hasil pemilihan terbaik bagi Pertamina dan Medco dan pada akhirnya bagi rakyat Indonesia. Hal ini pada kenyataannya merupakan hasil yang pro-persaingan;

9.6.6. Sehubungan dengan Pasal 23:

- (A) Sebagaimana dijelaskan dalam ayat 9.5.4 sebelumnya, tidak ada tindakan melawan hukum atau tindakan tidak jujur yang terbukti karena LNGI/EU memberikan informasi rahasia secara sukarela kepada Pemohon berdasarkan Perjanjian Kerahasiaan. LNGI/EU sangat menyadari bahwa



pemeriksaan tersebut dilakukan atas permintaan Medco;

- (B) Tidak terjadi pelanggaran Perjanjian Kerahasiaan karena hal ini merupakan pemahaman bersama antara para pihak bahwa sebagai pemilik/operator dari Blok Senoro, Pertamina dan Medco berhak untuk tahu hasil tinjauan Pemohon atas pekerjaan awal LNG/EU pada Blok Senoro. Hal ini tersirat dalam Perjanjian Kerahasiaan;
- (C) Tidak terjadi persaingan usaha tidak sehat karena Pemohon tidak menggunakan dan tidak dapat menggunakan informasi LNG/EU. Termohon tidak menunjukkan bukti apapun terkait penggunaan informasi tersebut. Dilain pihak, kami telah menunjukkan bahwa tidak terdapat proposal dari Pemohon yang menggunakan informasi tersebut. Semua proposal Pemohon bisa dilihat pada presentasi pertama Pemohon pada tanggal 7 Februari 2006, sebelum *due diligence* dilakukan;
- (D) Dengan tidak adanya informasi milik LNG/EU, tidak mungkin ada persaingan usaha tidak sehat;

10. TIDAK TERJADI PELANGGARAN TERHADAP PASAL 22 DAN 23 UU NO. 5/1999

Dalam bagian sebelumnya, Pemohon telah membantah kesimpulan yang dibuat dalam Putusan KPPU. Dalam bagian ini, Pemohon akan menunjukkan bahwa KPPU telah gagal untuk membuktikan unsur-unsur penting yang diperlukan untuk menyatakan bahwa Pemohon telah melanggar Pasal 22 dan 23.

10.1. Pasal 22

10.1.1. Pasal 22 mewajibkan Termohon untuk membuktikan semua unsur penting berikut ini:

- (A) Adanya tender.
- (B) Unsur persekongkolan untuk menyatakan pemenang tender.
- (C) Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan.



- 10.1.2. Pemohon telah menunjukkan dalam paragraf sebelumnya bahwa putusan KPPU tidak didasarkan pada bukti-bukti namun didasarkan pada asumsi dan pernyataan kosong semata. Oleh karena itu, Termohon telah gagal untuk memenuhi dan melepaskan beban pembuktiannya untuk membuktikan unsur-unsur tersebut.
- 10.1.3. Keberadaan tender: sebagaimana dijelaskan dalam ayat 9.1 sebelumnya, *Beauty Contest* bukanlah tender dalam artian Pasal 22.
- 10.1.4. Unsur Persekongkolan untuk menyatakan pemenang tender: sebagaimana dijelaskan dalam ayat 9.4, tidak terdapat bukti bahwa adanya persekongkolan untuk menyatakan Pemohon sebagai pemenang *Beauty Contest*.
- 10.1.5. Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan: sebagaimana dijelaskan dalam ayat 9.6 sebelumnya, tidak terdapat bukti terjadinya persaingan usaha tidak sehat, walaupun apabila ditemukan terjadinya persekongkolan (yang telah disanggah).
- 10.1.6. Oleh karena itu, Putusan KPPU yang menyatakan telah terjadi pelanggaran Pasal 22 oleh Pemohon harus ditolak dan dinyatakan batal serta tidak berlaku.

10.2. Pasal 23

- 10.2.1. Pasal 23 mewajibkan Termohon untuk membuktikan unsur-unsur penting berikut:
- (A) Unsur Persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia milik pesaing.
 - (B) Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan.
- 10.2.2. Pemohon telah menunjukkan dalam ayat sebelumnya bahwa putusan KPPU tidak didasarkan pada bukti apapun namun hanya didasarkan pada asumsi dan pernyataan kosong semata. Sehingga, Termohon telah gagal untuk memenuhi dan melepaskan beban pembuktian untuk membuktikan unsur-unsur yang dijelaskan sebelumnya.
- 10.2.3. Unsur Persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia milik pesaing: sebagaimana dijelaskan dalam ayat



9.5 sebelumnya, tidak terdapat bukti yang menyatakan bahwa LNGI/EU merupakan pesaing dari Pemohon, serta tidak terdapat juga bukti persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia LNGI/EU.

10.2.4. Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan: sebagaimana dijelaskan dalam ayat 9.6 sebelumnya, tidak terdapat bukti penggunaan informasi rahasia LNGI/EU oleh Pemohon untuk keuntungannya sendiri. Sehingga, tidak terjadi persaingan usaha tidak sehat, walaupun apabila ditemukan terjadinya persekongkolan (yang telah disangkal).

10.2.5. Oleh karena itu, putusan KPPU yang menyatakan telah terjadi pelanggaran pasal 23 oleh Pemohon harus ditolak dan dinyatakan batal serta tidak berlaku.

11. SANKSI YANG DIKENAKAN OLEH KPPU INI TANPA DASAR DAN BERLEBIHAN

11.1. Seandainya Pengadilan ini menemukan bahwa Pemohon bertanggung jawab atas pelanggaran Pasal 22 dan 23 (yang telah disangkal) – *quod non* -, disampaikan bahwa sanksi sebesar 15 miliar rupiah adalah berlebihan dan tanpa dasar. Termohon, dalam menerapkan sanksi diatas, gagal untuk mempertimbangkan fakta bahwa Pemohon tidak memiliki keterlibatan apapun dalam proses pembuatan keputusan dalam *Beauty Contest*. Oleh karena itu, Pemohon tidak seharusnya dibebankan dengan sanksi terberat mengingat fakta bahwa ia tidak memiliki kendali dalam proses maupun hasil dari *Beauty Contest*;

11.2. Faktor lain yang dapat meringankan sanksi adalah fakta bahwa tidak ada kerugian terhadap kepentingan umum. Pemohon adalah Pemain LNG terkemuka dan kegiatan kerjasama antara Pemohon dan Pertamina dan Medco dalam proyek ini akan menguntungkan Indonesia dalam jangka panjang;

11.3. Terakhir, "faktor yang memberatkan" yang diandalkan oleh Termohon didasarkan pada kesimpulan yang salah. Tidak disangkal bahwa Pemohon mengajukan permintaan untuk melakukan peninjauan data dalam presentasinya tanggal 7 Februari 2006. Namun, sebagaimana dijelaskan dalam ayat 9.5.4 sebelumnya, permintaan tersebut dalam hal apa pun tidak



berhubungan dengan permintaan Medco kepada Pemohon untuk meninjau pekerjaan awal LNG/EU. Oleh karena itu, fakta bahwa permintaan tersebut dibuat oleh Pemohon tidak seharusnya menghukum Pemohon dengan cara apapun. Dalam hal apapun, Termohon tidak menjelaskan mengapa fakta tersebut akan mengakibatkan Pemohon menjadi lebih bersalah atau patut dipersalahkan sehingga membenarkan sanksi yang dijatuhkan;

12. PETITUM

Berdasarkan rincian-rincian, fakta-fakta dan dasar hukum diatas, Pemohon dalam hal ini meminta Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk mengeluarkan putusan berikut:

1. Untuk mengabulkan keberatan Pemohon secara keseluruhan;
2. Untuk menyatakan bahwa Putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010, tanggal 5 Januari 2011 sebagai batal dan tidak sah berdasarkan hukum atau setidaknya dibatalkan dengan segala akibat hukumnya;
3. Untuk menyatakan bahwa Pemohon tidak melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999;
4. Untuk menyatakan bahwa Pemohon tidak melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999;
5. Untuk menghukum Termohon menanggung biaya perkara;
- Atau: Apabila Pengadilan yang memeriksa dan mengadili perkara a quo berpendapat lain, kami meminta putusan yang seadil-adilnya (ex aequo et bono).

III. PERMOHONAN Pemohon KEBERATAN III DAN IV (PT MEDCO ENERGI INTERNASIONAL,tbk dan PT MEDCO E & P TOMORI SULAWESI);

Menimbang, bahwa Pemohon Keberatan III, IV/Semula Terlapor II, III, telah mengajukan permohonan Keberatan berdasarkan surat Ref.No.128/LGS/I/2001, tanggal 31 Januari 2011 dengan dalil-dalil sebagai berikut:

I. AMAR PUTUSAN Termohon

- 1.1. Adapun amar Putusan Termohon dalam Perkara No: 35/KPPU-I/2010 tertanggal 5 Januari 2011, yang petikan salinan Putusannya diberitahukan kepada Para Pemohon pada tanggal 18 Januari 2011 (selanjutnya disebut sebagai "Putusan Termohon") dan dimintakan pembatalannya adalah sebagai berikut:



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

1. Menyatakan bahwa Terlapor I, PT Pertamina (Persero), Terlapor II PT Medco Energi Internasional, Tbk dan Terlapor IV Mitsubishi Corporation terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 tahun 1999;
2. Menyatakan bahwa Terlapor II, PT Medco Energi Internasional, Tbk, Terlapor III, PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Terlapor IV, Mitsubishi Corporation terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 23 UU No. 5 tahun 1999;
3. Menghukum Terlapor I PT Pertamina (Persero) membayar denda sebesar Rp10.000.000.000,- (sepuluh milyar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
4. Menghukum Terlapor II PT Medco Energi Internasional, Tbk membayar denda sebesar Rp5.000.000.000,- (lima milyar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
5. Menghukum Terlapor III, PT Medco E&P Tomori Sulawesi membayar denda sebesar Rp1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran Bidang Persaingan Usaha);
6. Menghukum Terlapor IV, Mitsubishi Corporation membayar denda sebesar Rp15.000.000.000,- (lima belas milyar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran bidang persaingan usaha

Hal. 89 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran Bidang Persaingan Usaha).”

- 1.2. Para Pemohon dengan ini menyatakan sangat keberatan dan menolak dengan tegas setiap dalil-dalil dan/atau alasan-alasan yang dijadikan dasar oleh Termohon dalam membuat Putusannya tersebut, kecuali yang kebenarannya diakui secara tegas oleh Para Pemohon;
- 1.3. Pemohon I akan mengajukan keberatan terhadap Putusan Termohon terkait dengan Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999, akan tetapi mengingat Pemohon II tidak dipersalahkan melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, maka Pemohon II hanya mengajukan keberatan terhadap Pasal 23 UU No. 5/1999.

II. MENGENAI TENGGANG WAKTU DAN KOMPETENSI DALAM MEMERIKSA KEBERATAN

- 2.1. Bahwa petikan salinan Putusan Termohon disampaikan kepada Para Pemohon pada tanggal 18 Januari 2011;
- 2.2. Bahwa Para Pemohon mengajukan Keberatan ini pada tanggal 31 Januari 2011 kepada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan yang wilayah kewenangannya meliputi tempat kedudukan dari Para Pemohon;
- 2.3. Bahwa Pasal 44 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya disebut “UU No. 5/1999”) dan Pasal 2 ayat (2) jo. Pasal 4 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU (selanjutnya disebut “Perma No. 3/2005”) mengatur bahwa:
 - 2.3.1. Para Pemohon berhak mengajukan upaya hukum Keberatan terhadap Putusan Termohon dalam tenggang waktu 14 (empat belas) hari kerja terhitung sejak pemberitahuan putusan disampaikan oleh Termohon kepada Para Pemohon; dan
 - 2.3.2. Keberatan diajukan pada Pengadilan Negeri di tempat kedudukan Para Pemohon.

Hal. 90 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



- 2.4. Dengan demikian, pengajuan Keberatan oleh Para Pemohon telah sesuai dengan persyaratan yang diatur berdasarkan Pasal 44 ayat (2) UU No. 5/1999 dan Pasal 2 ayat (2) *jo.* Pasal 4 ayat (1) Perma No. 3/2005 dan oleh karenanya sudah sepatutnya Keberatan ini dapat diterima.

III. RINGKASAN PERKARA

Sebelum Para Pemohon menguraikan secara rinci alasan-alasan Keberatannya, Para Pemohon terlebih dahulu menguraikan secara singkat fakta-fakta dalam perkara *aquo*, sehingga diperoleh gambaran yang jelas atas duduk persoalan yang sebenarnya dalam memeriksa dan mengadili perkara.

- 3.1. Pemohon II dan Pertamina melalui anak perusahaannya adalah pemegang masing-masing 50% (lima puluh persen) hak partisipasi dalam *Production Sharing Contract* Senoro-Toili tertanggal 4 Desember 1997 ("PSC Senoro-Toili") melalui *Joint Operating Body* ("JOB Pertamina-MEPTS") yang mengelola dan mengoperasikan ladang gas di Lapangan Senoro, Sulawesi Tengah ("Lapangan Senoro"). Sementara itu, Pertamina melalui anak perusahaannya yang lain memiliki wilayah kerja sekaligus merupakan pengelola Area Matindok yang di dalamnya terdapat lapangan gas Minahaki, Maleoraja, dan termasuk lapangan gas Donggi ("Area Matindok").
- 3.2. Bahwa selama hampir puluhan tahun Pemohon II dan Pertamina yang ketika itu masih merupakan pemegang langsung hak partisipasi dalam PSC Senoro-Toili (ketika hak partisipasi Pertamina belum dialihkan kepada anak perusahaannya) telah melakukan diskusi-diskusi dan studi secara intensif guna mencari solusi sehubungan dengan belum dapat termanfaatkannya gas hasil dari Lapangan Senoro. Di sisi lain, Pertamina yang juga secara independen memegang hak partisipasi dalam PSC yang memiliki wilayah kerja Area Matindok, juga belum menemukan solusi untuk memanfaatkan semua gas dari Area Matindok. Hingga kuartal pertama 2005 para pemegang hak partisipasi pada PSC Senoro-Toili belum menemukan calon pembeli gas yang dapat memenuhi tingkat keekonomian pada Lapangan Senoro.



- 3.3. Bahwa pada tanggal 31 Mei 2005, Pemohon II, Pertamina dan LNG International Pty., Ltd., ("LNGI") menandatangani *Exclusivity Agreement* ("EA") dengan jangka waktu periode eksklusif selama 4 (empat) bulan sejak penandatanganan EA, dimana ruang lingkupnya terbatas pada penajakan potensi kerja sama jual beli gas yang bersumber dari Lapangan Senoro secara putus yang berada di wilayah PSC Senoro-Toili dan gas tersebut akan dialirkan ke pabrik LNG yang rencananya akan dibangun dan dimiliki oleh LNGI. Pada intinya, EA mengatur bahwa LNGI melalui perusahaan *joint venture* dengan mitranya membentuk suatu perusahaan, yaitu PT LNG Energi Utama ("LNGEU") (yang pada waktu EA ditandatangani belum berdiri) akan membeli 0.8 trillion cubic feet gas dari Lapangan Senoro untuk kemudian memproduksi sekitar 700.000 ton LNG/tahun (0.7 Million Tonne Per Annum/MTPA), hanya apabila LNGI mampu memenuhi seluruh persyaratan pendahuluan/*Condition Precedent* ("CP") yang ditentukan dalam EA, yang kesemuanya harus dipenuhi oleh LNGI selambat-lambatnya tanggal 30 September 2005.
- 3.4. Ternyata sampai tanggal 30 September 2005, LNGI gagal memenuhi seluruh CP dalam EA, antara lain karena LNGI belum memiliki definitif *LNG Offtake Agreement* dan tidak dapat memenuhi persyaratan *credit rating BBB+ Standard & Poor's*, sehingga berdasarkan ketentuan Pasal 1 (d) jo. Pasal 5 (b) jo. Pasal 5 (c) EA, dan ketentuan Pasal 1253 KUHPdata, secara hukum EA telah berakhir secara otomatis tanpa memerlukan tindakan atau dokumen ataupun penegasan apapun, dan oleh karenanya, tidak ada lagi ikatan/ hubungan hukum dengan LNGI;
- 3.5. Walau EA telah berakhir, LNGI masih ingin mewujudkan proyek mini LNG dengan sumber gas dari Lapangan Senoro. Karena LNGI adalah pebisnis baru dalam industri LNG, yang memerlukan fundamental finansial, pengalaman, teknologi, dan jaringan pemasaran yang kuat dan luas, maka LNGI diperkenalkan kepada para pebisnis internasional guna mendukung LNGI, yaitu antara lain dengan Itochu Corporation, Anadarko, dan Mitsubishi. LNGI menyambut baik pengenalan



tersebut, dan berdasarkan kesepakatannya, LNGI dan pihak-pihak tersebut di atas secara terpisah menjajaki hubungan atas dasar *business to business* yang didahului dengan penandatanganan *Confidentiality Agreement* ("CA");

3.6. Setelah Pertamina dan Pemohon I melakukan diskusi intensif untuk menentukan pola mana yang terbaik dalam pengembangan Lapangan Senoro dan di sisi lain Pertamina juga memikirkan pola terbaik untuk mengembangkan Area Matindok, maka Pertamina menghendaki adanya penggabungan pengembangan gas antara Lapangan Senoro dan Area Matindok. Pemohon I dan Pertamina kemudian memutuskan untuk mengembangkan bisnis LNG dengan struktur skema hilir (*downstream*) dengan sumber gas yang merupakan penggabungan dari Lapangan Senoro dan lapangan-lapangan yang berada di Area Matindok. Dalam rangka mengembangkan bisnis skema hilir (*downstream*) tersebut Pertamina dan Pemohon I akan membentuk usaha bersama (*joint venture company*) dengan mengikutsertakan mitra investasi untuk memiliki, mendanai dan berbagi resiko. Untuk itu, Pemohon I dan Pertamina menyepakati untuk mengadakan proses seleksi calon mitra investasi untuk melakukan pembangunan kilang LNG dengan skema hilir (*downstream*) yang memanfaatkan gas bumi dari kedua Lapangan Senoro dan Area Matindok (selanjutnya disebut dengan "Proyek LNG Donggi-Senoro"). Dengan demikian, dalam Proyek LNG Donggi-Senoro, Pertamina, Pemohon I dan mitra terpilih kelak akan membentuk usaha bersama untuk memiliki, mendanai dan menanggung resiko, yang sama sekali berbeda dengan proses tender yang mensyaratkan adanya tawaran mengajukan harga untuk memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan, mengadakan, membeli, atau menjual barang dan jasa;

3.7. Sebagai tindak lanjut proses seleksi calon mitra terkait Proyek LNG Donggi-Senoro, pada tanggal 1 September 2006 Pertamina dan Pemohon I menyampaikan undangan dan *Term of Reference* ("TOR") kepada 7 (tujuh) perusahaan pebisnis LNG internasional, yaitu (i) LNGEU, yang kemudian



bekerjasama dengan Osaka Gas dan Golar dengan membentuk suatu konsorsium ("LNGEU atau LNGEU/Osaka Gas/Golar"); (ii) Itochu Corporation ("Itochu"); (iii) LNG Japan Corporation ("LNG Japan"); (iv) Marubeni Corporation ("Marubeni"); (v) Mitsubishi; (vi) Mitsui & Co. Ltd ("Mitsui"); dan (vii) Toyota Tsoshu Corporation ("Toyota"), dan meminta agar perusahaan yang berminat mengirimkan proposal selambat-lambatnya pada tanggal 22 September 2006;

- 3.8. Sehubungan juga dengan adanya minat untuk berpartisipasi pengembangan Proyek LNG Donggi Senoro dari (i) British Gas Asia Pasific Pte. Ltd ("British Gas"), (ii) Japan Petroleum Exploration ("Japex") dan, (iii) PT Pasific Oil & Gas Indonesia ("POGI") yang disampaikan kepada Pertamina, maka pada tanggal 13 September 2006, Pemohon I dan Pertamina juga mengundang 3 (tiga) perusahaan tersebut;
- 3.9. Dari tanggal 25 September 2006 sampai dengan tanggal 10 Oktober 2006 tim evaluator masing-masing Pertamina dan Pemohon I mengadakan evaluasi secara independen dan sendiri-sendiri atas proposal yang ada. Pemohon I yang telah menunjuk dan dibantu oleh konsultan independen, yaitu White & Case (kantor hukum internasional), Widyawan & Partners (konsultan hukum nasional) dan PriceWaterhouseCoopers ("PWC") kemudian melakukan evaluasi pemilihan untuk menyeleksi calon mitra;
- 3.10. Bahwa pada tanggal 11 Oktober 2006 tim evaluator masing-masing Pertamina dan Pemohon I melaporkan hasil evaluasi kepada Direksi masing-masing Pertamina dan Pemohon I, di mana Pemohon I merekomendasikan 3 (tiga) perusahaan, yaitu: (i) LNGEU/Osaka/Golar; (ii) Mitsubishi; dan (iii) Mitsui. Sementara itu, Pertamina merekomendasikan 3 (tiga) perusahaan, yaitu: (i) LNG Japan; (ii) Mitsubishi; dan (iii) Mitsui;
- 3.11. Setelah hasil penilaian digabungkan, maka hasilnya adalah Mitsubishi dan Mitsui sebagai *recommended shortlisted partners*. LNGEU tersisih karena tidak direkomendasikan oleh Pertamina, dan LNG Japan tersisih karena tidak direkomendasikan oleh Pemohon I;



3.12. Pada tanggal 19 Oktober 2006, diadakan rapat direksi Pertamina dan Pemohon I untuk mendengarkan laporan hasil masing-masing tim evaluator Pertamina dan Pemohon I, dan tim evaluator sepakat untuk mengusulkan *additional clarification question* kepada Mitsubishi dan Mitsui, mengingat proposal Mitsubishi dan Mitsui masih bersifat kualitatif, sehingga perlu dikuantifikasi, dan untuk memastikan komitmen mereka terhadap isi proposal mereka, yang semuanya ini dilakukan agar tidak terjadi *under bid* (memenangkan peserta yang tidak memenuhi persyaratan TOR) dan tidak terjadi kekeliruan/kesalahan dalam memutuskan pemenang.

Direksi Pertamina dan Pemohon I menyetujui usulan tim evaluator tersebut. Selanjutnya melalui persyaratan mengenai *Request For Binding Proposal* ("RFB"), dengan tujuan untuk lebih melindungi Pemohon I dan Pertamina serta Pemerintah terkait dengan Proyek LNG Donggi-Senoro, maka Mitsui dan Mitsubishi diminta untuk memastikan komitmen mereka.

3.13. Mengingat tahap ini adalah untuk mengkuantifikasi usulan peserta, proposal hanya memuat 2 (dua) hal, yaitu (a) *partner to accept* (apakah calon mitra menerima atau tidak), dan (b) *partner to propose* (calon mitra memberikan usulan) terhadap item-item yang disebutkan di dalamnya. Setelah menerima proposal Mitsubishi dan Mitsui dalam tahap ini, Mitsubishi menerima atau memenuhi persyaratan yang diminta, sehingga proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik. Sebaliknya, Mitsui dalam proposalnya membuat *disclaimer* (hal-hal yang membuat tidak bisa dituntut) bahwa proposalnya bersifat indikatif, bersifat informatif saja dan hanya berlaku untuk jangka waktu selama 6 (enam) bulan (vide berkas perkara Termohon No. S.9). Proposal Mitsui yang seperti itu jelas tidak memberikan perlindungan hukum kepada Pertamina dan Pemohon I sebagai penyelenggara yang nantinya akan menanggung resiko bersama-sama dengan mitra terpilih terkait dengan Proyek LNG Donggi-Senoro dan bertentangan dengan tujuan tahap ini, karena Mitsui secara hukum mempunyai alasan hukum yang sah untuk membatalkan isi proposalnya dengan alasan hukum bahwa proposalnya tidak mengikat, bersifat



indikatif, bersifat informatif saja dan hanya berlaku selama 6 (enam) bulan. Mempertimbangkan semua hal-hal tersebut di atas, dan karena proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik, maka Pertamina dan Pemohon I memilih Mitsubishi sebagai mitra terpilih;

- 3.14. Tiba-tiba saja tanpa diduga, pada tanggal 28 Agustus 2008, Termohon memanggil para pihak untuk menghadiri proses klarifikasi serta lebih lanjut melakukan pemeriksaan berdasarkan laporan LNGEU yang melaporkan Mitsubishi terkait dengan dugaan pelanggaran Pasal 20 dan Pasal 21 UU No. 5/1999. Para Pemohon telah memberikan informasi-informasi serta dokumen-dokumen apa saja yang diminta oleh Termohon, dan Para Pemohon mengetahui kemudian Pertamina dan Mitsubishi mengalami dan melakukan hal yang sama. Pada tanggal 7 Januari 2009 Termohon meng-hentikan pemeriksaannya dengan alasan laporan tidak lengkap dan tidak jelas berdasarkan informasi yang diperoleh dari media;
- 3.15. Secara tiba-tiba saja Termohon memulai lagi pemeriksaannya pada 29 Januari 2009 atas laporan LNGEU terhadap Mitsubishi terkait dengan dugaan pelanggaran Pasal 20, Pasal 21 dan Pasal 22 UU No. 5/1999. Terhadap pemeriksaan untuk kedua kalinya ini pun, Termohon pada 9 Juni 2009 telah menghentikan kembali pemeriksaannya yang telah menyimpulkan sendiri bahwa laporan tidak lengkap dan tidak jelas;
- 3.16. Namun kembali secara sewenang-wenang dan tanpa berdasarkan kepastian hukum, atas dasar inisiatifnya sendiri, Termohon pada tanggal 24 Juni 2010 memulai lagi pemeriksaannya untuk ketiga kalinya dengan tuduhan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 tentang persekongkolan memenangkan tender dan Pasal 23 UU No. 5/1999 tentang persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaing;
- 3.17. Dengan mengabaikan fakta-fakta yang terbukti, tanpa pertimbangan yang cukup dan tanpa memperdulikan tanggapan para terlapor (Para Pemohon, Pertamina dan Mitsubishi), Termohon menyatakan Pemohon I melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda sebesar Rp5.000.000.000 (lima milyar rupiah), serta menyatakan

Hal. 96 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Pemohon II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda sebesar Rp1.000.000.000 (satu milyar rupiah);

- 3.18. Sebenarnya, tanda-tanda bahwa Termohon akan menghukum Para Pemohon, Pertamina dan Mitsubishi sudah mulai terlihat sejak awal, yang ditandai dari kenyataan bahwa perkara ini diperiksa kembali setelah 2 (dua) kali dihentikan. Para Pemohon berulang kali selama pemeriksaan-pemeriksaan telah menyampaikan bahwa proses seleksi mitra tidak termasuk dalam ruang lingkup tender sebagaimana dimaksud Pasal 22 UU No. 5/1999, karena proses seleksi tersebut bukan merupakan penawaran harga untuk memborong pekerjaan, pengadaan atau penyediaan barang/jasa, akan tetapi merupakan proses untuk menyeleksi calon mitra investor untuk mendirikan suatu perusahaan yang secara bersama-sama memiliki, mendanai dan berbagi resiko atas kegiatan usaha dari perusahaan yang didirikan.

Tanpa memperdulikan alasan Para Pemohon tersebut, sekalipun alasan-alasan tersebut telah didukung oleh pendapat dari 2 (dua) Ahli Hukum Persaingan Usaha berdasarkan berkas perkara Termohon No. B36 dan berkas perkara Termohon No. M19, sebaliknya dengan merujuk kata pengantar yang terdapat pada halaman 1 paragraf 2 dari buku asing, yang diedit oleh Maarten Janssen pada tahun 2004 ("Buku Maarten Janssen"), secara keliru menyatakan proses seleksi calon mitra tersebut merupakan tender sebagaimana dimaksud Pasal 22 UU No. 5/1999. Pada faktanya, justru Buku Maarten Janssen yang dijadikan rujukan oleh Termohon tersebut malah bertentangan dengan pemahaman Termohon, karena buku tersebut adalah mengenai masalah lelang atas aset-aset pemerintah, dan bukan membahas seleksi mitra investasi. Dari judulnya saja, yaitu "AUCTIONING PUBLIC ASSETS - ANALYSIS AND ALTERNATIVES," yang apabila diterjemahkan secara bebas dalam Bahasa Indonesia adalah "LELANG ASET PUBLIK - ANALISA DAN ALTERNATIF", jelas membuktikan bahwa buku tersebut tidak membahas seleksi calon mitra sebagai tender.

Hal. 97 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Oleh karena itu sangat tidak tepat Termohon mendasarkan putusannya berdasarkan Kata Pengantar (*Introduction*) buku tersebut. Berdasarkan hal di atas, terbukti bahwa dengan merujuk Buku Maarten Janssen, Termohon telah memaksakan interpretasi proses seleksi calon mitra sebagai tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, padahal Buku Maarten Janssen itu sendiri tidak membahas masalah tender;

3.19. Selama masa pemeriksaan, Para Pemohon telah menyampaikan alasan-alasannya bahwa tuduhan pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak berdasar, namun tidak diperdulikan oleh Termohon. Berikut hanyalah beberapa contoh saja:

- Termohon berkesimpulan bahwa Para Pemohon merupakan pesaing/ saingan dari LNGEU dalam proses seleksi calon mitra sebagai salah satu unsur dari Pasal 23 UU No. 5/1999, padahal berdasarkan logika sederhana pun secara mudah dapat dipahami bahwa para pihak yang bersaing adalah para peserta dalam proses dalam seleksi mitra tersebut, bukan antara penyelenggara (Pemohon I) dan peserta. Lagi pula, Pemohon II bukanlah penyelenggara dan tidak juga peserta dalam seleksi mitra tersebut;
- Persyaratan teknologi yang *proven* (artinya teknologi teruji) yang dimintakan kepada para peserta dalam rangka melindungi kepentingan Pemohon I, Pertamina dan Pemerintah Republik Indonesia malah disimpulkan oleh Termohon sebagai pelanggaran TOR. Termohon sepertinya menginginkan teknologi yang diperlukan adalah teknologi dan kualitas rendah.

3.20. Selain itu, setiap kali tahapan pemeriksaan berlanjut (mulai dari tahapan klarifikasi, tahap pemeriksaan pendahuluan ke tahap pemeriksaan lanjutan, dan bahkan sampai sidang majelis Termohon), tuduhan-tuduhan Termohon selalu berubah-ubah, sehingga tidak jelas berdasarkan fakta apa yang sebenarnya dituduhkan. Terkesan Termohon mencari-cari alasan dengan tujuan satu-satunya bagaimanapun sahnya alasan yang dikemukakan, Para Pemohon dan terlapor lainnya harus



dihukum. Salah satu contoh saja dari banyaknya tuduhan Termohon yang terus menerus berubah-ubah, yaitu:

- Pada awalnya, Termohon menyatakan bahwa proses seleksi tersebut hanya merupakan alibi untuk menyingkirkan LNGI, sekarang dalam Putusannya, Termohon menyatakan proses seleksi tersebut diskriminasi, penilaian yang mengambang, persaingan semu dan tuduhan tidak berdasar lainnya namun tidak bertujuan untuk menyingkirkan LNGI.

3.21. Dalam proses pemeriksaan berkas (*inzage*) pun, disamping kesempatan waktu yang diberikan oleh Termohon sangat sempit, Para Pemohon pun hanya diijinkan untuk memeriksa berkas yang diajukan oleh Para Pemohon sendiri dan berita acara pemeriksaan lainnya, padahal untuk kepentingan pembelaan Para Pemohon isi berkas-berkas/bukti-bukti lain yang diajukan oleh Terlapor lain (Pertamina dan Mitsubishi) sangat diperlukan. Para Pemohon telah menyatakan keberatannya atas hal ini dengan memberikan catatan pada berita acara pemeriksaan berkas (*inzage*) tersebut.

3.22. Ada kesan bahwa dalam membuat Putusannya, Termohon memihak kepada pelapor awal, yaitu LNGEU. Sangat disayangkan bahwa lembaga pemerintah yang seharusnya melindungi warganya malah dipergunakan sebagai sarana menghukum warganya atas tuduhan pelanggaran, yang tidak dilakukannya dan tidak terbukti terjadi sama sekali. Putusan Termohon haruslah dibatalkan dan Para Pemohon menolak dengan tegas setiap dalil-dalil Termohon dalam Putusannya kecuali yang Para Pemohon secara tegas mengakuinya.

IV. KEBERATAN SECARA SINGKAT

Ada berbagai alasan mengapa Para Pemohon sampai pada kesimpulan bahwa Putusan Termohon secara fundamental salah dan cukup alasan untuk dinyatakan batal demi hukum atau harus dibatalkan yang secara singkat diuraikan sebagai berikut:

4.1. Termohon Tidak Menerapkan *Due Process of Law* dalam Proses Pemeriksaannya, sehingga Putusan Termohon Cacat Hukum dan Sudah Sepatutnya Dibatalkan:

4.1.1. Fakta Hukum Pertama: Termohon tidak memberikan waktu yang patut bagi Para Pemohon untuk



mengajukan pembelaannya maupun pada saat pemanggilan pemeriksaan;

4.1.2. Fakta Hukum Kedua: Termohon telah melanggar hak Para Pemohon dalam proses pemeriksaan berkas perkara (*inzage*);

4.1.3. Fakta Hukum Ketiga: Termohon telah memutus atas dasar peraturannya yang berlaku surut (*retroaktif*).

4.2. Termohon Tidak Berwenang Menangani dan Memeriksa Hal-hal di Luar Ruang Lingkup UU No. 5/1999;

4.3. Termohon Telah Melakukan Kesalahan Berat dalam Menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999, karena:

4.3.1. Termohon salah menerapkan hukum, karena Putusan Termohon sukar dapat dipahami dan tidak cukup dipertimbangkan;

4.3.2. Termohon salah menerapkan hukum dalam penerapan persyaratan “persekongkolan” dalam proses seleksi ini;

4.3.3. Putusan Termohon tidak dapat dipahami, alasan-alasannya tidak jelas dan Termohon mengabaikan fakta-fakta sehubungan dengan tuduhan persekongkolan ;

4.3.4. Termohon salah menerapkan hukum, karena Putusan Termohon hanya didasarkan pada Kata Pengantar (*Introduction*) dari sebuah buku;

4.3.5. Termohon salah menerapkan hukum, karena Putusan Termohon mendasarkan pada Perkom No. 02/2010 yang bertentangan dengan UU No. 5/1999;

4.4. Termohon Telah Melakukan Kesalahan Berat dalam Menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, karena:

4.4.1. Termohon telah melampaui kewenangannya karena membuat sendiri sistem penghukuman baru tanpa melalui undang-undang;

4.4.2. Salah penerapan hukum karena Para Pemohon bukan pesaing dari LNGEU/LNGI;

4.4.3. Salah penerapan hukum karena Termohon menghukum perbuatan yang sah;



4.4.4. Termohon telah salah menerapkan Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 karena Termohon tidak menguraikan “pasar bersangkutan” dalam perkara ini;

4.5. Yang Dianggap Terbukti oleh Termohon Ternyata Tidak Terbukti, dan Tidak Layak Sebagai Dasar Tuduhan Pelanggaran Pasal 22 dan 23 UU No. 5/1999.

4.5.1. Proses seleksi calon mitra tidak diskriminatif.

4.5.1.1. Komunikasi tidak hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga pihak-pihak lain, yang tidak terkait dengan TOR dalam proses seleksi mitra investasi;

4.5.1.2. Undangan pada tanggal 13 September 2006 tidak membuktikan diskriminasi.

4.6. Proses Seleksi Calon Mitra Tidak Pernah Diarahkan untuk Memenangkan Mitsubishi, Akan Tetapi Terpilihnya Mitsubishi Karena Mitsubishi Telah Memenuhi Persyaratan TOR, dan Proposal Mitsubishi Merupakan Proposal Terbaik.

4.6.1. Cara penilaian Pertamina dan Pemohon I diperlakukan sama terhadap calon mitra yang membuktikan seleksi calon mitra dilaksanakan dengan objektif dan *fair*;

4.6.2. Tentang persyaratan *jointly and severally liable*;

4.6.3. Tidak ada pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi dalam hal pemasaran LNG;

4.6.4. Gugurnya Osaka Gas dalam seleksi calon mitra disebabkan karena Osaka Gas tidak memenuhi TOR;

4.6.5. Teknologi yang *proven* adalah persyaratan wajib yang harus dipenuhi dalam pelaksanaan seleksi calon mitra;

4.6.6. Semua persyaratan yang diperlukan telah diberitahukan secara terbuka kepada dan diketahui sepenuhnya oleh para peserta;

4.6.7. *Binding proposal* dipersyaratkan untuk melindungi hak-hak dan kredibilitas proses seleksi bukan suatu usaha untuk menyingkirkan Mitsui.

4.7. Tuduhan Tentang Persekongkolan dalam Proses Seleksi Calon Mitra Tidak Mempunyai Dasar Sama Sekali, karena:



- 4.7.1. Tidak ada perlakuan diskriminasi;
- 4.7.2. TOR dan Rapat Klarifikasi TOR yang disampaikan sudah memuat *key criteria* dan *items* sebagai bahan untuk mengevaluasi proposal calon mitra yang sudah lazim dan mudah dipahami oleh pebisnis LNG;
- 4.7.3. Tidak ada perlakuan eksklusif kepada Mitsubishi.

4.8. Tidak Ada Suatu Informasi Rahasia Pesaing dalam Perkara Ini.

- 4.8.1. Tidak ada informasi rahasia LNGEU/LNGI dalam perkara ini;
- 4.8.2. Tidak ada informasi pekerjaan awal LNGI yang dapat digunakan dalam menyusun proposal proyek dalam proses seleksi calon mitra karena informasi yang didapat dari proses *due diligence* sama sekali berbeda dan tidak relevan dengan proses seleksi calon mitra;
- 4.8.3. Informasi yang didapat oleh Mitsubishi dalam proses *due diligence* (kalau ada) didapatkan secara sah dan atas ijin/persetujuan LNGI, sehingga merupakan persengkongkolan mendapatkan informasi rahasia.

4.9. Pemohon I Tidak Terbukti Melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999.

- 4.9.1. Unsur "Pelaku Usaha"
 - 4.9.1.1. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling kontradiksi satu dengan yang lain;
- 4.9.2. Unsur "Dilarang"
 - 4.9.2.1. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain.
- 4.9.3. Unsur "Bersekongkol untuk Mengatur atau Menentukan Pemenang"
 - 4.9.3.1. Alasan Pertama: tidak ada kepentingan dan manfaatnya bagi Pertamina dan Pemohon I untuk bersekongkol, karena bersekongkol untuk memilih mitra yang



tidak *qualified* hanya akan merugikan diri sendiri di kemudian hari;

4.9.3.2. Alasan Kedua: proses seleksi calon mitra sama sekali bukan untuk memenangkan Mitsubishi;

4.9.3.3. Alasan Ketiga: proposal Mitsubishi telah memenuhi persyaratan TOR, sedangkan proposal Mitsui hanya bersifat informatif, tidak mengikat, dapat diubah oleh Mitsui sewaktu-waktu dan berlaku hanya untuk 6 (enam) bulan;

4.9.3.4. Alasan Keempat: bersekongkol untuk memenangkan peserta baru dapat dianggap terjadi apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan, sehingga peserta yang tidak *qualified* dapat dengan mudah memenuhinya;

4.9.3.5. Alasan Kelima: putusan Termohon tidak cukup dipertimbangkan, sehingga haruslah dibatalkan berdasarkan Jurisprudensi Tetap Mahkamah Agung dan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 November 1974.

4.9.4. Unsur "Pihak Lain"

4.9.4.1. "Pihak lain" tidak dapat dikenakan sanksi administratif;

4.9.4.2. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain, yang sangat sukar dipahami.

4.9.5. Unsur "Tender"

4.9.6. Unsur "Dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat"

4.10. Para Pemohon Tidak Terbukti Melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999.

4.10.1. Unsur "Pelaku Usaha"



- 4.10.1.1. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain;
- 4.10.2. Unsur “Dilarang”
- 4.10.2.1. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain;
- 4.10.3. Unsur “Bersekongkol”
- 4.10.4. Unsur “Pihak Lain”
- 4.10.4.1. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain;
- 4.10.5. Unsur “Pesaing”
- 4.10.6. Unsur “Mendapatkan Informasi Rahasia Kegiatan Usaha Yang Diklasifikasikan Sebagai Rahasia Perusahaan”
- 4.10.6.1. Alasan Pertama: tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan informasi LNGEU/LNGI;
- 4.10.6.2. Alasan Kedua: tidak ada kepentingan Para Pemohon untuk bersekongkol dengan Mitsubishi atau Mitsui untuk mendapatkan informasi rahasia LNGI;
- 4.10.6.3. Alasan Ketiga: *due diligence* dilakukan jauh sebelum proses seleksi mitra;
- 4.10.6.4. Alasan Keempat: pengenalan dan penandatanganan CA tidak hanya dilakukan dengan Mitsubishi tetapi juga kepada pihak lain;
- 4.10.6.5. Alasan Kelima: Para Pemohon tidak memiliki kepentingan apapun atas hasil *due diligence* yang dilakukan oleh Mitsubishi.
- 4.10.7. Unsur “Dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat”
- 4.11. Tidak Ada Pertimbangan Tentang Dasar Penghukuman, Cara Dan Besarnya Denda.



V. ALASAN-ALASAN KEBERATAN SECARA RINCI

Termohon TIDAK MENERAPKAN *DUE PROCESS OF LAW* DALAM PROSES PEMERIKSAANNYA, SEHINGGA PUTUSAN Termohon CACAT HUKUM DAN SUDAH SEPATUTNYA DIBATALKAN

1. Salah satu syarat sahnya suatu putusan adalah apabila putusan dibuat/diambil berdasarkan asas hukum *due process of law* (proses hukum/acara yang layak). Ternyata Termohon telah melanggar asas hukum ini, yang mengakibatkan Putusan Termohon batal demi hukum atau setidaknya harus dibatalkan. Hal ini telah ditegaskan oleh Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 209K/TUN/2004 tanggal 14 Oktober 2004:

“Bahwa tidak adanya kesempatan inzage tersebut bertentangan dan melanggar ketentuan hukum acara, sebagaimana yang diharuskan menurut pasal 126 ayat (1) UU 5/1986 tentang Peradilan TUN, sebab kesempatan inzage merupakan ketentuan prosedural yang menjamin bahwa berkas perkara yang akan dikirim ke Pengadilan Tinggi sudah benar memuat semua dokumen yang relevan bagi kepentingan pembelaan kedua belah pihak masing-masing secara adil (*fair trial*)”

Bahwa dengan adanya kesalahan dalam penerapan hukum tersebut di atas, yang merupakan alasan untuk diterimanya permohonan kasasi, maka putusan Pengadilan Tinggi harus dibatalkan, dan Mahkamah Agung mengadili sendiri perkara a quo berdasarkan pertimbangan di bawah ini;

Bahwa ternyata Termohon tidak menerapkan *due process of law* dalam proses pemeriksaannya, yang jelas sangat merugikan Para Pemohon dan menghasilkan putusan yang cacat atau batal demi hukum, yang terbukti berdasarkan fakta-fakta hukum sebagai berikut:

Fakta Hukum Pertama: Termohon tidak memberikan waktu yang patut bagi Para Pemohon untuk mengajukan pembelaannya maupun pada saat pemanggilan pemeriksaan

- 1.1. Bahwa berdasarkan Surat Pemberitahuan dari Termohon No.1283/AK/ KMK/XII/2010 tertanggal 16 Desember 2010 beserta lampiran-lampirannya yang diterima oleh Para Pemohon pada tanggal 17 Desember 2010 (berkas Termohon No. A98), pada pokoknya menyatakan bahwa



- (a) Pemeriksaan Lanjutan telah selesai dilaksanakan oleh Termohon pada tanggal 24 November 2010, (b) Termohon memberikan waktu kepada Para Pemohon untuk menyampaikan pembelaannya pada persidangan tanggal 27 Desember 2010, dan (c) dalam rangka pembelaan tersebut, Termohon menyatakan pemeriksaan atas berkas perkara akan dilaksanakan tanggal 20 Desember 2010;
- 1.2. Sebagaimana telah ditentukan dengan tegas dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2006 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU ("Perkom 1/2006"), perhitungan hari dalam dalam penanganan perkara pada Termohon menggunakan hari kerja;
- 1.3. Dengan demikian, praktis Termohon hanya mempunyai kesempatan selama 3 (tiga) hari kerja untuk mempersiapkan pembelaannya, terhitung setelah tanggal pemeriksaan berkas perkara (*inzage*). Waktu yang sangat singkat tersebut tidak cukup mengingat banyaknya berkas yang dimiliki oleh Termohon yang seharusnya diperiksa oleh Para Pemohon guna kepentingan pembelaannya, dan mengingat juga Para Pemohon tidak diijinkan untuk mengikuti pemeriksaan dari dan berkas-berkas/bukti-bukti pihak-pihak lainnya (Pertamina dan Mitsubishi), sehingga Para Pemohon tidak mengetahui apa yang terjadi dengan perkara yang diperiksa oleh Termohon, dan waktu yang sangat singkat tersebut sangat merugikan kepentingan pembelaan dari Para Pemohon;
- 1.4. Ketidapatutan pemanggilan pemeriksaan oleh Termohon, antara lain, terlihat dalam pemanggilan kepada Tim Evaluator Pemohon I pada tahap pemeriksaan lanjutan, dimana berdasarkan Surat Panggilan dari Termohon No. 130/KPPUTP-PL/KMK/VIII/2010 tertanggal 30 Agustus 2010, Termohon memanggil Tim Evaluator Termohon I untuk didengar keterangannya sebagai saksi pada tanggal 1 September 2010 (berkas Termohon No. A98). Panggilan ini bahkan berjangka waktu kurang dari 3 (tiga) hari kalender sehingga menjadi sangat tidak patut dan terbukti



bahwa Termohon sama sekali tidak mengindahkan dan gagal menerapkan *due process of law* dalam proses pemeriksaannya;

- 1.5. Berbanding terbalik dengan sangat sedikitnya waktu yang diberikan kepada Para Pemohon, Termohon telah memulai pemeriksaan perkara *aquo* sejak tahun 2008, dan Termohon telah memiliki dokumen-dokumen dan informasi lainnya yang disampaikan oleh para terlapor lainnya dan pihak ketiga yang dipanggil oleh Termohon untuk diperiksa. Keadaan tersebut tidak dimiliki oleh Para Pemohon, sehingga pemeriksaan berat sebelah dan tidak berimbang, yang bertentangan dengan asas hukum *audi et alteram partem*. Disamping itu, fungsi Termohon juga bertindak sebagai penuntut (karena perkara ini atas inisiatif Termohon), pemeriksa (seperti penyidik dalam perkara pidana) dan pemutus (hakim) sekaligus, sehingga Termohon memiliki 3 fungsi sekaligus untuk perkara yang diputuskannya, sehingga *due process of law* tidak ada;

Fakta Hukum Kedua: Termohon telah melanggar hak Para Pemohon dalam proses pemeriksaan berkas perkara (*inzage*)

- 1.6. Bahwa selain tidak patutnya waktu yang diberikan oleh Termohon kepada Para Pemohon dalam pemanggilan dan untuk menyusun pembelaannya, Termohon telah melanggar *due process of law* terkait dengan proses *inzage* berdasarkan hal-hal sebagai berikut:

- 1.6.1. Pertama: *inzage* tersebut hanya untuk memeriksa berkas-berkas yang diajukan oleh Para Pemohon dan Berita Acara Pemeriksaan yang lain, dan Para Pemohon tidak diperbolehkan memeriksa berkas-berkas/bukti-bukti yang diajukan oleh pihak Terlapor lainnya (*in casu* Pertamina dan Mitsubishi tanpa alasan yang jelas. Padahal hal ini sangat penting bagi Para Pemohon guna menyusun pembelaannya terhadap tuduhan pelanggaran dari oleh Termohon, dan hal ini telah secara tegas diatur dalam peraturan internal Termohon sendiri,

Hal. 107 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



yaitu Pasal 53 dan Pasal 65 ayat (2) huruf (e) Perkom No.1/2006, yang menentukan bahwa untuk kepentingan penyampaian pendapat atau pembelaan dan dalam setiap tahapan pemeriksaan, terlapor berhak melakukan pemeriksaan alat-alat bukti dugaan pelanggaran yang dituduhkan kepadanya;

- 1.6.2. Kedua: Termohon berinisiatif untuk memeriksa proses seleksi calon mitra ini walaupun laporan atas perkara ini telah dihentikan 2 (dua) kali oleh Termohon sebelumnya. Para Pemohon telah hadir dalam pemeriksaan-pemeriksaan untuk memenuhi panggilan Termohon. Akan tetapi dalam setiap pemeriksaan terhadap Para Pemohon, dari 5 (lima) anggota Termohon, paling banyak hanya dihadiri oleh 3 (tiga) anggota Termohon, selainnya absen, sehingga penjelasan-penjelasan yang disampaikan oleh Para Pemohon jelas tidak didengarkan oleh para anggota Termohon yang absen, halmana jelas dapat mengakibatkan tidak diperolehnya penjelasan yang utuh, yang lebih memungkinkan terjadinya pemahaman dan kesimpulan yang keliru pula atas permasalahan yang dipersoalkan (lihat berkas Termohon No. B8, B9, B12, B13, B14, B19, B20, B28, B29, B30, B33, B35, B40, B42, B43); Lagi pula adalah tidak pantas apabila para anggota Termohon tidak semuanya hadir (paling sering oleh 2 orang dari 5) untuk mendengarkan keterangan dari pihak yang dituduhkan, padahal perkara yang sedang diperiksanya timbul karena inisiatifnya (bukan karena laporan) dan pemeriksaan sudah dijadwalkannya sebelumnya;

Fakta Hukum Ketiga: Termohon telah memutuskan atas dasar peraturannya yang berlaku surut (retroaktif)

Hal. 108 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- 1.7. Berdasarkan azas hukum yang berlaku secara universal, suatu peraturan tidak dapat berlaku surut (non-retroaktif). Hal ini juga telah ditegaskan dalam Pasal 28 huruf I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, yang dikutip sebagai berikut:

“... dan hak-hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.”

Asas hukum yang sama telah ditentukan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHPidana (*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*), Pasal 4 dan Pasal 18 (2) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Azasi Manusia;

- 1.8. Bahwa Termohon telah membuat pertimbangan Putusannya atas dasar peraturannya, yang ternyata ditetapkan pada tanggal 6 Januari 2010, yaitu Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999 (“Perkom No. 2/2010”) untuk menuduh adanya pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 dalam proses seleksi mitra dalam perkara ini. Padahal fakta hukum yang terjadi, yang juga telah secara tegas diakui oleh Termohon sendiri dalam Putusan Termohon bahwa proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pemohon I dan Pertamina terjadi pada bulan September s/d Desember tahun 2006, sehingga proses seleksi telah terjadi 4 tahun jauh sebelum berlakunya Perkom No. 2/2010 ditetapkan, yaitu tanggal 6 Januari 2010;

- 1.9. Dengan demikian jelas terbukti bahwa Termohon memutus atas dasar peraturannya yang berlaku surut, sehingga seluruh pertimbangan Termohon terkait dengan tuduhan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 yang didasarkan pada Perkom No. 2/2010 tersebut haruslah batal demi hukum atau setidaknya tidaknya dibatalkan;

Termohon TIDAK BERWENANG MENANGANI DAN MEMERIKSA HAL-HAL DI LUAR RUANG LINGKUP UU NO. 5/1999

Hal. 109 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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. Termohon tidak berwenang menangani dan memeriksa perbuatan di luar ruang lingkup UU No. 5/1999. Undang-undang (dalam hal ini Pasal 22 UU No. 5/1999) secara resmi telah membatasi jenis tender dalam ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5/1999, dan Termohon hanya berwenang untuk memeriksa dan mengenakan sanksi administratif terhadap jenis tender yang sesuai dengan definisi resmi tender dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999, yaitu hanya terbatas pada tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, tawaran mengajukan harga untuk mengadakan barang, atau tawaran mengajukan harga untuk menyediakan jasa;
Penjelasan resmi tersebut dibuat oleh pembuat undang-undang supaya Termohon jangan menangani dan memeriksa sesuatu di luar ruang lingkup dari penjelasan resmi tersebut.
3. Sebaliknya, dalam proses seleksi calon mitra yang diselenggarakan oleh Pertamina dan Pemohon I, ternyata:
 - 3.1. Pertama: Tidak ada tawaran harga untuk memborong pekerjaan, tidak ada tawaran harga mengadakan (*procure*) barang/jasa atau tidak ada tawaran harga menyediakan barang/jasa dari penyedia (*provider*) kepada pemilik (*owner*) sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Proses seleksi mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I adalah proses seleksi untuk menjadi pemegang saham atas perusahaan yang akan didirikan bersama oleh Pertamina, Pemohon I dan calon mitra investasi, yang akan secara bersama-sama akan memiliki, mendanai dan menanggung resiko atas perusahaan yang akan didirikan tersebut (vide berkas Termohon No. M12, M13, S1, S2, S3, dan S6);
 - 3.2. Kedua: Proses seleksi calon mitra tersebut tidak untuk memborong pekerjaan, dan/atau mengadakan barang-barang barang/jasa, atau menyediakan jasa. Pemborongan pekerjaan, pengadaan atau penyediaan barang/jasa (kalau ada) akan dilakukan oleh perusahaan yang akan didirikan kemudian, dan bukan oleh mitra terpilih, bukan oleh Pertamina, dan bukan oleh Pemohon I



serta bukan pula merupakan objek proses seleksi calon mitra dalam perkara ini;

- 3.3. Ketiga: Karena dalam proses seleksi ini tidak ada tawaran harga dari penyedia jasa (*provider*) kepada pemilik (*owner*) seperti yang disyaratkan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, maka Pertamina dan Pemohon I sama sekali tidak menerima pembayaran *fee* atau harga pembayaran dari Mitsubishi atas terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra, malahan Pertamina dan Pemohon I melakukan investasi sebagai modal dalam perusahaan yang akan didirikan bersama dengan mitra terpilih;
- 3.4. Keempat: dalam pengertian tender berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999, terjadi transaksi putus (*out right transaction*) terhadap barang dan atau jasa yang ditransaksikan, sehingga terjadi peralihan tanggung jawab hukum atas pelaksanaan penyelesaian secara sempurna atas pengerjaan suatu pekerjaan atau penyediaan barang dan/atau jasa dari pemilik pekerjaan (*owner*) kepada penyedia (*provider*). Peralihan tanggung jawab atau transaksi putus tidak terjadi dalam proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I, karena:
 - a. mitra terpilih akan menyertakan modalnya sebagai pemegang/ pemilik saham dalam perusahaan yang didirikan oleh Pertamina, Pemohon I dan mitra terpilih, sehingga mereka secara bersama-sama menjalankan suatu perusahaan (vide berkas Termohon No. M12, M13, S1, S2, S3, dan S6);
 - b. tidak ada peralihan tanggung jawab hukum dari Pertamina dan Pemohon I kepada mitra terpilih, akan tetapi mereka akan secara bersama-sama menanggung atas keberhasilan (kegagalan) dari perusahaan yang mereka dirikan.
4. Konsisten dengan rumusan/persyaratan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999 dan fakta-fakta hukum yang telah diuraikan di atas, Prof. Erman Rajagukguk, S.H., PhD dalam keterangannya ("Pendapat Hukum Ahli Erman Rajagukguk") (berkas perkara Termohon No.

Hal. 111 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



B36) dan Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD, para dosen Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang merupakan ahli hukum UU No. 5/1999 sebagaimana dilampirkan ("Pendapat Hukum Ahli Kurnia Toha") (lampiran berkas perkara Termohon No. M19) telah menyatakan bahwa proses seleksi calon mitra bukan merupakan tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, yang dikutip sebagai berikut:

Keterangan/Pendapat Hukum Ahli Erman Rajagukguk pada halaman 3 menyatakan:

"Beauty contest pemilihan mitra tersebut tidak masuk dalam ruang lingkup Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat karena beauty contest pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk membangun suatu usaha, bukan mengenai pengadaan barang/jasa." (vide berkas Termohon No. B36)

Keterangan/Pendapat Hukum Ahli Kurnia Toha halaman 10 dan 11 menyatakan:

"Dari jawaban pada pertanyaan (4) (a) diatas, maka sangat jelas bahwa "Seleksi Calon Mitra" tidak masuk dalam pengertian "Tender" sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UU No. 5/1999." (vide Lampiran berkas Termohon No.M19);

5. Bahwa dengan demikian, Termohon telah melampaui kewenangannya dengan menangani, memeriksa dan menghukum Pemohon I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 dan membayar denda, karena proses seleksi di luar ruang lingkup tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau setidaknya-tidaknya harus dibatalkan;

Termohon TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN PASAL 22 UU NO. 5/1999

6. Termohon membangun suatu teori dan beranggapan bahwa pemilihan mitra dengan cara mengundang mitra potensial didesain untuk memilih Mitsubishi, dan selanjutnya dengan teori tersebut, Termohon mencari-cari alasan-alasan yang kira-kira cocok dengan teori dan anggapannya, yaitu bahwa (i) pelaksanaan seleksi mitra tersebut dilakukan dengan cara diskriminatif, dan (ii) Pertamina dan Pemohon I mengarahkan Mitsubishi sebagai pemenang;



7. Dalam membuat Putusannya, Termohon telah salah menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999 yang diuraikan di bawah ini.

Termohon salah menerapkan hukum, karena Putusan Termohon sukar dapat dipahami dan tidak cukup dipertimbangkan.

- 7.1. Putusan yang tidak cukup dipertimbangkan, sukar dipahami dan saling bertolak belakang merupakan alasan bagi Pengadilan untuk membatalkannya berdasarkan Jurisprudensi Mahkamah Agung RI No. 636 K/Sip/1969 dan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 ditentukan bahwa:

“Dengan tidak/kurang memberikan pertimbangan/ alasan, bahkan apabila alasan-alasan itu kurang jelas, sukar dapat dimengerti ataupun bertentangan dengan satu sama lain, maka hal demikian dapat dipandang sebagai suatu kelalaian dalam acara (“vormverzuim”) yang dapat mengakibatkan batalnya suatu putusan...”

- 7.2. Pasal 22 UU No.5/1999 mensyaratkan persekongkolan untuk memenangkan pemenang, dan Termohon menganggap hal itu terbukti. Putusan Termohon hanya didasarkan pada asumsi, perkiraan dan penafsiran belaka, yang tidak dapat dibenarkan berdasarkan Mahkamah Agung dalam Putusannya No. 422 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 12 Pebruari 2010, yang mempertimbangkan sebagai berikut:

- “Bahwa pendapat Majelis KPPU tentang telah terjadinya tindakan pengaturan harga penawaran atau penyesuaian dokumen penawaran diantara peserta tender anggota APEKSU tidaklah beralasan menurut hukum, karena pendapat tersebut bukan didasarkan atas bukti yang cukup, kecuali merupakan dugaan atau kesimpulan yang didasarkan pada persangkaan.”

Demikian juga dalam Putusan Mahkamah Agung No. 109 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 30 Maret 2009, yang mempertimbangkan sebagai berikut:

“..., hanyalah merupakan suatu kesimpulan belaka yang tidak dapat dijadikan ukuran bahwa telah terjadi indikasi



persaingan usaha semu untuk saling memenangkan salah satu paket tender tersebut.”

- 7.3. Putusan-putusan tersebut di atas secara konsisten sesuai dengan keterangan/pendapat dari Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 22 yang menyatakan:
“Dalam pembuktian ini, maka tidak cukup hanya didasarkan pada indikasi-indikasi (indirect evidences) yang dalam hukum pembuktian digolongkan kepada petunjuk, namun haruslah didukung dengan bukti yang kuat berupa bukti-bukti langsung (direct evidences) yang membuktikan bahwa memang terdapat persekongkolan antara pelaku usaha.” (vide lampiran berkas Termohon No.M19)
- 7.4. Bahwa ternyata Putusan Termohon untuk menyatakan terjadinya pelanggaran atas Pasal 22 (dan Pasal 23) UU No. 5/1999 hanya berdasarkan asumsi, perkiraan atau penafsiran belaka, yang akan diuraikan di bawah ini.
- 7.5. Pertamina dan Pemohon I bebas sepenuhnya untuk menunjuk langsung mitranya berdasarkan kesepakatan, dan tidak diwajibkan untuk melakukan proses seleksi calon mitra dalam memilih calon mitranya. Dengan demikian, kalau tujuannya hanya untuk menunjuk Mitsubishi, maka Pertamina dan Pemohon I tidak perlu melakukan proses seleksi, apalagi melakukan persekongkolan pula, tetapi cukup saja menunjuk Mitsubishi secara langsung. Tuduhan Termohon tentang persekongkolan sangat *absurd* dan tidak dapat kami pahami sama sekali;
- 7.6. Untuk membuktikan tuduhannya, Termohon diwajibkan untuk menjelaskan manfaat dan motif-motif Pertamina dan Pemohon I untuk bersekongkol dengan Mitsubishi dalam proses seleksi tersebut yang manfaatnya dibuktikan dengan alat-alat bukti hukum yang sah, dan bukan hanya perkiraan belaka;
- 7.7. Sehubungan dengan tuduhan persekongkolan untuk menunjuk Mitsubishi, dan mengingat Pertamina dan Pemohon I bebas sepenuhnya untuk menunjuk langsung

Hal. 114 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Mitsubishi, tanpa melalui proses seleksi, maka pertanyaan mendasar yang harus dijawab oleh Termohon adalah:

Apa manfaatnya bagi Pertamina dan Pemohon I bersekongkol untuk memilih Mitsubishi?

7.8. Bahwa proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I adalah *corporate action* (tindakan korporat), untuk mencari calon mitra yang kelak secara bersama-sama menanggung resiko kegagalan dan keberhasilan Proyek LNG Donggi-Senoro. Skema yang diadopsi adalah bahwa Pertamina dan Pemohon I serta mitra terpilih, akan mendirikan perusahaan baru, yang kelak secara bersama-sama dengan mitra terpilih akan menjadi pemegang saham (atau melalui anak perusahaannya) pada perusahaan baru yang dibentuk tersebut. Karena itu, kegagalan memilih calon mitra yang tidak *qualified* akan menjadi beban dan kerugian ekonomis di kemudian hari. Dalam keadaan bagaimanapun, tidak ada manfaatnya bagi Pertamina dan Pemohon I untuk bersekongkol untuk menunjuk calon mitra yang tidak *qualified* dalam seleksi tersebut, karena hal itu akan menjadi kerugian yang sangat besar bagi Pertamina dan Pemohon I dikemudian hari;

7.9. Fakta-fakta hukum tersebut di atas membuktikan dengan sempurna bahwa terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra adalah karena proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik, dan tidak ada proposal yang lebih baik dari proposal Mitsubishi, serta dari Putusan Termohon pun dapat disimpulkan bahwa proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik, sehingga tuduhan persekongkolan tidak mempunyai dasar sama sekali;

7.10. Dengan demikian, Putusan Termohon sangat sukar dapat dipahami dan tidak cukup dipertimbangkan, yang harus dibatalkan berdasarkan Yurisprudensi dan Surat Edaran Mahkamah Agung di atas;

Termohon salah menerapkan hukum dalam penerapan persyaratan "persekongkolan" dalam proses seleksi ini.



- 7.11. Termohon keliru memahami sifat dasar (*nature*) dan tujuan proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I;
- 7.12. Persyaratan persekongkolan dalam memenangkan pemenang dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah kalau ada peserta lain menjadi tersisih yang seharusnya terpilih sebagai mitra yang diakibatkan oleh persekongkolan, atau sebaliknya, apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan yang diminta sebagai hasil persekongkolan agar dengan mudah dipenuhi oleh salah satu peserta yang tidak *qualified* dan akhirnya peserta yang tidak *qualified* tersebut dimenangkan. Semua hal itu tidak terjadi dalam proses seleksi tersebut;
- 7.13. Dari Putusan Termohon dapat disimpulkan bahwa Mitsubishi merupakan mitra terbaik, dan tidak ada proposal yang lebih baik dari proposal Mitsubishi, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon I untuk tidak memilih Mitsubishi. Untuk membuktikan tuduhan persekongkolan, Termohon diwajibkan untuk membuktikan dengan alat-alat bukti hukum yang sah bahwa proposal Mitsubishi tidak memenuhi TOR, dan ada peserta lain yang seharusnya terpilih sebagai mitra menjadi tersisih, yang diakibatkan persekongkolan. Hal ini tidak ada sama sekali dalam Putusan Termohon;
- 7.14. Putusan yang demikian itu merupakan putusan yang tidak cukup dipertimbangkan dan tidak dapat dipahami, yang harus dibatalkan berdasarkan Jurisprudensi dan Surat Edaran Mahkamah Agung di atas; Putusan Termohon tidak dapat dipahami, alasan-alasannya tidak jelas dan Termohon mengabaikan fakta-fakta sehubungan dengan tuduhan persekongkolan.
- 7.15. Termohon menuduh Pemohon I dan Pertamina untuk memenangkan Mitsubishi. Tuduhan tersebut sangat absurd, tidak masuk akal dan sukar dipahami. Kalau tujuannya hanya memenangkan Mitsubishi melalui proses seleksi mitra, Pemohon I tidak perlu menunjuk konsultan-

Hal. 116 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



konsultan independen, menghabiskan biaya dan *man hours* yang tidak sedikit, dan kalau tujuannya hanya untuk menunjuk Mitsubishi, maka Pertamina dan Pemohon I tidak perlu melakukan seleksi calon mitra ini, karena Pertamina dan Pemohon I bebas sepenuhnya menunjuk mitranya secara langsung tanpa melalui proses seleksi. Proses seleksi itu sendiri, penunjukan konsultan, pengalokasian biaya dan *man hours* membuktikan dengan sempurna bahwa Pemohon I dan Pertamina tidak bersekongkol, dan tidak dapat ditafsirkan sebaliknya;

7.16. Fakta-fakta hukum di bawah ini, yang tidak dipertimbangkan oleh Termohon, membantah dengan sendirinya tuduhan Termohon bahwa proses seleksi calon mitra dilakukan dengan sekongkol untuk memenangkan Mitsubishi, yaitu sebagai berikut:

- a. Pertama: Tidak ada kepentingan dan manfaat sama sekali untuk bersekongkol memenangkan Mitsubishi melalui proses seleksi calon mitra ini, karena pada kenyataannya Pertamina dan Pemohon I telah mengundang 10 (sepuluh) calon mitra potensial, yang dipandang sebagai perusahaan bertaraf internasional dengan reputasi baik;
- b. Kedua: Atas biaya sendiri, Pemohon I telah menunjuk konsultan independen yang mempunyai reputasi dan kredibilitas tinggi, yaitu PWC, yang secara khusus ditunjuk untuk melakukan evaluasi proposal dari calon mitra dalam rangka untuk mencapai dan menghasilkan penilaian objektif dan *fair*;
- c. Ketiga: Atas biaya sendiri, Pemohon I telah menunjuk konsultan hukum internasional yang independen, yaitu White & Case, yang secara khusus ditunjuk untuk membantu Pemohon I dalam proses seleksi tersebut;
- d. Keempat: Atas biaya sendiri, Pemohon I juga telah menunjuk konsultan hukum nasional, yaitu Widyawan & Partners, yang secara khusus ditunjuk untuk membantu Pemohon I untuk melakukan *review* terhadap legalitas



dan kelengkapan administrasi para peserta seleksi calon mitra;

e. Kelima: Penilaian proposal dilakukan secara terpisah dan independen oleh Pertamina dan Pemohon I dalam rangka mencapai dan mendapatkan hasil penilaian yang objektif dan *fair*. Kalau tujuannya hanya untuk bersekongkol, maka tidak perlu ada penilaian atau penilaian yang terpisah secara independen, dan bisa saja ditunjuk langsung;

f. Keenam: Proses seleksi dimulai dari pembentukan Tim Evaluasi masing-masing perusahaan, penyusunan kriteria, dan diakhiri dengan suatu proses seleksi, yang menghabiskan *man hours* yang tidak sedikit.

7.17. Keseluruhan proses seleksi calon mitra telah mengalokasikan sumber daya manusia, penunjukan PWC dan konsultan-konsultan di atas dan menghabiskan jumlah *man hours* dan biaya yang tidak sedikit;

7.18. Fakta-fakta hukum tersebut di atas membantah dengan sendirinya tuduhan Termohon tentang persekongkolan untuk menunjuk Mitsubishi. Dengan demikian, Putusan Termohon tentang tuduhan persekongkolan tidak dapat dipahami, sehingga harus dibatalkan berdasarkan Jurisprudensi Mahkamah Agung dan Surat Edaran Mahkamah Agung tersebut di atas;

Termohon salah menerapkan hukum, karena Putusan Termohon hanya didasarkan pada Kata Pengantar (*Introduction*) dari sebuah buku

7.19. Termohon dalam Putusannya pada halaman 212-215 butir 3.5 angka 1 s/d 10 menyimpulkan secara salah bahwa seleksi calon mitra merupakan tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, dan selanjutnya, Termohon menyatakan bahwa Pertamina, Pemohon I dan Mitsubishi melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999;

7.20. Para Pemohon sangat terkejut karena ternyata Termohon telah membuat Putusannya dan membuat penghukuman hanya berdasarkan pada Kata Pengantar (*Introduction*) dari halaman 1 pula dari sebuah Buku Maarten Janssen



untuk menyimpulkan proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I merupakan tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Termohon sangat memaksakan alasannya dalam membuat Putusannya;

- 7.21. Buku tersebut tidak menyimpulkan sama sekali bahwa proses seleksi calon mitra investor merupakan tender, dan dari judul Buku Maarten Janssen saja, yaitu: "*Auctioning Public Asset - Analysis and Alternatives*", yang apabila diterjemahkan ke bahasa Indonesia adalah "Lelang Aset Publik - Analisa dan Alternatif" sudah membuktikan dengan pasti bahwa buku tersebut membahas lelang barang-barang pemerintah dan oleh pemerintah, bukan masalah pemilihan mitra investor seperti halnya dengan perkara ini, sehingga buku tersebut tidak dapat dibuat sebagai patokan dalam menyimpulkan bahwa proses seleksi calon mitra investor ini sebagai tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, apalagi dibuat sebagai sarana untuk menghukum. Ruang lingkup tender sudah seharusnya diterapkan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, bukan malah dengan mempergunakan buku asing yang tidak membahas hukum Indonesia apalagi Pasal 22 UU No. 5/1999, bahkan hanya merujuk Kata Pengantar dari halaman 1;
- 7.22. Hal penting lainnya adalah bahwa Termohon telah mempergunakan buku asing yang membahas pranata hukum di negara asing pula, dan tidak membahas dan tidak *applicable* dengan hukum Republik Indonesia. Padahal undang-undang Negara Republik Indonesia telah membuat ruang lingkup yang resmi dari tender sebagaimana dijelaskan secara jelas dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999. Penjelasan resmi tersebut dibuat oleh pembuat undang-undang supaya Termohon jangan menangani dan memeriksa sesuatu di luar ruang lingkup dari penjelasan resmi tersebut.
- 7.23. Termohon seharusnya mempergunakan keterangan dari ahli hukum Indonesia dalam membuat Putusannya, dimana keterangan ahli-ahli tersebut telah disampaikan



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

kepada Termohon, yaitu (a) Prof. Erman Rajagukguk, S.H., PhD dan (b) Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD, masing-masing adalah para guru besar dan dosen senior Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang merupakan ahli hukum UU No. 5/1999. Keterangan mereka dapat memberikan penjelasan yang lebih tepat mengenai ruang lingkup tender, dan secara tegas menyatakan bahwa proses seleksi calon mitra bukan merupakan tender;

Termohon salah menerapkan hukum, karena Putusan Termohon mendasarkan pada Perkom No. 02/2010 yang bertentangan dengan UU No. 5/1999

7.24. Termohon membuat Putusannya atas dasar Perkom No. 02/2010 untuk menyimpulkan proses seleksi calon mitra investor yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I sebagai tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, dimana Perkom No. 02/2010 tersebut bertentangan dengan UU No. 5/1999;

7.25. Walaupun Termohon berwenang untuk menyusun “pedoman” dan menyusun “publikasi”, akan tetapi “pedoman” dan “publikasi” tersebut tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, karena “pedoman” dan “publikasi” mempunyai hirarki jauh di bawah undang-undang. Lagi pula “pedoman”, apalagi “publikasi” tidak dapat dipergunakan sebagai sarana untuk menghukum warga negara, dan oleh karena itu, Termohon telah melampaui kewenangannya (*ultra vires*) dalam menghukum Pemohon I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda kepada Pemohon I;

7.26. Bahwa “pedoman” dan “publikasi” (dalam hal ini Perkom No. 02/2010) tidak ada di dalam susunan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan;

7.27. Uraian-uraian di atas secara konsisten sesuai dengan keterangan/Pendapat Hukum Ahli Kurnia Toha pada halaman 9 menyatakan:

Hal. 120 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“KPPU hanya berwenang untuk membuat pedoman dan publikasi untuk menjelaskan norma-norma yang ada dalam UU No. 5/1999. Apabila definisi “Tender” yang terdapat dalam Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999 melampaui atau berbeda sehingga akan mempunyai akibat hukum yang berbeda pula, maka definisi tersebut bertentangan dengan Undang-Undang No. 5/1999 yang secara hierarki jauh diatas Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999, karenanya secara hukum, Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999 tersebut tidak berlaku.”

- 7.28. Berdasarkan uraian-uraian di atas, Putusan Termohon yang didasarkan pada Perkom No. 02/2010 yang bertentangan dengan UU No. 5/1999 adalah batal demi hukum atau setidaknya-tidaknya harus dibatalkan;

Termohon TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN PASAL 23 UU NO. 5/1999

8. Termohon menganggap bahwa Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yaitu memfasilitasi persekongkolan mendapatkan informasi rahasia saingannya, dan menganggap bahwa Para Pemohon merupakan saingan dari LNGEU/LNGI sebagai pemilik informasi. Termohon telah melakukan kesalahan berat dalam menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999 dalam perkara ini yang akan diuraikan di bawah ini;

Termohon telah melampaui kewenangannya karena membuat sendiri sistem penghukuman baru tanpa melalui undang-undang

- 8.1. Termohon menuduh bahwa dengan due diligence, maka Termohon menuduh Para Pemohon memfasilitasi Mitsubishi untuk bersekongkol dalam mendapatkan informasi rahasia LNGEU yang digunakan untuk pembuatan proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra, sehingga Termohon menghukum Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999;
- 8.2. Ternyata Termohon tanpa kewenangan telah menciptakan unsur baru, yaitu “memfasilitasi”. Penggunaan “memfasilitasi” oleh Termohon sebenarnya karena Termohon telah menyadari/mengakui bahwa unsur-unsur dari Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak terpenuhi/terbukti



kepada Para Pemohon, karena (a) posisi Para Pemohon hanyalah “pihak lain”, dan bukan “pelaku usaha” yang telah dinyatakan oleh Termohon dalam Putusannya, (b) Para Pemohon bukan “pesaing” dari LNGEU, dan (c) unsur “dilarang” tidak terbukti;

8.3. Disamping Putusan Termohon telah salah dalam menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, Termohon juga melampaui kewenangannya;

8.4. Termohon salah menerapkan hukum karena Pasal 23 UU No. 5/1999 mensyaratkan persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaingnya, dan bukan “memfasilitasi” sebagaimana dinyatakan oleh Termohon dalam Putusannya;

8.5. Termohon telah melampaui kewenangannya dengan membuat sendiri sistem penghukuman. Termohon menyatakan Para Pemohon “memfasilitasi” persekongkolan, akan tetapi dalam diktum Putusannya, Termohon menghukum Para Pemohon bersekongkol dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999, bukan “memfasilitasi” persekongkolan (*quod non*, halmana ditolak). Di pihak lain juga, yang dihukum dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bersekongkol, bukan “memfasilitasi” persekongkolan. “Memfasilitasi persekongkolan” berarti membantu melakukan dengan memberikan bantuan atau sarana (*medeplegen*) dalam persekongkolan tersebut, padahal sistem pengenaan sanksi administratif yang dapat dilakukan oleh Termohon dalam UU No. 5/1999 tidak mengenal membantu melakukan (*medeplichtigeheid*) sebagaimana diatur dalam Pasal 56 KUHPidana, dimana sistem penghukuman yang demikian wajib dibuat dan ditentukan dalam suatu undang-undang (persetujuan Pemerintah dan DPR). Dengan demikian, dalam membuat Putusannya, Termohon telah melampaui kewenangannya dengan membuat sistem penghukuman baru tanpa melalui undang-undang, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum;



Salah penerapan hukum karena Para Pemohon bukan pesaing dari LNGEU/LNGI

8.6. Salah satu unsur yang harus dibuktikan oleh Termohon terkait dengan penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah unsur pesaing. Logika penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa yang dimaksud dengan “pesaing” adalah pesaing yang mendapatkan informasi saingannya secara tidak sah;

8.7. Bahwa ternyata Termohon menganggap bahwa Para Pemohon merupakan pesaing dari LNGEU/LNGI dalam proses seleksi ini, sehingga Termohon berkesimpulan bahwa Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999. Putusan tersebut tidak mempunyai dasar hukum sama sekali;

8.8. Kenyataannya sebagai fakta hukum yang tidak perlu diperdebatkan lagi adalah bahwa dalam proses seleksi calon mitra ini, Para Pemohon bukan pesaing/saingan dari LNGEU/LNGI, karena LNGEU/LNGI merupakan salah satu pihak yang diundang. Pihak-pihak yang saling bersaing (pesaing) dalam proses seleksi tersebut adalah perusahaan-perusahaan yang diundang menyampaikan proposalnya untuk diseleksi dan berharap dipilih sebagai pemenang. Antara penyelenggara dan perusahaan yang diundang bukan pesaing satu dengan yang lain. Hal ini telah dijelaskan oleh ahli hukum persaingan usaha, yaitu Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 17, yang menyatakan:

“Pihak “Pengundang” dengan pihak ketiga untuk mengikuti proses seleksi Calon Mitra bukan merupakan “Pesaing”.

“Jadi sangat jelas antara “Pengundang” dengan pihak ketiga yang “Diundang” untuk mengikuti seleksi bukanlah pesaing satu sama lain.”

Lebih lanjut Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 16 dan 17, yang menyatakan:

Hal. 123 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“Kondisi dasar yang harus melekat dalam Persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 juncto Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah harus terdapat konspirasi atau penyesuaian perilaku atau kerjasama antar pelaku usaha yang bertujuan mendapatkan informasi rahasia perusahaan pesaingnya. Jadi perusahaan yang bersekongkol haruslah merupakan pesaing dari perusahaan yang informasi rahasia perusahaannya diambil.”

“Pelaku usaha yang terkena sanksi berdasarkan Pasal 23 adalah pelaku usaha yang bersaing dengan pelaku usaha yang mempunyai informasi rahasia perusahaan yang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya tersebut. Jadi pelaku usaha yang bersekongkol dan akan terkena sanksi adalah perusahaan pesaing yang mengambil informasi rahasia perusahaan pesaingnya.”

- 8.9. Keterangan tersebut di atas secara konsisten sesuai dengan rumusan/persyaratan Pasal 23, Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, yang apabila diterapkan dalam perkara ini, maka Para Pemohon tidak merupakan pesaing dari LNGEU/LNGI. Dengan demikian, Putusan Termohon menyatakan bahwa Para Pemohon merupakan pesaing/saingan dari LNGEU dan menghukum Para Pemohon haruslah dibatalkan;

Salah penerapan hukum karena Termohon menghukum perbuatan yang sah

- 8.10. Situasi yang dilarang/dihukum dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah apabila perusahaan pesaing bersekongkol mendapatkan informasi secara tidak sah (artinya tidak ada alas hukum yang sah), sehingga dianggap bersekongkol mendapatkan informasi rahasia pesaingnya yang dilarang berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999. Dengan demikian, persyaratan “persekongkolan mendapatkan informasi” dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa perolehan informasi tersebut tidak didasarkan pada dasar hukum yang sah;



- 8.11. Sudah logis bahwa apabila suatu perbuatan yang sah atau tidak melanggar hukum tidak dilarang/tidak dihukum dan tidak dapat dikategorikan pula sebagai “persekongkolan”. Hal ini telah ditegaskan oleh Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD dalam Pendapat Hukum Ahli Kurnia Toha pada halaman 18 (vide Berkas Termohon No. M19), yang dikutip sebagai berikut:

“... Dalam hal suatu perbuatan (atau perjanjian) merupakan perbuatan (atau perjanjian) yang sah atau perbuatan yang tidak melanggar hukum, tidak dapat dikategorikan sebagai “Persekongkolan”.

Undang-undang (dalam hal ini KUHPdata) memberikan perlindungan hukum atas suatu perbuatan atau perjanjian yang didasarkan pada kesepakatan. Apabila informasi atau hal yang bersifat rahasia diperoleh dengan ijin pemilik, maka tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia.”

- 8.12. Mitsubishi, Itochu dan Anadarko yang selama ini dikenal sebagai pebisnis bertaraf internasional hanya diperkenalkan kepada LNGI yang memungkinkan mereka dapat menjajaki kemungkinan bekerja sama. Dalam hal ini sebagai fakta yang tidak perlu diperdebatkan lagi bahwa LNGI telah menandatangani *Confidentiality Agreement/CA* dengan Mitsubishi, Mitsui dan Anardarko, yang terbukti dari hasil Laporan Hasil Pemeriksaan Pendahuluan yang dibuat oleh Termohon bahwa (a) pada tanggal 17 Pebruari 2006, LNGI dan Mitsubishi menandatangani CA, (b) pada tanggal 2 Maret 2006, LNGI dan Mitsui menandatangani CA, dan (c) pada tanggal 22 Mei 2006 LNGI dan Anadarko menandatangani CA dalam rangka untuk mencari mitra LNGI;

- 8.13. Mengingat perolehan informasi tersebut (kalau ada) didasarkan pada *due diligence* yang didahului dengan penandatanganan CA atas persetujuan LNGI, maka perolehan tersebut didasarkan pada alas hukum yang sah dan kesepakatan berdasarkan Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPdata atau bukan perbuatan yang melanggar

Hal. 125 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



hukum, dan oleh karena itu, informasi apapun yang didapatkan oleh Mitsubishi ataupun pihak lainnya (kalau ada) telah mendapatkan persetujuan dan ijin dari LNGI, sehingga tidak dapat dikategorikan sebagai “persekongkolan” dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999. Dengan demikian, tuduhan mendapatkan informasi rahasia sebagaimana diatur dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak mempunyai dasar hukum sama sekali;

Termohon telah salah menerapkan Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 karena Termohon tidak menguraikan “pasar bersangkutan” dalam perkara ini

8.14. Termohon menganggap bahwa Para Pemohon memfasilitasi persekongkolan untuk mendapatkan rahasia informasi dari pesaingnya sehingga melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, dan Pemohon I melakukan persekongkolan dalam kaitannya dengan Pasal 22 UU No. 5/1999;

8.15. Berdasarkan Pasal 1 ayat 8 UU No. 5/1999, “pasar bersangkutan” merupakan salah satu unsur dari persekongkolan, yang harus dipenuhi dan harus diuraikan oleh Termohon atas tuduhan persekongkolan dalam proses seleksi tersebut, dan memfasilitasi persekongkolan mendapatkan informasi rahasia;

8.16. Dalam Putusannya, ternyata Termohon tidak menguraikan pasar bersangkutan terkait dengan tuduhan pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan tidak ada satu kata/kalimat pun yang menguraikan dan membuktikannya unsur tersebut, padahal unsur “pasar bersangkutan” merupakan salah satu unsur terpenuhinya dugaan pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999. Dengan demikian, Putusan Termohon yang menyatakan Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 terbukti, harus dibatalkan;

FAKTA YANG DIANGGAP TERBUKTI OLEH Termohon TERNYATA TIDAK TERBUKTI, DAN TIDAK LAYAK SEBAGAI DASAR TUDUHAN PELANGGARAN PASAL 22 DAN PASAL 23 UU NO. 5/1999

9. Proses Seleksi Calon Mitra Tidak Diskriminatif



- 9.1. Termohon membuat tuduhan-tuduhan bahwa Pertamina dan Pemohon I berlaku diskriminatif, sehingga Termohon berkesimpulan bahwa Pertamina dan Pemohon I bersekongkol untuk memenangkan Mitsubishi. Disamping tidak ada perlakuan diskriminatif, juga tuduhan lain Termohon bahwa Pertamina dan Pemohon I bersekongkol untuk memenangkan Mitsubishi tidak mempunyai dasar sama sekali. Tuduhan Termohon tidak didasarkan pada alat-alat bukti hukum yang sah, akan tetapi hanya berdasarkan asumsi-asumsi, kesimpulan dan perkiraan belaka, sehingga Putusan Termohon haruslah dinyatakan batal demi hukum atau setidaknya harus dibatalkan sebagaimana diuraikan di bawah ini.

Komunikasi tidak hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga pihak-pihak lain, yang tidak terkait dengan TOR dalam proses seleksi mitra investasi

- 9.2. Pada halaman 236 butir 10.4.3 yang merujuk butir 8 halaman 227-230 yang pada intinya sama dengan pertimbangan Termohon pada halaman 215 butir 4.1(1) dan halaman 218 butir 4.5 (1) putusannya, Termohon menganggap bahwa komunikasi dengan Mitsubishi merupakan perlakuan yang berbeda-beda dalam seleksi calon mitra yang menguntungkan Mitsubishi, sehingga Termohon menganggap terjadi persaingan semu dan pemberian kesempatan eksklusifitas untuk menyimpulkan adanya persekongkolan untuk memenangkan Mitsubishi;
- 9.3. Pertimbangan tersebut tidak mempunyai dasar hukum sama sekali, dan Termohon telah mengabaikan fakta-fakta yang terbukti.
- 9.4. Termohon hanya membesar-besarkan pertemuan dengan Mitsubishi padahal sejak Pemohon I dan Pertamina memutuskan skema hilir (*downstream*) hingga sebelum undangan seleksi calon mitra dikirimkan pada tanggal 1 September 2006 ada banyak perusahaan yang berminat dan menyampaikan ketertarikannya terhadap Proyek LNG Donggi-Senoro yang ingin bertemu dan berdiskusi. Pertemuan-pertemuan ataupun diskusi tidak hanya



dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan semua pihak yang berminat dengan proyek ini, yang juga telah disampaikan oleh Pertamina dalam pembelaan yang tercatat dalam Putusan Termohon halaman 62-72, dan ternyata telah diabaikan oleh Termohon. Pertemuan-pertemuan ataupun diskusi terjadi juga dengan pihak-pihak di bawah ini:

1. LNGEU/LNGI;
2. BG Asia Pasific Ltd;
3. Itochu Corp;
4. LNG Japan Corp;
5. Marubeni Corporation; dan
6. Mitsui.

Dalam hal ada pihak lain yang belum menyatakan ingin bertemu dan berdiskusi sebelum dimulainya proses seleksi calon mitra, namun pihak tersebut diundang untuk mengikuti proses seleksi, hal tersebut tidak dapat ditafsirkan sebagai perlakuan yang diskriminatif untuk memenangkan Mitsubishi. Perusahaan-perusahaan lain juga telah melakukan diskusi dan pertemuan sebelum proses seleksi mitra dilaksanakan. Kalau tujuannya hanya untuk memberikan perlakuan yang berbeda kepada Mitsubishi, maka pertemuan dengan pihak-pihak lain sebagaimana disebut diatas tidak diperlukan sama sekali; Perlu kami sampaikan bahwa sebelum proses seleksi mitra investasi yang mulai dilakukan pada tanggal 1 September 2006, terdapat pula komunikasi intensif dengan beberapa pihak, termasuk LNGEU/LNGI, dimana komunikasi intensif tersebut sama sekali tidak dipertimbangkan oleh Termohon. Dalam pemeriksaan dan Putusannya, Termohon hanya membesar-besarkan komunikasi dengan Mitsubishi.

- 9.5. Termohon telah mengabaikan fakta-fakta hukum bahwa komunikasi-komunikasi dengan para pebisnis internasional, termasuk dengan LNGEU/LNGI adalah dalam rangka peninjauan jual beli gas secara putus dan dilakukan jauh sebelum proses seleksi calon mitra potensial yang baru dimulai pada tanggal 1 September



2006, dan komunikasi dengan Mitsubishi sebelum diadakannya proses seleksi calon mitra tidak ada kaitannya dengan proses seleksi calon mitra, yang pada waktu penajakan tersebut berlangsung, rencana untuk mengadakan proses seleksi calon mitra investor tertanggal 1 September 2006 tidak terpikirkan dan belum diputuskan sama sekali.

- 9.6. Selanjutnya, Termohon hanya membesar-besarkan komunikasi dengan Mitsubishi tertanggal 4 September 2006, dan ternyata Termohon telah mengabaikan fakta-fakta hukum bahwa pertemuan tanggal 4 September 2006 tidak hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan Itochu Corporation berdasarkan catatan/pertimbangan Termohon dalam Salinan Laporan Dugaan Pelanggaran halaman 36 butir c (lihat berkas Termohon No. A1), yang kami kutip:

“Ditengah tengah pelaksanaan proses beauty contest, pada tanggal 4 September 2006, Mitsubishi Corporation dan Itochu Corporation menyampaikan presentasi kepada Dewan Direksi PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk.”

Termohon telah menghilangkan fakta-faktanya sendiri. Kalau tujuannya hanya untuk memberikan perlakuan yang berbeda kepada Mitsubishi, maka pertemuan dengan Itochu Corporation tidak diperlukan sama sekali.

- 9.7. Perlu kami sampaikan bahwa pertemuan pada tanggal 4 September 2006 dilakukan bukan dengan tim evaluator Pertamina dan/atau Pemohon I, sedangkan untuk dapat dipilih sebagai mitra haruslah direkomendasikan oleh tim evaluator terlebih dahulu yang bersifat independen. Pertemuan 4 September 2006 bukan membicarakan proposal. Pertemuan ini hanya bersifat pengulangan atas pertemuan sebelumnya. Oleh sebab itu pertemuan 4 September 2006 tersebut sama sekali tidak mempengaruhi proses evaluasi yang dilakukan oleh tim evaluator berdasarkan TOR karena tidak membahas TOR. Lebih lanjut, tim evaluasi Pemohon I telah menggunakan parameter dan cara penilaian sebagaimana digunakan



oleh PWC. Terpilihnya Mitsubishi sebagai salah satu *shortlisted partner* bersama dengan Mitsui adalah karena Mitsubishi dan Mitsui telah memenuhi kriteria dalam TOR. Pada saat proses selanjutnya untuk memilih *selected partner*, atas usulan tim evaluator, direksi Pertamina dan Pemohon I meminta agar menyeleksi di antara keduanya dengan cara meminta kepastian dari Mitsubishi dan Mitsui atas proposalnya lewat pemberian *binding commitment* proposal. Pada saat Mitsubishi melakukan presentasi tanggal 4 September 2006, baik Mitsubishi maupun Itochu sama sekali tidak diminta untuk memberikan *binding commitment*. Dengan demikian tidak ada relevansi antara presentasi tanggal 4 September 2006 dengan keadaan terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra;

9.8. Pemohon I juga mengetahui bahwa pada tanggal 4 September 2006 Direksi Pertamina tidak hanya bertemu dengan Mitsubishi, akan tetapi juga dengan beberapa perusahaan lain, yaitu BG Asia Pasific Ltd, Itochu Corporation, LNG Japan, LNGEU, Mitsui dan Marubeni, dan oleh karena itu, kesimpulan Termohon tentang tuduhan pemberian kesempatan eksklusif kepada Mitsubishi tidak mempunyai dasar sama sekali.

9.9. Lebih lanjut, Putusan Termohon juga tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan “substansi proyek” sebagaimana dimaksud dalam Putusannya. Namun, apabila tuduhan pembahasan substansi proyek yang dimaksud oleh Termohon adalah mengenai TOR dalam proses seleksi calon mitra yang telah diberikan kepada calon mitra, maka perlu ditegaskan kembali bahwa pertemuan pada tanggal 4 September 2006 sama sekali tidak membahas mengenai TOR dan hanya mendengarkan lebih lanjut atas presentasi sebelumnya. Pada butir 35 s/d 36 dari berkas perkara Termohon No. B38, dimana Mitsubishi telah menegaskan bahwa:

“.... kami tidak menanggapi TOR pada saat itu.”



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Dengan demikian, pertemuan pada tanggal 4 September 2006 tidak dapat ditafsirkan sebagai pembahasan substansi proyek.

- 9.10. Pada halaman 218-219 butir 4.5 (3) Putusannya, walaupun Termohon telah mengakui bahwa Mitsubishi tidak melakukan presentasi dengan tim evaluator, akan tetapi Termohon berkesimpulan bahwa putusan strategis berada dalam kewenangan direksi Pemohon I dan Pertamina. Terkait dengan hal ini, perlu kami sampaikan bahwa proses seleksi mitra berjalan dengan sistem *bottom up*, dimana keputusan direksi diambil dengan mempertimbangkan hasil evaluasi tim evaluator. Tim evaluator dalam evaluasinya menyimpulkan bahwa proposal Mitsubishi memenuhi persyaratan-persyaratan TOR dan direkomendasikan sebagai salah satu *shortlisted partners* disamping Mitsui;
- 9.11. Bahwa Putusan Termohon pada halaman 219 butir 4.5 (4) telah keliru dalam menilai dan menyimpulkan bahwa presentasi yang dilakukan oleh Mitsubishi adalah untuk mengetahui posisi Pertamina dan Pemohon I agar Termohon II dapat mempersiapkan proposal, sesuai keinginan Pertamina dan Pemohon I;
- 9.12. Tuduhan tersebut tersebut hanya perkiraan dan asumsi belaka. Kriteria dan *items* yang diinginkan dan dipersyaratkan bagi calon mitra sudah dijelaskan dan telah dijabarkan secara lengkap dalam TOR dan pertemuan klarifikasi tertanggal 19 September 2006, sehingga kesimpulan yang dibuat oleh Termohon yang menyatakan bahwa presentasi yang dilakukan pada tanggal 4 September 2006 adalah untuk mengetahui posisi Pertamina dan Pemohon I sehingga Termohon II dapat mempersiapkan proposalnya adalah mengada-ada;
- 9.13. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, anggapan Termohon tentang diskriminasi tidak mempunyai dasar sama sekali, dan kesimpulan-kesimpulan lain sebagai akibat tuduhan diskriminatif terbantahkan dengan sendirinya;

Hal. 131 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Undangan tanggal 13 September 2006 tidak membuktikan diskriminasi

- 9.14. Bahwa tidak benar Putusan Termohon halaman 218 butir 4.5 angka 2, yang pada intinya menyatakan bahwa undangan tambahan yang dikirimkan kepada calon mitra merupakan tindakan diskriminatif. Selanjutnya menurut Termohon, jangka waktu penyampaian proposal merupakan perbuatan persekongkolan untuk mengatur dan atau menentukan pemenang (Mitsubishi);
- 9.15. Untuk menyimpulkan tuduhannya, Termohon seharusnya membuktikan berdasarkan bukti-bukti hukum yang konkrit bahwa jangka waktu tersebut hasil permintaan dari Mitsubishi kepada Pertamina dan Pemohon I untuk kepentingan tertentu ataupun Mitsubishi. Dalam hal ini, permintaan dan bukti tersebut tidak ada sama sekali;
- 9.16. Adanya undangan tambahan tanggal 13 September 2006 kepada (i) British Gas Asia Pasific Pte. Ltd ("British Gas"), (ii) Japan Petroleum Exploration ("Japex") dan, (iii) PT Pasific Oil & Gas Indonesia ("POGI") adalah karena adanya pernyataan minat dari British Gas, Japex dan POGI, yang disampaikan kepada Pertamina. Kepada pihak-pihak yang berminat diberikan kesempatan yang seluas-luasnya untuk berpartisipasi dalam proses seleksi calon mitra ini;
- 9.17. Disamping itu, 3 (tiga) perusahaan calon mitra yang menerima undangan pada tanggal 13 September 2006 sama sekali tidak mengajukan keberatan atas jangka waktu tersebut pada saat maupun setelah proses seleksi calon mitra;
- 9.18. Secara logika, untuk apa Pemohon I dan Pertamina bertindak diskriminatif, padahal Pemohon I dan Pertamina bebas sepenuhnya menunjuk secara langsung mitra berdasarkan kesepakatan, tanpa proses seleksi calon mitra dalam perkara ini, dan Pemohon I dan Pertamina bebas untuk tidak mengirimkan undangan tambahan tersebut. Undangan tambahan ini justru membuktikan bahwa seleksi calon mitra diselenggarakan secara objektif dan *fair*, dimana pihak-pihak yang berminat diberikan

Hal. 132 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



kesempatan yang seluas-luasnya untuk berpartisipasi dalam proses seleksi calon mitra;

10. PROSES SELEKSI CALON MITRA TIDAK PERNAH DIARAHKAN UNTUK MEMENANGKAN MITSUBISHI, AKAN TETAPI TERPILIHNYA MITSUBISHI KARENA MITSUBISHI TELAH MEMENUHI PERSYARATAN TOR, DAN PROPOSAL MITSUBISHI MERUPAKAN PROPOSAL TERBAIK.

- 10.1. Anggapan Termohon dalam Putusannya halaman 222 butir 5.5 angka (1) yang pada intinya menyatakan bahwa perbedaan penilaian yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I terhadap proposal calon mitra menunjukkan belum terdapatnya kesamaan pandangan tim evaluator, sehingga merugikan peserta tidak mempunyai dasar hukum sama sekali, yang diuraikan di bawah ini.

Cara penilaian Pertamina dan Pemohon I diperlakukan sama terhadap calon mitra yang membuktikan seleksi calon mitra dilaksanakan dengan objektif dan *fair*.

- 10.2. Adanya perbedaan cara penilaian proposal yang dilakukan oleh Pemohon I dan Pertamina dan penilaian dilakukan secara terpisah secara independen dalam seleksi calon mitra justru membuktikan dengan sempurna bahwa tidak ada persekongkolan dalam seleksi calon mitra untuk memenangkan calon mitra tertentu. Justru metode penilaian yang sama dapat membuktikan adanya persekongkolan. Kalau tujuannya hanya untuk memenangkan Mitsubishi dengan sekongkol, tidak perlu ada penilaian, dan cukup saja ditunjuk secara langsung. Adanya perbedaan cara penilaian pun tidak dapat ditafsirkan sebaliknya;

- 10.3. Termohon mengabaikan fakta-fakta hukum bahwa:

- 10.3.1. proses penilaian yang diterapkan oleh Pemohon I dan Pertamina berlaku secara sama atau *equal* kepada semua calon mitra;
- 10.3.2. walaupun ada perbedaan cara menilai, tetapi hasilnya pada kenyataannya menghasilkan banyak persamaan dibandingkan perbedaan, karena berdasarkan hasil penilaiannya masing-

Hal. 133 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



masing, baik Pemohon I maupun Pertamina merekomendasikan Mitsui dan Mitsubishi.

Dengan demikian, cara penilaian yang berbeda tidak dapat ditafsirkan untuk mengarahkan Mitsubishi sebagai pemenang.

- 10.4. Bahwa perbedaan penilaian antara Pertamina dan Pemohon I dalam proses seleksi tersebut merupakan suatu hal yang lazim dalam hal seleksi calon mitra, karena Pertamina dan Pemohon I merupakan dua *entity* yang berbeda, yang memiliki karakter yang berbeda yang berakibat pada pembobotan penilaian yang berbeda terhadap suatu proposal. Dalam keadaan bagaimanapun, pada akhirnya penilaian masing-masing akan digabungkan dengan hasil penilaian dari yang lain, dan hal itu tidak dapat ditafsirkan sebagai mengarahkan pemenang;
- 10.5. Tidak pernah sepengetahuan kami dalam suatu TOR memuat sistem penilaian, dimana sistem penilaian merupakan diskresi pihak penyelenggara. Yang terpenting adalah bahwa sistem penilaian tersebut diterapkan secara sama, *equal* dan objektif kepada seluruh calon mitra;
- 10.6. Dengan demikian, pertimbangan hukum Termohon yang menyatakan bahwa TOR yang tidak memuat sistem penilaian menimbulkan ketidakpastian sama sekali tidak berdasar.

Tentang persyaratan *jointly and severally liable*

- 10.7. Termohon dalam Putusannya halaman 222 butir 5.5 angka (2) huruf a dan halaman 219 butir 5.1 angka 1 dan angka 2 huruf b pada intinya beranggapan bahwa TOR dibuat sengaja mengambang untuk memudahkan menggugurkan LNGEU/Osaka Gas/Golar dan untuk mengarahkan Mitsubishi sebagai pemenang. Selanjutnya Termohon berkesimpulan bahwa persyaratan *jointly and severally liable* tidak dimuat dalam TOR. Kesimpulan tersebut tidak mempunyai dasar hukum sama sekali;
- 10.8. Persyaratan *jointly and severally liable* bagi peserta proses seleksi calon mitra telah disampaikan secara terbuka dalam TOR, dan dalam rapat klarifikasi TOR kepada



LNGEU pada tanggal 19 September 2006. LNGEU telah menyadari urgensi dan persyaratan tersebut, dan tidak menyatakan keberatannya;

- 10.9. Dalam perkara ini, permasalahan tentang persyaratan *jointly and severally liable* dikaitkan dengan tersisihnya konsorsium LNGEU/ Osaka Gas/Golar telah dipertimbangkan oleh Termohon dengan benar dan tepat dalam Putusan Termohon dalam halaman 226, butir 6.5, angka (2), yang pada intinya telah menyatakan bahwa seleksi calon mitra tidak bertujuan untuk menyingkirkan LNGEU, sebagaimana dikutip berikut:

“(2) *Bahwa terkait dengan beauty contest dirancang untuk menyingkirkan LNGEU, Majelis Komisi sependapat dengan pembelaan Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV bahwa tidak terdapat kaitan antara beauty contest dengan upaya menyingkirkan LNGEU;*”

- 10.10. Berdasarkan pengakuan yang dikutip di atas, Termohon telah menyatakan dan mengakui bahwa konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar tersisih karena kegagalannya memenuhi persyaratan *jointly and severally liable* yang dipersyaratkan dalam TOR. Akan tetapi di pihak lain, Termohon menyatakan bahwa tersisihnya LNGEU disebabkan karena penilaian yang mengambang terkait dengan persyaratan *jointly and severally liable*. Pernyataan-pernyataan Termohon tersebut saling bertentangan dan saling bertolak belakang dan sukar dipahami yang merupakan alasan hukum untuk membatalkannya sesuai dengan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 dan Jurisprudensi Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974.

- 10.11. Selanjutnya, anggapan Termohon yang menyatakan bahwa konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar ditolak berdasarkan alasan yang tidak tercantum dalam TOR adalah tidak benar sama sekali. Sebagaimana telah diuraikan di atas, persyaratan *jointly and severally liable*



tidak relevan lagi, karena konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar tersisih karena kegagalannya memenuhi persyaratan *jointly and severally liable* yang dipersyaratkan dalam TOR, halmana telah dipertimbangkan oleh Termohon dalam Putusannya.

- 10.12. Di samping itu, Termohon telah mengakui pada halaman 25 huruf c Laporan Pemeriksaan Lanjutan bahwa LNGEU tidak memiliki pengalaman yang cukup sehingga tidak pantas untuk ditunjuk sebagai pemenang (lihat berkas Termohon A 98). Pertamina dan Pemohon I tidak mungkin menurunkan atau melonggarkan standar kriterianya dan memenangkan pihak yang secara jelas tidak memenuhi syarat untuk menjadi mitra terbaik;

Tidak ada pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi dalam hal pemasaran LNG

- 10.13. Termohon pada halaman 222, butir 5.5 angka (2), huruf b Putusan Termohon pada intinya berkesimpulan bahwa terdapat pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi dalam hal pemasaran LNG;

- 10.14. Kesimpulan tersebut tidak mempunyai dasar hukum sama sekali. Termohon tidak membaca TOR secara benar dan seksama. Tidak ada pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi dalam hal pemasaran LNG. Direksi Pertamina ataupun Pemohon I tidak pernah melarang pemasaran LNG ke Korea dan Taiwan. Hal ini sejalan dengan *Marketing Objective* pada halaman 3 TOR dan (lihat berkas Termohon No. M12 dan M13) yang telah dijelaskan kepada calon mitra bahwa tujuan dari pemasaran LNG adalah untuk mendapatkan nilai maksimal dari pasar (*to get maximum value from the Market*);

- 10.15. Disamping itu, dalam TOR yang sudah diberitahukan secara terbuka kepada para peserta bahwa calon mitra tidak boleh berbenturan dengan pemasaran LNG Indonesia yang ada, yang dikutip sebagai berikut:

"Potential Partners has to have:

• ...



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- *No conflict with the existing INDONESIAN LNG business.”*

Persyaratan tersebut adalah wajib dan sesuai dengan persyaratan pemerintah serta dasar kriteria penentuan dan persetujuan BPMigas dalam *Workshop Matindok & Senoro Gas Monetization* yang diadakan oleh BPMigas, Pertamina dan Pemohon I dalam menentukan pembeli LNG sebagaimana disebutkan didalam notulen rapat tersebut, berikut ini:

“Pada hari ini jumat 16 Pebruari 2007 di hotel Sheraton Bandung, telah disepakati hal-hal untuk pengembangan gas Area Matindok dan Senoro, Sulawesi sebagai berikut:

“1.....

5. Penentuan buyer LNG harus mendapat persetujuan BPMigas agar tidak terjadi persaingan antar produsen LNG Indonesia secara keseluruhan” [vide berkas perkara Termohon No.S6].

10.16. Lagi pula, oleh karena pasar di Jepang merupakan pasar terbesar di Asia, maka penjualan LNG ke Jepang dinilai lebih menguntungkan dari segi komersial. Dengan demikian, tuduhan Termohon bahwa ada terdapat pertentangan antara TOR dan Keputusan Direksi sangat keliru dan tidak beralasan.

Gugurnya Osaka Gas dalam seleksi calon mitra disebabkan karena Osaka Gas tidak memenuhi TOR

10.17. Kesimpulan Termohon pada Putusannya halaman 222 butir 5.5 angka (2) huruf c, yang pada intinya menyatakan bahwa Osaka Gas gugur dalam seleksi calon mitra oleh sebab Osaka Gas adalah bagian dari *western buyer* tidak mempunyai dasar sama sekali;

10.18. Dalam TOR yang sudah diberitahukan secara terbuka kepada para peserta telah menentukan bahwa calon mitra tidak boleh berbenturan dengan pemasaran LNG Indonesia, yang dikutip pada butir 10.15 di atas;

10.19. Dalam surat Osaka Gas tanggal 1 November 2006, Osaka Gas menyatakan bahwa dia akan keluar dari *western buyer* apabila Osaka Gas terpilih sebagai pemenang pada

Hal. 137 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



proses seleksi calon mitra. Pernyataan tersebut akan merugikan dari segi bisnis dan komersial karena dengan tindakan tersebut, maka konsorsium *western buyer* akan *complaint* atau keberatan dengan tindakan Osaka Gas yang akan keluar dari konsorsium *western buyer* apabila terpilih dalam proses seleksi calon mitra ini. Pernyataan tersebut bertentangan juga dengan persyaratan Pemerintah yang telah diuraikan pada butir 10.15 di atas;

Teknologi yang *proven* adalah persyaratan wajib yang harus dipenuhi dalam pelaksanaan seleksi calon mitra

10.20. Putusan Termohon pada halaman 222 butir 5.5 angka (2) huruf d, yang pada intinya menyatakan bahwa TOR tidak mempersyaratkan teknologi yang *proven*, namun direksi meminta teknologi yang *proven* tidak mempunyai dasar;

10.21. Termohon mencari-cari dan memaksakan alasan dalam membuat Putusannya dengan motivasi satu-satunya apapun alasannya harus dihukum, karena persyaratan tentang teknologi yang *proven* pun dianggap Termohon sebagai persekongkolan untuk mengarahkan pemenang tertentu. Padahal yang dimaksud dengan teknologi yang *proven* adalah teknologi sudah terbukti teruji dengan baik, sehingga tidak diragukan lagi aplikasinya dalam praktek. Tentu saja siapapun tidak mungkin meminta/menginginkan teknologi yang tidak teruji dan teknologi kualitas rendah;

10.22. Begitu juga dalam TOR telah dimuat *key criteria* dan *items* sebagai bahan untuk mengevaluasi proposal calon mitra yang lazim yang mempersyaratkan calon mitra haruslah merupakan pebisnis internasional dalam bisnis LNG. Tentu saja pebisnis internasional adalah pebisnis yang telah mempergunakan dan menerapkan teknologi yang *proven* (teruji aplikasinya) dan kualitas tinggi;

Semua persyaratan yang diperlukan telah diberitahukan secara terbuka kepada dan diketahui sepenuhnya oleh para peserta

10.23. Tidak benar sama sekali Putusan Termohon pada halaman 222 butir 5.5 angka (2) huruf e, yang pada intinya menyatakan bahwa penilaian-penilaian hasil *beauty contest* dengan alasan non ekonomi yang tidak terdapat



dalam TOR sebagaimana diuraikan di atas membuktikan bahwa TOR dibuat mengambang;

- 10.24. Pemohon I telah membuktikan bahwa kesimpulan-kesimpulan Termohon tidak mempunyai dasar sebagaimana telah diuraikan panjang lebar di atas.

Binding proposal dipersyaratkan untuk melindungi hak-hak dan kredibilitas proses seleksi bukan suatu usaha untuk menyingkirkan Mitsui

- 10.25. Tidak benar sama sekali Putusan Termohon pada halaman 222 butir 5.5 angka (3), yang pada intinya menduga bahwa *binding proposal* diarahkan untuk memenangkan Mitsubishi;

- 10.26. Permintaan *binding proposal* adalah karena usulan dari tim evaluator pada rapat direksi Pertamina dan Pemohon I pada tanggal 7 Nopember 2006, dimana tim evaluator melaporkan hasil penilaian mereka kepada direksi Pertamina dan Pemohon I, yang pada intinya melaporkan bahwa proposal Mitsubishi dan Mitsui masih bersifat kualitatif dan perlu dikuantitatifkan untuk menghindari *under bid* (memenangkan proposal yang tidak memenuhi persyaratan TOR). Tim evaluator mengusulkan agar dibuat *additional questioners* untuk mendapatkan *binding proposal* yang memenuhi persyaratan yang dipersyaratkan Pertamina dan Pemohon I dalam TOR. Usulan tersebut disetujui oleh direksi Pertamina dan Pemohon I;

- 10.27. Dalam *request for binding proposal* hanya ditanyakan 2 (dua) hal, yaitu (a) *partner to accept* (item-item yang diterima calon partner), dan (b) *partner to propose (items* yang masih dalam usulan dari calon mitra). Mitsubishi menerima seluruh persyaratan yang dimintakan. Namun sebaliknya, Mitsui dalam proposalnya mencantumkan pengecualian (*disclaimer*) yang menyatakan bahwa proposalnya hanya untuk bersifat informatif, bersifat indikatif, dan hanya berlaku 6 (enam) bulan;

- 10.28. Permintaan tambahan tentang *binding proposal* yang diminta oleh Pertamina dan Pemohon I yang bertujuan untuk melindungi hak-haknya dan Pemerintah, malah



disimpulkan oleh Termohon sebagai upaya mengarahkan pemenang. Padahal “mengarahkan pemenang” hanya mungkin dapat terjadi kalau Pertamina dan Pemohon I melonggarkan persyaratan-persyaratan yang diperlukan, sehingga dengan kelonggaran persyaratan tersebut, peserta yang tidak *qualified* dengan mudah dapat memenuhinya sehingga terpilih, yang dalam perkara ini tidak terjadi sama sekali;

- 10.29. Lagi pula, tidak ada hubungan yang logis antara permintaan *binding proposal* dengan terpilihnya Mitsubishi, karena ternyata Termohon mengabaikan fakta hukum bahwa persyaratan dan permintaan yang sama juga dimintakan, baik kepada Mitsui maupun kepada Mitsubishi. Permintaan Pertamina dan Pemohon I tentang *binding proposal* tersebut tidak serta merta mengakibatkan Mitsui tidak terpilih. Termohon mengabaikan fakta hukum bahwa tidak terpilihnya Mitsui dalam tahap permintaan *binding proposal* disebabkan karena proposal Mitsui hanya bersifat informatif, tidak mengikat dan hanya berlaku 6 (enam) bulan serta dapat berubah-ubah. *Disclaimer* tersebut secara tegas dipersyaratkan oleh Mitsui di dalam proposalnya dalam tahap ini;
- Konfirmasi Mitsui tentang proposalnya yang hanya bersifat informatif, indikatif dan tidak mengikat ini juga telah dikuatkan oleh Mitsui dalam suratnya kepada Termohon tertanggal 26 Mei 2009 (vide berkas Termohon No. S9), yang dikutip sebagai berikut:

”.... *Therefore, we submitted our 3rd Proposal only on informational and indicative (non-legally binding) basis by clearly remarking our disclaimer in the proposal*”

- 10.30. Dengan mempertimbangkan bahwa proposal Mitsui yang tidak mengikat dan hanya bersifat informatif saja, maka proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik, dan tidak ada proposal yang lebih dari proposal Mitsubishi, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon I untuk tidak memilih Mitsubishi sebagai mitranya dengan proposal terbaik;



11. TUDUHAN TENTANG PERSEKONGKOLAN DALAM PROSES SELEKSI CALON MITRA TIDAK MEMPUNYAI DASAR SAMA SEKALI

11.1. Walaupun telah disampaikan kepada Termohon berulang kali, tetapi Termohon tidak menghiraukannya, yang bisa saja terjadi karena tidak pernah anggota Termohon secara lengkap hadir dalam pemeriksaan-pemeriksaan, ataupun sengaja diabaikan oleh Termohon. Pemohon I menolak dengan tegas setiap dalil-dalil Termohon tentang adanya diskriminasi. Termohon dengan sengaja tidak mengabaikan fakta-fakta yang terbukti, yang diuraikan di bawah ini.

Tidak ada perlakuan diskriminasi

11.2. Tidak mempunyai dasar sama sekali Putusan Termohon pada halaman 227 Bagian 8 Tentang Persekongkolan butir 8.9.1, yang pada intinya menyatakan bahwa Pertamina dan Pemohon I melakukan diskriminasi berupa kesempatan diskusi dan presentasi yang hanya diberikan kepada Mitsubishi yang dianggap suatu bentuk pemberian kesempatan eksklusif oleh Pertamina dan Pemohon I selaku penyelenggara kepada Mitsubishi.

11.3. Putusan Termohon di atas tidak benar sama sekali. Dalam proses seleksi calon mitra sebagaimana telah diuraikan panjang lebar di atas:

11.3.1. komunikasi dilakukan juga dengan para pebisnis lainnya seperti LNGEU/LNGI, BG Asia Pasific Ltd, LNG Japan Corp, Marubeni Corporation, Anadarko, Itochu, dan Mitsui, dan tidak hanya dengan Mitsubishi sebagaimana dituduhkan oleh Termohon.

11.3.2. pertemuan pada tanggal 4 September 2006 adalah dalam rangka menerima dan mendengarkan presentasi Mitsubishi yang ternyata merupakan pengulangan presentasi sebelumnya, dan tidak berkaitan dengan TOR, dan berdasarkan catatan/pertimbangan Termohon dalam Salinan Laporan Dugaan



Pelanggaran halaman 36 butir c (lihat berkas Termohon A1), pertemuan tertanggal tersebut tidak hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan Itochu Corporation. Selain itu, pertemuan tersebut bukan dengan tim evaluator, padahal sistem pengambilan keputusan adalah berdasarkan mekanisme *bottom up* (dari bawah ke atas);

Pemohon I juga mengetahui bahwa pada tanggal 4 September 2006 komunikasi-komunikasi dilakukan oleh Pertamina dengan para pebisnis lainnya seperti LNGEU/LNGI, BG Asia Pacific Ltd, LNG Japan Corp, Marubeni Corporation, Anadarko, Itochu, dan Mitsui, dan tidak hanya dengan Mitsubishi sebagaimana dituduhkan oleh Termohon;

11.3.3. penyampaian undangan tambahan didasarkan pada pernyataan minat dari British Gas, Japex, POGI, baik lisan maupun tertulis, kepada Pertamina untuk berpartisipasi dalam proses seleksi calon mitra (lihat lampiran berkas Termohon No. M12 dan No. M13);

11.4. Termohon hanya membesar-besar komunikasi dengan Mitsubishi untuk menyimpulkan adanya diskriminasi, akan tetapi Termohon mengabaikan begitu saja fakta hukum bahwa komunikasi tidak hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan pihak lain;

11.5. Dengan demikian, kesimpulan Termohon bahwa Pertamina dan Pemohon I diskriminatif karena memberikan kesempatan diskusi dan presentasi hanya kepada Mitsubishi adalah bentuk pemberian kesempatan eksklusif kepada Mitsubishi tidak benar sama sekali, dan tidak berdasar;

TOR dan Rapat Klarifikasi TOR yang disampaikan sudah memuat *key criteria* dan *items* sebagai bahan untuk mengevaluasi proposal calon mitra yang sudah lazim dan mudah dipahami oleh pebisnis LNG



- 11.6. Tidak berdasar sama sekali Putusan Termohon pada halaman 229 butir 8.9 angka 8.9.2, yang pada intinya menyatakan bahwa penilaian yang berbeda, TOR yang dibuat mengambang dan permintaan *binding proposal* adalah suatu persaingan semu;
- 11.7. Kesimpulan Termohon di atas adalah salah, karena disamping karena alasan-alasan yang disebutkan dalam butir 10.7 sampai dengan butir 10.30 di atas, TOR telah memuat *key criteria* dan *items* sebagai bahan untuk mengevaluasi proposal calon mitra yang lazim dan mudah dipahami oleh pebisnis LNG internasional yang sudah berpengalaman, antara lain (a) mitra potensial dipersyaratkan harus merupakan pebisnis internasional dalam bisnis LNG, (b) mitra potensial merupakan perusahaan dengan credit rating minimum BBB+ (*S&P rating tools*); dan (c) persyaratan mengenai *jointly and severally liable*;
- 11.8. Dengan demikian Putusan Termohon yang menyatakan bahwa TOR dibuat mengambang sebagai persaingan semu adalah kesimpulan yang salah;
- Tidak ada perlakuan eksklusif kepada Mitsubishi
- 11.9. Tidak mempunyai dasar sama sekali Putusan Termohon halaman 230 butir 8.9.3, yang pada intinya menyatakan pemberian kesempatan eksklusif dan persaingan semu adalah bukti persengkongkolan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999;
- 11.10. Termohon beranggapan Pemohon I dan Pertamina hanya melakukan komunikasi dengan Mitsubishi sehingga Termohon berkesimpulan bahwa Mitsubishi diberikan kesempatan eksklusif. Anggapan ini sama sekali tidak benar, karena telah diuraikan di atas bahwa komunikasi-komunikasi dilakukan juga dengan LNGEU/LNGI, BG Asia Pacific Ltd, LNG Japan Corp, Marubeni Corporation, Anadarko, Itochu dan Mitsui, dan tidak hanya dengan Mitsubishi seperti dituduhkan oleh Termohon;
- 11.11. Disamping itu, tuduhan Termohon yang menyatakan bahwa Pertamina dan Pemohon I bersekongkol untuk



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

memenangkan Mitsubishi sangat absurd dan tidak mempunyai dasar sama sekali, dan Putusan yang demikian sangat sukar dipahami. Hal ini telah diuraikan panjang lebar pada butir 7.15 dan 7.16 serta butir 9.1 sampai dengan butir 11.5 di atas;

11.12. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, semua kesimpulan-kesimpulan Termohon tentang persekongkolan untuk memenangkan Mitsubishi tidak mempunyai dasar hukum sama sekali, dan karena itu, Putusan Termohon haruslah dibatalkan;

12. TIDAK ADA SUATU INFORMASI RAHASIA PESAING DALAM PERKARA INI;

12.1. Tidak berdasar Putusan Termohon halaman 232-234 butir 9.5 angka (1) s/d (8) yang pada intinya menyatakan bahwa Mitsubishi telah memanfaatkan informasi rahasia pesaingnya dalam menyusun proposal yang didapatkan melalui suatu persekongkolan dengan Para Pemohon melalui proses *due diligence*;

12.2. Termohon tidak mempertimbangkan fakta-fakta yang terbukti, dan Termohon salah memahami Pasal 23 UU No. 5/1999, yang mengakibatkan kesimpulan Termohon keliru, tidak benar dan tidak berdasar yang diuraikan di bawah;

Tidak ada informasi rahasia LNGEU/LNGI dalam perkara ini

12.3. Dalam Putusannya, Termohon menuduh bahwa melalui *due diligence*, Para Pemohon memfasilitasi Mitsubishi untuk mendapatkan informasi rahasia saingannya (dalam hal ini LNGEU/ LNGI), dimana informasi tersebut dipergunakan dalam penyiapan proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra. Agar dapat disimpulkan tuduhan tersebut terbukti (*quod non*, halmana ditolak), Termohon diwajibkan membuat daftarnya satu persatu apa yang dinamakan oleh Termohon dengan informasi rahasia LNGEU/ LNGI, dan daftar tersebut secara konsisten cocok dan terdapat dalam proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra. Termohon tidak dapat membuktikannya, dan tidak satupun hal tersebut

Hal. 144 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



disebutkan dalam Putusan Termohon, sehingga tuduhan Termohon tidak berdasar sama sekali;

- 12.4. Kalau dibandingkan antara proposal LNGEU dan Mitsubishi, maka Pemohon I tidak melihat ada data-data dari LNGEU dalam proposal Mitsubishi. Termohon diwajibkan memperlihatkan/ menunjukkan ada data-data LNGEU dalam proposal Mitsubishi dalam membuat kesimpulannya;
- 12.5. Termohon menyebutkan informasi-informasi terkait kapasitas kilang dan *Domestic Market Obligation* (DMO) sebagai informasi yang diambil dari LNGEU, padahal informasi terkait kapasitas kilang adalah informasi yang sudah diketahui oleh Para Pemohon ketika LNGI (induk perusahaan LNGEU) dan Pemohon II menjajaki kemungkinan mengadakan jual beli gas berdasarkan EA, sedangkan *Domestic Market Obligation* (DMO) adalah kebijakan pemerintah/bersifat umum yang dapat diakses, dan tidak merupakan milik LNGEU;
- 12.6. Lebih lanjut, permasalahan terkait dengan DMO merupakan kewajiban yang diatur oleh Pemerintah dan mudah diketahui oleh semua pebisnis LNG di Indonesia, termasuk Mitsubishi yang telah terlibat dan berpengalaman dalam proyek-proyek lainnya. Informasi tersebut adalah informasi yang diketahui umum dan tidak bersifat rahasia sehingga bukanlah suatu informasi rahasia;
- 12.7. Karena Para Pemohon telah menjajaki kemungkinan melakukan jual beli gas dengan LNGEU/LNGI berdasarkan EA, sehingga Para Pemohon telah mengetahui profile LNGEU/LNGI. Para Pemohon pada kenyataannya tidak melihat adanya informasi pekerjaan awal LNGI yang diambil atau digunakan oleh Mitsubishi dalam penyiapan proposalnya dalam proses seleksi calon mitra;
- 12.8. Akan diuraikan lebih lanjut di bawah ini bahwa tidak adanya informasi pekerjaan awal LNGI yang diambil atau digunakan oleh Mitsubishi dalam penyiapan proposalnya dalam proses seleksi calon mitra.



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Tidak ada informasi pekerjaan awal LNGI yang dapat digunakan dalam menyusun proposal proyek dalam proses seleksi calon mitra karena informasi yang didapat dari proses *due diligence* sama sekali berbeda dan tidak relevan dengan proses seleksi calon mitra

12.9. Termohon menuduh bahwa Mitsubishi mendapatkan informasi rahasia LNGI melalui *due diligence* dalam mempersiapkan proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra. Selanjutnya Termohon membuat kesimpulan sendiri bahwa perolehan informasi hasil *due diligence* tersebut merupakan suatu bentuk persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia pesaingnya;

12.10. Kesimpulan Termohon di atas adalah tidak benar dan keliru. Tidak ada hubungan antara presentasi tanggal 23 dan tanggal 24 Februari 2006 serta presentasi tanggal 16 Maret 2006 dengan proses seleksi calon mitra, apalagi atas terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra terpilih. Presentasi tanggal 23 dan 24 Februari 2006 serta presentasi tanggal 16 Maret 2006 bukanlah proposal atau presentasi yang diberikan sehubungan proses seleksi calon mitra, akan tetapi hanya dalam rangka rencana jual beli gas, sedangkan proses seleksi yang dimulai tanggal 1 September 2006 adalah proses mencari calon mitra investasi. Lagi pula, presentasi tersebut terjadi jauh sebelum proses seleksi calon mitra yang dimulai tanggal 1 September 2006. Proposal seleksi calon mitra jelas berbeda dengan presentasi-presentasi tersebut di atas, karena proposal seleksi calon mitra mempunyai objek, tujuan dan persyaratannya sendiri seperti yang dijelaskan dalam TOR, yang berbeda dengan penajakan bisnis sebelum proses seleksi mitra, yaitu jual beli gas;

12.11. Lebih lanjut, Para Pemohon juga tidak dapat memahami pertimbangan Putusan Termohon yang menyatakan bahwa Para Pemohon telah memfasilitasi persekongkolan dalam perkara ini dengan menghubungkan antara *due diligence* dengan proses seleksi calon mitra;

Hal. 146 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



12.12. Persekongkolan mendapatkan informasi rahasia hanya dapat terjadi apabila informasi tersebut relevan dan berguna pada kegiatan lain, karena adanya persamaan cakupan, sifat dasar (*nature*), konsep dan objeknya. Dalam hal ini, tidak ada informasi yang berguna atau dapat digunakan dari hasil *due diligence* pekerjaan awal LNGI dalam proses seleksi calon mitra, karena basis teknologi, konsep teknologi dan cakupan serta sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra berbeda sama sekali dengan cakupan dan sifat transaksi bisnis yang direncanakan pada periode sebelum seleksi calon mitra dengan LNGI. Perbedaan-perbedaan tersebut terbukti jelas dalam tabel di bawah ini:

| TEKNOLOGI, CAKUPAN TRANSAKSI DAN SIFAT | PERIODE <u>SEBELUM</u> SELEKSI CALON MITRA | PERIODE SELEKSI CALON MITRA |
|--|---|---|
| Basis teknologi | Menggunakan teknologi <i>Ammonia Absorption technology</i> yang tidak umum digunakan dalam produksi LNG. | Menggunakan teknologi <i>APCI (Air Products and Chemicals, Inc.)</i> , yaitu teknologi yang telah terbukti dan banyak digunakan pada LNG Plant di dunia |
| Konsep Teknologi | <i>Multiple small train</i> | <i>Ordinary single train</i> |
| Struktur Transaksi | Jual beli gas secara putus | Pencarian Mitra Investasi dimana Pertamina dan Pemohon I mencari calon mitra yang secara bersama-sama memiliki, mendanai dan berbagi resiko pengembangan LNG pada perusahaan hilir yang akan didirikan. |
| Kapasitas LNG Plant | <i>Two liquefaction train "mini" LNG plant</i> dengan kapasitas 2,000 ton per hari (0.8 juta ton per tahun). | <i>Single liquefaction train</i> dengan kapasitas 2.1 juta ton per tahun |
| Jumlah Pasokan Gas | 120 mmscfd dan hanya sebagian dari gas Senoro. | 335 mmscfd dan gabungan supply gas dari Lapangan Senoro dan Lapangan Matindok |
| Kemampuan Keuangan Calon Pembeli Gas | Pemegang saham PT LNG Energi Utama adalah LNG Limited (perusahaan Australia dengan market cap kurang dari US\$1 billion), dan PT Maleo Energi | Salah satu pemegang saham PT DSLNG adalah Mitsubishi, dimana modal dasar Mitsubishi sendiri per 1 Maret 2010 adalah \pm Yen 2,961 billion. |



| TEKNOLOGI, CAKUPAN TRANSAKSI DAN SIFAT | PERIODE <u>SEBELUM</u> SELEKSI CALON MITRA | PERIODE SELEKSI CALON MITRA |
|---|--|---|
| | Utama (perusahaan Indonesia) | Pemegang saham lain PT DSLNG adalah anak perusahaan Pemohon I dan Pertamina. |
| <i>Credit Rating</i> Pemegang Saham Pembeli Gas | Tidak memiliki rating | Mitsubishi sebagai pemegang saham selain Pertamina dan Pemohon I melalui anak perusahaannya, dan PT DSLNG memiliki rating S&P A+, Moody's A1. |

12.13. Karena basis teknologi, konsep teknologi, cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra dan sebelum seleksi calon mitra dengan LNGI berbeda antara satu dengan yang lain, maka tidak ada informasi yang relevan yang dapat digunakan oleh Mitsubishi dalam membuat proposal pada saat proses seleksi calon mitra dari pekerjaan awal LNGI sebelum proses seleksi calon mitra terhadap proses seleksi calon mitra.

Hal ini diperkuat dengan kesaksian James Ball pada butir 23 berkas Termohon B 38 yang dikutip sebagai berikut:

"Pertanyaan: Anda telah menerima bahan presentasi Mitsubishi tentang hasil pemeriksaan. Berdasarkan peninjauan anda atas proposal Mitsubishi, apakah menurut anda Mitsubishi telah menggunakan dalam beauty contest informasi yang ditemukan pada saat memeriksa/ meninjau pekerjaan awal LNGI? (Mitsubishi);

Jawaban: Secara singkat jawabannya adalah tidak. Dan terlihat jelas bahwa konsep teknik yang diajukan LNGI merupakan konsep teknik yang digunakan dalam bagian yang berbeda dari usaha LNGI. Ini merupakan bagian dari usaha LNG yang sama sekali



berbeda. Ini bukan bagian ekspor, itu sangat berbeda.”

Informasi yang didapat oleh Mitsubishi dalam proses *due diligence* (kalau ada) didapatkan secara sah dan atas ijin/persetujuan LNGI, sehingga tidak merupakan persekongkolan mendapatkan informasi rahasia

12.14. Termohon berkesimpulan *due diligence* antara Mitsubishi dengan LNGI merupakan persekongkolan mendapatkan informasi rahasia LNGI yang difasilitasi oleh Para Pemohon, dan informasi tersebut dipergunakan dalam proses seleksi calon mitra;

12.15. Persekongkolan merupakan perbuatan yang dilarang/dihukum, dan oleh karena itu persekongkolan mendapatkan informasi rahasia hanya dapat terjadi kalau perolehan informasi tersebut tidak sejjin pemilik atau diperoleh tanpa alas hukum yang sah. Apabila perolehan informasi tersebut didasarkan pada persetujuan/ijin, maka perolehan informasi tersebut tidak dapat disimpulkan sebagai persekongkolan mendapatkan informasi;

12.16. Termohon dengan sengaja mengabaikan fakta-fakta hukum yang terbukti bahwa proses *due diligence* telah didasarkan kesepakatan, ijin dan persetujuan LNGI dengan penandatanganan CA antara LNGI dengan Mitsubishi, dan oleh karena itu, informasi apapun yang didapatkan (kalau ada), hal itu adalah atas persetujuan dan ijin dari LNGI yang tunduk pada Pasal 1320 dan 1338 KUHPdata, sehingga tidak merupakan persekongkolan mendapat informasi rahasia;

12.17. Para Pemohon juga tidak pernah menginstruksikan Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko untuk melakukan *due diligence* dengan LNGI. Dalam keadaan bagaimanapun, LNGI bebas sepenuhnya untuk menolak apabila LNGI berkesimpulan bahwa penajakan tersebut akan merugikannya, dan setiap akibat dari keputusan menerima atau menolak tersebut tidak dapat dibebankan kepada pihak ketiga, apalagi untuk menyimpulkan persekongkolan;



- 12.18. Terlebih lagi berdasarkan Laporan Hasil Pemeriksaan Termohon pada halaman 12 butir 8-9, Termohon telah menyatakan kepada LNGI untuk hadir pada presentasi tanggal 9 Februari 2006 tersebut, dan LNGI tidak keberatan, dan karenanya LNGI telah mengetahui dan memberikan persetujuan dan ijinnya atas presentasi tersebut. Penandatanganan CA hanyalah suatu formalitas tertulis saja atas persetujuan lisan yang telah diberikan oleh LNGI;
- 12.19. Termohon mengabaikan fakta hukum bahwa selain dengan Mitsubishi, LNGI diperkenalkan juga kepada Itochu dan Anadarko. LNGI dan pihak-pihak tersebut secara terpisah menjajaki hubungan atas dasar *business to business yang* didahului dengan penandatanganan CA di antara mereka untuk melakukan *due diligence*. Kalau tujuan perkenalan tersebut adalah agar Mitsubishi mendapatkan informasi yang akan dipergunakan oleh Mitsubishi sebelum dan pada saat proses seleksi calon mitra, maka hal tersebut bertolak belakang dengan kenyataan bahwa pebisnis gas lainnya, yaitu Itochu, dan Anadarko diperkenalkan juga kepada LNGI. Kalau tujuan Pemohon adalah agar Mitsubishi mendapatkan informasi rahasia LNGI dalam proses seleksi calon mitra, seharusnya pebisnis yang diperkenalkan kepada LNGI hanya dan cukup Mitsubishi saja, dan tidak perlu dengan Itochu dan Anadarko. Karena itu, sangat tidak tepat apabila niat baik untuk memperkenalkan para pebisnis tersebut di atas yang diikuti dengan *due diligence* di antara mereka disimpulkan sebagai persengkongkolan untuk mendapatkan informasi LNGI;
- 12.20. Proses *due diligence* dan segala pertukaran informasi didalamnya merupakan suatu proses yang lazim dilakukan dalam suatu proses penjajakan bisnis di antara mereka. Dengan demikian *due diligence* yang dilakukan oleh LNGI dengan masing-masing Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko merupakan suatu rangkaian perbuatan yang sah dan tidak melanggar hukum dan tidaklah dapat dikategorikan



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

sebagai suatu persekongkolan. Hal ini diakui pula oleh LNGI dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Saksi tanggal 11 Agustus 2010 terhadap Direktur Utama LNGEU Norman Marshall (berkas KPPU No B16) butir 27 yang menyatakan sebagai berikut:

“Pertanyaan: Kenapa anda membuka semua dokumen rahasia anda?

Jawaban: Karena tidak mungkin sebuah perusahaan mau bergabung dan berinvestasi dengan proyek senilai milyaran dolar tanpa melakukan uji tuntas terlebih dahulu”.

12.21. Berdasarkan seluruh penjelasan diatas terbukti bahwa kesimpulan tentang suatu persekongkolan untuk mendapatkan rahasia perusahaan pesaingnya tidak mempunyai dasar sama sekali;

Pemohon I TIDAK TERBUKTI MELANGGAR PASAL 22 UU No. 5/1999

13. Perlu kami jelaskan terlebih dahulu bahwa uraian-uraian tentang Pasal 22 UU No. 5/1999 ini hanya terkait dengan Pemohon I saja, bukan dengan Pemohon II;

14. Termohon beranggapan bahwa Pemohon I, Pertamina dan Mitsubishi melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, akan tetapi Termohon tidak menguraikan dan tidak membuktikan semua unsur dari ketentuan pasal tersebut yang dianggap oleh Termohon terbukti, padahal apabila salah satu dari semua unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak terbukti, maka tuduhan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak terbukti pula secara keseluruhan. Keberatan yang singkat ini sudah cukup membuktikan dengan jelas bahwa **Termohon tidak dapat membuktikan Pasal 22 UU No. 5/1999 terlanggar;**

15. Sekalipun demikian, Pemohon I akan membahas unsur-unsur pasal tersebut satu-persatu untuk membuktikan bahwa tuduhan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak mempunyai sama sekali. Pasal 22 UU No. 5/1999 menentukan:

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

Hal. 151 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



16. Dengan demikian, unsur-unsur atau persyaratan-persyaratan terbuktinya pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah (a) unsur “pelaku usaha”, (b) unsur “dilarang”, (c) unsur “bersekongkol mengatur dan atau menentukan pemenang”, (d) unsur “pihak lain” (d) unsur “tender”; dan (e) unsur “dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Unsur diatas bersifat kumulatif, dan apabila salah satu unsur tidak terpenuhi/ terbukti, maka dugaan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999 secara keseluruhan menjadi tidak terbukti pula.

17. Pemohon I secara tegas menyatakan bahwa unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak terbukti sama sekali, yang akan diuraikan di bawah.

UNSUR “PELAKU USAHA”

Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling kontradiksi satu dengan yang lain

- 17.1. Putusan yang tidak dapat dimengerti, bahkan apabila alasan-alasannya saling bertolak belakang merupakan kesalahan berat dalam penerapan hukum acara, sehingga harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 telah menentukan sebagai berikut:

“Dengan tidak/kurang memberikan pertimbangan/ alasan, bahkan apabila alasan-alasan itu kurang jelas, sukar dapat dimengerti ataupun bertentangan dengan satu sama lain, maka hal demikian dapat dipandang sebagai suatu kelalaian dalam acara (“vormverzuim”) yang dapat mengakibatkan batalnya suatu putusan...”

- 17.2. Berdasarkan Putusan Termohon pada halaman 236 butir 10.5.2, posisi **Pemohon I hanya sebagai “pihak lain”, yang tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999 berdasarkan rumusan/persyaratan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999**, seandainya (halmana ditolak) Pasal 22 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon dalam diktumnya menyatakan Pemohon I



melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, sehingga **jelas antara pertimbangan dan diktum Termohon saling bertolak belakang**.

Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon, Putusan Termohon juga **saling bertolak belakang** dengan rumusan/ persyaratan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena menurut Termohon, posisi Pemohon I hanya sebagai "pihak lain", yang tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 22 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Dengan demikian, unsur "pelaku usaha" **tidak terbukti**, dan Putusan Termohon saling bertolak belakang, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 sebagaimana telah dikutip di atas.

UNSUR "DILARANG"

Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain

- 17.3. Termohon **tidak menjelaskan sama sekali** apakah unsur "dilarang" dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 terbukti, dan tidak jelas alasannya mengapa Termohon tidak menguraikan unsur "dilarang" dalam Putusannya. Akan tetapi, tiba-tiba saja Termohon menyatakan Pemohon I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Padahal unsur "dilarang" wajib dibuktikan sebagai salah satu unsur dari Pasal 22 UU No. 5/1999. Dengan demikian, unsur "dilarang" tidak terbukti sama sekali.
- 17.4. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon juga **saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain**, karena posisi Pemohon I hanyalah sebagai "pihak lain" berdasarkan Putusan Termohon, yang tidak terkena larangan dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999 sesuai dengan rumusan/persyaratan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf



I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam perkara *aquo*. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon dalam amar Putusannya menyatakan Pemohon I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, yang membuktikan antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain.

- 17.5. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon, Putusan Termohon juga **saling bertolak belakang** dengan rumusan/ persyaratan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena menurut Termohon, posisi Pemohon I hanya sebagai “pihak lain”, yang tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam perkara *aquo*. Dengan demikian, unsur “dilarang” **tidak terbukti**, dan Putusan Termohon saling bertolak belakang, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974.

UNSUR “BERSEKONGKOL UNTUK MENGATUR ATAU MENENTUKAN PEMENANG”

- 17.6. Karena unsur “pelaku usaha” dan unsur “dilarang” tidak terpenuhi, maka unsur “bersekongkol untuk mengatur dan atau menentukan pemenang” tidak relevan lagi. Namun demikian, dalam perkara ini, Pemohon I tetap membahas unsur “bersekongkol untuk mengatur dan atau menentukan pemenang”, untuk membuktikan unsur ini tidak terpenuhi sama sekali.
- 17.7. Tuduhan tentang “bersekongkol untuk mengatur dan atau menentukan Mitsubishi telah dibantah panjang lebar pada butir 7.15 dan 7.16 serta butir 9.1 sampai dengan butir 10.30 di atas. Menambahkan uraian tersebut akan kami uraikan bahwa unsur ini tidak terbukti sama sekali.



Persyaratan adanya “bersekongkol untuk mengatur dan menentukan pemenang” dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **tidak boleh hanya didasarkan pada penafsiran, perkiraan dan kesimpulan belaka.** Hal ini telah diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam Putusannya No. 422 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 12 Pebruari 2010 dan Putusan Mahkamah Agung No. 109 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 30 Maret 2009 yang telah dikutip pada butir 7.2 di atas;

- 17.8. Putusan-putusan tersebut di atas **secara konsisten bersesuaian** dengan keterangan/pendapat dari Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 22 yang telah dikutip pada butir 7.3 di atas;
- 17.9. Ternyata Putusan Termohon untuk menyatakan terjadinya pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 **hanya** berdasarkan asumsi, perkiraan atau penafsiran belaka;
- 17.10. Selanjutnya, kalau tujuannya hanya untuk memenangkan Mitsubishi, padahal Pertamina dan Pemohon I bebas sepenuhnya menunjuk mitranya berdasarkan kesepakatan, maka (a) Pemohon I tidak perlu menunjuk para konsultan independen dan menghabiskan *man hours* dan uang yang tidak sedikit untuk mempersiapkan dan menyelenggarakan proses seleksi calon mitra, (b) Pertamina dan Pemohon I tidak perlu mengundang para pebisnis internasional, tetapi cukup dengan menunjuk Mitsubishi secara langsung, (c) Pertamina dan Pemohon I tidak perlu melakukan evaluasi secara independen dan tersendiri atas proposal yang diterimanya, dan (d) **Pertamina dan Pemohon bebas sepenuhnya untuk meminta langsung proposal dari Mitsubishi, tanpa perlu mengundang calon mitra lainnya (termasuk LNGEU) dan tidak perlu pula mengadakan proses seleksi calon mitra ini.** Fakta-fakta hukum tersebut membantah dengan sendirinya tuduhan persekongkolan untuk memenangkan Mitsubishi dalam proses seleksi investasi tersebut;

Hal. 155 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Hal ini telah diuraikan panjang lebar pada butir 7.15 dan 7.16 di atas.

17.11. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, jelas bahwa tuduhan-tuduhan Termohon tidak mempunyai dasar sama sekali, saling bertolak belakang, sukar dipahami dan tidak dipertimbangan dengan cukup (*onvoeldoende gemotiveerd*), yang berdasarkan Jurisprudensi Mahkamah Agung dan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip di atas, putusan yang demikian **haruslah dibatalkan**;

17.12. Selanjutnya, tuduhan Termohon tidak mempunyai dasar sama sekali, yang diuraikan di bawah;

Alasan Pertama: Tidak ada Kepentingan dan Manfaatnya Bagi Pertamina dan Pemohon I untuk Bersekongkol, Karena Bersekongkol Untuk Memilih Mitra Yang Tidak *Qualified* Hanya Akan Merugikan Diri Sendiri di Kemudian Hari

17.13. Pada hakekatnya Termohon keliru memahami tuduhan-tuduhannya, dan tuduhan-tuduhan Termohon saling bertolak belakang, sukar dipahami dan tidak dipertimbangan dengan cukup (*onvoeldoende gemotiveerd*);

17.14. Mitra terpilih akan membangun usaha bersama dengan dan akan menjadi pemegang saham bersama-sama dengan Pertamina dan Pemohon I atau melalui anak perusahaannya yang secara bersama-sama memiliki, mendanai dan berbagi resiko atas perusahaan yang akan didirikan bersama, sehingga diharapkan mitra terpilih adalah mitra yang mempunyai kemampuan finansial yang kuat, teknologi yang teruji, pengalaman, jaringan pemasaran yang luas, yang pada gilirannya akan menguntungkan Pertamina dan Pemohon I;

17.15. Kegagalan memilih mitra yang tidak *qualified* akan sangat merugikan dan menjadi beban ekonomis bagi Pertamina dan Pemohon, apalagi dengan mengingat bahwa proses seleksi calon mitra tidak diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku;



- 17.16. Termohon tidak perlu menghakimi proses seleksi calon mitra ini dengan membangun tuduhan-tuduhan yang keliru. Pertamina dan Pemohon I akan melakukannya secara otomatis (*self assess*) dengan melakukan tindakan-tindakan yang perlu agar tidak mengalami kerugian, karena apabila proses seleksi calon mitra tersebut dilakukan dengan bersekongkol atau menunjuk pihak yang tidak *qualified* seperti dituduhkan, maka Pertamina dan Pemohon I akan menanggung sendiri resiko dan kerugian tersebut, yang tidak dapat dibebankan kepada pihak ketiga, termasuk kepada Termohon;
- 17.17. Oleh karena itu, pendapat Termohon bahwa Pertamina dan Pemohon I bersekongkol dan bahwa proses seleksi calon mitra didesain untuk memenangkan Mitsubishi sangat tidak masuk akal, *absurd* dan tidak berdasar, dan harus dibatalkan;

Alasan Kedua: Proses Seleksi Calon Mitra Sama Sekali Bukan untuk Memenangkan Mitsubishi

- 17.18. Kesimpulan Termohon yang menyatakan bahwa proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I untuk menunjuk Mitsubishi adalah tidak berdasar sama sekali;
- 17.19. Dengan segala hormat, **kesimpulan tersebut tidak logis, baik dari segi ekonomi maupun hukum** karena sebagaimana telah diuraikan di atas, tidak perlu mengadakan proses seleksi mitra kalau hanya untuk menunjuk Mitsubishi;
- 17.20. Kenyataannya bahwa dalam proses seleksi mitra tersebut, diperoleh fakta-fakta yang sudah kita ketahui bersama yang tidak dipertimbangkan oleh Termohon dalam membuat Putusannya, yaitu sebagai berikut:

17.20.1. Fakta pertama: Proposal LNGEU gagal dan tidak memenuhi persyaratan TOR, yaitu tidak memenuhi persyaratan tentang *jointly and severally liable* dari anggota konsorsium. Dalam suatu konsorsium, persyaratan tersebut sangat krusial dan penting untuk memastikan komitmen



penuh. Karena itu, adalah kepentingan terbaik bagi Pertamina dan Pemohon I untuk mempersyaratkan *jointly and severally liable* dan apabila calon mitra dapat memenuhi persyaratan yang demikian;

17.20.2. Fakta kedua: Bahwa ternyata proposal Mitsui hanya bersifat informatif, indikatif dan tidak mengikat serta dapat berubah-ubah sewaktu-waktu. Hal itu berarti bahwa proposal Mitsui tidak mengikat dirinya sendiri (Mitsui), dan secara hukum Mitsui dapat sewaktu-waktu mengubah proposal/pendiriannya dengan alasan hukum yang sah bahwa proposalnya hanya bersifat informatif dan tidak mengikat sebagaimana telah disampaikan dalam proposalnya. Tentu kondisi yang demikian bukanlah kepentingan terbaik tujuan dari proses seleksi calon mitra ini dibuat; dan

17.20.3. Fakta ketiga: Semua persyaratan-persyaratan TOR telah dapat dipenuhi oleh Mitsubishi sebagaimana telah diuraikan berulang kali, dan tidak ada proposal lain yang lebih baik dari proposal Mitsubishi, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon I untuk tidak memilih Mitsubishi sebagai mitranya.

17.21. Dengan demikian, dugaan yang menyatakan bahwa seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon hanyalah sebagai sarana untuk menunjuk Mitsubishi dan menyingkirkan LNGEU tidak benar dan tidak beralasan.

Alasan Ketiga: Proposal Mitsubishi Telah Memenuhi Persyaratan TOR, Sedangkan Proposal Mitsui Hanya Bersifat Informatif, Tidak Mengikat, Dapat Diubah oleh Mitsui Sewaktu-Waktu Dan Berlaku Hanya Untuk 6 (Enam) Bulan

17.22. Dalam RFB, terdapat beberapa kriteria yang harus diterima oleh calon mitra (*partner to accept*), dimana



kriteria ini sangat penting dan mendasar untuk memastikan diperolehnya komitmen yang tinggi dari para *shortlisted partners*, memberikan perlindungan kepada Pertamina dan Pemohon I dan Pemerintah, antara lain (a) tidak adanya penjaminan atas kepentingan *upstream*, (b) partisipasi di JVCo *downstream* dengan Pemohon II dan Pertamina, (c) tata cara pengambilan saham di *downstream* oleh Pemohon II dan Pertamina (*downstream share down mechanism*), (d) pemasaran LNG (*LNG marketing*), dan (e) jaminan untuk mengambil LNG dalam hal LNG tidak dibayar (*off take guarantee*);

Seluruh persyaratan tersebut di atas diterima oleh Mitsubishi, sehingga tidak ada alasan untuk tidak memilih Mitsubishi.

17.23. Akan tetapi, Mitsui dalam proposalnya mencantumkan pengecualian (*disclaimer*) yang menyatakan bahwa proposalnya **hanya untuk tujuan informasi dan bersifat indikatif serta berlaku hanya 6 (enam) bulan saja.**

17.24. Dengan mempertimbangkan fakta bahwa proposal Mitsui yang tidak mengikat dan bersifat informasi saja, maka tidak alasan yang sah Pertamina dan Pemohon I untuk tidak memilih Mitsubishi sebagai mitranya, sehingga tidak berdasar tuduhan bahwa Pertamina dan Pemohon I bersekongkol untuk memenangkan Mitsubishi;

Alasan Keempat: Bersekongkol Untuk Memenangkan Peserta Baru Dapat Dianggap Terjadi Apabila Penyelenggara Melonggarkan Persyaratan-Persyaratan, Sehingga Peserta Yang Tidak *Qualified* Dapat Dengan Mudah Memenuhinya.

17.25. Termohon tidak memahami esensi atau sifat dasar (*nature*) proses seleksi mitra ini. Persekongkolan untuk memenangkan peserta berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999 baru dapat dianggap terjadi apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan yang telah dimintanya, sehingga peserta yang tidak *qualified* dan pada awalnya tidak memenuhi persyaratan TOR pada



akhirnya dapat dengan mudah memenuhi persyaratan TOR yang dilonggarkan tersebut;

17.26. Hal ini telah diuraikan panjang lebar pada butir 7.11 sampai dengan 7.14 dan 9.1 sampai dengan 10.30 di atas;

17.27. Dengan demikian, tuduhan-tuduhan Termohon tentang adanya persekongkolan untuk memenangkan Mitsubishi tidak mempunyai dasar sama sekali;

Alasan Kelima: Putusan Termohon Tidak Cukup Dipertimbangkan, Sehingga Haruslah Dibatalkan Berdasarkan Jurisprudensi Tetap Mahkamah Agung dan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974

17.28. Sebagaimana telah diuraikan panjang lebar di atas bahwa terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra adalah karena **Mitsubishi telah memenuhi semua persyaratan-persyaratan TOR dan proposalnya merupakan proposal terbaik, dan tidak ada proposal lain yang lebih dari proposal Mitsubishi**, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon I untuk tidak memilihnya. Pertamina dan Pemohon I malah akan dipersalahkan apabila Pertamina dan Pemohon I tidak memilih Mitsubishi, padahal Mitsubishi telah memenuhi semua persyaratan-persyaratan TOR dan proposalnya merupakan proposal terbaik;

17.29. Dari semua pertimbangan Termohon dapat disimpulkan bahwa **tidak ada proposal yang lebih baik dari proposal Mitsubishi, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon I untuk tidak memilihnya**. Termohon seharusnya menjelaskan alasannya mengapa Pertamina dan Pemohon I tidak boleh memilih Mitsubishi, dan seharusnya menjelaskan alasan bahwa proposal Mitsubishi tidak memenuhi persyaratan TOR. Putusan yang tidak memberikan pertimbangan yang cukup haruslah dibatalkan berdasarkan Jurisprudensi tetap Mahkamah Agung dan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah diuraikan di atas;



UNSUR “PIHAK LAIN”

Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain

17.30. Berdasarkan Putusan Termohon pada halaman 236 butir 10.5.2, posisi Pemohon I hanya sebagai “pihak lain”, sedangkan berdasarkan rumusan/persyaratan Pasal 22, pihak yang dikategorikan sebagai “pihak lain” tidak terkena larangan Pasal 22 UU No. 5/1999 berdasarkan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, maka dapat disimpulkan bahwa Pemohon I tidak melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 22 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Dengan demikian, Putusan Termohon yang menghukum Pemohon I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda administratif kepada Pemohon I **tidak mempunyai dasar hukum sama sekali**;

17.31. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon juga saling **bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain**, karena menurut Termohon, posisi Pemohon I hanya sebagai “pihak lain” sesuai dengan Putusan Termohon, yang tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999 berdasarkan rumusan/persyaratan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 22 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon dalam amar Putusannya menyatakan Pemohon I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, yang membuktikan **antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain**, dan mengakibatkan Putusan Termohon batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip di atas;

17.32. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon, Putusan Termohon juga **saling bertolak**



belakang dengan rumusan/ persyaratan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena berdasarkan pertimbangan Putusan Termohon, posisi Pemohon I hanya sebagai “pihak lain”, yang tidak terkena laranga/sanksi administratif dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 22 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Dengan demikian, Putusan Termohon saling bertolak belakang, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip di atas;

UNSUR “TENDER”

17.33. Unsur “tender” tidak terbukti. Menambahkan uraian pada butir 2, 3, 4 dan butir 7.19 sampai dengan 7.23 di atas, Termohon telah melakukan kesalahan berat. Menambahkan alasan-alasan tersebut, jenis tender yang dapat dihukum dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 hanyalah jenis tender yang sesuai dengan definisi resmi “tender” dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999, dengan mengingat bahwa apabila undang-undang sendiri telah memberikan definisi resmi, maka istilah tersebut harus terikat pada definisi dan unsur-unsur pembatasan yang terkandung di dalamnya;

17.34. Undang-undang (dalam hal ini Pasal 22 UU No. 5/1999) **telah secara resmi membatasi** jenis tender dalam ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5/1999, dan Termohon **hanya** berwenang untuk memeriksa jenis tender yang sesuai dengan definisi resmi tender dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999 tersebut, yaitu **hanya terbatas pada tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, tawaran mengajukan harga untuk mengadakan barang, atau tawaran mengajukan harga untuk menyediakan jasa;**

Sebaliknya, dalam proses seleksi calon mitra yang diselenggarakan oleh Pertamina dan Pemohon I, ternyata (a) **tidak ada tawaran harga** untuk memborong pekerjaan,



(b) **tidak ada tawaran harga** mengadakan (*procure*) barang/jasa atau (c) **tidak ada tawaran harga** untuk menyediakan barang/jasa dari penyedia (*provider*) kepada pemilik (*owner*) sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, dan (d) Pertamina dan Pemohon I tidak ada menerima *fee* atau pembayaran harga dari Mitsubishi atas terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra, malahan Pertamina dan Pemohon I melakukan investasi sebagai modal dalam perusahaan yang akan didirikan bersama dengan mitra terpilih. Proses seleksi mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon I adalah **proses seleksi untuk menjadi pemilik (*owner*) atas perusahaan yang akan didirikan bersama oleh Pertamina, Pemohon I dan calon mitra potensial**, yang akan secara bersama-sama akan memiliki, mendanai dan menanggung resiko atas perusahaan yang akan didirikan;

17.35. Konsisten dengan rumusan/persyaratan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999 dan fakta-fakta hukum yang telah diuraikan di atas, Erman Rajagukguk (berkas perkara Termohon No B36) dan Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD (*vide* berkas perkara Termohon No. M19) dalam keterangannya telah menyatakan bahwa **proses seleksi bukan merupakan tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999**, yang dikutip pada butir 4 di atas;

17.36. Selanjutnya, Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD dalam keterangannya pada halaman 10 dan 11 telah menyatakan sebagai berikut:

“Terdapat perbedaan mendasar dan sangat prinsip antara Tender dengan Seleksi Calon Mitra.

“Tender” menurut Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah seleksi atau proses tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, seleksi atau proses tawaran untuk mengadakan barang-barang, atau seleksi atau proses tawaran untuk menyediakan jasa. Dari proses ini, maka akan ditentukan satu pelaku usaha yang akan memborong pekerjaan, dan/atau mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa;



Sebagaimana telah diuraikan dalam jawaban pertanyaan B (1) di atas bahwa karakteristik dasar dari tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah peralihan risiko dan tanggung jawab hukum dari pemilik pekerjaan (owner) kepada pemborong pekerjaan atau penyedia (provider) barang atau jasa atas pelaksanaan dan penyelesaian secara sempurna atas pengerjaan suatu pekerjaan dan penyediaan barang atau jasa. Peralihan risiko dan tanggung jawab hukum tersebut di atas tidak terjadi dalam hal Seleksi Calon Mitra, karena Seleksi Calon Mitra adalah suatu proses untuk mencari partner yang akan ikut menyertakan atau menanamkan modalnya sebagai pemegang saham untuk melakukan suatu kegiatan usaha bersama-sama dengan partner lainnya. Jadi partner ini bersama-sama dengan partner lainnya akan menjadi pemilik atau pemegang saham dari perusahaan yang akan didirikan (selanjutnya disebut **“Perusahaan Yang Akan Didirikan”**), dan secara bersama-sama pula akan mengharapkan pengembalian modal yang ditanamkan dalam Perusahaan Yang Akan Didirikan.

.....
Dengan demikian setelah melalui Seleksi Calon Mitra, mitra yang terseleksi tidak melakukan pemborongan pekerjaan, atau mengadakan barang atau menyediakan jasa sebagaimana pada Tender yang diatur dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, melainkan akan menjalankan usaha bersama-sama dengan Mitra lainnya, dalam hal ini bersama-sama dengan “Pengundang” Seleksi Calon Mitra.”

“Lebih lanjut uraian bahwa Seleksi Calon Mitra tidak merupakan tender akan saya jelaskan. Tender menurut Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah tawaran harga, dan merupakan parameter dalam penentuan pemenang tender, dimana tawaran harga tersebut mengikat apabila dinyatakan pemenang tender, karena harga tersebut merupakan obyek tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Akan tetapi, sebagaimana halnya dalam proses Seleksi



Calon Mitra, terdapat simulasi dari calon mitra tentang harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra. Harga tersebut bersifat indikatif dan tidak mengikat. Bagaimanapun tingkat harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Akan Didirikan kepada pembeli pihak ketiga setelah Perusahaan Yang Akan Didirikan beroperasi secara komersial akan berdampak pada pengembalian modal dari pengundang dan calon mitra terpilih secara bersama-sama, sehingga simulasi harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra tidak mengikat dan tidak menjadi patokan pula untuk menentukan terpilihnya calon mitra dalam proses Seleksi Calon Mitra, akan tetapi hanya untuk mengukur tingkat kemampuan dan pengalaman calon mitra dalam industri yang digelutinya. Dengan demikian, simulasi harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra tidak merupakan obyek dari Seleksi Calon Mitra;

Di kemudian hari, tinggi-rendahnya harga barang dan atau jasa yang dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan akan berdampak pada pengembalian modal dari pengundang dan mitra terpilih secara bersama-sama, dan karena itu pula, maka simulasi harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra bersifat indikatif saja.”

- 17.37. Pendapat ahli-ahli hukum di atas sudah tepat dan benar. Dengan demikian, karena proses seleksi di luar ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, maka Termohon telah melampaui kewenangannya yang menghukum Pemohon I, Pertamina dan Mitsubishi melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau dibatalkan, dan karenanya unsur “tender” **tidak terbukti sama sekali**;

UNSUR “DAPAT MENAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT”

Hal. 165 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



17.38. Berdasarkan Pasal 1 angka (6) UU No. 5/1999, persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha;

17.39. Unsur "persaingan usaha tidak sehat" dalam proses seleksi calon mitra ini tidak relevan sama sekali berdasarkan hal-hal sebagai berikut:

17.39.1. Tidak terpilihnya Mitsui adalah karena proposal yang diajukan Mitsui pada kenyataannya tidak bersifat mengikat, hanya bersifat informatif dan indikatif serta dapat diubah oleh Mitsui sewaktu-waktu berdasarkan persyaratan dalam proposalnya, sehingga tidak memberikan perlindungan kepada Pemohon I dan Pertamina sebagai penyelenggara;

17.39.2. Sedangkan Mitsubishi terpilih karena telah memenuhi kriteria dan persyaratan yang ditentukan dalam TOR yang diminta/ dipersyaratkan oleh Pertamina dan Pemohon I.

17.40. Unsur "persaingan usaha tidak sehat" dalam proses seleksi calon mitra ini hanya dapat terjadi kalau peserta yang tidak *qualified* memenangkan dan kalau peserta yang *qualified* disingkirkan, yang dalam perkara ini tidak terjadi;

17.41. Dengan demikian, proses seleksi mitra investasi ini tidak merupakan persaingan usaha tidak sehat, sehingga tidak melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 dan unsur "menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama" tidak terbukti sama sekali.

18. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Pemohon I tidak dapat disimpulkan melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999.

PARA Pemohon TIDAK TERBUKTI MELANGGAR PASAL 23 UU NO. 5/1999



19. Termohon dalam putusannya menyimpulkan bahwa Para Pemohon dan Pertamina terbukti memfasilitasi Mitsubishi melakukan persekongkolan untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya (yaitu LNGEU) yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan untuk menyusun proposal Turut Termohon II dalam proses seleksi calon mitra sehingga mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan kemudian menyatakan Para Pemohon telah melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999;
20. Akan tetapi Termohon ternyata **tidak menguraikan dan tidak membuktikan semua unsur** dari Pasal 23 UU No. 5/1999 yang dianggap oleh Termohon terbukti, padahal apabila salah satu dari semua unsur Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak terbukti, maka tuduhan pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak terbukti pula secara keseluruhan. Keberatan yang singkat ini sudah cukup membuktikan dengan jelas bahwa **Termohon tidak dapat membuktikan Pasal 23 UU No. 5/1999 terlanggar**;
21. Sekalipun demikian, Para Pemohon akan membahas unsur-unsur Pasal 23 UU No. 5/1999 satu-persatu untuk membuktikan bahwa tuduhan pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 **tidak benar sama sekali**;
22. Pasal 23 UU No. 5/1999 menentukan:
“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”
Dengan demikian, unsur-unsur atau persyaratan-persyaratan terbuhtinya pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah (a) unsur “pelaku usaha”, (b) unsur “dilarang”, (c) unsur “bersekongkol”, (d) unsur “pihak lain”, (e) Unsur “pesaingnya”, (f) unsur “mendapatkan informasi rahasia kegiatan usaha yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan”, dan (g) unsur “mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.
Unsur di atas bersifat kumulatif, dan apabila salah satu unsur tidak terpenuhi/terbukti, maka dugaan pelanggaran terhadap Pasal 23 UU No. 5/1999 secara keseluruhan menjadi tidak terbukti pula;



23. Para Pemohon secara tegas menyampaikan bahwa unsur-unsur Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak terbukti sama sekali, yang akan diuraikan di bawah ini.

UNSUR “PELAKU USAHA”

Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain

23.1. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain, karena **posisi Para Pemohon hanyalah sebagai “pihak lain” sebagaimana dipertimbangkan oleh Termohon pada halaman 239 butir 11.5.2 Putusan Termohon, yang tidak terkena larangan/sanksi administratif dan tidak tepat dinyatakan melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999 dalam perkara ini**, seandainya (halmana ditolak) Pasal 23 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon menyatakan Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yang membuktikan antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon **saling bertolak belakang satu dengan yang lain**, yang mengakibatkan Putusan Termohon **batal demi hukum atau harus dibatalkan** berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974;

23.2. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon juga **saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain**, karena menurut Termohon, posisi Para Pemohon hanya sebagai “pihak lain” sesuai dengan Putusan Termohon, sehingga tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999 berdasarkan rumusan/persyaratan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 23 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon dalam amar Putusannya menyatakan Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yang membuktikan **antara pertimbangan dan**



diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain, dan mengakibatkan Putusan Termohon batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip di atas;

- 23.3. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon, Putusan Termohon juga **saling bertolak belakang** dengan rumusan/persyaratan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena menurut Termohon, posisi Para Pemohon hanya sebagai “pihak lain” yang terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 23 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam perkara *aquo*. Dengan demikian, unsur “pelaku usaha” **tidak terbukti**, dan Putusan Termohon saling bertolak belakang, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 sebagaimana telah dikutip di atas;

UNSUR “DILARANG”

Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain

- 23.4. Termohon **tidak sama sekali** menjelaskan apakah unsur “dilarang” dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 dapat diterapkan kepada Para Pemohon, dan tidak jelas alasannya mengapa Termohon tidak menguraikan unsur “dilarang” dalam Putusannya, dan bahwa Termohon tidak dapat membuktikan unsur “dilarang” terpenuhi. Akan tetapi tiba-tiba saja, Termohon menyatakan Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999. Padahal unsur “dilarang” wajib dibuktikan sebagai salah satu unsur terpenuhinya pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999. Dengan demikian, unsur “dilarang” tidak terbukti sama sekali;
- 23.5. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon juga saling berkontradiksi satu dengan yang lain, karena berdasarkan



pertimbangan Termohon pada halaman 239 butir 11.5.2, posisi Para Pemohon hanya sebagai "pihak lain", yang tidak terkena larangan Pasal 23 UU No. 5/1999 dalam perkara ini, seandainya Pasal 23 dapat diterapkan dalam perkara ini. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon dalam amarnya menyatakan Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yang membuktikan antara **pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain**, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974;

23.6. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon juga saling **bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain**, karena menurut Termohon, posisi Para Pemohon sebagai "pihak lain" berdasarkan Putusan Termohon, yang tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999 berdasarkan rumusan/persyaratan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 23 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon dalam amar Putusannya menyatakan Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yang membuktikan **antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain**, dan mengakibatkan Putusan Termohon batal demi hukum atau harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip di atas;

23.7. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon, Putusan Termohon juga **saling bertolak belakang** dengan rumusan/ persyaratan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena berdasarkan Putusan Termohon, posisi Para Pemohon



hanya sebagai “pihak lain”, sehingga tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 23 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Dengan demikian, unsur “dilarang” **tidak terbukti**, dan Putusan Termohon **saling bertolak belakang**, sehingga Putusan Termohon batal demi hukum atau harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip di atas;

UNSUR “BERSEKONGKOL”

- 23.8. Karena unsur “pelaku usaha” dan unsur “dilarang” tidak terpenuhi, maka unsur “bersekongkol” menjadi tidak relevan untuk dibuktikan dalam perkara ini. Namun demikian, unsur “bersekongkol” pun dalam perkara ini tidak terbukti;
- 23.9. Tuduhan tentang adanya persekongkolan oleh Termohon **hanya didasarkan pada penafsiran, perkiraan dan kesimpulan belaka, yang tidak layak untuk menyimpulkan persekongkolan**;
- 23.10. Termohon menuduh bahwa dengan *due diligence*, maka Para Pemohon **memfasilitasi** Mitsubishi untuk bersekongkol untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU yang digunakan untuk pembuatan proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitral;
- 23.11. Bahwa Para Pemohon tidak bersekongkol dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999 sebagaimana telah diuraikan panjang lebar pada butir 8.1 sampai dengan 8.16 di atas. Menambahkan alasan-alasan tersebut, tuduhan Termohon tentang persekongkolan adalah cacat karena (a) salah dalam menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999 dan (b) cacat dalam logika hukum terkait dengan tuduhan “memfasilitasi” persekongkolan.;
- 23.12. Termohon salah menerapkan hukum karena Pasal 23 UU No. 5/1999 mensyaratkan persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaingnya, dan **bukan “memfasilitasi”**. Tidak logis dalam penerapan memberikan fasilitasi untuk bersekongkol, karena

Hal. 171 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



persekongkolan memerlukan paling tidak 2 (dua) pihak yang saling bersekongkol, dan memfasilitasi berarti membantu persekongkolan dari 2 (dua) pihak yang saling bersekongkol tersebut. Dengan demikian, tuduhan Termohon yang menyatakan bahwa Para Pemohon memfasilitasi Mitsubishi bersekongkol untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGI (*quod non*, halmana ditolak), maka Termohon diwajibkan menjelaskan dan membuat pertimbangannya dengan pihak mana Mitsubishi bersekongkol yang difasilitasi oleh Termohon, karena menurut Termohon, Para Pemohon **hanya memfasilitasi** persekongkolan Mitsubishi tersebut (*quod non*-halmana ditolak);

23.13. Termohon telah melampaui kewenangannya dengan membuat sistem penghukuman tanpa melalui Undang-Undang. Termohon menyatakan Para Pemohon “memfasilitasi” persekongkolan, padahal dalam diktum Putusannya, Termohon menghukum Para Pemohon “bersekongkol” dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999, bukan “memfasilitasi” persekongkolan *quod non*, halmana ditolak). Di pihak lain juga, perbuatan yang dihukum dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bersekongkol, bukan “memfasilitasi” persekongkolan. Dalam pertimbangannya, Termohon menyatakan “memfasilitasi” persekongkolan (*quod non*, halmana ditolak) yang berarti membantu melakukan (*medeplegen*), padahal sistem pengenaan sanksi administratif yang dapat dilakukan oleh Termohon dalam UU No. 5/1999 **tidak mengenal membantu melakukan (*medeplegtigeheid*) sebagaimana diatur dalam Pasal 56 KUHPidana**, dimana sistem penghukuman yang demikian wajib dibuat dan ditentukan dalam suatu Undang-Undang (persetujuan Pemerintah dan DPR). Dalam membuat Putusannya, Termohon telah melampaui kewenangannya dengan membuat sistem penghukuman baru, tanpa melalui undang-undang. Dengan demikian, Putusan Termohon **batal demi hukum**;

Hal. 172 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



- 23.14. Disamping itu, **Termohon telah menghukum perbuatan yang sah dan mengikat secara hukum.** Berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999, “persekongkolan” merupakan perbuatan yang dilarang, dan karenanya dapat dikenakan sanksi/hukuman berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999 juncto Pasal 47 UU No. 5/1999. Oleh karena itu, pengertian dasar dari “persekongkolan” dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa perbuatan tersebut merupakan perbuatan yang tidak sah atau melanggar hukum. Suatu perbuatan yang sah atau tidak melanggar hukum, jelas tidak dilarang dan tidak dapat dikategorikan sebagai “persekongkolan”, dan karenanya tidak dapat dihukum, akan tetapi harus mendapatkan perlindungan hukum. Hal ini telah ditegaskan oleh Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD dalam Pendapat Hukum Ahli Kurnia Toha pada halaman 17 butir 8 (Vide berkas perkara Termohon No.M19), yang telah dikutip pada butir 8.11 di atas.
- 23.15. Sebagai fakta yang tidak terbantahkan, LNGI telah menandatangani CA dengan Mitsubishi, Mitsui dan Anardarko, yang diakui oleh Termohon dan terbukti dari hasil Laporan Hasil Pemeriksaan Pendahuluan yang dibuat oleh Termohon.
- 23.16. Mengingat *due diligence* didahului dengan penandatanganan CA atas persetujuan LNGI, maka informasi apapun yang didapat (apabila ada) **telah didapatkan dengan ijin pemilik berdasarkan persetujuan para pihak** yang didahului dengan penandatanganan CA).
- 23.17. Dengan demikian, **unsur persekongkolan tidak terbukti, dan oleh karena itu tidak ada pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 yang dilakukan oleh Para Pemohon.**

UNSUR “PIHAK LAIN”

Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain

- 23.18. Pertimbangan dan diktum Putusan Termohon **saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain, karena menurut Termohon, posisi Para**

Hal. 173 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Pemohon hanya sebagai "pihak lain" berdasarkan pertimbangan Termohon dalam Putusannya halaman 239 butir 11.5.2, sehingga tidak terkena larangan/sanksi administratif dan tidak tepat dinyatakan melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 23 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Bertentangan dengan pertimbangannya, Termohon dalam amar Putusannya menyatakan Para Pemohon melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, sehingga antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon saling bertolak belakang satu dengan yang lain, dan mengakibatkan Putusan Termohon **batal demi hukum atau dibatalkan** berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974.

- 23.19. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon, Putusan Termohon juga **saling bertolak belakang** dengan rumusan/persyaratan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena menurut Termohon, posisi Para Pemohon hanya sebagai "pihak lain", sehingga tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999, seandainya (halmana ditolak) Pasal 23 dapat diterapkan dalam perkara aquo. Dengan demikian, Putusan Termohon saling bertolak belakang, sehingga batal demi hukum atau harus dibatalkan berdasarkan Surat Edaran MARI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 sebagaimana telah dikutip di atas.
- 23.20. Hal yang perlu kami tegaskan adalah bahwa dengan merujuk bagian Tentang Hukum butir 2.2. dan 2.3 Putusannya, Termohon pada halaman 239 Putusannya menyatakan bahwa Pemohon II merupakan penyelenggara tender. Pertimbangan ini **tidak benar sama sekali**.
- 23.21. **Pemohon II bukan penyelenggara proses seleksi calon mitra dan bukan pula peserta. Penyelenggara proses seleksi adalah Pertamina dan Pemohon I, bukan**



Pemohon II. Termohon merujuk butir 2.2 dan 2.3 sebagai dasar kesimpulannya. Ternyata, butir 2.2 dan 2.3 Putusan Termohon hanyalah berisikan identitas para pihak, dan tidak membuktikan Pemohon II sebagai penyelenggara proses seleksi. Dengan demikian, posisi **Pemohon II juga tidak merupakan “pihak lain” dalam perkara ini.**

23.22. Berdasarkan uraian-uraian tersebut di atas, Putusan Termohon batal demi hukum atau haruslah dibatalkan.

UNSUR “PESAING”

23.23. Unsur “pesaing” tidak terbukti, karena Para Pemohon bukan pesaing dari LNGEU/LNGI dalam proses seleksi tersebut.

23.24. Logika penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa yang dimaksud dengan “pesaing” adalah pesaing atau saingan dari pelaku usaha yang dilarang dan dapat dikenakan sanksi administratif. Termohon telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999 karena menyatakan Para Pemohon sebagai “pesaing” atau saingan dari LNGEU. Padahal, kenyataannya sebagai fakta hukum yang tidak perlu diperdebatkan lagi adalah bahwa dalam proses seleksi calon mitra ini, Para Pemohon bukan pesaing/saingan dari LNGEU/LNGI.

23.25. Pihak-pihak yang saling bersaing (pesaing) dalam proses seleksi tersebut adalah perusahaan-perusahaan yang diundang menyampaikan proposalnya untuk diseleksi dan berharap dipilih sebagai pemenang. **Antara penyelenggara dan perusahaan yang diundang bukan pesaingan satu dengan yang lain.** Hal ini telah dijelaskan oleh ahli hukum persaingan usaha, yaitu Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 17, yang telah dikutip pada butir 8.8 di atas.

23.26. Dengan demikian unsur “pesaing” ini sama sekali tidak terbukti, dan oleh karena itu Putusan Termohon batal demi hukum atau setidaknya tidaknya dibatalkan.



UNSUR “MENDAPATKAN INFORMASI RAHASIA KEGIATAN USAHA YANG DIKLASIFIKASIKAN SEBAGAI RAHASIA PERUSAHAAN”

- 23.27. Unsur “mendapatkan informasi rahasia kegiatan usaha yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan” dalam konteks “persekongkolan” haruslah merupakan niat dan tujuan untuk mendapatkan informasi rahasia tersebut, yang harus dibuktikan dengan alat-alat bukti hukum dan bukan berdasarkan perkiraan, asumsi, dan kesimpulan belaka.
- 23.28. Tuduhan mendapatkan informasi rahasia LNGEU telah dibantah pada butir 8.1 sampai dengan 8.16 dan butir 12.1 sampai dengan butir 12.21 di atas. Menambahkan uraian tersebut akan kami uraikan bahwa unsur ini tidak terbukti sama sekali. Perbuatan yang dilarang/dihukum dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia dari pesaingnya. Dalam perkara ini Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak terbukti sama sekali karena **Para Pemohon bukan pesaing dari LNGEU** sebagaimana akan dijelaskan pada uraian mengenai unsur “pesaing” di atas.
- 23.29. Di atas juga telah diuraikan panjang lebar bahwa persekongkolan mendapatkan informasi rahasia hanya dapat terjadi apabila informasi tersebut relevan dan berguna pada kegiatan lain, karena adanya persamaan cakupan, sifat dasar (*nature*), konsep dan objeknya. Dalam hal ini, **tidak ada informasi yang berguna atau dapat digunakan** dari hasil *due diligence* pekerjaan awal LNGI dalam proses seleksi calon mitra, karena basis teknologi, konsep teknologi dan cakupan serta sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra **berbeda sama sekali** dengan yang direncanakan pada saat penjajakan jual beli gas dengan LNGI sebelum seleksi calon, sehingga informasi apapun (kalau ada) yang didapatkan oleh Mitsubishi tidak relevan dan tidak berguna dalam proses seleksi mitra.



23.30. Tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia LNGI. Tuduhan tersebut tidak berdasar yang diuraikan di bawah ini.

Alasan Pertama: Tidak Ada Persekongkolan Untuk Mendapatkan Informasi LNGEU/LNGI

23.31. Penandatanganan CA antara LNGI dengan pebisnis internasional dalam rangka menjajaki kemungkinan kerjasama terjadi berdasarkan proses dan pertimbangan mereka sendiri. Para Pemohon tidak pernah menginstruksikan Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko untuk melakukan *due diligence* terhadap LNGI.

23.32. Komunikasi dengan Mitsubishi sebelum diadakannya proses seleksi calon mitra tidak ada kaitannya dengan proses seleksi calon mitra itu sendiri. Komunikasi dengan Mitsubishi sebelum diadakannya proses seleksi calon mitra adalah dalam rangka niat baik untuk membantu LNGI yang merupakan pebisnis baru dalam bidang LNG dan tidak memenuhi persyaratan *credit rating* BBB+. LNGI menyadari dan mengetahui sepenuhnya ketidakmampuannya untuk memenuhi persyaratan tersebut, maka dengan sukarela LNGI bersedia dan telah menjajaki dan memulai hubungan *business to business* tersebut dengan para pebisnis internasional di bidang LNG. Seharusnya niat baik tersebut tidak ditafsirkan sebagai persekongkolan pelanggaran Pasal 23 ataupun Pasal 22 UU No. 5/1999.

23.33. Selanjutnya, penandatanganan CA oleh LNGI dengan Anadarko, Mitsui ataupun Mitsubishi secara terpisah dalam rangka menjajaki kerja sama bisnis mereka merupakan persetujuan yang sah menurut hukum dan mengikat mereka, sehingga segala sesuatu sehubungan dengan pengenalan tersebut dan rencana hubungan bisnis tersebut adalah masalah bisnis di antara mereka;

23.34. Dari penjelasan diatas terlihat jelas bahwa, Termohon telah menghukum perbuatan yang sah menurut hukum yang seharusnya mendapatkan perlindungan hukum. Putusan yang demikian tidak mempunyai dasar hukum sama sekali yang telah diuraikan dalam butir 8.1 sampai



dengan butir 8.5 di atas. Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD (*vide* berkas perkara Termohon No. M19) dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 18 juga menyatakan:

“Dalam hal suatu perbuatan (atau perjanjian) merupakan perbuatan (atau perjanjian) yang sah atau perbuatan yang tidak melanggar hukum, **tidak dapat dikategorikan sebagai “Persekongkolan”**.

Dengan demikian, **Termohon telah salah menerapkan hukum.**

23.35. Dengan demikian, kesimpulan Termohon yang mengatakan bahwa Para Pemohon memfasilitasi agar Mitsubishi mendapatkan informasi rahasia LNGI melalui *due diligence* tidak mempunyai dasar sama sekali, yang diuraikan lebih lanjut di bawah.

Alasan Kedua: Tidak Ada Kepentingan Para Pemohon Untuk Bersekongkol Dengan Mitsubishi Atau Mitsui Untuk Mendapatkan Informasi Rahasia LNGI

23.36. Tidak ada kepentingan bagi Para Pemohon untuk bersekongkol dengan Mitsubishi atau Mitsui untuk mendapatkan informasi rahasia LNGI karena sejak awal Para Pemohon telah mengetahui profil dari LNGI ketika menjajaki kerja sama dengan LNGI dalam kerangka EA pada tanggal 31 Mei 2005. **Kalau tujuannya agar Mitsubishi ataupun Mitsui mengetahui kelemahan LNGI, maka bisa saja informasi tersebut diberitahukan secara diam-diam kepada Mitsui ataupun Mitsubishi, tanpa perlu memperkenalkan LNGI kepada para pebisnis gas tersebut di atas.**

Alasan Ketiga: Due Diligence dilakukan jauh sebelum proses seleksi mitra

23.37. Termohon membuat kesimpulan sendiri bahwa dengan *due diligence* yang terjadi pada **bulan Pebruari 2006**, Para Pemohon memfasilitasi Mitsubishi untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU yang dipergunakan dalam mempersiapkan proposalnya pada **bulan September 2006**.



23.38. Persyaratan mendapatkan informasi rahasia dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 **dalam kaitannya dengan proses seleksi mitra ini haruslah direncanakan atau diniatkan (*mens rea*)**. Putusan Termohon tidak mempunyai dasar sama sekali, karena ketika LNGI diperkenalkan dengan para pebisnis LNG untuk membeli gas Senoro dan ketika Mitsui dan Mitsubishi melakukan *due diligence*, pada waktu itu, maksud atau rencana akan melakukan proses seleksi calon mitra tidak pernah terpikirkan ataupun direncanakan apalagi diputuskan.

23.39. Keputusan Pertamina dan Pemohon I untuk mengadakan seleksi calon mitra baru **ada pada Agustus 2006**, sedangkan *due diligence* yang dilakukan oleh Mitsubishi dan Mitsui sudah terjadi pada bulan **Pebruari 2006**. Oleh karena itu, walaupun ada pertukaran informasi di antara Mitsubishi dan LNGEU, maka pertukaran informasi tersebut tidak ada kaitannya dengan proses seleksi calon mitra yang **direncanakan pada bulan Agustus 2006** dan diselenggarakan pada **bulan September 2006**. Dengan demikian, *due diligence* pada bulan Pebruari 2006 tidak ada relevansinya dengan proses seleksi mitra pada bulan September 2006, apalagi dengan tuduhan persekongkolan mendapatkan informasi LNGI.

Alasan Keempat: Perkenalan dan Penandatanganan CA Tidak Hanya Dilakukan Dengan Mitsubishi Tetapi Juga Kepada Pihak Lain

23.40. Tidak beralasan untuk menyimpulkan perkenalan LNGI dengan Anadarko, Itochu, Mitsui dan Mitsubishi sebagai persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia LNGI. Kalau tujuannya adalah agar Mitsubishi mendapatkan informasi rahasia yang akan dipergunakan oleh Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra, tujuan/rencana tersebut bertolak belakang dengan fakta hukum bahwa pebisnis gas lainnya, yaitu Itochu, Mitsui dan Anadarko diperkenalkan pula kepada LNGI. Kalau tujuannya mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGI, maka tentu saja yang diperkenalkan hanyalah Mitsubishi,



tidak perlu Itochu, Mitsui dan Anadarko diperkenalkan juga kepada Mitsubishi.

23.41. Selain itu, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, LNGI hanya diperkenalkan dengan Mitsubishi, Itochu dan Anadarko yang kemudian saling menjajaki hubungan atas dasar *business to business* antar mereka, sedangkan hubungan antara LNGI dan Mitsui dilakukan atas inisiatif LNGI sendiri, dan tidak ada instruksi atau memfasilitasi Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko untuk melakukan *due diligence* dengan LNGI.

Alasan Kelima: Para Pemohon Tidak Memiliki Kepentingan Apapun atas Hasil Due Diligence yang Dilakukan oleh Mitsubishi

23.42. Sebagaimana telah diuraikan di atas pada bagian 12.12 dan 12.13 bahwa cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra berbeda sama sekali dengan cakupan dan sifat transaksi bisnis yang direncanakan pada periode sebelum proses seleksi calon mitra, karena itu, hasil apapun yang mungkin diperoleh Mitsubishi (*quod non*) terkait *due diligence* yang disepakati diantara mereka tidak relevan dan tidak berguna sama sekali bagi Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra.

23.43. Berdasarkan uraian-uraian tersebut diatas, maka tuduhan yang menyatakan bahwa Para Pemohon bersekongkol dengan Mitsubishi melakukan proses *due diligence* dan kemudian menyingkirkan LNGI/LNGEU dari Proyek LNG Donggi-Senoro sama sekali tidak benar dan tidak berdasar.

UNSUR “DAPAT MENGAKIBATKAN TERJADINYA PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT”

23.44. Termohon menuduh bahwa tindakan Mitsubishi yang membuat proposal berdasarkan hasil *due diligence* merupakan suatu perbuatan tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

23.45. Terkait dengan tuduhan tersebut, perlu kami sampaikan **tidak ada informasi yang berguna atau dapat digunakan**



dari hasil *due diligence* pekerjaan awal LNGI dalam proses seleksi calon mitra, karena basis teknologi, konsep teknologi, cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra berbeda sama sekali sebagaimana telah kami jelaskan dalam butir 12.1 sampai dengan 12.13 Keberatan ini. Dengan demikian tidak ada suatu perbuatan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha karena tidak ada informasi yang dapat digunakan dari hasil *due diligence* dalam penyusunan proposal. Terlebih Termohon tidak dapat membuktikan data awal LNGI mana yang digunakan oleh Mitsubishi dalam proposal nya yang diajukan pada seleksi calon mitra. Disamping itu, pertukaran informasi melalui *due diligence* telah disetujui/diijinkan oleh LNGI berdasarkan penandatanganan CA oleh LGEU, sehingga tidak dapat dikatakan sebagai persekongkolan mendapatkan informasi LGEU.

23.46. Dengan demikian unsur “persaingan usaha tidak sehat” tidak terpenuhi/tidak terbukti dan oleh karena itu tidak ada pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 yang dilakukan oleh Para Pemohon.

24. TIDAK ADA PERTIMBANGAN TENTANG DASAR PENGHUKUMAN, CARA DAN BESARNYA DENDA

- 24.1. Dalam butir 4 dan 5 Putusannya, Termohon menjatuhkan denda kepada Pemohon I sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) dan Pemohon II sebesar Rp1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah);
- 24.2. Sebagaimana telah diuraikan di atas bahwa dalam perkara *aquo* tidak terbukti adanya pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999. Disamping itu, setelah diperiksa dan dipelajari satu demi satu halaman pertimbangan Termohon, tidak satu dasar pertimbangan pun mengapa Termohon menjatuhkan denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) kepada Pemohon I dan sebesar Rp1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) kepada Pemohon II;

Hal. 181 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



- 24.3. Seharusnya Termohon memberikan dasar pertimbangan yang cukup dan dasar perhitungan yang masuk akal berdasarkan alat-alat bukti menurut hukum mengapa denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) kepada Pemohon I dan sebesar Rp1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) kepada Pemohon II. Pertanyaannya, mengapa denda minimum tidak diterapkan sebesar Rp1 miliar (seandainya benar – *quod non* melanggar Pasal 22 dan Pasal 23)?
- 24.4. Bahwa putusan yang tidak memberikan pertimbangan yang cukup, haruslah dibatalkan sesuai dengan Putusan Mahkamah Agung RI No. 638 K/Sip/1969 yang mempertimbangkan:
“Mahkamah Agung menganggap perlu untuk meninjau keputusan Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri yang kurang cukup dipertimbangkan.”
- 24.5. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Putusan Termohon patut dinyatakan batal demi hukum atau setidaknya harus dibatalkan.

VI. PETITUM:

Berdasarkan uraian-uraian, fakta-fakta dan argumen hukum yang telah diuraikan di atas, Para Pemohon dengan ini mohon kepada Pengadilan agar memutuskan:

1. Menyatakan Para Pemohon adalah Pemohon yang baik dan benar;
2. Mengabulkan Keberatan Para Pemohon untuk seluruhnya;
3. Menyatakan Termohon tidak berwenang menangani, memeriksa dan memutus perkara *aquo*;
4. Menyatakan Putusan Termohon dalam Perkara No. 35/KPPU-I/2010 tanggal 5 Januari 2011 batal demi hukum atau setidaknya dibatalkan dengan segala akibat hukumnya;
5. Menyatakan Pemohon I tidak melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
6. Menyatakan Pemohon II tidak melanggar Pasal 23 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

7. Memerintahkan Turut Termohon I dan Turut Termohon II untuk tunduk dan patuh terhadap putusan ini;
8. Menghukum Termohon untuk membayar seluruh biaya perkara.
- Apabila Pengadilan berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

Bahwa terhadap gugatan tersebut Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah mengambil putusan, yaitu putusan No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST, tanggal 17 November 2011, yang amarnya sebagai berikut :

1. Menolak permohonan keberatan dari para Pemohon Keberatan untuk seluruhnya;
2. menguatkan Putusan Termohon Keberatan No.35/KPPU-I/2010 tertanggal 5 Januari 2011 ;
3. Menghukum para Pemohon Keberatan untuk membayar biaya perkara sebesar Rp1.091.000.00 (satu juta sembilan puluh satu ribu rupiah);

Menimbang, bahwa sesudah putusan terakhir ini dijatuhkan dengan dihadiri para Pemohon Keberatan pada tanggal 17 November 2011, terhadap putusan tersebut, para Pemohon keberatan dengan perantaraan kuasanya, berdasarkan surat kuasa khusus masing-masing pada tanggal 22 November 2011, 21 November 2011 dan 9 Januari 2012, diajukan permohonan Kasasi secara lisan masing-masing pada tanggal 30 November 2011 dan 13 Januari 2012, sebagaimana ternyata dari akte permohonan Kasasi masing-masing No. 95/Srt.Pdt.Kas/2011/PN.JKT.PST, jo No. 34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST., No. 96/Srt.Pdt.Kas/2011/PN.JKT.PST., jo No.34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST. Dan No. 03/Srt.Pdt.Kas/2012/PN.JKT.PST., jo No. 34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST. yang dibuat masing-masing oleh Panitera dan Wakil Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, permohonan tersebut diikuti oleh memori Kasasi yang memuat alasan-alasan yang masing-masing diterima di Kepaniteraan Pengadilan Negeri tersebut pada tanggal 14 Desember 2011, 30 November 2011, 25 Januari 2012 ;

Bahwa setelah itu oleh Termohon Keberatan yang pada tanggal 15 Desember 2011 dan 24 Januari 2012, telah diberitahu tentang memori Kasasi dari para Pemohon Kasasi/Para Pemohon Keberatan diajukan jawaban memori Kasasi yang diterima di Kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat masing-masing pada tanggal 28 Desember 2011 dan 9 Maret 2012;

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,

Hal. 183 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



maka oleh karena itu permohonan Kasasi tersebut secara formal dapat diterima;

Menimbang, bahwa alasan-alasan yang diajukan oleh para Pemohon Kasasi/para Pemohon Keberatan dalam memori Kasasinya tersebut pada pokoknya ialah :

Keberatan-Keberatan dari Pemohon Kasasi I/PERTAMINA :

I. RINGKASAN PERKARA

Sebelum Pemohon Kasasi II menguraikan secara rinci menguraikan alasan-alasan pengajuan kasasi, Pemohon Kasasi II terlebih dahulu menguraikan secara singkat kronologis perkara a quo, sehingga Majelis Hakim Agung yang Bijaksana dan Terhormat memperoleh gambaran yang jelas duduk permasalahan perkara a quo, sehingga dapat memberikan pertimbangan yang seadil-adilnya.

1. PT Medco E&P Tomori Sulawesi (Pemohon Kasasi IV) dan Afiliasi (cucu Perusahaan) Pemohon Kasasi II adalah pemegang masing-masing 50% (lima puluh persen) hak partisipasi dalam Production Sharing Contract Senoro-Toili tertanggal 4 Desember 1997 ("PSC Senoro-Toili") melalui Joint Operating Body ("JOB Pertamina-MEPTS"). JOB Pertamina-MEPTS adalah pihak yang mengelola dan mengoperasikan ladang gas di Lapangan Senoro, Sulawesi Tengah ("Lapangan Senoro"). Sementara itu, Pemohon Kasasi II melalui anak perusahaan lainnya memiliki wilayah kerja sekaligus merupakan pengelola Area Matindok yang di dalamnya terdapat lapangan gas Minahaki, Maleoraja, dan termasuk lapangan gas Donggi ("Area Matindok").
2. Selama hampir puluhan tahun PT Medco E&P Tomori Sulawesi dan Pemohon Kasasi II yang ketika itu masih merupakan pemegang langsung hak partisipasi dalam PSC Senoro-Toili (ketika hak partisipasi Pemohon Kasasi II belum dialihkan ke anak perusahaannya) telah melakukan diskusi-diskusi dan studi secara intensif guna mencari solusi sehubungan dengan belum dapat termanfaatkannya gas hasil dari Lapangan Senoro. Di sisi lain, Pemohon Kasasi II yang juga secara independen memegang hak partisipasi dalam PSC untuk wilayah kerja Area Matindok, juga belum menemukan solusi untuk memanfaatkan semua gas dari Area Matindok.



3. Hingga kuartal pertama 2005 para pemegang hak partisipasi pada PSC Senoro-Toili belum menemukan calon pembeli gas yang dapat memenuhi tingkat keekonomian pada Lapangan Senoro. Di samping itu, pada tanggal 31 Mei 2005, PT Medco E&P Tomori Sulawesi, Pemohon Kasasi II dan LNG International Pty.,Ltd. (LNGI) menandatangani Exclusivity Agreement ("EA") dengan jangka waktu periode eksklusif selama 4 (empat) bulan sejak penandatanganan EA. Ruang lingkup EA hanya terbatas pada penajakan potensi kerjasama jual beli gas yang bersumber dari Lapangan Senoro secara putus yang berada di wilayah PSC Senoro-Toili dan gas tersebut dialirkan ke pabrik LNG yang rencananya akan dibangun dan dimiliki oleh LNGI.
4. Pada intinya, EA mengatur bahwa LNGI melalui perusahaan joint venture dengan mitranya membentuk suatu perusahaan, yaitu PT LNG Energi Utama (LNGEU) (pada saat EA ditandatangani LNGEU belum berdiri). Nantinya, LNGEU akan membeli 0.8 trillion cubic feet gas dari Lapangan Senoro untuk kemudian memproduksi sekitar 700.000 ton LNG/tahun (0.7 Million Ton Per Annum/MTPA) hanya apabila LNGI mampu memenuhi seluruh persyaratan pendahuluan (Condition Precedent) yang ditentukan dalam EA selambat-lambatnya pada tanggal 30 September 2005.
5. Ternyata hingga 30 September 2005, LNGI gagal memenuhi seluruh Condition Precedent dalam EA, antara lain karena LNGI belum memiliki definitif LNG Offtake Agreement dan tidak dapat memenuhi persyaratan credit rating BBB+ Standard & Poor's, sehingga berdasarkan ketentuan Pasal 1 (d) jo. Pasal 5 (b) jo. Pasal 5 (c) EA, dan ketentuan Pasal 1253 KUHPerdata, secara hukum EA telah berakhir secara otomatis tanpa memerlukan tindakan atau dokumen penegasan apapun, dan oleh karenanya, tidak ada lagi ikatan/hubungan hukum antara PT Medco E&P Tomori Sulawesi, Pemohon Kasasi II dan LNGI.
6. Walau EA telah berakhir, LNGI masih berkeinginan mewujudkan proyek mini LNG dengan sumber gas dari Lapangan Senoro. Karena LNGI adalah pebisnis baru dalam industri LNG yang memerlukan fundamental finansial, pengalaman, teknologi dan jaringan pemasaran yang kuat dan luas, maka LNGI diperkenalkan kepada para pebisnis internasional guna mendukung LNGI, yaitu

Hal. 185 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



antara lain dengan Itochu Corporation, Anadarko dan Mitsubishi. LNGI menyambut baik pengenalan tersebut, dan berdasarkan kesepakatannya, LNGI dan pihak-pihak tersebut di atas secara terpisah menjajaki hubungan atas dasar business to business yang didahului dengan penandatanganan Confidentiality Agreement (CA).

7. Setelah Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III (PT Medco Energi Internasional, Tbk.) melakukan diskusi intensif untuk menentukan pola mana yang terbaik dalam pengembangan Lapangan Senoro dan di sisi lain Pemohon Kasasi II juga memikirkan pola terbaik untuk mengembangkan Area Matindok, maka Pemohon Kasasi II dengan mempertimbangkan masukan dari BP Migas, mengusulkan adanya penggabungan pengembangan gas antara Lapangan Senoro dan Area Matindok. Pemohon Kasasi III dan Pemohon Kasasi II kemudian memutuskan untuk mengembangkan bisnis LNG dengan struktur skema hilir (downstream) dengan sumber gas yang merupakan penggabungan dari Lapangan Senoro dan lapangan-lapangan yang berada di Area Matindok.
8. Dalam rangka mengembangkan skema hilir tersebut Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III akan membentuk usaha bersama (joint venture company) dengan mengikutsertakan mitra investasi untuk memiliki, mendanai dan berbagi resiko. Untuk itu, Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III menyepakati untuk mengadakan proses seleksi calon mitra investasi untuk mengembangkan lapangan LNG yang kecil dan tersebar (stranded) dengan skema hilir yang memanfaatkan gas bumi dari kedua Lapangan Senoro dan Area Matindok (selanjutnya disebut "Proyek Donggi-Senoro"). Dengan demikian, dalam Proyek Donggi-Senoro, Pemohon Kasasi II, Pemohon Kasasi III dan mitra terpilih akan membentuk usaha bersama untuk memiliki, mendanai dan menanggung resiko, yang sama sekali berbeda dengan proses tender yang mensyaratkan adanya tawaran mengajukan harga untuk memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan, mengadakan, membeli atau menjual barang dan jasa.
9. Sebagai tindak lanjut proses seleksi calon mitra terkait Proyek Donggi Senoro, pada tanggal 1 September 2006, Pemohon Kasasi



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

II dan Pemohon Kasasi III menyampaikan undangan dan Term of Reference ("TOR") kepada 7 (tujuh) perusahaan pebisnis LNG internasional, yaitu:

- a. LNGEU yang kemudian bekerjasama dengan Osaka Gas dan Golar dengan membentuk konsorsium ("LNGEU/Osaka Gas/Golar");
- b. Itochu Corporation ("Itochu");
- c. LNG Japan Corporation ("LNG Japan");
- d. Marubeni Corporation ("Marubeni");
- e. Mitsubshi;
- f. Mitsui & Co. Ltd ("Mitsui");
- g. Toyota Tsoshu Corporation ("Toyota");

Bagi perusahaan-perusahaan yang berminat, diberikan kesempatan untuk mengirimkan proposal selambat-lambatnya pada tanggal 22 September 2006.

10. Ternyata, selain dari ketujuh perusahaan di atas, ada 3 (tiga) perusahaan yang menyampaikan minat mereka untuk turut berpartisipasi dalam pengembangan Proyek Donggi Senoro. Maka pada tanggal 13 September 2006, Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III mengirimkan undangan kepada:

- a. British Gas Asia Pacific Pte. Ltd ("British Gas")
- b. Japan Petroleum Exploration ("Japex") dan
- c. PT Pasific Oil & Gas Indonesia ("POGI").

11. Dari tanggal 25 September 2006 sampai dengan tanggal 10 Oktober 2006, tim seleksi masing-masing Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III mengadakan evaluasi secara independen dan sendiri-sendiri atas proposal yang ada, sebagaimana diketahui, proposal dikirimkan kepada Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III secara terpisah.

12. Pada tanggal 11 Oktober 2006, tim seleksi masing-masing Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III melaporkan hasil evaluasi mereka kepada Direksi masing-masing. Pemohon Kasasi II merekomendasikan tiga perusahaan sebagai berikut:

- a. LNG Japan;
- b. Mitsubishi;
- c. Mitsui.

Hal. 187 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Sedangkan Pemohon Kasasi III merekomendasikan tiga perusahaan sebagai berikut:

- a. LNGEU/Osaka/Golar;
- b. Mitsubishi;
- c. Mitsui.

13. Dengan memperhatikan bahwa Mitsubishi dan Mitsui masuk dalam list rekomendasi Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III dengan memperhatikan usulan dan mempertimbangkan segala aspek kemampuan teknologi, komersial dan bisnis, Mitsubishi dan Mitsui masuk dalam shortlisted partners (mitra yang direkomendasi) Untuk memastikan proposal yang disampaikan shortlisted partners memberikan komitmen yang tinggi, maka Direksi Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III menginstruksikan kepada tim seleksi untuk meminta final and binding proposal kepada kedua mitra potensial tersebut.
14. Pada tanggal 19 Oktober 2006, diadakan rapat direksi Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III untuk mendengarkan laporan hasil masing-masing tim seleksi Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III. Tim seleksi keduanya mengusulkan additional clarification question (pertanyaan klarifikasi tambahan) kepada Mitsubishi dan Mitsui, mengingat proposal Mitsubishi dan Mitsui masih bersifat kualitatif sehingga perlu dikuantifikasi dan untuk memastikan komitmen mereka terhadap isi proposal mereka, yang semuanya ini dilakukan untuk memberikan jaminan dan kepastian atas proyek Donggi Senoro serta dengan tujuan memperoleh calon mitra yang bonafid.
15. Direksi Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III menyetujui usulan tim seleksi tersebut. Selanjutnya Request For Binding Proposal (Permintaan pernyataan bahwa proposal sebelumnya adalah proposal yang mengikat) disyaratkan demi melindungi Pemohon Kasasi II, Pemohon Kasasi III dan pemerintah terkait dengan Proyek Donggi-Senoro. Oleh sebab itu, Mitsui dan Mitsubishi diminta untuk memastikan komitmen mereka dengan adanya persyaratan binding proposal tersebut.
16. Shortlisted partner diminta untuk mengkuantifikasi, proposal yang memuat 2 (dua) hal yaitu: (a) partner to accept (apakah calon mitra menerima atau tidak) dan (b) partner to propose (calon mitra



memberikan usulan) terhadap item-item yang disebutkan di dalamnya. Setelah menerima proposal Mitsubishi dan Mitsui dalam tahap ini, tim seleksi menilai Mitsubishi menyampaikan binding proposal yang memberikan komitmen lebih baik dibandingkan Mitsui, sehingga proposal Mitsubishi dinilai sebagai proposal terbaik.

17. Sebaliknya, Mitsui dalam proposalnya membuat disclaimer (hal-hal yang membuat tidak bisa dituntut) bahwa proposalnya bersifat indikatif, informatif saja dan hanya berlaku untuk jangka waktu 6 (enam) bulan. Proposal Mitsui yang seperti ini jelas tidak memberikan perlindungan hukum kepada Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III sebagai pencari mitra usaha (membutuhkan partner usaha) yang nantinya akan menanggung resiko bersama dengan mitra terpilih tersebut.
18. Menimbang semua hal di atas yang jelas membuktikan bahwa proposal Mitsubishi adalah proposal terbaik dengan mempertimbangkan segi kemampuan teknologi, kemampuan financial dan cakupan Pemasaran, maka Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III akhirnya memilih Mitsubishi sebagai mitra terpilih.
19. Tiba-tiba saja tanpa diduga, pada tanggal 28 Agustus 2008, Termohon Kasasi (KPPU) memanggil pada pihak untuk hadir dalam proses klarifikasi serta lebih lanjut melakukan pemeriksaan berdasarkan laporan LNGEU yang melaporkan Mitsubishi terkait dengan dugaan pelanggaran Pasal 20 dan 21 UU No. 5 Tahun 1999. Pada tanggal 7 Januari 2009, Termohon Kasasi menghentikan pemeriksaannya dengan alasan laporan tidak lengkap dan tidak jelas berdasarkan informasi yang diperoleh dari media.
20. Secara tiba-tiba lagi Termohon Kasasi memulai lagi pemeriksaannya pada tanggal 29 Januari 2009 atas laporan LNGEU terhadap Mitsubishi terkait dugaan pelanggaran pasal 20, pasal 21 dan pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Terhadap pemeriksaan untuk kedua kalinya ini pun, Termohon Kasasi (KPPU) pada tanggal 9 Juni 2009 telah menghentikan kembali pemeriksaannya yang telah menyimpulkan sendiri bahwa laporan tidak lengkap dan tidak jelas.

Hal. 189 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



21. Secara sewenang-wenang dan tanpa berdasarkan kepastian hukum, atas inisiatifnya sendiri Termohon Kasasi (KPPU) pada tanggal 24 Juni 2010 memulai lagi pemeriksaannya untuk ketiga kalinya dengan tuduhan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tentang persekongkolan tender dan Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 tentang persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaing.
22. Dengan mengabaikan fakta-fakta yang terbukti, tanpa pertimbangan yang cukup dan tanpa memperdulikan tanggapan para terlapor (sekarang Pemohon Kasasi I, Pemohon Kasasi II, Pemohon Kasasi III dan Pemohon Kasasi IV), Termohon Kasasi (KPPU) menyatakan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dan mengenakan denda sebesar Rp10.000.000.000 (sepuluh miliar rupiah).
23. Sebenarnya, tanda-tanda bahwa Termohon Kasasi (KPPU) akan menghukum Pemohon Kasasi I, II, III dan IV sudah mulai terlihat sejak awal, yang ditandai dari kenyataan bahwa perkara ini diperiksa setelah 2 (dua) kali dihentikan sendiri oleh Termohon Kasasi. Pemohon Kasasi II dan para Pemohon kasasi lainnya sejak pemeriksaan awal hingga sekarang telah menegaskan berulang-ulang kali bahwa proses pemilihan calon mitra bukan merupakan proses tender dan tidak dapat disamakan dengan proses tender seperti yang terdapat dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Adapun perbedaan proses pemilihan calon mitra dengan tender sangat jelas yaitu proses pemilihan calon mitra diselenggarakan untuk menyeleksi calon mitra investor agar dapat mendirikan suatu perusahaan yang secara bersama-sama memiliki, mendanai dan berbagi resiko atas kegiatan usaha dari perusahaan yang nantinya akan didirikan bersama. Sangat jauh berbeda dengan ketentuan tender di mana tender hanya meliputi penawaran harga untuk memborong suatu pekerjaan, pengadaan atau penyediaan barang/jasa.
24. Tanpa memperdulikan alasan Para Pemohon Kasasi yang juga telah didukung oleh ahli-ahli persaingan usaha yang kredibel, Termohon Kasasi (KPPU) dengan sewenang-wenang menyatakan Para Pemohon Kasasi, termasuk Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dengan merujuk kata pengantar

Hal. 190 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



yang terdapat pada halaman 1 paragraf 2 buku asing yang diedit oleh Maarten Janssen pada tahun 2004 (Buku Maarten Janssen) secara keliru yang menyamakan proses seleksi mitra dengan proses tender. Perujukan tersebut keliru karena buku yang dirujuk oleh Termohon Kasasi (KPPU) adalah tentang lelang atas aset-aset pemerintah dan bukan membahas seleksi calon mitra investasi. Dari judulnya saja, yaitu "AUCTIONING PUBLIC ASSETS-ANALYSIS AND ALTERNATIVES" yang terjemahannya dalam Bahasa Indonesia adalah "LELANG ASET PUBLIK-ANALISA DAN ALTERNATIF" dan tidak berhubungan dengan seleksi calon mitra.

25. Oleh karena itu, sangat tidak tepat bila Termohon Kasasi (KPPU) mendasarkan putusannya berdasarkan Kata Pengantar (Introduction) buku tersebut. Berdasarkan hal di atas, terbukti bahwa dengan merujuk Buku Maarten Janssen, Termohon Kasasi telah memaksakan interpretasi proses seleksi calon mitra sebagai tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 padahal Buku Maarten Janssen itu sendiri tidak membahas masalah tender.
26. Sebagai bukti tak terbantahkan bahwa Proses Seleksi Calon Mitra Investor bahwa segera setelah ditunjuk sebagai mitra terpilih dalam seleksi tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006 (Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Pemohon Kasasi III membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG yang bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan mitra terpilih dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan bukti tak terbantahkan bahwa proses pemilihan mitra usaha ini bukan

Hal. 191 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



merupakan tender pengadaan barang dan jasa. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan *judex facti aquo* yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

27. Selain itu, setiap kali tahapan pemeriksaan berlanjut (mulai dari tahapan klarifikasi tahap pemeriksaan pendahuluan ke tahap pemeriksaan lanjutan, dan bahkan sampai sidang majelis), tuduhan-tuduhan Termohon Kasasi selalu berubah-ubah sehingga tidak jelas berdasarkan fakta apa yang sebenarnya dituduhkan. Terkesan Termohon Kasasi mencari-cari alasan dengan satu-satunya tujuan agar Pemohon Kasasi II dan Para Pemohon Kasasi lainnya dijatuhkan hukuman. Salah satu contoh dari banyak tuduhan Termohon Kasasi yang terus berubah adalah:

- Pada awalnya, Termohon Kasasi menyatakan bahwa proses seleksi tersebut hanya merupakan alibi untuk menyingkirkan LNGI, namun dalam Putusannya, Termohon Kasasi menyatakan proses seleksi tersebut diskriminasi, penilaian yang mengambang, persaingan semu dan tuduhan tidak berdasar lainnya namun tidak bertujuan untuk menyingkirkan LNGI.

28. Dalam proses pemeriksaan berkas (*inzage*) pun, di samping kesempatan waktu yang diberikan oleh Termohon Kasasi sangat sempit, Pemohon Kasasi II pun hanya diizinkan untuk memeriksa berkas yang diajukan oleh Pemohon Kasasi II sendiri dan berita acara pemeriksaan lainnya, padahal untuk kepentingan pembelaan, Pemohon Kasasi II perlu mengetahui isi berkas atau bukti lain yang diajukan oleh para Terlapor lain (Para Pemohon Kasasi lain).

II. INTI PUTUSAN MAJELIS JUDEX FACTI :
MAJELIS HAKIM JUDEX FACTI TELAH GAGAL MENJALANKAN KEWAJIBAN HUKUMNYA KARENA MEMBERIKAN PERTIMBANGAN-PERTIMBANGAN YANG TERAMAT MINIM SEKALIGUS MELAMPAUI KEWENANGAN YANG DIBERIKAN UNDANG-UNDANG DALAM PEMERIKSAAN PERKARA KEBERATAN

1. Majelis Hakim Agung yang Bijaksana dan Terhormat, untuk melihat kegagalan Majelis *Judex Facti* dalam melaksanakan

Hal. 192 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



tugasnya, sekaligus membuktikan bahwa Majelis Judex Facti telah bertindak melampaui kewenangannya, maka berikut Pemohon Kasasi II sampaikan pertimbangan-pertimbangan Majelis Judex Facti:

"Menimbang bahwa oleh karena tidak terdapat hal-hal yang baru dalam perkara ini untuk dipertimbangkan oleh Majelis Hakim serta kembali tentang pertimbangan hukum Termohon Keberatan yang menguraikan tentang unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 serta unsur yang terkandung dalam Pasal 23 UU No. 5/1999, selanjutnya Majelis Hakim akan mencermati hal tersebut, apakah pertimbangan hukum yang diberikan oleh Termohon Keberatan tersebut telah tepat dan benar serta memenuhi ketentuan hukum yang berlaku atau tidak..."

(Vide: Paragraf 2 Halaman 274 Putusan PN No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST)

"Menimbang bahwa setelah Majelis Hakim mencermati tentang keberatan para Pemohon Keberatan terhadap materi perkara, Majelis Hakim berpendapat bahwa dalil-dalil yang diutarakan oleh para Pemohon Keberatan tersebut sesungguhnya telah dipertimbangkan oleh Termohon Keberatan pada Putusan No. 35/KPPU-I/2010 dan oleh karena terhadap dalil-dalil keberatan para Pemohon Keberatan tersebut tidak ada hal-hal yang baru dan perlu dipertimbangkan oleh Majelis Hakim, maka dalil-dalil keberatan Pemohon Keberatan dimaksud tidak perlu lagi untuk dipertimbangkan lebih lanjut..."

(Vide: Paragraf 6 Halaman 274 Putusan PN No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST)

"...Menimbang bahwa dengan memperhatikan seluruh pertimbangan hukum yang diberikan oleh Termohon Keberatan dalam Putusannya dan juga uraian dalil-dalil memori penjelasan atas keberatan putusan KPPU No.35/KPPU-I/2010 yang diajukan oleh Termohon Keberatan, Majelis Hakim pada akhirnya berkesimpulan bahwa pertimbangan hukum yang dibuat oleh Termohon Keberatan tersebut telah tepat dan benar, sehingga untuk selanjutnya guna mempersingkat uraian putusan ini maka seluruh pertimbangan hukum Termohon Keberatan tersebut



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

diambil alih oleh Majelis Hakim guna menguatkan Putusan Termohon Keberatan...”

(Vide: Paragraf 1 Halaman 275 Putusan PN No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST)

2. Inti dari Pertimbangan Hukum Judex Facti dalam perkara aquo adalah sebagai berikut:
 - a. Tidak terdapat hal-hal yang baru dalam perkara ini untuk dipertimbangkan oleh Majelis Hakim.
 - b. Dalil-dalil yang disampaikan oleh para Pemohon Keberatan tersebut sesungguhnya telah dipertimbangkan oleh KPPU sehingga tidak perlu lagi untuk dipertimbangkan lebih lanjut.
 - c. Pertimbangan hukum yang dibuat oleh KPPU telah tepat dan benar, sehingga seluruh pertimbangan hukum Termohon Keberatan tersebut diambil alih oleh Majelis Hakim guna menguatkan Putusan Termohon Keberatan.
3. Majelis Hakim Agung Yang Bijaksana dan Terhormat, berdasarkan Pasal 44 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 jo PERMA No. 3 Tahun 2005, Pelaku usaha yang tidak menerima putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (“KPPU”) dapat mengajukan upaya keberatan ke Pengadilan Negeri (PN).
4. Sangat disayangkan, dalam putusannya, Judex Facti telah melalaikan kewajibannya tersebut. Hampir tidak ada upaya dari Majelis Judex Facti untuk memeriksa perkara aquo dengan sungguh-sungguh. Hal ini terlihat dari pertimbangan hukum yang teramat minim dari putusan Judex Facti, sekedar “mengambil alih” putusan KPPU dengan alasan yang sangat tidak berdasar, yakni “tidak terdapat hal-hal baru”.
5. Tugas Pengadilan Negeri dalam memeriksa masalah keberatan adalah menilai kembali putusan KPPU, dengan mempertimbangkan fakta dan penerapan hukumnya. Kedudukan PN dalam hal ini menyerupai Pengadilan Tinggi (PT) dalam menangani masalah banding yang memeriksa kembali perkara dari awal baik mengenai fakta maupun penerapan hukumnya. Dengan demikian, Majelis Judex Facti dibebani kewajiban untuk memeriksa putusan KPPU dengan secermat-cermatnya, dengan memperhatikan seluruh fakta dan penerapan hukumnya.

Hal. 194 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



6. Mengingat upaya hukum 'keberatan' sebangun dan sebanding dengan tingkat 'banding' dalam perkara perdata umum, maka hal-hal yang seharusnya diperiksa dan diteliti oleh Majelis Judex Facti dalam pemeriksaan keberatan terhadap putusan KPPU, sebagaimana yang diterangkan oleh Mantan Hakim Agung Yahya Harahap (Dalam bukunya "Kekuasaan Pengadilan Tinggi dan Proses Pemeriksaan Perkara Perdata Dalam Tingkat Banding, Penerbit Sinar Grafika, halaman 115-153) antara lain:

a. Memeriksa penerapan syarat formil

Sudah tepatkah pertimbangan dan pendapat KPPU sehubungan dengan aspek formil yang dikemukakan Pemohon KEBERATAN?

b. Memeriksa dengan seksama penerapan hukum pembuktian dalam putusan.

Pada dasarnya, jiwa dan ketepatan putusan yang dijatuhkan sangat tergantung pada penegakkan sistem hukum pembuktian yang digariskan undang-undang. Sehubungan dengan itu, terdapat banyak prinsip pokok hukum pembuktian yang mesti diteliti Pengadilan Negeri dalam tingkat keberatan atas putusan KPPU, seperti misalnya:

1) Penelitian penegakkan prinsip batas minimal pembuktian.

Menurut hukum pembuktian harus dipenuhi batas minimal pembuktian. Majelis Judex Facti seharusnya perlu mengingat, batas minimal pembuktian yang melekat pada setiap alat bukti adalah berbeda. Hal ini disebabkan faktor nilai kekuatan pembuktian yang dilekatkan undang-undang pada setiap alat bukti.

2) Memeriksa sejauh mana saling keterkaitan antara alat bukti yang satu dengan yang lainnya.

3) Meneliti dan menilai ketepatan penerapan hukum materiil.

Majelis Judex Facti seharusnya memeriksa dan menilai, apakah hukum materiil yang diterapkan dalam putusan KPPU yang bersangkutan benar-benar sesuai dengan materi pokok perkara.

c. Memeriksa Memori Keberatan Pemohon Keberatan.

Salah satu objek sasaran pemeriksaan dalam tingkat keberatan adalah MEMORI KEBERATAN yang berkaitan langsung dengan

Hal. 195 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



pemeriksaan dan penilaian terhadap putusan KPPU. Berbagai keberatan itulah yang harus dibaca dan dipahami lebih dahulu oleh Majelis Judex Facti. Fakta-fakta yang diajukan oleh Pemohon Keberatan harus diperiksa apakah fakta tersebut benar sedangkan yang disebut dalam putusan adalah fakta yang salah dan keliru.

7. Dari pertimbangan putusan yang tidak mempertimbangkan hal-hal tersebut di atas, alih-alih malah hanya menyebutkan dalam pertimbangannya bahwa dalam proses keberatan “tidak terdapat hal-hal baru”, sudah lebih dari cukup untuk membuktikan kegagalan Majelis Judex Facti telah dalam memeriksa dan mengadili perkara keberatan aquo.
8. Entah apa yang dimaksudkan Majelis Judex Facti dengan “tidak terdapat hal-hal baru”? Apakah Majelis Judex Facti hendak mempersamakan “tidak ada hal-hal baru” dengan “novum” (sebagaimana yang menjadi salah satu dasar alasan pengajuan upaya hukum luar biasa Peninjauan Kembali)?
9. Kalau itu yang dimaksudkan oleh Majelis Judex Facti, bahwa dalam setiap proses keberatan Pemohon KEBERATAN harus menyampaikan NOVUM yang dalam The Legal Lexicon Nederlands-English didefinisikan sebagai “fresh fact, new point of law”, maka Majelis Hakim Judex Facti telah bertindak bukan saja telah gagal melaksanakan kewajibannya, namun juga telah melampaui batas kewenangannya sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Mahkamah Agung serta Undang-Undang No. 20 Tahun 1947 tentang Peradilan Ulangan. Sebab pemeriksaan permohonan peninjauan kembali merupakan wewenang Mahkamah Agung sesuai dengan Pasal 70 UU Mahkamah Agung.
10. SOEDIRJO, S.H. (dalam bukunya berjudul Kasasi Dalam Perkara Perdata, Penerbit Akademika Pressindo, Edisi Pertama Tahun 1983, halaman 46) telah mengemukakan Pendapat Ahli Hukum yang bernama VEEGENS tentang pengertian “Melampaui Batas Wewenang”. Berikut adalah kutipan Pendapat Ahli Hukum tersebut:

“Menurut Veegens arti perkataan “Melampaui Kekuasaan Mengadili” dalam arti sempit terdapat, apabila hakim bergerak di lapangan kekuasaan legislative dan eksekutif. Pengertian

Hal. 196 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



demikian sudah dikenal sejak zaman Ancien Regime. “Melampaui Kekuasaan Mengadili” dalam arti luas terdapat dalam segala hal, di mana hakim bergerak di luar batas-batas yang diberikan oleh undang-undang kepada hakim pada umumnya.”

11. Adapun Doktrin Hukum yang dikemukakan tersebut adalah sejalan dengan perkembangan praktek peradilan di Indonesia yang mengartikan “Melampaui Batas Wewenang” sebagai suatu perbuatan hakim yang berada di luar batas kewenangan yang diberikan oleh undang-undang kepada hakim tersebut. Sehubungan dengan perkara aquo, maka perlu dipahami dengan jelas mengenai batas kewenangan yang diberikan oleh undang-undang kepada hakim.

III. INTISARI PERTIMBANGAN HUKUM KPPU 9Termohon Kasasi YANG SEWENANG-WENANG DAN SALAH MENURUT HUKUM YANG KEMUDIAN DIAMBIL ALIH OLEH MAJELIS HAKIM JUDEX FACTI TANPA MEMERIKSA PERTIMBANGAN HUKUM YANG CUKUP

1. Majelis Judex Facti dalam putusannya yang menguatkan putusan KPPU No. 35/KPPU/I/2010 (“Putusan KPPU”) menjatuhkan putusan dengan pertimbangan yang hanya sekedar ‘mengambil alih’ pertimbangan KPPU. Berikut kutipannya:
“...Menimbang bahwa dengan memperhatikan seluruh pertimbangan hukum yang diberikan oleh Termohon Keberatan dalam Putusannya dan juga uraian dalil-dalil memori penjelasan atas keberatan keputusan KPPU No.35/KPPU-I/2010 yang diajukan oleh Termohon Keberatan, Majelis Hakim pada akhirnya berkesimpulan bahwa pertimbangan hukum yang dibuat oleh Termohon Keberatan tersebut telah tepat dan benar, sehingga untuk selanjutnya guna mempersingkat uraian putusan ini maka seluruh pertimbangan hukum Termohon Keberatan tersebut diambil alih oleh Majelis Hakim guna menguatkan Putusan Termohon Keberatan...”
(Vide: Paragraf 1 Halaman 275 Putusan PN No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST)
2. Bahwa pertimbangan hukum Judex Facti tidak disertai dengan pertimbangan hukum yang cukup dan seimbang serta alasan-

Hal. 197 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



alasan yang jelas (onvoldoende gemotiveerd) sebagaimana dikehendaki oleh Undang-undang, sehingga putusan aquo dapat dipandang sebagai suatu kelalaian dalam beracara (vormverzuim). Hal ini sesuai dengan Surat Edaran Mahkamah Agung R.I. tanggal 25 Nopember 1974 No. M.A./Pemb.1154/74 yang menyatakan sebagai berikut:

“Putusan yang tidak disertai oleh pertimbangan atau alasan yang jelas dikehendaki oleh undang-undang dapat menimbulkan suatu kelalaian dalam acara (vormverzuim).”

“Dengan tidak/kurang memberikan pertimbangan/alasan bahkan apabila alasan-alasan itu kurang jelas dan sukar dapat dimengerti maupun bertentangan satu sama lain, maka hal demikian dapat dipandang sebagai suatu kelalaian dalam acara (vormverzuim) yang dapat mengakibatkan batalnya suatu putusan.”

3. Untuk memudahkan Majelis Hakim Agung, Pemohon Kasasi II akan menyampaikan ringkasan dari pertimbangan hukum sewenang-wenang dan salah menurut hukum yang disampaikan dalam putusan No. 35/KPPU-I/2010 sejauh yang terkait atau relevan dengan Pemohon Kasasi II.
4. Inti dari putusan KPPU adalah telah terjadi pelanggaran Pasal 22, sebagai berikut:
 - a. Beauty Contest yang diadakan oleh Pertamina dan Medco memiliki tujuan menciptakan “competition for market” (“persaingan untuk pasar”) dan dengan demikian merupakan suatu bentuk tender dalam arti yang dimaksudkan dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 (Vide: Putusan KPPU, halaman 213-217);
 - b. Beauty Contest dilakukan dengan cara yang diskriminatif karena tidak semua peserta Beauty Contest diberikan kesempatan yang sama untuk membahas hal-hal terkait dengan Proyek Donggi Senoro sebelum dan selama Beauty Contest berlangsung (Vide: Putusan KPPU halaman 217-221);
 - c. Beauty Contest dirancang untuk memenangkan pihak tertentu, yakni Mitsubishi Corporation guna membantu bisnis LNG PT Pertamina (Vide: Putusan KPPU halaman 221-224);
 - d. Bahwa pengaturan dan penentuan pemenang beauty contest melalui tindakan-tindakan yang bersifat diskriminatif untuk

Hal. 198 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



memenangkan Mitsubishi Corporation merupakan perbuatan melawan hukum atau menghambat persaingan usaha sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 (Vide: Putusan KPPU halaman 236-239).

IV. MAJELIS JUDEX FACTI TELAH LALAI MEMENUHI SYARAT-SYARAT YANG DIWAJIBKAN OLEH PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN : “MAJELIS JUDEX FACTI DAN KPPU TELAH TIDAK MENERAPKAN PRINSIP PERADILAN YANG ADIL 9DUE PROCESS OF LAW) DALAM PEMERIKSAANNYA”

1. Mengingat bahwa Majelis Judex Facti telah gagal dalam menjalankan kewajibannya maka sebagai konsekuensi negatifnya, Majelis Judex Facti tidak memberikan pertimbangan yang berkaitan dengan salah satu alasan keberatan yang disampaikan Pemohon Kasasi II, yakni ‘KPPU telah tidak menjalankan hukum acara dalam proses pemeriksaannya’.
2. Hal yang belum dipertimbangkan oleh Majelis Judex Facti tersebut merupakan salah satu alasan kasasi yang dibenarkan undang-undang yang diatur dalam Pasal 30 ayat (1) huruf c UU Mahkamah Agung adalah putusan judex facti lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan undang-undang atau putusan tersebut tidak memenuhi persyaratan yang ditentukan peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu membatalkan putusan.
3. Yahya Harahap, Mantan Hakim Agung Republik Indonesia menyampaikan bahwa pada dasarnya alasan kasasi ini berkenaan dengan aspek atau kelalaian terhadap syarat formil tata tertib beracara. Dapat juga dikatakan kelalaian atau pelanggaran terhadap hukum acara.
4. Putusan yang diambil dengan melanggar prinsip proses peradilan yang benar dan layak mengakibatkan putusan yang diambil menjadi batal demi hukum. Hal ini juga telah diterapkan oleh Mahkamah Agung terkait inzage, dalam putusan No. 209K/TUN/2004 tanggal 14 Oktober 2004 yang mengadili:
“...Bahwa tidak adanya kesempatan inzage tersebut bertentangan dan melanggar ketentuan hukum acara, sebagaimana yang diharuskan menurut Pasal 126 ayat (1) UU 5/1986 tentang Peradilan TUN, sebab kesempatan inzage merupakan ketentuan prosedural yang menjamin bahwa berkas

Hal. 199 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



pekara yang akan dikirim ke pengadilan Tinggi sudah benar memuat semua dokumen yang releban bagi kepentingan pembelaan kedua belah pihak masing-masing secara adil (fair). Bahwa dengan adanya kesalahan dalam penerapan hukum tersebut di atas, yang merupakan alasan untuk diterimanya permohonan kasasi, maka putusan Pengadilan Tinggi harus dibatalkan dan Mahkamah Agung mengadili sendiri perkara aquo berdasarkan pertimbangan di bawah ini...”

IV.A. MAJELIS JUDEX FACTI TELAH MENGABAIKAN HAK Pemohon Kasasi UNTUK MENGHINDARI AHLI HUKUM PERSAINGAN USAHA INDONESIA

1. Pemohon Kasasi II (Pertamina) melalui surat No.242/M00000/2010-S0 tanggal 04 Oktober 2010 dan surat No.289/M00000/2010-S0 tanggal 10 November 2010 perihal Keterangan Ahli menyampaikan bahwa:
 - a. Pertamina akan menggunakan pendapat hukum dari Prof. Erman Radjagukguk, S.H., LL.M., Ph.D;
 - b. Pertamina akan menyampaikan pendapat hukum tertulis yang telah disiapkan Prof. Erman Radjagukguk, S.H., LL.M., Ph.D;
 - c. Pertamina juga meminta kepada KPPU untuk memanggil Prof. Erman Radjagukguk, S.H., LL.M., Ph.D, sebelum tanggal 3-16 November atau setelah tanggal 17 November 2010, mengingat beliau menunaikan ibadah haji.
2. KPPU melalui surat panggilan No.1476/KPPU/TP-PPL/XI/2010 tanggal 8 November 2010 meminta Pemohon Kasasi II hadir dalam pemeriksaan tanggal 15 November 2010 dan panggilan tersebut, Pemohon Kasasi II diberikan kesempatan untuk mengajukan ahli.
3. Pada tanggal 15 November 2010, Pemohon Kasasi hadir dalam pemeriksaan tersebut dan meminta agar pemeriksaan terhadap Prof. Erman Radjagukguk, S.H., LL.M., Ph.D dijadwalkan ulang (pemanggilan kembali) karena beliau masih melaksanakan ibadah haji. Majelis KPPU saat itu berpendapat hal tersebut tidaklah dimungkinkan.
4. Sampai jangka waktu perpanjangan pemeriksaan lanjutan berakhir (tanggal 24 November 2010) hingga penjatuhan putusan, KPPU tetap tidak melakukan penjadwalan ulang berupa pemanggilan

Hal. 200 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



kembali untuk pemeriksaan ahli Pemohon Kasasi II. Hal ini mengakibatkan, keterangan ahli yang akan diajukan oleh Pemohon Kasasi II tidak dapat didengarkan. Hal ini tentu saja sangat merugikan kepentingan hukum Pemohon Kasasi II.

5. Dalam pemeriksaan di tingkat keberatan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Majelis Judex Facti juga gagal untuk melaksanakan proses peradilan yang layak, patut dan benar, terkait pemeriksaan ahli.
6. Majelis Judex Facti mengeluarkan sebuah Putusan Sela (Putusan Sela No.34/KPPU/2011/PN.JKT.PST tanggal 24 Agustus 2011) untuk memerintahkan KPPU untuk melakukan pemeriksaan tambahan untuk mendengar, antara lain, Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M., Ph.D.
7. Kemudian, selama pertemuan dengan para ahli, KPPU menyampaikan bahwa tidak dapat mendengar para ahli (berdasarkan perintah sebagaimana yang tertuang dalam Putusan Sela No. 34/KPPU/2011/PN.JKT.PST tanggal 24 Agustus 2011) oleh karena Pemohon Kasasi II tidak memberikan daftar pertanyaan yang seharusnya ditanyakan kepada para ahli.
8. Pasal 6 ayat (1) dan (2) Peraturan Mahkamah Agung No. 3 Tahun 2005 tentang Prosedur Keberatan Terhadap Keputusan KPPU menyatakan sebagai berikut:
 - “1. Dalam hal Majelis Hakim berpendapat perlu pemeriksaan tambahan, maka melalui putusan sela memerintahkan kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan;
 2. Perintah sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) memuat hal-hal yang harus diperiksa dengan alasan-alasan yang jelas dan jangka waktu pemeriksaan tambahan yang diperlukan.”
9. Dari Pasal tersebut di atas, dapat dipahami dengan sangat jelas bahwa tujuan mengadakan pemeriksaan tambahan adalah untuk membantu Majelis Judex Facti memeriksa, mengadili dan memutus perkara aquo. Oleh karena itu, pengabaian pemeriksaan ahli ini mengakibatkan Majelis Judex Factie telah gagal untuk menjalankan tugasnya sebagai pengadil yang wajib memeriksa perkara dengan menghormati hukum acara yang berlaku.

IV.B. PERMOHONAN PEMERIKSAAN AHLI

Hal. 201 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



10. Berdasarkan ketentuan Pasal 50 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung jo. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung jo. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Mahkamah Agung (UU Mahkamah Agung) dapat melakukan sebuah pemeriksaan terhadap para saksi dan bukti. Pasal 50 UU Mahkamah Agung dengan tegas menyatakan sebagai berikut:
"Pemeriksaan kasasi dilakukan oleh Mahkamah Agung, berdasarkan surat-surat dan hanya jika dipandang perlu Mahkamah Agung mendengar sendiri para pihak dan para saksi, atau memerintahkan Pengadilan Tingkat Pertama atau Pengadilan Tingkat Banding yang memutus perkara tersebut mendengar para pihak atau para saksi."
11. Sesuai dengan ketentuan di atas, Pemohon Kasasi II dengan ini meminta Majelis Hakim Agung Yang Mulia dan Bijaksana untuk melakukan pemeriksaan terhadap ahli yang dihadirkan oleh Pemohon Kasasi II, yakni Prof. Erman Rajaguguk, S.H., LL.M., Ph.D. (Daftar pertanyaannya telah Pemohon Kasasi II siapkan di dalam Lampiran-3)

V. RUMUSAN "BEAUTY CONTEST" TIAK DIKENAL DALAM REZIM HUKUM PERSAINGAN USAHA ATAU HUKUM POSITIF INDONESIA MAKA PENDEFINISIANNYA SANGAT BERSIFAT SUBJEKTIF, SEHINGGA BERDASARKAN PRINSIP LEGALITAS TIDAK DAPAT DIPERGUNAKAN SEBAGAI DASAR PENGHUKUMAN

1. Majelis Hakim Agung yang Terhormat dan Bijaksana, perlu ditegaskan bahwa Pemohon Kasasi II bersama-sama dengan pelaku usaha lainnya tidak pernah melakukan suatu kegiatan yang biasanya disebut dengan nama "Beauty Contest". Pemohon Kasasi II hanya melakukan seleksi calon mitra bisnis terkait Proyek LNG Donggi-Senoro. Lagipula perlu diingat, TIDAK ADA KEWAJIBAN HUKUM bagi Pemohon Kasasi II dan Medco untuk melakukan seleksi, sebab sesungguhnya tanpa seleksi pun Pemohon Kasasi II bisa langsung menunjuk pihak lain untuk dijadikan mitra.

Hal. 202 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



2. Proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III merupakan salah satu strategi bisnis untuk mencari calon mitra yang kelak secara bersama-sama menanggung resiko bisnis baik berupa kegagalan dan keberhasilan Proyek LNG-Donggi Senoro. Skema yang diadopsi adalah Pemohon Kasasi II dan Medco secara bersama-sama dengan mitra terpilih akan menjadi pemegang saham pada perusahaan baru yang akan dibentuk tersebut. Dengan demikian, calon mitra yang akan terpilih tersebut merupakan mitra yang bonafid yang mampu berkontribusi secara maksimal dalam mewujudkan keberhasilan pekerjaan tersebut.
3. Jikalau kita memeriksa UU No. 5 Tahun 1999 maka akan terdapat banyak rumusan perbuatan (Misalnya: Kartel, (Pasal 11), Penetapan Harga (Pasal 5), Trust (Pasal 12), dan lain sebagainya)) beserta sanksinya yang dimaksud untuk menunjukkan perbuatan-perbuatan mana yang dilarang dan tidak boleh dilakukan. Anehnya, dari 52 Pasal yang terdapat di dalam UU No. 5 Tahun 1999 dan seluruh peraturan perundang-undangan lain (nomenklatur), TIDAK PERNAH DITEMUKAN rumusan perbuatan, "istilah", "tema", "kualifikasi", "frase" atau "kategorisasi" bernama "BEAUTY CONTEST".
4. KPPU (Termohon Kasasi) juga sama sekali tidak pernah membayangkan apa yang dimaksud sebagai 'kegiatan yang disebut sebagai 'Beauty Contest'. Hal ini dapat dibuktikan karena di dalam Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender, pun tidak merumuskan, menjelaskan atau mendefinisikan sebuah gambaran tindakan yang dapat disebut sebagai beauty contest terlarang yang merupakan bagian dari perbuatan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.
5. Pendapat senada juga telah dikemukakan oleh Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M., Ph.D., dalam pendapat hukumnya tertanggal 28 September 2011, yakni:
"Istilah beauty contest tidak terdapat dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Istilah ini berasal dari kepustakaan Hukum Persaingan di luar negeri. Beauty Contest tidak sama dengan

Hal. 203 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



pemilihan mitra untuk mendapatkan calon partner guna mengembangkan suatu proyek. Pemilihan mitra tidak sama dengan tender pengadaan barang/jasa.

Pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk mengembangkan suatu proyek, bukan mengenai pelaksanaan pengadaan barang/jasa. Dalam konteks ini PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk., mencari partner usaha yang akan menanamkan investasi, mempunyai kemampuan teknologi, mempunyai akses terhadap pasar internasional (dalam konteks penjualan gas), dan calon partner akan menanggung risiko kerugian usaha. PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk tidak mencari supplier atau pemasok barang dan jasa.”

6. Lalu apa yang dimaksud dengan “Beauty Contest”? Marilah kita merujuk ke beberapa kamus untuk membantu kita memahaminya. Untuk lebih objektif, agar bisa diakses oleh siapapun, sengaja Pemohon Kasasi II mengutipkannya dari Kamus Online, yang bisa diakses secara mudah dari internet, kapan saja dan di mana saja serta oleh siapa saja.

a. Beauty contest (noun/kata benda)

1. a competition in which the participants, usually women, are judged on their attractiveness, with a prize, and often a title, awarded to the winner
2. Informal any contest decided on the basis of superficial attractiveness, popularity, etc the referendum might turn into a party political beauty contest

(Sumber: <http://www.thefreedictionary.com/beauty+contest>)

Terjemahan:

1. sebuah pertandingan di mana para peserta, biasanya wanita, dinilai dari penampilan mereka, dengan dihargai dengan sebuah hadiah dan gelar kepada pemenangnya;
2. Informal: kompetisi yang ditentukan dari penampilan luar, kepopuleran, dan lain-lain, contoh: referendum tersebut dapat menjadi kontes kecantikan suatu partai politik.

b. Beauty contest (noun/kata benda)

1. a competition in which the entrants, usually women, are judged as to physical beauty and sometimes personality and



talent, with the winners awarded prizes or titles.

2. Informal any contest, election, etc., that is decided on the basis of popularity.

(Sumber: <http://dictionary.reference.com/browse/beauty+contest>)

Terjemahan:

1. sebuah pertandingan di mana para peserta, yang biasanya wanita, dinilai dari penampilan fisik dan terkadang kepribadian dan bakat di mana pemenangnya diberikan hadiah atau gelar.
 2. Informal: sebuah kontes, pemilihan, dan lain-lain yang ditentukan berdasarkan popularitas.
- c. Beauty contest (noun/kata benda)

“a competition in which young women are judged to decide which one is the most beautiful.”

(Sumber:

<http://dictionary.reverso.net/englishcobuild/beauty%20contest>)

Terjemahan:

Sebuah pertandingan di mana para wanita muda dinilai untuk menentukan siapa yang paling cantik.

- d. Beauty contest

1. situation where competing firms try to attract business
2. a situation in which several organizations in turn compete in order to persuade another organization to use their services.

(Sumber: <http://www.qfinance.com/dictionary/beauty-contest>)

Terjemahan:

1. situasi di mana firma-firma berkompetisi untuk mencoba menarik bisnis
2. situasi di mana beberapa organisasi secara bergilir berkompetisi untuk membujuk organisasi lain menggunakan jasa-jasa mereka.

7. Dengan definisi yang berbeda-beda tersebut, maka DAPAT DIPASTIKAN bahwa ruang lingkup “BEAUTY CONTEST” sangat tergantung pada kondisi atau keadaan-keadaan tertentu menurut perspektif Subjek Pendefinisi. Oleh karena pendefinisian “Beauty Contest” sangat bersifat subjektif, maka TIDAK AKAN PERNAH ADA PARAMETER YANG JELAS DAN TEPAT yang dapat

Hal. 205 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

dipergunakan untuk menentukan suatu perbuatan seperti apa yang merupakan ruang lingkup dari terminology “Beauty Contest”, apalagi jika ditinjau dari konteks hukum persaingan usaha Indonesia.

8. Tanpa dasar hukum positif yang secara jelas menentukan parameternya, maka sampai kapanpun apa yang disebut sebagai ‘beauty contest’ terlarang menurut Hukum Persaingan Usaha Indonesia tidak akan pernah ada. Sebagai konsekuensinya, sesuai dengan tradisi Civil Law System, maka tidak mungkin ada penghukuman terhadap sebuah perbuatan yang disebut sebagai ‘beauty contest’ terlarang. Terlebih lagi terhadap Pemohon Kasasi II yang TIDAK PERNAH MELAKUKAN KEGIATAN ‘BEAUTY CONTEST’ sebagaimana yang dimaksudkan oleh KPPU.
9. Prof. Mochtar Kusumaatmadja berpendapat bahwa sumber utama kaidah hukum di Indonesia yang terpengaruh oleh tradisi civil law system adalah peraturan perundang-undangan, bukan putusan hakim (judge made law) sebagaimana dalam tradisi common law system (Lihat tulisan H.Syarif Mappiasse, Hakim Tinggi berjudul Pengembangan Hukum Teoretis di Indonesia (Dalam Kajian Teori Dan Praktik Pengadilan)). Begitu pula dengan Prof. Erman Radjagukguk yang menyebutkan bahwa sumber hukum dalam sistem Civil Law adalah peraturan perundang-undangan (Dalam diktat kuliah berjudul Filsafat Hukum (Ekonomi) halaman 2). Selanjutnya Prof. Philipus M. Hadjon juga menjelaskan: Pembentukan hukum Civil law dilakukan melalui undang-undang dan kodifikasi sedangkan Common law melalui Preseden (Judge made law) (Sebagaimana yang dikutip dari Hadjon, Philipus M, “Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia, Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan pembentukan peradilan Administrasi, Surabaya, Bina Ilmu, 1987, hlm. 72)
10. Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya berjudul “Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender” di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, paragraf 10 (Lampiran 10) juga menyatakan:

Hal. 206 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



“...Sistem hukum Indonesia jelas tidak menganut binding precedent dan lebih mengutamakan perundang-undangan sebagai sumber hukum sebagaimana sumber tertib hukum dalam UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dengan perubahannya UU No. 12 Tahun 2011...”

11. Lebih lanjut, Majelis Hakim Agung yang Terhormat tentu sangat memahami bahwa sebagai konsekuensi dari pengaruh ‘civil law’ tersebut, maka sistem hukum Indonesia kemudian menganut asas legalitas. Ada empat aspek asas legalitas yang diterapkan secara ketat, yaitu: Peraturan perundang-undangan untuk menghukum harus bersifat tertulis (written law), tidak boleh retroaktif (non retroactivity), dirumuskan dengan jelas dan terang (lex certa), dan melarang penafsiran secara analogi (kiyas).
12. Hal tersebut juga sesuai dengan semangat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang juga secara tegas menganut asas legalitas sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 28 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia.
13. Sebagai konsekuensi logis dari dianutnya Asas Legalitas, maka tindakan menghukum harus didasarkan pada seluruh peraturan perundang-undangan, dengan kata lain berdasarkan hukum yang tertulis. Ketentuan peraturan perundang-undangan tertulis yang merumuskan suatu tindakan juga tidak boleh diberlakukan secara surut (retroaktif). Pemberlakuan secara surut merupakan suatu kesewenang-wenangan. Selanjutnya tindakan-tindakan yang dilarang menurut hukum tertulis tersebut harus didefinisikan dengan jelas sehingga tidak ada perumusan yang ambigu mengenai perbuatan yang dilarang dan diberikan sanksi. Perumusan yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum.

V.A. INTERPRESTASI “SELEKSI CALON MITRA INVESTOR” SEBAGAI “BEAUTY CONTEST” YANG MERUPAKAN BAGIAN DARI “TENDER” SEBAGAIMANA YANG DIATUR DALAM PASAL 22 UU NO. 5 TAHUN 1999, DIPEROLEH KPPU DENGAN CARA YANG DIPAKSAKAN DENGAN CARA “MENKANIBALISASI” LITERATUR ASING (TULISAN MAARTEN JANSSEN) YANG TIDAK SECARA KHUSUS MEMBICARAKAN MENGENAI HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

Hal. 207 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



14. Dalam Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender, tidak pernah ada gambaran yang menyebutkan perbuatan seperti apa yang dapat dikategorikan sebagai “beauty contest” yang termasuk dalam ruang lingkup Tender Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.
15. Mengingat TIDAK PERNAH ADA ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999 hingga Peraturan yang dibuat sendiri oleh KPPU yang mengatur mengenai “Beauty Contest”, maka KPPU kemudian dengan itikad buruk sengaja mencari jalan keluar untuk memaksakan kehendaknya dengan cara sengaja “mengkanibalisasi” Buku Maarten Janssen.
16. KPPU dalam putusannya di halaman 212-215 butir 3.5 angka 1 hingga 10 telah dengan sengaja salah menyimpulkan bahwa kegiatan yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II merupakan tindakan Tender sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, berdasarkan tulisan Maarten Janssen (yang oleh KPPU sengaja tidak secara jelas disebutkan buku yang mana). Berikut petikannya:

“Bahwa dalam lelang, biasanya peserta menawarkan satu atau lebih penawaran harga dan penawar dengan harga tertinggi yang memenangkan lelang. Sedangkan dalam beauty contest, biasanya peserta menawarkan rencana bagaimana perusahaan akan menggunakan aset tersebut di kemudian hari dan menyediakan credentials untuk menunjukkan rencana tersebut dapat dipercaya (Maarten Janssen (Ed), 2004). Proses penilaian beauty contest, dilakukan berdasarkan criteria yang telah ditetapkan terlebih dahulu, misalnya keahlian teknis, kemampuan keuangan, dan cakupan jaringan (OECD Policy Brief, Mei 2007). Namun bukan berarti penawaran harga selalu absen dalam proses beauty contest, penawaran harga dapat menjadi salah satu elemen penilaian dalam proses beauty contest (Maarten Janssen (Ed), 2004)...”

(Vide: Halaman 216 angka (7), Putusan KPPU)
17. Padahal Buku Maarten Janssen yang ternyata diketahui berjudul “Auctioning Public Asset-Analysis and Alternatives, Ed 2004” (Terjemahan: “Lelang Aset Publik-Analisa dan Alternatif, Edisi 2004”), yang digadang-gadang oleh KPPU tersebut sangat tidak

Hal. 208 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



tepat untuk dijadikan parameter dalam menyimpulkan bahwa proses seleksi calon mitra investor yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II merupakan kategori 'Beauty Contest' yang merupakan bagian dari definisi perbuatan atau perilaku sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

18. Meskipun hukum persaingan usaha juga dikenal di negara lain, namun tidak otomatis literatur hukum persaingan usaha negara lain tersebut dapat digunakan untuk kepentingan penafsiran hukum persaingan usaha Indonesia, karena masing-masing negara memiliki karakteristik yang berbeda-beda. Tidak ada satu pun referensi yang "berani" menginterpretasikan atau mendefinisikan apa yang dimaksud dengan "beauty contest". Tidak ada juga referensi yang secara jelas menginterpretasikan bahwa "seleksi calon mitra investor" sebagaimana yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II masuk dalam ruang lingkup "beauty contest"-nya KPPU.

19. Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M., Ph.D., menguatkan hal tersebut sebagaimana yang disampaikan dalam pendapat hukumnya tertanggal 28 September 2011 (Vide: Halaman 13-14 Lampiran-4), yakni:

"Beauty contest bukan istilah Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tetapi istilah sarjana luar negeri. Hukum asing tidak dapat dipakai untuk menafsirkan undang-undang Indonesia berdasarkan asas kedaulatan (sovereignty), kecuali telah ditetapkan sebagai undang-undang Indonesia oleh pembentuk undang-undang. Oleh karena itu beauty contest tidak sama dengan tender. Begitu pula tender tidak sama dengan pemilihan mitra."

20. Pendapat serupa juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, paragraf 9 dan 10 (Lampiran 10):

"...Kemudian menjadi menarik untuk disimak ialah bagaimana KPPU menggunakan dalil beauty contest dengan mencantumkan OECD Policy brief, Mei 2007, dan Maarten Janssen (Ed), 2004, yang nyata-nyata berasal dari kepustakaan hukum persaingan asing



atau luar negeri, dan digunakan sebagai salah satu pertimbangan dalam putusan perkara ini. Sistem hukum Indonesia jelas tidak menganut binding precedent dan lebih mengutamakan perundang-undangan sebagai sumber hukum sebagaimana sumber tertib hukum dalam UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dengan perubahannya UU No. 12 Tahun 2011...”

21. Lalu, bagaimana mungkin sebuah literatur asing yang sama sekali tidak membahas mengenai Hukum Persaingan Usaha Indonesia menurut UU No. 5 Tahun 1999 digunakan sebagai acuan utama untuk menafsirkan ketentuan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999?

V.B. DENGAN TIDAK ADANYA PASAL YANG SECARA KHUSUS MENGATUR MENGENAI “BEAUTY CONTEST”, MAKA TIDAK MUNGKIN KPPU MAUPUN JUDEX FACTI DAPAT MENGHUKUM PERBUATAN YANG DIKATAGORIKAN SEBAGAI “BEAUTY CONTEST”

22. Dengan tidak adanya pengaturan khusus tersebut, tindakan KPPU yang melihat kegiatan ‘seleksi calon mitra investor’ sebagai “Beauty Contest” yang merupakan “salah satu bentuk tender sesuai dengan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999” jelas merupakan sebuah kesalahan penerapan hukum yang teramat besar, bahkan dapat dikatakan sebagai tindakan yang sewenang-wenang.
23. Majelis Hakim Yang Terhormat dan Bijaksana, perlu kami sampaikan kembali bahwa seluruh perbuatan yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999, bukanlah merupakan perbuatan yang bersifat “mala in se” atau terlarang sejak lahirnya. Perbuatan-perbuatan tersebut menjadi terlarang karena adanya sebuah proses “rekayasa hukum” dengan pembuatan sebuah peraturan perundang-undangan.
24. Perbuatan-perbuatan yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999 dalam hal ini tentu saja bersifat ‘mala in prohibita’, sebab perbuatan tersebut terhitung terlarang semenjak adanya peraturan tertulis yang menjadikannya demikian. Dalam hal ini tentu saja kegiatan “Seleksi Calon Mitra Investor yang dilakukan Pemohon Kasasi II” yang oleh KPPU, tanpa dasar argumentasi yang sah kemudian dikategorikan sebagai kegiatan “beauty contest” yang

Hal. 210 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



masuk ruang lingkup perbuatan sebagaimana yang diatur Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, merupakan tindakan yang teramat sewenang-wenang dan melawan hukum.

25. Lalu adilkah jika pelaku-pelaku usaha kemudian dihukum tanpa dasar hukum yang jelas sebagaimana yang diamanatkan oleh asas legalitas? Tindakan KPPU (Termohon Kasasi) yang dengan sewenang-wenang memberikan tafsir atas sebuah pasal demi menghukum, tentu saja mengusik rasa keadilan para pencari keadilan (justitia belen) dan herannya kemudian diperkuat oleh Majelis Judex Facti jelas merupakan tindakan yang seharusnya tidak boleh ditolerir oleh Majelis Hakim Agung.

VI. MAJELIS JUDEX FACTI TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM, SEBAB KARAKTERISTIK SELEKSI CALON/MITRA INVESTOR SANGAT JAUH BERBEDA DENGAN KARAKTERISTIK TENDER SEBAGAIMANA YANG DIATUR DALAM PASAL 22 UU NO. 5 TAHUN 1999

Majelis Hakim Agung yang Bijaksana dan Terhormat, perlu kami tegaskan bahwa karakteristik 'Proses Seleksi Calon Mitra Investor' sangat jauh berbeda dengan karakteristik 'Tender' sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Sebagai bukti tak terbantahkan untuk membedakannya, adalah fakta bahwa segera setelah ditunjuk sebagai mitra terpilih dalam seleksi tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006 (Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Pemohon Kasasi III membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG yang bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan mitra terpilih dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan bukti tak terbantahkan bahwa proses pemilihan mitra usaha ini bukan merupakan tender pengadaan barang dan jasa.

Hal. 211 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan *judex facti aquo* yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

Kegiatan Seleksi Calon Mitra Investor sebagai kegiatan yang jamak dilakukan oleh korporasi juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution Pendapat serupa juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya berjudul "Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender" di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, paragraf 2 sampai paragraf 6 (Lampiran 10):

"Salah satu cara yang dipilih perusahaan untuk mengembangkan dan memperluas usaha ialah menggandeng perusahaan lain dalam suatu kerjasama bisnis. Pemilihan *partners* strategis dimaksudkan untuk mencari partner usaha yang akan menanamkan investasi, mempunyai teknologi, mempunyai akses terhadap pasar internasional dalam konteks penjualan hasil migas dan partner usaha tersebut harus bersedia menanggung risiko kerugian usaha. Dalam kemitraan itu yang dilihat dan diutamakan ialah kemampuan permodalan, keahlian dan pengalaman partner usaha untuk melaksanakan investasi. Kerja sama itu dapat berbentuk kemitraan dalam suatu kerja sama iperasi (KSO) atau kerja sama dengan membentuk perusahaan baru (*joint venture*). Untuk industri migas yang memerlukan investasi dalam jumlah besar, *joint venture* merupakan cara yang paling efektif.

Pemilihan mitra strategis yang banyak dilakukan korporasi bukanlah dalam arti penyelenggaraan tender barang dan jasa seperti yang dimaksud Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha tidak sehat (UU No. 5 Tahun 1999). Mengapa? Tender dalam Pasal 22 adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Nyatanya ada barang yang dikompertisikan pada proses itu.

Di sisi lain, dalam pemilihan mitra usaha tidak ada pemborongan pekerjaan, tidak ada pembelian/penjualan barang dan jasa, serta tidak ada tawaran mengajukan harga. Sebagaimana telah dijelaskan,

Hal. 212 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



pemilihan mitra usaha bertujuan mendapatkan partner yang akan melakukan investasi dalam mengembangkan suatu proyek tertentu.

Oleh karena itu, pemilihan partner didasari kemampuan menyediakan modal dan pengalaman melaksanakan proyek yang dimaksud. Kedua hal itu hanya dapat diperoleh berdasarkan kepercayaan kepada mitra yang bersangkutan (mitra yang terpilih). Pemilihan mitra tidak terikat dengan peraturan apa pun dan tidak ada satu pun ketentuan yang mengaturnya di Indonesia...”

VI.A. MAJELIS HAKIM JUDEX FACTI TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM DENGAN MENGUATKAN PUTUSAN KPPU YANG MENGGUNAKAN METODE PENAFSIRAN KIYAS (ANALOGI) YANG MELANGGAR AZAS LEGALITAS KETIKA MENAFSIRKAN PASAL 22 UU NO. 5 TAHUN 1999 UNTUK MENJERAT Pemohon Kasasi II YANG MELAKUKAN KEGIATAN BISNIS PEMILIHAN CALON MITRA INVESTOR

1. Sebagaimana diketahui, dalam metode penafsiran hukum yang menggunakan metode analogi, pangkal pendiriannya adalah bahwa perbuatan yang menjadi persoalan tersebut tidak bisa dimasukkan dalam aturan yang ada. Tetapi Perbuatan itu, menurut subjektif si penghukum, karena rasio dari peraturan mirip dengan perbuatan yang dituduhkan, kemudian menjadi dihukum. Jadi penggunaan metode analogi adalah metode interpretasi yang sudah tidak berpegang kepada rumusan aturan yang ada lagi, melainkan pada inti atau rasio dari peraturan tersebut.
2. Dalam permasalahan ini, hal yang dipermasalahkan oleh KPPU adalah proses seleksi calon mitra yang merupakan salah satu strategi bisnis untuk mencari calon mitra yang kelak secara bersama-sama menanggung resiko kegagalan dan keberhasilan Proyek LNG-Donggi Senoro. Skema yang diadopsi adalah Pemohon Kasasi II dan Medco secara bersama-sama dengan mitra terpilih akan menjadi pemegang saham pada perusahaan baru yang akan dibentuk tersebut. Dengan demikian, calon mitra yang akan terpilih tersebut merupakan mitra yang bonafid yang mampu berkontribusi secara maksimal dalam mewujudkan keberhasilan pekerjaan tersebut. Terbukti, setelah ditunjuk sebagai mitra terpilih dalam seleksi tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006 (Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama

Hal. 213 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Pemohon Kasasi III membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG yang bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/II/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan mitra terpilih dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan bukti tak terbantahkan bahwa proses pemilihan mitra usaha ini bukan merupakan tender pengadaan barang dan jasa. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan *judex facti aquo* yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

3. Seleksi demikian oleh KPPU disebut sebagai “Beauty Contest” yang kemudian tanpa dasar dianggap bertentangan dengan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Berikut kutipan dari putusan KPPU yang dikuatkan oleh Majelis *Judex Facti* tersebut:
“Berdasarkan pada penjelasan yang disebutkan, Majelis Komisi mengevaluasi bahwa Beauty Contest adalah satu dari bentuk tender yang bertujuan menciptakan persaingan pasar dan karena itu tunduk pada ketentuan dari pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.”
(Vide: halaman 215 Putusan KPPU)
4. Majelis Hakim Agung yang Mulia dan Terhormat, rasio dari pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 adalah adanya kompetisi. Namun yang perlu dicatat bahwa tidak semua kompetisi merupakan bagian atau masuk dalam ruang lingkup dari tender sebagaimana yang dimaksudkan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tersebut.
5. Penyamaan ‘seleksi calon mitra investor’ dengan ‘beauty contest’ yang merupakan bagian dari ‘tender’ sebagaimana dimaksud

Hal. 214 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tentu saja teramat salah. KPPU dan Majelis Judex Facti sudah tidak lagi berpegang kepada rumusan aturan yang ada, melainkan pada inti atau rasio dari peraturan tersebut, padahal sekalipun inti dari pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 adalah kompetisi, bukan berarti setiap kompetisi masuk dalam ruang lingkup Pasal tersebut.

6. Apa isi ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999? Berikut kutipannya:

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

Penjelasan Pasal 22 kemudian memberikan definisi tender, yakni:

“tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa.”

7. Dari ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 beserta penjelasannya tersebut, maka secara kumulatif harus ada dua unsur tidak tergantikan, yakni:

- a. Penawaran untuk suatu harga; dan
- b. Memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa”

8. Dalam melakukan “seleksi calon mitra investor”, Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III:

- a. Tidak bertujuan mencari penawaran harga dari penyedia jasa kepada pemilik, karena tujuan dari adanya seleksi calon mitra adalah ‘pendirian perusahaan” secara bersama-sama. Mitra terpilih bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II dan Medco akan mengeluarkan investasi sebagai pemegang saham dari perusahaan yang nantinya akan dibentuk.
- b. Tidak bertujuan untuk mengadakan seleksi untuk mencari pihak yang akan ditugaskan memborong pembangunan sebuah pabrik atau kilang LNG. Mitra yang akan terpilih juga tidak akan berperan untuk menyediakan jasa yang terkait dengan LNG. Namun, seleksi tersebut bertujuan untuk mencari pihak yang memiliki kemampuan untuk mendukung (termasuk membiayai) perusahaan patungan yang akan melakukan kegiatan-kegiatan proyek.



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Sebagai bukti tak terbantahkan untuk membedakannya, adalah fakta bahwa segera setelah ditunjuk sebagai mitra terpilih dalam seleksi tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006 (Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Pemohon Kasasi III membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG yang bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan mitra terpilih dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan bukti tak terbantahkan bahwa proses pemilihan mitra usaha ini bukan merupakan tender pengadaan barang dan jasa. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan judex facti aquo yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

9. Dengan demikian, kegiatan 'seleksi calon mitra investor' tidak termasuk dalam ruang lingkup pengaturan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Putusan KPPU yang kemudian dikuatkan oleh Majelis Judex Facti dalam proses keberatan merupakan putusan yang bertentangan dengan hukum sebab dilakukan dengan melanggar prinsip legalitas.
10. Hal ini juga dikuatkan oleh Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, melalui Suratnya tertanggal 24 September 2010, Nomor B-1212/LKPP/D.IV.1/09/2010, (Lampiran-5), yang menyatakan:
 3. "Proses pemilihan mitra kerja oleh PT Pertamina IPersero) dengan PT Medco Energi International melalui beauty contest bukan merupakan praktek yang menghambat persaingan

Hal. 216 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

sehat...Beauty contest tersebut sepenuhnya menjadi wewenang kedua perusahaan tersebut dalam menentukan mitra kerja yang dibutuhkan untuk mendukung pelaksanaan pekerjaan;

4. Pemilihan mitra kerja dalam pembentukan usaha baru dan pemasaran produk dengan cara beauty contest, menurut kami bukan merupakan persekongkolan sebagaimana dimaksud pada pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.”
11. Hal serupa juga disampaikan oleh Prof. Erman Rajagukguk di dalam Pendapat Hukumnya tertanggal 28 Oktober 2010 (Lampiran-6), dengan mengatakan:
“Beauty contest pemilihan mitra tersebut tidak masuk dalam ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat karena beauty contest pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk membangun suatu usaha, bukan mengenai pengadaan barang/jasa...”
Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat berkenaan dengan persekongkolan tender yaitu suatu bentuk kerjasama antara para pelaku usaha dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan...”
12. Mantan Hakim Agung, Susanti Adi Nugroho juga menjelaskan hal yang sama, bahwa ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 hanyalah terhadap proses ‘pengadaan barang dan jasa’, sebagaimana yang disampaikan dalam ‘Keterangan Ahli Tertulis’, pada tanggal 11 November 2010 (Lampiran-7), sebagai berikut:
“Mengacu pada definisi “barang” dan jasa” sebagaimana yang terhadap dalam Pasal 1 sub 16 dan 17, sepengetahuan saksi, secara umum tender yang dimaksudkan pada Pasal 22 maupun dalam Pedoman Larangan Persekongkolan Tender yang diterbitkan oleh KPPU, adalah hanya tender untuk pengadaan barang dan atau penyediaan jasa saja.”
13. Pendapat serupa juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera

Hal. 217 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Utara dalam Opiniya berjudul “Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender” di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, halaman 14, Paragraf 11 dan paragraph 15 (Lampiran 10):

“...Padahal, tender dan proses pemilihan mitra jelas-jelas berbeda. Apa yang disebut dalam unsur-unsur tender sama sekali tidak ditemukan dalam proses pemilihan mitra. Persekongkolan itu bahkan biasanya terjadi di antara para pelaku usaha peserta tender (bid rigging), bukan antara pelaku usaha dan penyelenggara...”

“Putusan KPPU yang menyamakan pemilihan partner usaha dengan penyelenggaraan tender guna mendapatkan barang atau jasa merupakan logika hukum yang menyesatkan. Putusan tersebut akan menyusahkan para pelaku usaha untuk mencari partner dalam mengembangkan usaha mereka dan dengan demikian, bisa menghambat perkembangan bisnis serta iklim investasi.”

14. Ahli Hukum Persaingan Usaha lainnya, Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD, juga berpendapat serupa, sebagaimana yang disampaikan dalam keterangannya tertanggal 18 November 2010 (Vide: Halaman 9-11 Lampiran-8), sebagai berikut:

“Terdapat perbedaan mendasar dan sangat prinsip antara Tender dengan Seleksi Calon Mitra.

“Tender” menurut Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah eleksi atau proses tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, seleksi atau proses tawaran untuk mengadakan barang-barang, atau seleksi atau proses tawaran untuk menyediakan jasa. Dari proses ini, maka akan ditentukan satu pelaku usaha yang akan memborong pekerjaan, dan/atau mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa.

Sebagaimana telah diuraikan dalam jawaban pertanyaan b (1) di atas, bahwa karakteristik dasar dari tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah peralihan risiko dan tanggung jawab hukum dari pemilik pekerjaan (owner) kepada pemborong pekerjaan atau penyedia (provider) barang atau jasa atas pelaksanaan dan penyelesaian secara sempurna atas pengerjaan suatu pekerjaan dan penyediaan barang atau jasa. Peralihan risiko dan tanggung

Hal. 218 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



jawab hukum tersebut di atas tidak terjadi dalam hal seleksi calon mitra, karena seleksi calon mitra adalah suatu proses untuk mencari partner yang akan ikut menyertakan atau menanamkan modalnya sebagai pemegang saham untuk melakukan suatu kegiatan usaha bersama-sama dengan partner lainnya. Jadi partner ini bersama-sama dengan partner lainnya akan menjadi pemilik atau pemegang saham dari perusahaan yang akan didirikan (selanjutnya disebut "Perusahaan Yang Akan Didirikan"), dan secara bersama-sama pula akan mengharapkan pengembalian modal yang ditanamkan dalam Perusahaan Yang Akan Didirikan.

...

Dengan demikian setelah melalui seleksi calon mitra, mitra yang terseleksi tidak melakukan pemborongan pekerjaan, atau mengadakan barang atau menyediakan jasa sebagaimana pada Tender yang diatur dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, melainkan akan menjalankan usaha bersama-sama dengan Mitra Lainnya, dalam hal ini bersama-sama dengan "Pengundang" Seleksi Calon Mitra."

"Lebih lanjut uraian bahwa Seleksi Calon Mitra tidak merupakan tender akan saya jelaskan. Tender menurut Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah tawaran harga dan merupakan parameter dalam penentuan pemenang tender, dimana tawaran harga tersebut mengikat apabila dinyatakan pemenang tender, karena harga tersebut merupakan obyek tender dalam Pasal 22 UU No.5/1999. Akan tetapi, sebagaimana halnya dalam proses Seleksi Calon Mitra, terdapat simulasi dari calon mitra tentang harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra, Harga tersebut bersifat indikatif dan tidak mengikat. Bagaimanapun tingkat harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Akan Didirikan kepada pembeli pihak ketiga setelah Perusahaan Yang Akan Didirikan beroperasi secara komersial, akan berdampak pada pengembalian modal dari pengundang dan calon mitra terpilih secara bersama-sama, sehingga simulasi harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra tidak mengikat dan tidak menjadi patokan pula untuk menentukan



terpilihnya calon mitra dalam proses Seleksi Calon Mitra, akan tetapi hanya mengukur tingkat kemampuan dan pengalaman calon mitra dalam industri yang digelutinya. Dengan demikian, simulasi harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra tidak merupakan obyek dari Seleksi Calon Mitra.

Di kemudian hari, tinggi-rendahnya harga barang dan atau jasa yang dijual oleh Perusahaan Yang Didirikan akan berdampak pada pengembalian modal dari pengundang dan mitra terpilih secara bersama-sama, dan karena itu pula, maka simulasi harga barang dan atau jasa yang akan dijual oleh Perusahaan Yang Akan Didirikan dalam Seleksi Calon Mitra bersifat indikatif saja.”

VI.B. MAJELIS JUDEX FACTI TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM SEBAB MELEGITIMASI PEMBERLAKUKAN PEDOMAN KPPU TENTANG TENDER SECARA MUNDUR (RETROAKTIF)

1. Termohon Kasasi dalam banyak bagian di dalam pertimbangan hukumnya telah menggunakan Pedoman Pasal 22 sebagai dasar untuk menghukum Pemohon Kasasi II, sebagai berikut:

“...Namun dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 02 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender (“Pedoman Pasal 22”) secara jelas menyatakan bahwa tender yang dimaksud tidak hanya sebatas pada “public procurement”, tapi juga untuk tender oleh perusahaan swasta. “Tender” dimaksud dalam Pedoman Pasal 22 tersebut adalah tawaran mengajukan harga untuk: 1) Memborong atau melaksanakan pekerjaan; 2) Mengadakan barang dan atau jasa; 3) Membeli suatu barang dan atau jasa; 4) Menjual suatu barang dan atau jasa;

Bahwa berdasarkan angka 4 Pedoman Pasal 22 tersebut, yang menyatakan tender adalah penawaran harga untuk menjual suatu barang dan jasa, Majelis Komisi berpendapat bahwa “tender” dalam Pasal 22 tidak hanya berlaku untuk “public procurement”, namun juga bagi “konsesi”, antara lain melalui model lelang atau beauty contest. Berbeda dengan “tender” yang bertujuan untuk mencari penawar dengan harga terendah atau “best value” (kombinasi harga dan kualitas), konsesi bertujuan untuk mencari penawar dengan harga atau manfaat tertinggi;...”

Hal. 220 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



(Vide: Halaman 216 angka 5 dan 6 Putusan KPPU)

“Bahwa yang dimaksud dengan bersekongkol berdasarkan Pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender (selanjutnya disebut “Pedoman Pasal 22”) adalah kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu;

10.4.2. Bahwa menurut Pedoman Pasal 22, unsur bersekongkol tersebut dapat berupa:

- a. kerjasama antara dua pihak atau lebih;
- b. secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya...;”

(Vide: Halaman 237, angka 10.4.1 dan 10.4.2 Putusan KPPU)

“10.5.1. Bahwa menurut Pedoman Pasal 22, yang dimaksud dengan unsur Pihak Lain adalah: “para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut...”

(Vide: Halaman 238, angka 10.5.1 Putusan KPPU)

“10.6.1. Bahwa menurut Pedoman Pasal 22, mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah: “suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk...”

(Vide: Halaman 238, angka 10.6.1 Putusan KPPU)

“10.7.1. Bahwa menurut Pasal 1 angka 6 UU No. 5 Tahun 1999 dan Pedoman Pasal 22, persaingan usaha tidak sehat adalah “persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha;...”

‘(Vide: Halaman 239, angka 10.7.1 Putusan KPPU)

2. Penggunaan Pedoman Pasal 22 tersebut sesungguhnya tidak dibenarkan, mengingat peraturan tersebut baru ditetapkan pada tanggal 6 Januari 2010. Padahal proses seleksi calon mitra, yang secara tanpa dasar oleh KPPU disebut sebagai ‘beauty contest’



berlangsung jauh sebelum Pedoman Pasal 22 tersebut diterbitkan, yakni tanggal 31 Agustus 2006 (Lampiran-9). Hal ini dapat terlihat dari putusan KPPU yang menyatakan:

“Beauty Contest;

22.3.7.1 Bahwa pada tanggal 31 Agustus 2006, PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional, Tbk memutuskan untuk memilih calon mitra proyek pengembangan LNG untuk gas dari Blok Matindok dan Blok Senoro melalui Beauty Contest. (Vide: Halaman 18 Putusan KPPU)

3. Perundang-undangan baik dalam konteks Hukum Formil maupun Materiel tidak membenarkan untuk diberlakukan surut atau ex post facto law. Hal ini dikarenakan pada dasarnya hukum itu harus berlaku ke depan (prospectively). Adalah tidak adil, jika seseorang dihukum karena perbuatan yang pada saat dilakukannya merupakan perbuatan yang sah. Adalah tidak adil pula jika pada diri seseorang diberlakukan suatu ketentuan hukum yang lebih berat terhadap suatu perbuatan yang ketika dilakukannya diancam oleh ketentuan hukum yang lebih ringan, baik yang berkenan dengan Hukum Acara maupun Hukum Materiel. Pemberlakuan mundur (retroaktif) Pedoman Pasal 22 tersebut TIDAKLAH DIBENARKAN OLEH HUKUM karena nyata-nyata melanggar prinsip keadilan yang dilindungi oleh hukum.
4. Jauh sebelum Konstitusi (UUD 1945) terbentuk pun, di Indonesia (yang pada saat itu negeri jajahan pun), prinsip ex post facto law sudah diakui dan bahkan ditentukan secara jelas dan tegas. Hal ini tertuang pada Pasal 2 Algemene Bepalingen van Wetgeving (Ketentuan Umum tentang Perundang-undangan) yang dikeluarkan oleh Pemerintah Belanda dengan Pengumuman tanggal 30 April 1847 (Staatsblad 1847 No. 23) yang berbunyi: “De wet verbindt alleen voor het toekomende en heft geen terug werkende kracht” (Undang-undang hanya mengikat untuk masa depan dan tidaklah berlaku surut);-
5. Pasca Indonesia merdeka, kemudian pengaturan tersebut kembali ditegaskan dalam banyak peraturan perundang-undangan. Selain bertentangan dengan hukum tertinggi UUD 1945, prinsip retroaktif juga bertentangan dengan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM serta Pasal 4 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak

Hal. 222 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Asasi Manusia menyatakan bahwa "...dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak-hak manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan-keadaan apapun dan oleh siapapun..."

6. Oleh karena itu, SELURUH PERTIMBANGAN YANG MENGGUNAKAN PEDOMAN PASAL 22 sebagai dasarnya harus dinyatakan BATAL DEMI HUKUM, sebab selain bertentangan dengan hukum tertinggi, peraturan perundang-undangan, juga dengan prinsip keadilan.

VI.C. MAJELIS JUDEX FACTI TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM SEBAB PEDOMAN KPPU TENTANG PASAL 22 UU NO. 5 TAHUN 1999 TIDAK PERNAH MENJELASKAN ATAU MENGATUR SOAL "BEAUTY CONTEST"

1. Dalam putusannya terkait perkara aquo, KPPU sebagaimana yang kemudian dikuatkan oleh Majelis Judex Facti banyak sekali menggunakan 'Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 02 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender ("Pedoman Pasal 22")'. Salah satunya adalah menafsirkan seleksi calon mitra sebagai 'beauty contest' yang merupakan bagian dari Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.
2. Dalam bagian 'tentang hukum beauty contest', putusan KPPU yang dikuatkan Majelis Judex Facti menyatakan:
"Bahwa berdasarkan angka 4 Pedoman Pasal 22 tersebut, yang menyatakan tender adalah penawaran harga untuk menjual suatu barang dan jasa, Majelis Komisi berpendapat bahwa "tender" dalam Pasal 22 tidak hanya berlaku untuk "public procurement", namun juga bagi "konsesi", antara lain melalui model lelang atau beauty contest. Berbeda dengan "tender" yang bertujuan untuk mencari penawar dengan harga terendah atau "best value" (kombinasi harga dan kualitas), konsesi bertujuan untuk mencari penawar dengan harga atau manfaat tertinggi;..."
(Vide: halaman 216 angka (5) dan (6) Putusan KPPU)
3. Penggunaan Pedoman Pasal 22 untuk menjerat 'seleksi calon mitra investor' sebagai bagian dari 'tender' tentu sangat keliru, sebab pedoman tersebut sama sekali tidak menjangkau hingga ke kegiatan 'seleksi calon mitra investor' yang dilakukan Pemohon

Hal. 223 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Kasasi II. Tidak ada satupun penjelasan yang mampu menggambarkan atau menerangkan bahwa 'seleksi calon mitra investor' merupakan bagian dari tender sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 22. Pedoman Pasal 22 yang digunakan KPPU tersebut hanya menjelaskan gambaran persekongkolan di dalam tender, yang kegiatannya adalah "pengadaan barang/jasa" (procurement) bukan "seleksi calon mitra partner" sebagaimana yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II dan Medco.

Berikut kutipan Pedoman tersebut:

1. Persekongkolan Horizontal

Merupakan persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya...

2. Persekongkolan Vertikal

Merupakan persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan...

3. Persekongkolan Horizontal dan Vertikal

Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa.

(Vide: Angka 4, Halaman 16-17 Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender)

4. Sebagaimana yang dapat dibaca dari Pedoman Pasal 22 tersebut, Pasal 22 bertujuan untuk mencegah terjadinya persekongkolan yang terjadi di antara para pihak dalam proses pengadaan barang atau jasa. Unsur-unsur dari Pasal 22 adalah (i) unsur pelaku usaha (ii) unsur bersekongkol (iii) unsur pihak lain (iv) unsur mengatur dan atau menentukan pemegang tender dan (v) unsur persaingan usaha tidak sehat.
5. Hal tersebut berbeda secara diametral dengan kegiatan bisnis "seleksi calon mitra investor" yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II dan Medco yang tidak pernah bermaksud untuk mencari penawaran harga dari penyedia jasa kepada pemilik, karena

Hal. 224 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



tujuan dari adanya seleksi calon mitra adalah 'pendirian perusahaan" secara bersama-sama. Mitra terpilih bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II dan Medco akan mengeluarkan investasi sebagai pemegang saham dari perusahaan yang nantinya akan dibentuk serta mengadakan seleksi untuk mencari pihak yang akan ditugaskan memborong pembangunan sebuah pabrik atau kilang LNG. Mitra yang akan terpilih dan juga TIDAK DIMAKSUDKAN untuk menyediakan jasa yang terkait dengan LNG. Namun, seleksi tersebut bertujuan untuk mencari pihak yang memiliki kemampuan untuk mendukung (termasuk membiayai) perusahaan patungan yang akan melakukan kegiatan-kegiatan proyek.

6. Sebagai bukti tak terbantahkan adalah fakta bahwa segera setelah Mitsubishi ditunjuk sebagai pemenang dalam seleksi calon mitra investor tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006, (Vide Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG. PT DSLNG bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/II/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 tersebut dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan pemenang dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan *judex facti aquo* yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

VI.D. JUDEX FACTI TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM SEBAB PEDOMAN PASAL 22 TIDAK BOLEH BERISI KETENTUAN YANG BERTENTANGAN DENGAN UU NO. 5 TAHUN 1999

Hal. 225 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



1. Apabila Majelis Hakim Judex Facti berpendapat bahwa Pedoman Pasal 22 dapat menjangkau 'seleksi calon mitra' yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II dan Medco merupakan beauty contest yang termasuk dalam ruang lingkup tender sebagaimana yang diatur oleh Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, maka Pedoman tersebut sesungguhnya harus dinyatakan batal demi hukum sebab telah bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999.
2. Tata urutan peraturan perundang-undangan menganut asas yang jelas. Peraturan yang kedudukannya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (Lex Superiori derogat legi inferiori). Kalau isi suatu Peraturan Pemerintah (PP), misalnya, berbeda bahkan bertentangan dengan norma yang ditetapkan suatu Undang-Undang, maka yang berlaku adalah norma Undang-Undang tersebut. Inilah yang dalam doktrin merujuk pada teori Hans Kelsen dan Hans Nawiasky tentang tata urutan peraturan perundang-undangan.
3. Walaupun Termohon berwenang untuk menyusun "pedoman" dan menyusun "publikasi", akan tetapi "pedoman" dan "publikasi" tersebut tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, karena "PEDOMAN" dan "PUBLIKASI" mempunyai hierarki jauh di bawah undang-undang. Lagipula "pedoman", apalagi "publikasi" tidak dapat dipergunakan sebagai sarana untuk menghukum warga negara, dan oleh karena itu, KPPU dan Majelis Judex Facti telah melampaui kewenangannya dalam mengadili perkara aquo.
4. Apabila definisi 'tender' yang terdapat dalam Pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 melampaui atau berbeda sehingga akan mempunyai akibat hukum yang berbeda, maka definisi tersebut bertentangan dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yang secara hierarki jauh diatas Pedoman Pasal 22, mengakibatkan secara hukum Pedoman Pasal 22 tersebut menjadi tidak berlaku. Ketidakberlakuan Pedoman Pasal 22 tersebut otomatis mengakibatkan seluruh pertimbangan yang diambil dengan menggunakan Pedoman Pasal 22 sebagai dasarnya menjadi gugur.
5. Hal ini sesuai dengan pendapat hukum dari Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D tertanggal 18 November 2010 (Vide: Halaman 9 Lampiran-8), yang menyatakan:

Hal. 226 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“KPPU hanya berwenang untuk membuat pedoman dan publikasi untuk menjelaskan norma-norma yang ada dalam UU No. 5 Tahun 1999. Apabila definisi ‘tender’ yang terdapat dalam Pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 melampaui atau berbeda sehingga akan mempunyai akibat hukum yang berbeda, maka definisi tersebut bertentangan dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yang secara hierarki jauh diatas Pedoman Pasal 22, mengakibatkan secara hukum Pedoman Pasal 22 tersebut menjadi tidak berlaku.”

6. Sebagaimana yang dapat dibaca dari Pedoman Pasal 22 tersebut, Pasal 22 bertujuan untuk mencegah terjadinya persekongkolan yang terjadi di antara para pihak dalam proses pengadaan barang atau jasa. Unsur-unsur dari Pasal 22 adalah (i) unsur pelaku usaha (ii) unsur bersekongkol (iii) unsur pihak lain (iv) unsur mengatur dan atau menentukan pemegang tender dan (v) unsur persaingan usaha tidak sehat.
7. Hal tersebut berbeda secara diametral dengan kegiatan bisnis “seleksi calon mitra investor” yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II dan Medco yang tidak pernah bermaksud untuk mencari penawaran harga dari penyedia jasa kepada pemilik, karena tujuan dari adanya seleksi calon mitra adalah ‘pendirian perusahaan” secara bersama-sama. Mitra terpilih bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II dan Medco akan mengeluarkan investasi sebagai pemegang saham dari perusahaan yang nantinya akan dibentuk serta mengadakan seleksi untuk mencari pihak yang akan ditugaskan memborong pembangunan sebuah pabrik atau kilang LNG. Mitra yang akan terpilih dan juga TIDAK DIMAKSUDKAN untuk menyediakan jasa yang terkait dengan LNG. Namun, seleksi tersebut bertujuan untuk menari pihak yang memiliki kemampuan untuk mendukung (termasuk membiayai) perusahaan patungan yang akan melakukan kegiatan-kegiatan proyek.
8. Dengan demikian, penggunaan pedoman Pasal 22 (Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999), tidak boleh memperluas rumusan norma yang terkandung di dalam undang-undang. Terkait penggunaan Pedoman Pasal 22 untuk memeriksa perkara aquo, Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M.,

Hal. 227 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Ph.D., berpendapat (Vide halaman 14 Lampiran-4) sebagai berikut:

“Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Persekongkolan Dalam Tender, telah memperluas penafsiran Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yang bukan wewenang KPPU. Yang boleh merubah norma dan penafsiran undang-undang adalah pembentuk undang-undang dan hakim. KPPU bukan hakim sebagai organ yudikatif.

9. Pendapat senada juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya berjudul “Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender” di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, halaman 14, Paragraf 16 dan paragraf 17 (Lampiran 10):

“Isu lain yang perlu dicermati ialah bahwa KPPU melalui Perkom No. 2 Tahun 2010 telah memperluas penafsiran Pasal 22 Undang-Undang no. 5 Tahun 1999.

KPPU menafsirkan persekongkolan tender dari persekongkolan horizontal menjadi persekongkolan vertical. KPPU tidak memiliki kewenangan untuk melakukan penafsiran atas undang-undang. Yang memiliki wewenang untuk mengubah dan melakukan penafsiran atas undang-undang ialah pembentuk undang-undang dan hakim. Dalam hal ini KPPU bukan hakim pengadilan (organ yudikatif)”

V.I.E. MAJELIS JUDEX FACTI TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM SEBAB PROSES SELEKSI CALON MITRA INVESTOR TIDAK TERMASUK RUANG LINGKUP TENDER SEBAGAIMANA YANG DIATUR DALAM PASAL 22 UU NO. 5 TAHUN 1999 DAN PUTUSAN-PUTUSAN KPPU TERKAIT PASAL 22

1. Majelis Hakim Agung yang Terhormat, Termohon Kasasi II hendak menegaskan dalam Memori Kasasi a quo bahwa seleksi calon mitra investor yang dilakukan Pemohon Kasasi II dengan Medco dalam rangka mencari mitra kerja proyek Donggi Senoro bukanlah tender seperti yang dimaksud Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.
2. Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur pengertian tender dalam ranah hukum persaingan usaha yaitu:

Hal. 228 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa.”

3. Dari definisi tersebut, maka unsur-unsur tender yang dimaksud dalam pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 sekaligus sebagai pembeda dari seleksi calon mitra investor yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II adalah sebagai berikut:

I. Tender bercirikan tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, mengadakan barang-barang atau menyediakan jasa sedangkan beauty contest dalam perkara a quo adalah mencari mitra kerja untuk mendirikan perusahaan bersama.

II. Dalam tender terdapat pembayaran harga serta peralihan tanggung jawab dari pemilik pekerjaan (owner) kepada penyedia (provider) sedangkan dalam beauty contest a quo, tidak ada pembayaran harga maupun peralihan tanggung jawab tersebut.

4. Prof. Erman Rajagukguk juga berpendapat bahwa pemilihan mitra yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II dan Medco, tidak masuk dalam ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Berikut kutipan pendapat beliau pada tanggal 28 September 2011 (Vide: halaman 2-5 Lampiran-4):

“1. Pemilihan mitra tersebut tidak masuk dalam ruang lingkup Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat karena pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk membangun suatu usaha, bukan mengenai pengadaan barang/jasa. Pemilihan partner sebagai mitra strategis dalam membangun suatu usaha didasarkan kepada kemampuan permodalan, keahlian dan pengalaman calon partner tersebut untuk mengadakan investasi. Bukan mengenai pengadaan barang dan jasa...”

“...sebagai kesimpulan Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tidak dapat diterapkan kepada pelaku usaha yang memilih mitra untuk pengembangan suatu proyek. Pemilihan suatu mitra bukan merupakan pengadaan barang/jasa, tetapi mitra untuk menyertakan modal sebagai pemegang saham dan mempunyai pengalaman serta kemampuan.”

Hal. 229 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



5. Pendapat senada juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opinya berjudul “Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender” di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, halaman 14, Paragraf 4, paragraph 5 dan paragraf 6 (Lampiran 10):

“Pemilihan partner strategis yang banyak dilakukan korporasi bukanlah dalam arti penyelenggaraan tender barang dan jasa seperti yang dimaksud Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No. 5 Tahun 1999). Mengapa? Tender dalam Pasal 22 adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Nyata-nyata ada barang dan jasa yang dikompetisikan pada proses itu.

Di sisi lain, dalam pemilihan mitra usaha tidak ada pemborongan pekerjaan, tidak ada pembelian/penjualan barang dan jasa, serta tidak ada tawaran mengajukan harga. Sebagaimana telah dijelaskan, pemilihan mitra usaha bertujuan mendapatkan partner yang akan melakukan investasi dalam mengembangkan suatu proyek tertentu.

Oleh karena itu, pemilihan partner didasari kemampuan menyediakan modal dan pengalaman melaksanakan proyek yang dimaksud. Kedua hal itu hanya dapat diperoleh berdasarkan kepercayaan kepada data dan modal yang tersedia dan kepercayaan kepada mitra yang bersangkutan (mitra yang terpilih). Pemilihan mitra tidak terikat dengan peraturan apapun dan tidak ada satu pun ketentuan yang mengaturnya.”

6. Sebagai bukti tak terbantahkan adalah fakta bahwa segera setelah Mitsubishi ditunjuk sebagai pemenang dalam seleksi calon mitra investor tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006, (Vide Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSNLG. PT DSLNG bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Naturan Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG

Hal. 230 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PPMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan pemenang dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan *judex facti aquo* yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

VI.E.1. TENDER MEMILIKI UNSUR ADANYA PENGAJUAN HARGA UNTUK MEMBORONG SUATU PEKERJAAN, MENGADAKAN BARANG-BARANG ATAU MENYEDIAKAN JASA YANG BERBEDA DENGAN KEGIATAN SELEKSI CALON MITRA INVESTOR YANG DILAKUKAN Pemohon Kasasi II ADALAH MENCARI MITRA KERJA BONAFID UNTUK MENDIRIKAN PERUSAHAAN BERSAMA

1. Memborong pekerjaan merupakan suatu kegiatan pekerjaan yang bersifat sementara, yaitu dari ditentukannya pemenang proyek hingga selesainya proyek tersebut, sebagai contoh pemborongan suatu pembangunan rumah sakit yang dimulai dengan persiapan pembangunan sampai telah terbentuknya bangunan rumah sakit tersebut hingga dapat beroperasi. Pekerjaan tersebut dimulai dari suatu titik awal hingga selesainya pekerjaan tersebut yang tentu saja telah diprediksi dan direncanakan dalam penawaran pemborongan.
2. Berbeda dengan seleksi calon mitra investor yang diselenggarakan oleh Pemohon Kasasi II dengan Medco, calon mitra yang terpilih tidak akan melakukan suatu proyek dan berhenti pada suatu titik saja namun akan dilanjutkan terus menerus. Sebab, perusahaan yang akan dibangun oleh calon mitra terpilih dengan Pemohon Kasasi II dan Medco nantinya bertujuan untuk mendapat nilai maksimum dari pasar atau dengan kata lain memasarkan produk dengan lancar dan tidak ada suatu batasan waktu untuk itu. Pemasaran tersebut guna menggapai pelanggan akhir dan

Hal. 231 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



mengurus transportasi ke pelanggan akhir tersebut. Dengan kedua tujuan tersebut maka perusahaan hilir tersebut, di antaranya, akan mencari pelanggan-pelanggan potensial dan bernegosiasi dengan para pelanggan potensial tersebut termasuk bekerja sama agar dapat memasarkan LNG ke pasar Jepang, Korea dan Taiwan dengan tetap mempertimbangkan pasar LNG Domestik

3. Berikut adalah kutipan dari tujuan pemasaran yang terdapat dalam TOR (Terms of Reference) Clarification Meeting, Jakarta tanggal 19 September 2006, halaman 17:

“Marketing Objective:

To get maximum value from the market, therefore downstream joint venture marketing team need to sell directly to end customer, downstream joint venture marketing team need to involve in the transportation, therefore potential partner as a member of downstream joint venture marketing team will be looking for potential customers and negotiate with the potential customer, potential partner as a member of downstream joint venture marketing team will negotiate with the ship owner to charter the vessel for Donggi Senoro LNG Trade, PERTAMINA LNG Marketing Division in cooperation with the potential partner shall be the “marketing arm” in regards with the market in Japan, Korea and Taiwan.”

Terjemahan:

“Tujuan pemasaran:

Untuk mendapat nilai maksimal dari pasar, oleh sebab itu tim pemasaran dari perusahaan hilir diperlukan untuk menjual secara langsung kepada pelanggan akhir, tim pemasaran dari perusahaan hilir juga turut dalam masalah transportasi, oleh karena itu calon mitra sebagai bagian dari tim pemasaran perusahaan hilir akan mencari pelanggan-pelanggan potensial dan bernegosiasi dengan para pelanggan potensial tersebut, calon mitra sebagai anggota dari tim pemasaran perusahaan hilir akan bernegosiasi dengan pemilik kapal untuk menyewa kapal bagi perdagangan dari LNG Donggi Senoro, Divisi Pemasaran PERTAMINA LNG bekerjasama dengan calon mitra akan menjadi “perpanjangan tangan pemasaran” pasar di Jepang, Korea dan Taiwan.”



Oleh sebab itu, adanya usaha yang akan dibangun oleh calon mitra terpilih dengan Pemohon Kasasi II dan Medco tidak dapat diartikan dengan memborong pekerjaan yang bersifat sementara atau sampai suatu titik yang ditentukan oleh penyelenggara proyek.

4. Sebagai referensi untuk memperjelas apa yang dimaksud dengan tindakan “memborong pekerjaan yang bersifat sementara”, maka berikut adalah beberapa contoh kasus yang pernah diputus oleh KPPU (Termohon KASASI) terkait dengan tender yang “memborong suatu pekerjaan”:

| No. | Nomor Perkara | Nama Perkara | No. | Nomor Perkara | Nama Perkara |
|-----|-----------------------------------|---|-----|-----------------------------------|---|
| 1. | Putusan Perkara No.06/KPPU-L/2005 | Persekongkolan dalam tender tender pembangunan jalan/jembatan tahun jamak (multi years) di lingkungan Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah Provinsi Riau. Jalan/jembatan yang dibangun diantaranya adalah Jalan Sei Pakning-Teluk Masjid-Sp. Pusako dan Sei Akar-Bagan Jaya. | 9. | Putusan Perkara No.13/KPPU-L/2008 | Tender pembangunan gedung pendidikan politeknik kesehatan Medan Tahun Anggaran 2007 |
| 2. | Putusan Perkara No.08/KPPU-L/2006 | Tender pekerjaan Non Distructing Testing (NDT) Inspection Services di Total E & P Indonesia, Balikpapan, Kalimantan Timur. | 10. | Putusan Perkara No.19/KPPU-L/2008 | Tender pembangunan infrastruktur dermaga di Dinas Kelautan dan Perikanan Daerah Kabupaten Jeneponto |
| 3. | Putusan Perkara No.03/KPPU-L/2007 | Tender pembangunan gedung kantor pengadilan Negeri di Padangsidimpuan, Sumatera Utara | 11. | Putusan Perkara No.23/KPPU-L/2008 | Tender pekerjaan perbaikan dan pengembangan pipa distribusi PDAM Tirta Siak Pekanbaru |
| 4. | Putusan Perkara No.05/KPPU-L/2007 | Tender pekerjaan pengerukan alur pelayaran pelabuhan Belawan tahun 2006 | 12. | Putusan Perkara No.38/KPPU-L/2008 | Tender peningkatan ruas jalan poros/penghubung Beras Jiring-UPT Binangon Kecamatan Muara Komam pada Dinas Tenaga Kerja dan Transmigrasi Provinsi Kalimantan Timur, Tahun Anggaran 2007. |
| 5. | Putusan Perkara No.10/KPPU-L/2007 | Tender pekerjaan lanjutan pembangunan atau relokasi Rumah Sakit Umum Daerah Ratu Zalecha, Martapura, | 13. | Putusan Perkara No.43/KPPU-L/2008 | Lelang kegiatan pembangunan gedung sekolah SMU/SMK Paket Pekerjaan rehab SMK 4 |



| | | | | | |
|----|------------------------------------|---|-----|-----------------------------------|---|
| | | Kalimantan Selatan pada tahun anggaran 2006 | | | Jl.KH.Achmad Dahlan di Dinas Pemukiman dan Pengembangan Kota Samarinda |
| 6. | Putusan Perkara No. 23/KPPU-L/2007 | Proyek Pembangunan kembali atau peremajaan Pasar Melawai Blok M, Perusahaan Daerah Pasar Jaya tahun 2005. | 14. | Putusan Perkara No.58/KPPU-L/2008 | Tender jasa konstruksi (pemborongan) Balai Wilayah Sungai Sumatera VI Tahun Anggaran 2007. |
| 7. | Putusan Perkara No. 06/KPPU-L/2008 | Tender pekerjaan pelebaran jalan kolektor utama menuju kawasan industri Batam Center | 15. | Putusan Perkara No.06/KPPU-L/2009 | Tender paket pekerjaan penggantian jembatan beton dan pengecoran jalan di Kecamatan Talang Kelapa di Dinas Pekerjaan Umum Bina Marga Kabupaten Banyuasin Tahun Anggaran 2008. |
| 8. | Putusan Perkara No. 12/KPPU-L/2008 | Pembangunan rumah dinas bupati dan walikota Kabupaten Humbang Hasundutan, Provinsi Sumatera Utara | 16. | Putusan Perkara No 07/KPPU-L/2009 | Tender pembangunan bendung irigasi Sei Lapan Tahap I dan pembangunan jalan lingkaran Kota Pangkalan Brandan Tahap I di Dinas Pekerjaan Umum Pemerintah Kabupaten Langkat Tahun Anggaran 2008. |

* sumber: Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha, Penyusun: Prof. DR. Ningrum Natasya Sirait, S.H., M.Li, dkk, Penerbit: The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), halaman 98 hingga halaman 128.

* Pemborongan pekerjaan di atas ditandai dengan huruf tebal.

5. Berdasarkan 16 contoh kasus di atas yang pernah diperiksa oleh KPPU, semua **pemborongan pekerjaan** merupakan suatu pekerjaan yang dimulai pada suatu titik dan berakhir dengan diselesaikannya pekerjaan tersebut, contoh: pembangunan bendung irigasi, pembangunan rumah dinas bupati, renovasi pasar, pembangunan sekolah, pelebaran jalan, pembangunan gedung.
6. Pemohon Kasasi II tegaskan kembali, calon mitra pada kasus a quo dipilih tidak untuk melakukan suatu pekerjaan “dadakan” atau “tertentu” atau “borongan” melainkan mendirikan perusahaan, mengelola proyek tersebut dan menjalankan terus perusahaan



tersebut guna memberi keuntungan pada perusahaan tersebut tanpa adanya batas waktu tertentu.

7. Begitu pula dengan pengadaan barang yang merupakan salah satu bentuk sangat klasik dari tender. Pasal 1 angka 16 UU No. 5 Tahun 1999 menerangkan yang dimaksud dengan barang yaitu setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha. Pasal 1 angka 17 UU No. 5 Tahun 1999 juga menerangkan yang dimaksud dengan jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.
8. Dari kedua pengertian di atas, calon mitra yang akan ikut berinvestasi bersama Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III tidak dapat dikategorikan pada barang atau jasa seperti yang dimaksud di atas.
9. Hal ini sejalan dengan Pendapat Hukum Prof. Erman Rajagukguk, SH., LL.M., Ph.D., dalam "Keterangan Ahli Prof. Erman Rajagukguk, SH., LL.M., Ph.D. (Vide: Halaman 4 Lampiran-4) di depan Sidang Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam Perkara Keberatan atas Putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010 tanggal 5 Januari 2011 berdasarkan Putusan Sela Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/Pdt.G/2011/PN.JKT.PST tertanggal 22 Agustus 2011, berikut kutipannya:
"Pemilihan partner strategis yang ikut berinvestasi tidak termasuk dalam klasifikasi barang dan atau jasa."
10. Sebagai bahan referensi, berikut adalah contoh-contoh kasus yang pernah diperiksa oleh KPPU (Termohon Kasasi) terkait dengan tender pengadaan barang:

| No | Nomor Perkara | Nama Perkara | No | Nomor Perkara | Nama Perkara |
|----|-----------------------------------|---|----|-----------------------------------|--|
| 1. | Putusan Perkara No.07/KPPU-L/2001 | Tender pengadaan bakalan sapi impor di Jawa Timur | 15 | Putusan Perkara No.18/KPPU-L/2007 | Tender paket pengadaan TV pendidikan dan perlengkapannya di Dinas Pendidikan Provinsi Sumatera Utara |
| 2. | Putusan Perkara No.08/KPPU-L/2004 | Pengadaan tinta sidik jari pemilu legislatif tahun 2004 | 16 | Putusan Perkara No.20/KPPU-L/2007 | Pengadaan alat kesehatan RSUD Brebes tahun anggaran 2006 |

Hal. 235 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

| | | | | | |
|-----|-----------------------------------|---|----|-----------------------------------|---|
| 3. | Putusan Perkara No.01/KPPU-L/2005 | Tender pengadaan alat kesehatan di RSUD Bekasi | 17 | Putusan Perkara No.21/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan pipa polyvinyl chloride (pvc) dan high density polyethylene (HDPE) |
| 4. | Putusan Perkara No.13/KPPU-L/2005 | Tender alat kesehatan di RSUD Cibinong | 18 | Putusan Perkara No.01/KPPU-L/2008 | Lelang pengadaan alat kesehatan, kedokteran dan KB RSUD Dr. Soeselo Kabupaten Tegal |
| 5. | Putusan Perkara No.16/KPPU-L/2005 | Tender alat uji kendaraan bermotor Dinas Perhubungan kota Surabaya | 19 | Putusan Perkara No.05/KPPU-L/2008 | Proyek pengadaan barang dan jasa kantor pelayanan pajak Batam |
| 6. | Putusan Perkara No.19/KPPU-L/2005 | Tender pengadaan Gamma Ray Container Scanner di Pelabuhan Batu Ampar, Batam | 20 | Putusan Perkara No.15/KPPU-L/2008 | Persekongkolan dalam pengadaan alat kedokteran, kesehatan dan KB RSUD Kabupaten Buleleng, Singaraja, Bali |
| 7. | Putusan Perkara No.20/KPPU-L/2005 | Tender pengadaan luminer atau bola lampu di Dinas PJU dan SJU DKI Jakarta | 21 | Putusan Perkara No.17/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan perlengkapan alat pemadam kebakaran Kota Balikpapan Tahun Anggaran 2007 |
| 8. | Putusan Perkara No.17/KPPU-L/2006 | Tender pengadaan Komponen Lampu di Suku Dinas PJU/SJU Kota Jakarta Selatan | 22 | Putusan Perkara No.18/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan Gamma Ray Container Scanner Dirjen Bea Cukai Tahun Anggaran 2007 |
| 9. | Putusan Perkara No.02/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan peralatan gizi tahun 2006 di RSUD A.Wahab Sjahranie Samarinda | 23 | Putusan Perkara No.22/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan peralatan kesehatan dan pembekalan (APBD/DAK) Lingkup Dinas Kesehatan Kabupaten Bangka tengah tahun 2007 |
| 10. | Putusan Perkara No.06/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan alat pembasmi/penyemprot nyamuk (mesin fogging) di Biro Administrasi Wilayah Provinsi DKI Jakarta Tahun 2006 | 24 | Putusan Perkara No.39/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan alat peraga buku pegayaan/referensi dan multimedia di Dinas Pendidikan Kota Madiun Tahun Anggaran 2007 |
| 11. | Putusan Perkara No.08/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan dan pemasangan lampu PJU dan Lampu Hias di Dinas Pertamanan dan Pemakaman Kota Bengkulu | 25 | Putusan Perkara No.41/KPPU-L/2008 | Lelang pengadaan Televisi, DVD, dan Antena di Dinas Pendidikan Provinsi Sumatera Utara Tahun Anggaran 2007 |
| 12. | Putusan Perkara No.12/KPPU-L/2007 | Pengadaan alat kesehatan penunjang puskesmas Kabupaten Sukabumi | 26 | Putusan Perkara No.44/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan pakaian dinas harian sekretariat Daerah Kabupaten Karanganya Tahun Anggaran 2007 |

Hal. 236 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



| | | | | | |
|----|-----------------------------------|---|----|-----------------------------------|--|
| 13 | Putusan Perkara No.13/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan bibit kelapa sawit Dinas Perkebunan Provinsi Kalimantan Selatan | 27 | Putusan Perkara No.49/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan alat kedokteran polysomnograph (PSG) di Rumah Sakit Duren Sawit oleh Dinas Kesehatan Provinsi DKI Jakarta |
| 14 | Putusan Perkara No.16/KPPU-L/2007 | Lelang pengadaan bibit karet, herbisida dan pupuk tablet PMLT Dinas Perkebunan Kabupaten Banjar, Kalimantan Selatan | 28 | Putusan Perkara No.60/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan pipa dan aksesoris di PDAM Tirta Raharja Kabupaten Bandung Tahun Anggaran 2008. |

* sumber: Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha, Penyusun: Prof. DR. Ningrum Natasya Sirait, S.H., M.Li, dkk, Penerbit: The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), halaman 98 hingga halaman 128.

* Pengadaan barang di atas ditandai dengan huruf tebal.

11. Berdasarkan data di atas, dapat diperoleh informasi bahwa perkara-perkara yang pernah diperiksa oleh KPPU, yang berkaitan dengan pengadaan barang memiliki unsur akan diadakannya suatu objek tertentu. Contoh: pengadaan baju dinas, pengadaan bibit karet, pengadaan bibit kelapa sawit, pengadaan alat penunjang kesehatan. Hal ini sangat berbeda dengan pemilihan calon mitra pada kasus a quo, tidak ada hubungannya dengan pengadaan barang seperti pada tender, melainkan mencari mitra investor yang nantinya akan diajak membentuk sebuah perusahaan.
12. Bentuk ketiga dari kegiatan pemborongan dalam tender adalah untuk menyediakan jasa. Mirip dengan memborong pekerjaan, maka penyediaan jasa juga merupakan suatu kegiatan yang sementara. Hal ini pun teramat berbeda dengan pencarian mitra kerja, yang dalam hal ini bukan untuk menyediakan jasa yang bersifat sementara, melainkan untuk mencari mitra yang akan mendirikan perusahaan bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II dan Medco, dimana perusahaan yang akan didirikan tersebut nantinya akan bertanggungjawab bagi kelangsungan usaha dan pemasaran produk layaknya pada perusahaan biasa. Oleh karena

Hal. 237 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



itu, bentuk penyediaan jasa juga tidak dapat disamakan dengan pemilihan mitra.

13. Sebagai bukti tak terbantahkan adalah fakta bahwa segera setelah Mitsubishi ditunjuk sebagai pemenang dalam seleksi calon mitra investor tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006, (Vide Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSNLG. PT DSLNG bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/II/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan pemenang dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan judex facti aquo yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

14. Berikut adalah beberapa contoh kasus yang pernah diputus oleh KPPU (Termohon Kasasi) terkait dengan "memborong suatu pekerjaan":

| No | Nomor Perkara | Nama Perkara | No | Nomor Perkara | Nama Perkara |
|----|-----------------------------------|--|----|-----------------------------------|---|
| 1. | Putusan Perkara No.05/KPPU-L/2004 | Tender jasa pengamanan yang diselenggarakan PT Thames Pam Jaya (PT TPJ) | 7. | Putusan Perkara No.24/KPPU-L/2007 | Tender kegiatan peningkatkan jalan di DPU Bina Marga Kabupaten Banyuwasin |
| 2. | PutusanPerkara No.06/KPPU-L/2006 | Tender perbaikan bangsal RSU Pematang Siantar | 8. | Putusan Perkara No.30/KPPU-L/2007 | Pelelangan umum pembangunan dan pemeliharaan jalan Sanggau |
| 3. | Putusan Perkara No.16/KPPU-L/2006 | Tender pekerjaan SKTM (Kabel Tegangan Menengah) 20KV Paket 4,9,20 dan 21 di PT PLN | 9. | Putusan Perkara No. 2/KPPU-L/2008 | Pengelolaan reklame bandara internasional Juanda |

Hal. 238 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



| | | | | | |
|----|-----------------------------------|--|----|-----------------------------------|--|
| | | Distribusi Jakarta Raya dan Tangerang (PLN Disjaya) Tahun Anggaran 2005 | | | |
| 4. | Putusan Perkara No.08/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan dan pemasangan lampu PJU dan Lampu Hias di Dinas Pertamanan dan Pemakaman Kota Bengkulu | 10 | Putusan Perkara No.25/KPPU-L/2008 | Persekongkolan dalam pelelangan pekerjaan pengadaan bahan kimia penghilang bau |
| 5. | Putusan Perkara No.11/KPPU-L/2007 | Tender pekerjaan peningkatan jalan Macoppe-Labessi di Kabupaten Soppeng, Sulawesi Selatan Tahun 2006 | 11 | Putusan Perkara No.31/KPPU-L/2008 | Lelang kegiatan koordinasi dan pengembangan ketenagalistrikan pekerjaan materisasi dan penataan LPJU Kota Salatiga Tahun Anggaran 2007 |
| 6. | Putusan Perkara No.30/KPPU-L/2007 | Pelelangan umum pembangunan dan pemeliharaan jalan Sanggau | 12 | Putusan Perkara No.33/KPPU-L/2008 | Tender pengadaan dan pemasangan listrik pedesaan tenaga surya (PLTS) di Kabupaten Bengkalis Provinsi Riau, Tahun Anggaran 2007 |

* sumber: Buku Penjelasan Katalog Putusan KPPU, Periode 2000-September 2009 Penyusun: Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (KPPU), halaman 20 hingga halaman 105.

* “penyediaan jasa” di atas ditandai dengan huruf tebal.

15. Berdasarkan 12 contoh kasus di atas yang pernah diperiksa oleh KPPU, seluruh penyediaan jasa jelas terkait dengan suatu pekerjaan yang bersifat sementara hingga suatu proyek selesai. Contoh: penyediaan jasa pengamanan, perbaikan bangsal, perbaikan jalan, pengembangan listrik, pengelolaan reklame. Namun, dapat dilihat bahwa pemilihan calon mitra investor pada kasus a quo tidak ada hubungannya dengan penyediaan jasa yang bersifat sementara.
16. Pendapat senada juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya berjudul “Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender” di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, halaman 14, Paragraf 4, paragraph 5 dan paragraf 6 (Lampiran 10):
“Pemilihan partner strategis yang banyak dilakukan korporasi bukanlah dalam arti penyelenggaraan tender barang dan jasa seperti yang dimaksud Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun



1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No. 5 Tahun 1999). Mengapa? Tender dalam Pasal 22 adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Nyata-nyata ada barang dan jasa yang dikompetisikan pada proses itu.

Di sisi lain, dalam pemilihan mitra usaha tidak ada pemborongan pekerjaan, tidak ada pembelian/penjualan barang dan jasa, serta tidak ada tawaran mengajukan harga. Sebagaimana telah dijelaskan, pemilihan mitra usaha bertujuan mendapatkan partner yang akan melakukan investasi dalam mengembangkan suatu proyek tertentu.

Oleh karena itu, pemilihan partner didasari kemampuan menyediakan modal dan pengalaman melaksanakan proyek yang dimaksud. Kedua hal itu hanya dapat diperoleh berdasarkan kepercayaan kepada data dan modal yang tersedia dan kepercayaan kepada mitra yang bersangkutan (mitra yang terpilih). Pemilihan mitra tidak terikat dengan peraturan apapun dan tidak ada satu pun ketentuan yang mengaturnya.”

17. Dari penjelasan-penjelasan di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa seleksi calon mitra bukanlah suatu tindakan penawaran untuk memborong suatu pekerjaan, untuk pengadaan barang ataupun penyediaan jasa, maka sudah tentu kegiatan seleksi calon mitra bukan merupakan tender seperti yang dimaksud oleh Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Oleh karena itu, putusan KPPU yang kemudian diperkuat oleh Putusan Judex Facti yang menerapkan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 untuk menghukum Pemohon Kasasi II yang melakukan seleksi calon mitra sudah sepatutnya untuk dibatalkan oleh Majelis Hakim Agung Yang Mulia dan Bijaksana.

VI.E.2. TENDER MEMILIKI UNSUR BUDAYA PEMBAYARAN HARGA SERTA PERALIHAN TANGGUNG JAWAB DARI PEMILIK PEKERJAAN (OWNER) KEPADA PENYEDIA (PROVIDER) SEDANGKAN DALAM SELEKSI CALON MITRA YANG DILAKUKAN OLEH Pemohon Kasasi II TIDAK ADA PEMBAYARAN HARGA MAUPUN PERALIHAN TANGGUNG JAWAB TERSEBUT

Hal. 240 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



1. Dalam proses tender, terdapat tawaran dari peserta tender yang akan diikuti oleh pembayaran harga serta peralihan tanggung jawab dari pemilik pekerjaan (owner) kepada penyedia (provider). Sedangkan dalam proses pemilihan calon mitra Donggi-Senoro, calon mitra tidak mengajukan penawaran harga dan tidak ada peralihan tanggung jawab. Tujuan pemilihan calon mitra mencari mitra yang memiliki kemampuan (bonafid) untuk secara bersama-sama Medco membentuk perusahaan baru dalam menjalankan bisnis Liquefied Natural Gas (LNG) dengan aktifitas hilir. Oleh sebab itu, mitra yang terpilih akan menanggung risiko bisnis bersama-sama (sharing risk) dengan menyertakan modalnya sebagai pemegang saham untuk menjalankan satu perusahaan.
2. Hal tersebut dapat dilihat dari Terms of Reference tanggal 1 September 2006 (TOR1) dan Terms of Reference tanggal 8 September 2006 (TOR2). Berikut adalah kutipan dari TOR 1 dan TOR 2 sekaligus:

TOR 1

"Downstream company comprising representatives of shareholders shall be established to conduct all downstream activities (i.e. pre-project, project, sales/marketing, financing, etc)."

Terjemahan tidak resmi:

"Perusahaan hilir yang terdiri dari perwakilan-perwakilan para pemegang saham akan didirikan untuk melakukan seluruh aktivitas hilir (sebagai contoh pra-proyek, proyek, penjualan/pemasaran, keuangan, dll.)"

TOR 2

"Downstream company (PT) comprising representatives of potential partners and PERTAMINA and MEDCO shall be established to conduct all Downstream activities (i.e. pre-project, project, sales/marketing, financing, etc)."

"Project management and development activities will be undertaken by a project development team, comprising representatives of PERTAMINA, MEDCO and Potential Partner."

Terjemahan tidak resmi:

"Perusahaan hilir (PT) yang terdiri dari perwakilan-perwakilan para mitra potensial dan PERTAMINA serta MEDCO akan didirikan



untuk melakukan seluruh aktivitas hilir (sebagai contoh pra-proyek, proyek, penjualan/pemasaran, keuangan, dll.)”

3. Dengan membaca TOR secara utuh dan komprehensif, maka dapatlah ditarik sebuah fakta bahwa dalam pemilihan calon mitra investor tidak mengandung adanya unsur penawaran harga maupun peralihan tanggung jawab, sebab calon mitra yang dipilih akan menanggung bersama resiko pekerjaan di masa yang akan datang bersama dengan Pemohon Kasasi dan Medco sebagai penyelenggara dari pemilihan calon mitra.
4. Sebagai bukti tak terbantahkan adalah fakta bahwa segera setelah Mitsubishi ditunjuk sebagai pemenang dalam seleksi calon mitra investor tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006, (Vide Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG. PT DSLNG bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Naturan Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan pemenang dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan judex facti aquo yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

VI.F. RUANG LINGKUP TENDER YANG DIATUR OLEH PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN SSELALU TERKAIT KEGUATAN PENYEDIAAN BARANG DAN JASA, JAUH BERBEDA DENGAN KEGIATAN SELEKSI YANG DILAKUKAN Pemohon Kasasi II DAN MEDCO YANG TIDAK DIATUR OLEH PERATURAN MAUPUN YANG BERTUJUAN UNTUK MENDAPATKAN CALON MITRA INVESTOR

Hal. 242 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

1. Salah satu perbedaan yang mendasar antara tender dengan seleksi calon mitra investor adalah penyelenggaraan tender (pengadaan barang/jasa pemerintah) tunduk pada suatu peraturan sedangkan seleksi calon mitra investor, sama sekali tidak terikat dengan peraturan apapun.
2. Berikut adalah beberapa peraturan tender yang pernah berlaku hingga perubahan terakhirnya yang tentu saja tidak sedikit pun menjangkau “beauty contest” apalagi seleksi calon mitra investor:
 - a. Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Keppres Nomor 80 Tahun 2003).
 - b. Keputusan Presiden Nomor 61 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Keppres Nomor 61 Tahun 2004).
 - c. Peraturan Presiden Nomor 32 Tahun 2005 tentang Perubahan Kedua Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres Nomor 32 Tahun 2005).
 - d. Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2005 tentang Perubahan Ketiga Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres Nomor 70 Tahun 2005).
 - e. Peraturan Presiden Nomor 8 Tahun 2006 tentang Perubahan Keempat Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres Nomor 8 Tahun 2006).
 - f. Peraturan Presiden Nomor 79 Tahun 2006 tentang Perubahan Kelima Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres Nomor 79 Tahun 2006).
 - g. Peraturan Presiden Nomor 85 Tahun 2006 tentang Perubahan Keenam Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres Nomor 85 Tahun 2006).
 - h. Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2007 tentang Perubahan Ketujuh Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003

Hal. 243 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres Nomor 95 Tahun 2007).

- i. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang telah menghapus peraturan sebelumnya (Perpres Nomor 54 Tahun 2010).
3. Apabila hendak ditelusuri lebih lanjut, peraturan bagi tender yang berlaku pada saat beauty contest a quo dimulai adalah Keppres Nomor 80 Tahun 2003 hingga perubahan keempatnya, yaitu Perpres Nomor 8 Tahun 2006. Di sisi lain untuk beauty contest, tidak ada peraturan yang mengaturnya.
4. Berikut adalah hal-hal utama yang diatur dalam peraturan tender diselenggarakan:
 - a. Peraturan-peraturan tersebut berlaku untuk pengadaan barang atau jasa yang pembiayaannya sebagian atau seluruhnya dibebankan pada APBN/APBD, pengadaan barang atau jasa yang sebagian atau seluruhnya dibiayai dari pinjaman/hibah luar negeri (PHLN) yang sesuai atau tidak bertentangan dengan pedoman dan ketentuan pengadaan barang atau jasa dari pemberi pinjaman atau hibah bersangkutan, pengadaan barang atau jasa untuk investasi di lingkungan BI, BHMN, BUMN, BUMD, yang pembiayaannya sebagian atau seluruhnya dibebankan pada APBN/APBD.

Pembiayaannya proyek Donggi-Senoro sebagian atau seluruhnya tidak dibebankan pada APBN/APBD melainkan modal masing-masing pihak yang terkait, termasuk calon mitra terpilih.
 - b. Pengertian “Barang” menurut ketentuan-ketentuan tersebut adalah benda dalam berbagai bentuk dan uraian, yang meliputi baham baku, barang setengah jadi, barang jadi/peralatan, yang spesifikasinya diterapkan oleh pengguna barang/jasa.

Dalam perkara a quo, tujuan dari proses seleksi calon mitra untuk memilih calon mitra yang tentu saja bukan termasuk kategori barang atau jasa seperti yang dimaksud dalam peraturan tender tersebut.
 - c. Demikian juga halnya dengan jasa yang dalam peraturan-peraturan tersebut dikenal sebagai jasa pemborongan. Jasa

Hal. 244 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



pemborongan adalah layanan pekerjaan pelaksanaan konstruksi atau wujud fisik lainnya yang perencanaan teknis dan spesifikasinya ditetapkan pengguna barang/jasa dan proses serta pelaksanaannya diawasi oleh pengguna barang/jasa.

Dari penjelasan tersebut, tentu saja pemilihan calon mitra usaha tidak masuk dalam ruang lingkup jasa pemborongan tersebut.

d. Tender mengenal proses prakualifikasi dan pascakualifikasi dengan prinsip-prinsip pengaturannya yang baku sedangkan ketentuan-ketentuan tersebut tidak terdapat dalam beauty contest a quo.

5. Hal ini juga dikuatkan oleh Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, melalui Suratnya tertanggal 24 September 2010, Nomor B-1212/LKPP/D.IV.1/09/2010, (Vide Lampiran-5), yang menyatakan:

3. "Proses pemilihan mitra kerja oleh PT Pertamina IPersero) dengan PT Medco Energi International melalui beauty contest bukan merupakan praktek yang menghambat persaingan sehat...Beauty contest tersebut sepenuhnya menjadi wewenang kedua perusahaan tersebut dalam menentukan mitra kerja yang dibutuhkan untuk mendukung pelaksanaan pekerjaan;

5. Pemilihan mitra kerja dalam pembentukan usaha baru dan pemasaran produk dengan cara beauty contest, menurut kami bukan merupakan persekongkolan sebagaimana dimaksud pada pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat."

6. Pendapat senada juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya berjudul "Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender" di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, halaman 14, Paragraf 4, paragraph 5 dan paragraf 6 (Lampiran 10):

"Pemilihan partner strategis yang banyak dilakukan korporasi bukanlah dalam arti penyelenggaraan tender barang dan jasa seperti yang dimaksud Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha



Tidak Sehat (UU No. 5 Tahun 1999). Mengapa? Tender dalam Pasal 22 adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Nyata-nyata ada barang dan jasa yang dikompertisikan pada proses itu.

Di sisi lain, dalam pemilihan mitra usaha tidak ada pemborongan pekerjaan, tidak ada pembelian/penjualan barang dan jasa, serta tidak ada tawaran mengajukan harga. Sebagaimana telah dijelaskan, pemilihan mitra usaha bertujuan mendapatkan partner yang akan melakukan investasi dalam mengembangkan suatu proyek tertentu.

Oleh karena itu, pemilihan partner didasari kemampuan menyediakan modal dan pengalaman melaksanakan proyek yang dimaksud. Kedua hal itu hanya dapat diperoleh berdasarkan kepercayaan kepada data dan modal yang tersedia dan kepercayaan kepada mitra yang bersangkutan (mitra yang terpilih). Pemilihan mitra tidak terikat dengan peraturan apapun dan tidak ada satu pun ketentuan yang mengaturnya."

7. Sebagai bukti tak terbantahkan adalah fakta bahwa segera setelah Mitsubishi ditunjuk sebagai pemenang dalam seleksi calon mitra investor tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006, (Vide Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG. PT DSLNG bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan pemenang dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah

Hal. 246 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



putusan judex facti aquo yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

8. Dari seluruh uraian tentang peraturan-peraturan tender, Pendapat Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, dan pendapat ahli di atas, terlihat lebih jelas lagi bahwa secara mendasar, karakteristik pemilihan calon mitra sangat berbeda jauh dengan ruang lingkup tender sebagaimana yang dimaksud dengan UU No. 5 Tahun 1999 maupun peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan pengaturan tender. Oleh sebab itu Majelis Hakim Agung yang Terhormat, terbukti bahwa kesalahan Majelis Judex Facti dalam melakukan penerapan hukum di kasus aquo.

VII. APABILA PASAL 22 UU NO. 5 TAHUN 1999 TETAP HENDAK DIPAKSAKAN PADA KASUS A QUO, WALAUPUN SANGAT KELIRU, TETAP SAJA UNSUR-UNSUR PASAL 22 UU NO. 5 TAHUN 1999 TIDAK TERPENUHI

1. Tindakan pemaksaan interpretasi atas unsur-unsur sebuah perbuatan 'tender' terhadap perbuatan 'Seleksi Calon Mitra Investor' jelas-jelas merupakan tindakan yang teramat kejam, salah dan sewenang-wenang. Apabila interpretasi tersebut dilakukan secara objektif, maka penafsiran-penafsiran terhadap unsur pasal tender, yang dijadikan dasar atau parameter untuk menilai sebuah tindakan yang jelas-jelas berbeda, jelas sampai kapanpun tak akan mungkin bisa menjangkau perbuatan 'beauty contest'.
2. Untuk membongkar kesewenang-wenangan atau paling tidak kesalahan Judex Facti maupun KPPU dalam menerapkan hukum, maka mari secara objektif kita membaca ketentuan tender yang tertuang dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, sebagai berikut:
"Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemegang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat."
Selanjutnya, penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 berbunyi:
"Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa."

Hal. 247 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



3. Dari pasal tersebut, dapat dijabarkan unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 beserta penjelasannya sebagai berikut:
 - a. Unsur pelaku usaha;
 - b. Unsur bersekongkol (untuk mengatur dan memenangkan peserta);
 - c. Unsur pihak lain;
 - d. Mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.
4. Mantan Hakim Agung Dr. Susanti Adi Nugroho (Vide: halaman 9 Lampiran-7) juga berpendapat bahwa unsur “tender” dalam Pasal 22 tidak dapat terpenuhi. Berikut pendapat beliau:

“Berdasarkan fakta-fakta yang terungkap pada posita atau duduk perkaranya dalam perkara No.35/KPPU-I/2010, menurut pendapat ahli bahwa salah satu unsur dari Pasal 22 adalah “tender”. Dengan berpedoman dengan definisi tender baik dalam Undang-Undang maupun Pedoman KPPU, unsur tender ini tidak terpenuhi jika dikaitkan dengan data-data yang saksi peroleh:

 - a. Pasal 22 mengatur bersekongkol untuk menentukan pemenang tender, sedangkan tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk pengadaan barang dan atau penyediaan jasa;
 - b. Berdasarkan fakta dari data-data yang saksi peroleh perkara No.35/KPPU-I/2010 bukan merupakan tender pengadaan barang dan atau jasa, sebagaimana ditentukan pasal 22 dan Pedoman Larangan Persekongkolan Tender, tetapi lebih bersifat mencari investor atau partner kerjasama yang mempunyai keahlian seperti yang mempunyai rencana kerja yang baik, profesionalitas dan pengalaman kerja dalam bidang yang berkaitan dengan proyek Mationdok dan Senoro, dan yang mempunyai kemampuan keuangan dan sumber daya manusia yang berpengalaman dalam pengembangan dan pemasaran bisnis LNG;
5. Pendapat senada juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya berjudul “Pemilihan Mitra Strategis Korporasi Bukan Tender” di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, halaman 14, Paragraf 4, paragraph 5 dan paragraf 6 (Lampiran 10):

Hal. 248 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“Pemilihan partner strategis yang banyak dilakukan korporasi bukanlah dalam arti penyelenggaraan tender barang dan jasa seperti yang dimaksud Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No. 5 Tahun 1999). Mengapa? Tender dalam Pasal 22 adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Nyata-nyata ada barang dan jasa yang dikompetisikan pada proses itu.

Di sisi lain, dalam pemilihan mitra usaha tidak ada pemborongan pekerjaan, tidak ada pembelian/penjualan barang dan jasa, serta tidak ada tawaran mengajukan harga. Sebagaimana telah dijelaskan, pemilihan mitra usaha bertujuan mendapatkan partner yang akan melakukan investasi dalam mengembangkan suatu proyek tertentu.

Oleh karena itu, pemilihan partner didasari kemampuan menyediakan modal dan pengalaman melaksanakan proyek yang dimaksud. Kedua hal itu hanya dapat diperoleh berdasarkan kepercayaan kepada data dan modal yang tersedia dan kepercayaan kepada mitra yang bersangkutan (mitra yang terpilih). Pemilihan mitra tidak terikat dengan peraturan apapun dan tidak ada satu pun ketentuan yang mengaturnya.”

6. Untuk menguraikan secara lebih jelas unsur-unsur tersebut, maka Pemohon Kasasi II akan mengelaborasinya dalam bagian-bagian sebagai berikut:

VII.A. TIDAK TERPENUHINYA UNSUR PELAKU USAHA

1. Pelaku usaha menurut Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999 adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum Negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi. Pemohon Kasasi II bukanlah pelaku usaha dalam perkara proyek Donggi Senoro tersebut sebab Pemohon Kasasi II bukanlah pihak yang menentukan pemenang tender, dan



seperti yang akan dijelaskan di bagian selanjutnya, tidak ada tender yang terjadi dalam kasus a quo.

Merujuk pada Putusan KPPU halaman 236-237, bagian Tentang Hukum, angka 10.3, maka yang dimaksud dengan pelaku usaha dalam perkara ini adalah Mitsubishi Corporation. Berikut kutipannya:

“10.3.2 Bahwa berdasarkan analisis terhadap Identitas Para Terlapor, yang dimaksud pelaku usaha dalam perkara ini adalah Terlapor IV, Mitsubishi Corporation sebagaimana dimaksud pada Bagain Tentang Hukum butir 2.4 di atas.”

Oleh sebab itu, Pemohon Kasasi II bukanlah pelaku usaha sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 22 juncto pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999. Dengan tidak terpenuhinya satu unsur ini maka unsur selanjutnya sudah pasti tidak dapat dijadikan sebagai dasar untuk menyatakan Pemohon Kasasi II bersalah melanggar pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

VII.B. TIDAK TERPENUHINYA UNSUR BERSEKONGKOL UNTUK MENGATUR DAN MEMENANGKAN PESERTA MAUPUN DALIL BAHWA SELEKSI CALON MITRA INVESTOR BERSIFAT DISKRIMINATIF

1. Pemohon Kasasi II menolak kesimpulan yang menyatakan adanya persekongkolan untuk mengatur dan memenangkan peserta dan diskriminasi dalam 'Seleksi Calon Mitra Investor'.
2. Menurut Dr. Susanti Adi Nugroho, Mantan Hakim Agung Republik Indonesia, terkait unsur persekongkolan, ada hal-hal yang terlebih dahulu harus dibuktikan atau paling tidak mengindikasikan benar tidaknya terjadi persekongkolan. Berikut pendapat beliau yang disampaikannya secara tertulis pada tanggal 11 November 2011 (Vide: Halaman 4-5 Lampiran-7) dalam pemeriksaan di KPPU:
“Seperti diketahui bahwa Pasal 22 mengatur persekongkolan untuk menentukan pemenang tender dalam pengadaan barang dan jasa. Persekongkolan untuk memenangkan tender dapat dilakukan dalam berbagai cara, dapat dilakukan antara sesama pelaku usaha penyedia barang dan jasa pesaingnya (persekongkolan horizontal), maupun antara pelaku usaha penyedia barang atau jasa, peserta tender dengan pihak lain.

Hal. 250 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Pihak lain ini biasanya pengguna barang atau jasa atau panitia tender atau pemiliknya (persekongkolan vertical). Persekongkolan dapat juga terjadi secara bersama-sama horizontal & vertical yang melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender, baik antara peserta tender sendiri maupun antara peserta tender atau penyedia jasa dengan pihak lain.

Persekongkolan ini, baik horizontal, vertical maupun horizontal & vertikal, dapat dilakukan dalam berbagai cara, tergantung masing-masing perkaranya, dalam praktek secara umum dapat diindikasikan misalnya:

- Kerjasama antara sesama peserta tender, misalnya mengupayakan agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang, dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran;
- Kerjasama antara sesama peserta tender, dan pihak yang kalah dijanjikan menjadi sub kontraktor;
- Menentukan persyaratan-persyaratan yang mengarah pada produk barang tertentu, atau perusahaan tertentu, meskipun proses penawaran tetap dilaksanakan;
- Panitia tender memberikan kemudahan-kemudahan bagi peserta tender tertentu sehingga ia dapat memenangkan tender;
- Memenangkan tender kepada pelaku usaha yang tidak memenuhi persyaratan;
- Melakukan penunjukan langsung melalui negosiasi harga ataupun teknis;
- Proses tender fiktif yang melibatkan panitia tender pemberi pekerjaan dan pelaku usaha yang melakukan penawaran secara tertutup.

Berbagai jenis persekongkolan yang ditetapkan pada Pedoman Larangan Persekongkolan Tender antara lain:

- Melakukan pendekatan dan kesepakatan dengan instansi terkait/penyelenggara/panitia sebelum pelaksanaan tender mengenai berbagai hal yang dapat mengarah untuk memenangkan pelaku usaha tertentu;



- Melakukan pendekatan dan kesepakatan mengenai spesifikasi, merek, jumlah, tempat dan waktu penyerahan barang dan jasa yang akan ditenderkan;
- Melakukan pendekatan dan kesepakatan mengenai cara, tempat, waktu dan batasan pengumuman tender;
- Melakukan komunikasi atau berbagi informasi yang terkait dengan harga penawaran yang akan diajukan dalam tender;
- Memberi kesempatan secara eksklusif atau lebih oleh penyelenggara/panitia kepada pelaku usaha tertentu;
- Menciptakan persaingan semu;
- Melakukan penyesuaian penawaran antar pelaku usaha/peserta tender;
- Melakukan pembagian kesempatan memenangkan tender di antara pelaku usaha/peserta tender;
- Melakukan penyesuaian termasuk manipulasi persyaratan tender dan penawaran yang diterima untuk pelaku usaha/peserta tender tertentu.

Indikasi adanya persekongkolan sebagaimana dicantumkan di atas, haruslah dibuktikan dengan adanya fakta-fakta yang mendukung adanya persekongkolan dalam proses tender. Jika tidak ada bukti-bukti yang mendukung, maka indikasi tersebut merupakan indikasi semu atau asumsi yang tidak dapat digunakan sebagai pembuktian yang sah.

3. Dalam proses seleksi calon mitra, unsur persekongkolan sama sekali tidak terbukti, sebab semua calon mitra diperlakukan sama. Tidak benar sama sekali putusan KPPU pada halaman 227 Bagian 8 tentang Persekongkolan butir 8.9.1 yang pada intinya menyatakan bahwa Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III melakukan diskriminasi, terbukti dari fakta sebagai berikut:
 - a. Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III tidak punya kewajiban untuk mengadakan 'Seleksi Calon Mitra Investor', sebab Pemohon Kasasi II sepenuhnya bebas menunjuk mitranya berdasarkan kesepakatan.
 - b. Tidak ada kepentingan dan manfaat sama sekali untuk bersekongkol memenangkan Mitsubishi melalui proses seleksi calon mitra investor ini, karena pada kenyataannya Pemohon Kasasi II dan Medco telah mengundang 10 (sepuluh) calon



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

mitra potensial yang dipandang sebagai perusahaan bertaraf internasional dengan reputasi baik.

c. Kalau benar ada persekongkolan, quod non, padahal tidak, untuk mengatur dan memenangkan Mitsubishi, maka Pemohon Kasasi II:

(i) Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III tidak perlu mengundang para pebisnis internasional tetapi cukup dengan menunjuk Mitsubishi secara langsung.

(ii) Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III juga tidak perlu melakukan evaluasi secara independen dan tersendiri atas proposal yang diterimanya.

(iii) Pemohon Kasasi II dan Pemohon Kasasi III sepenuhnya bebas untuk meminta langsung proposal dari Mitsubushi tanpa perlu mengundang calon mitra lainnya dan tidak perlu pula mengadakan proses seleksi calon mitra ini.

d. Tidak ada perlakuan eksklusif kepada Mitsubishi. Komunikasi dilakukan dengan para pebisnis lainnya seperti LNGEU/LNGI, BG Asia Pacific Ltd, LNG Japan Corp, Marubeni Corporation, Anadarko, Itochu dan Mitsui, bukan hanya terhadap Pemohon Kasasi I (Mitsubishi);

e. KPPU mengabaikan klarifikasi Pemohon Kasasi II sebagaimana tercatat dalam Putusan KPPU halaman 62-72, yang menyatakan bahwa pertemuan, diskusi maupun komunikasi tidak hanya dilakukan kepada Mitsubishi (Pemohon Kasasi I), namun juga kepada LNGEU/LNGI, Itochu Corporation, Anadarko, British Gas Asia Pacific Ltd, LNG Japan Corporation, Mitsui dan Marubeni Corporation.

f. Tidak benar bahwa undangan tanggal 13 September 2006 mengindikasikan adanya diskriminasi. Adanya undangan tambahan pada tanggal 13 September 2006 kepada British Gas Asia Pasific Pte.Ltd, Japan Petroleum Exploration dan PT Pacific Oil & Gas Indonesia adalah karena pernyataan minat dari ketiga perusahaan tersebut untuk berpartisipasi dalam proses seleksi calon mitra;

g. Oleh sebab itu, karena Pemohon Kasasi II berniat baik demi terdapatnya calon mitra yang paling bagus maka undangan kepada ketiga perusahaan tersebut dikirimkan, terlepas dari

Hal. 253 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

undangan kepada tujuh perusahaan yang telah dikirimkan pada tanggal 1 September 2006. Ditambah lagi, ketiga perusahaan tersebut sama sekali tidak keberatan dengan jangka waktu pengiriman undangan tersebut baik pada saat maupun setelah proses seleksi calon mitra. Fakta hukum ini menunjukkan sifat fleksibilitas dalam proses pemilihan mitra (penambahan pengiriman undangan kepada calon mitra yang berminat) yang jelas-jelas sangat berbeda dengan tender pengadaan barang dan jasa.

- h. Adanya perbedaan tanggal tersebut tidak dapat dibuktikan oleh KPPU sebagai permintaan dari Mitsubishi. Pemohon Kasasi II telah membuktikan bahwa keterlambatan tersebut diakibatkan permintaan dari ketiga perusahaan tersebut dan tidak mengakibatkan kerugian bagi ketiga perusahaan tersebut.
- i. Terpilihnya Mitsubishi karena Mitsubishi telah memenuhi persyaratan TOR dan Proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik. Proses penilaian yang diterapkan oleh Pemohon Kasasi II dan Medco berlaku secara sama kepada semua calon mitra. Walaupun ada perbedaan cara menilai, tapi hasilnya pada kenyataannya menghasilkan banyak persamaan dibandingkan perbedaan, karena berdasarkan hasil penilaiannya masing-masing, baik Pemohon Kasasi II maupun Medco merekomendasikan Mitsui dan Mitsubishi. Mengenai perbedaan penilaian antara Pemohon Kasasi II dan Medco dalam proses seleksi tersebut merupakan suatu hal biasa dalam proses seleksi, sebab Pemohon Kasasi II dan Medco merupakan badan hukum terpisah, yang memiliki pengalaman maupun karakter yang berbeda yang berakibat pada pembobotan penilaian yang berbeda terhadap suatu proposal. Dalam keadaan bagaimanapun, pada akhirnya penilaian masing-masing akan digabungkan dengan hasil penilaian dari yang lain, dan hal itu tidak dapat ditafsirkan sebagai mengarahkan pemenang. Jadi, sangat tidak benar dalil-dalil KPPU yang disampaikan dalam ayat 1 sampai 3 halaman 222-223 Putusan KPPU.
- j. tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Mitsubishi bersama-sama dengan Pertamina dan Medco sejak awal bertujuan untuk

Hal. 254 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



memperlakukan Mitsubishi lebih baik dibandingkan dengan para peserta lainnya. Selain itu, juga tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Mitsubishi bersama-sama dengan Pertamina dan Medco sejak awal bertujuan untuk menentukan Mitsubishi sebagai pemenang.

4. Tidak terbuktinya telah terjadinya persekongkolan juga telah disampaikan oleh Dr. Susanti Adi Nugroho, S.H, M.H, (Vide: Halaman 5-7 Lampiran-7) yang secara independen menyampaikan:

“Berdasarkan berbagai jenis atau cara persekongkolan, jika dikaitkan dengan perkara No. 35/KPPU-I/2010, berdasarkan data-data yang saksi peroleh tidak terindikasi adanya persekongkolan untuk memenangkan beauty contest, hal ini ternyata dari fakta-fakta yang disampaikan dan diperoleh dari Laporan Dugaan Pelanggaran KPPU bulan Juni sebagai berikut:

- a. Berdasarkan ketentuan pasal 1 sub 8 Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha yang satu dengan pelaku usaha lainnya dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol;
- b. Perkara tersebut bukanlah pengadaan barang dan jasa atau penyediaan jasa, seperti yang diatur dalam pasal 22 maupun penjelasannya, tetapi proses mencari investor atau partner kerja yang berkaitan dengan proyek gas LNG di Matindok dan Senoro. Karena tujuan proyek tersebut adalah untuk mencari investor untuk kerjasama, maka dalam memutuskan pemenangnya, sarat dengan pertimbangan seperti: perencanaan kerja yang baik, profesionalitas dan pengalaman kerja dalam bidang yang berkaitan dengan proyek Matindok dan Senoro serta yang mempunyai keuangan dan sumber daya manusia yang memadai;
- c. Karena tujuan proyek tersebut adalah untuk mencari investor kerja, maka disebut sebagai “beauty contest” bukan sebagai “tender”, untuk mengundang pelaku usaha/industri yang berminat, agar memberikan proposalnya yang berkaitan dengan proyek Matindok dan Senoro dan mempresentasikan pendapatnya pada waktu dan tempat yang ditentukan oleh

Hal. 255 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- kedua operator proyek tersebut (PT Pertamina dan Medco Energi Internasional, Tbk);
- d. Bahwa beauty contest mencari investor tersebut tidak hanya diikuti Mitsubishi Corporation dan LNG EU saja, tetapi ada 10 peminat potensial lainnya, a.l: LNG Japan Corporation, Mitsui & Co. Ltd; Marubeni Corporation; Toyota Tsusho Corporation; PT Pasific Oil & Gas Indonesia dll (Laporan Dugaan Pelanggaran, halaman 35, 36);
 - e. Bahwa Mitsubishi Corporation baru berkeinginan untuk turut serta dalam pengembangan proyek LNG Matindok dan Senoro tanggal 12 Januari 2006, dan keinginan ini disambut baik oleh Pertamina dan Medco Energi Internasional, Tbk yang kemudian disusul dengan pengajuan proposal dan pertemuan-pertemuan lanjutan, baik dengan Pertamina maupun dengan Medco Energi Internasional Tbk.
 - f. Medco Energi Internasional Tb memintra Mitsubishi Corporation (MC) untuk melakukan due diligence terhadap beberapa data atau pekerjaan awal yang pernah dilakukan oleh LNGI pada proyek Senoro. LNGI menyetujui due diligence itu dan meminta dibuatnya perjanjian kerahasiaan (confidentiality agreement) antara LNGI dengan MC;
 - g. Bahwa hasil dari due diligence oleh Mitsubishi Corporation (MC) dipresentasikan dan diserahkan kepada Pertamina dan Medco Energi Internasional, Tbk, sebagai pihak yang memerintahkan. Apakah hasil due diligence tersebut diberikan kepada LNGI atau tidak adalah kewenangan Pertamina dan Medco Energi International, Tbk, bukan kewenangan Mitsubishi Corporation (MC);
 - h. Tidak saja MC tetapi juga Mitsui & Co. Ltd dan Anardarko Indonesia Company yang diminta oleh Medco Energi Internasional Tbk untuk melakukan due diligence terhadap data atau informasi LNGI;
 - i. Untuk tahap Beauty Contest, dalam melakukan evaluasi penilaian dari proposal yang potensial yang diterima, Medco Energi Internasional Tbk juga bekerjasama dengan Price Waterhouse Coopers (PWC), White & Case dan untuk membuat criteria evaluasi bekerjasama dengan Widyawan & Partners;

Hal. 256 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- j. Bahwa setelah dilakukan seleksi penilaian ada 3 potensial partners yang direkomendasikan oleh Proce Waterhouse Coopers (PWC), yaitu Mitsubishi Corporation (MC), PT LNGEU/Osaka Gas/Solar dan Mitsui & Co. Ltd. Dari 3 potensial partners tersebut menyatakan masih perlu dilakukan evaluasi dan perbaikan proposal kearah penyempurnaan bukan pembicaraan untuk persekongkolan untuk memenangkan beauty contest;
- k. Tanggal 20 Oktober 2006, Pertamina menyampaikan surat kepada Mitsubishi Corporation dan Mitsui & Co. Ltd bahwa berdasarkan evaluasi terhadap proposal potensial partner, Mitsubishi Corporation (MC) dan Mitsui & Co. Ltd., terpilih dalam shortlisted partner untuk proyek hilir Donggi-Senoro LNG, namun masih perlu dilakukan klarifikasi dan pertanyaan-pertanyaan tambahan untuk memperjelas proposalnya. Dan kepada calon partner perusahaan-perusahaan yang tidak terpilih, juga telah diberitahukan secara resmi/tertulis;
- l. Keduanya sebagai shortlisted partner diminta untuk menyampaikan revisi proposal, terutama memuat komitmen yang mengikat (binding commitment) bahwa jika Pertamina, dan Medco Energy Internasional Tbk dan partner terpilih tidak mendapatkan pembeli LNG (LNG offtaker) dalam waktu yang ditetapkan, partner terpilih akan membeli semua LN untuk pasar Jepang (standby partner offtake guarantee) Proposal yang telah direvisi juga memuat jaminan harga LNG yang mengacu pada formulir harga ditujukan Pertamina dan PT Medco Energi Internasional tanggal 1 Desember 2006 – (lihat surat Pertamina 23 November 2006);
- m. Dari partner selection result tersebut Mitsubishi Coporation terpilih sebagai partner, sedangkan Mitsui & Co meskipun dapat menunjukkan legally binding commitment untuk offtake guarantee, development schedule dan LNG plant processing fee, namun dalam proposal ketiga yang disampaikan hanya berisi informasi dan indikasi yang tidak mengikat (non-legall binding), karena Mitsui & Co masih memerlukan informasi kelengkapan lainnya dan perlu meninjau kembali hasil due

Hal. 257 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

diligent untuk membuat legally binding (hlm 56-57 dari Laporan Dugaan Pelanggaran KPPU bulan Juni);

- n. Bahwa gagalnya LNGEU/Osaka Gas dan Solar disebabkan karena disamping tidak ada jointly dan severall statement untuk konsorsiumnya, juga keterlambatan pengiriman Exclusivity Agreement dengan mitra konsorsiumnya yang baru dimasukkan tanggal 11 Oktober 2006, yang seharusnya sudah masuk 22 September 2006.

Kesimpulan:

Secara singkat unsur “persekongkolan” sebagaimana diatur dalam Pasal 22 tidak ternyata ada dalam perkara No.35/KPPU-I/2010.

- a. Berdasarkan fakta dari data-data yang saksi peroleh di atas, dari a s/d n tidak ternyata adanya indikasi persekongkolan dalam melakukan pemilihan potensial partner, semuanya dilakukan secara, terbuka transparan dan tidak diskriminatif dan telah melalui proses tahapan seperti di atas. Biasanya persekongkolan dilakukan secara diam-diam dan tidak transparan.
- b. Bahwa indikasi persekongkolan tidak dapat hanya merupakan dugaan atau indikasi atau asumsi saja, tetap harus dibuktikan berdasarkan fakta-fakta yang ada. Berdasarkan fakta-fakta di atas menurut pendapat saksi, sulit dikatakan ada persekongkolan karena kriteria dan penilaian evaluasi telah dilakukan dengan kerjasama pihak ketiga yang menguasai bidang tertentu seperti Price Waterhouse Coopers (PWC), White & Case dan Widyawan & Partners.
- c. Berdasarkan fakta yang terungkap di atas memang sebelum ditentukan pilihan telah terjadi pembicaraan, diskusi-diskusi secara terbuka dengan Medco maupun Pertamina untuk merevisi proposal atau mematangkan perencanaan dari proyek yang bersangkutan, antara lain masalah pembiayaan. Komunikasi antara Medco dan Pertamina ini juga dilakukan dengan pihak lain, sehingga MC bukanlah satu-satunya pihak yang menjalin komunikasi tersebut. Komunikasi yang demikian ini, tidak lazim dilakukan dalam suatu persekongkolan tender (Pasal 22) atau persekongkolan untuk memperoleh rahasia

Hal. 258 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



perusahaan yang pada umumnya dilakukan secara diam-diam dan terselubung.

5. Pendapat senada juga disampaikan oleh Prof. Bismar Nasution, S.H., M.H, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara dalam Opiniya di Harian Media Indonesia tertanggal 14 Desember 2011, halaman 14, Paragraf 13 dan paragraf 14 (Lampiran 10):

“...persekongkolan terjadi hanya pada pelaku usaha peserta tender. Hal itu disebabkan penyelenggara tender pasti menginginkan barang atau jasa dengan harga terbaik dan kualitas uang bagius. Itulah tujuan utama mereka mengadakan tender. Bilamana penyelenggara tender bersekongkol dengan salah satu peserta tender, tujuan tersebut tidak akan tercapai.

Uraian itu terang menjelaskan bahwa pelaku usaha terlaor tidak melakukan pelanggaran karena mereka hanya melaksanakan pemilihan mitra (joint venture) untuk pengembangan proyek usaha mereka, KPPU tidak memiliki kewenangan memutuskan permasalahan terkait dengan pemilihan mitra usaha...”

6. Terkait dengan adanya tuduhan perlakuan istimewa terhadap Mitsubishi karena ada pertemuan-pertemuan khusus pada tanggal 4 September 2006 (antara tanggal TOR 1 dengan TOR 2), maka perlu disampaikan bahwa komunikasi dengan para pebisnis internasional adalah dalam rangka penjajakan jual beli gas secara putus dan dilakukan jauh sebelum proses seleksi calon mitra yang dimulai pada tanggal 1 September 2006 dan komunikasi dengan Mitsubishi sebelum diadakannya proses seleksi calon mitra tidak ada kaitannya dengan proses seleksi calon mitra. Terlebih lagi, pertemuan pada tanggal 4 September 2006 sama sekali tidak membahas TOR sebab hanya mendengarkan lebih lanjut presentasi Mitsubishi sebelumnya.
7. Dengan demikian, tuduhan KPPU yang menyatakan pertemuan tersebut bersifat diskriminatif adalah teramat sangat keliru. Pemohon Kasasi II dan Medco bebas sepenuhnya untuk menunjuk langsung mitranya berdasarkan kesepakatan, dan tidak diwajibkan untuk melaksanakan proses seleksi calon mitra dalam memilih calon mitranya.

Hal. 259 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



8. Selain itu, persekongkolan untuk mengatur atau menentukan pemenang hanya dapat terjadi apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan sehingga peserta yang tidak kompeten dapat dengan mudah memenuhinya. Fakta dalam pemeriksaan hingga putusan KPPU tidak ada satu bagian pun yang menyebutkan bahwa proposal Mitsubishi bukan proposal terbaik, baik dari segi keuangan maupun teknis dan tidak ada proposal yang lebih baik dari proposal Mitsubishi.
9. Terlebih lagi, persekongkolan biasanya terjadi guna menaikkan harga dalam proses tender agar peserta lainnya dengan harga yang lebih murah dapat menang dengan menomorduakan kualitas dari pemenang tersebut. Berbeda dalam kasus ini sebab persekongkolan seperti itu hanya akan merugikan Pemohon Kasasi II dan Medco sendiri sebab nantinya apabila mitra terpilih tidak kompeten dalam membangun perusahaan hilir tersebut, Pemohon Kasasi II dan Medco juga yang akan rugi. Oleh sebab itu, persekongkolan seperti ini tidak akan mungkin terjadi dalam perkara a quo karena tuduhan persekongkolan tidak logis serta tidak mendatangkan manfaat atau keuntungan bagi Pemohon Kasasi II dan Medco.
10. Sebagai bahan perbandingan, Pemohon Kasasi II memberi contoh terkait dengan persekongkolan tender yang pernah diperiksa oleh KPPU, sebagai berikut:

| No | Nomor Putusan KPPU | Jenis Tender (terbatas pada pengadaan atau dan penyediaan barang/jasa) | Ringkasan Pertimbangan KPPU |
|----|-----------------------------------|---|---|
| 1. | Putusan Perkara No.01/KPPU-L/2000 | Tender untuk pengadaan casing dan tubing di PT Caltex Pacific Indonesia (PT CPI). | PT CPI dianggap melakukan diskriminasi kepada peserta tender sebagai akibat adanya perubahan persyaratan tender dan persekongkolan antara sesama peserta tender untuk menentukan pemenang tender. |
| 2. | Putusan Perkara No.07/KPPU-L/2001 | Tender pengadaan bakalan sapi impor di Jawa Timur | Kerjasama terjadi dalam mengatur, menentukan dan mengarahkan proses lelang untuk kepentingan Terlapor melalui perlakuan khusus dan keringanan beberapa persyaratan. |
| 3. | Putusan Perkara No.05/KPPU-L/2004 | Tender jasa pengamanan yang diselenggarakan PT Thames Pam Jaya (PT TPJ) | Adanya persekongkolan antara PT TPJ dengan PT Interteknis Surya Terang (PT IST) pada tender security services yang ditujukan untuk memenangkan PT IST |

Hal. 260 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



| | | | |
|----|---------------------------------------|---|---|
| | | | dalam tender tersebut, salah satunya dengan ditemukannya internal memo dari panitia pengawas bahwa tender tersebut tidak untuk mengganti PT IST sebagai rekanan penyedia jasa pengaman di PT TPJ. |
| 4. | Putusan Perkara No.08/KPPU-L/2004 | Pengadaan tinta sidik jari pemilu legislatif tahun 2004 | Persekongkolan dalam bentuk penetapan tinta yang harus digunakan adalah tinta dari India, pengetatan persyaratan pengalaman impor dengan keharusan memiliki sertifikat API, adanya pemberian kesempatan untuk mengajukan penawaran dua kali. |
| 5. | Putusan Perkara No.01/KPPU-L/2005 | Tender pengadaan alat kesehatan di RSUD Bekasi | Beberapa bentuk persekongkolan yang ditemukan adalah: merek alat-alat kesehatan medis khususnya ventilator telah ditentukan sejak staf marketing Terlapor IV (PT Fondaco Mitratama), tidak ada perbandingan produk Terlapor IV dengan produk pelaku usaha lain, tidak diperhatikannya prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat, transparan dan perlakuan yang adil bagi semua pihak sesuai peraturan yang ada tentang pedoman pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah. |
| 6. | Putusan Perkara No. 06/KPPU-I/2005 | Persekongkolan dalam tender proyek pembangunan jalan/jembatan tahun jamak (multi years) Departemen Pekerjaan Umum Provinsi Riau | Terdapat persekongkolan dalam bentuk fasilitas dimenangkannya beberapa peserta tender dalam berbagai tender yang diadakan di wilayah provinsi Riau, panitia mengundur waktu pengembalian dokumen penawaran sehingga Terlapor I dapat melengkapi dokumen penawarannya, panitia juga menerima dokumen klarifikasi Terlapor III dengan cara yang tidak sesuai dengan ketentuan yang berlaku karena telah melewati waktu klarifikasi. |
| 7. | Putusan Perkara No.13/KPPU-L/2005 | Tender alat kesehatan di RSUD Cibinong | Adanya persekongkolan antara Terlapor dengan panitia tender atau pihak yang berhubungan dengan panitia tender guna mengatur, menentukan dan mengarahkan proses lelang untuk kepentingan Terlapor, melalui perlakuan eksklusif dan keringanan persyaratan pelelangan terhadap Terlapor yang berbeda dengan peserta lain yaitu Terlapor I tidak dipersyaratkan mempunyai status terdaftar di Departemen Kesehatan untuk 21 item alat kedokteran yang menurut ketentuan seharusnya berlaku untuk seluruh alat kedokteran yang ditenderkan. |
| 8. | Putusan Perkara No.19/KPPU-L/2005 | Tender pengadaan Gamma Ray Container Scanner di Pelabuhan Batu Ampar, Batam | Beberapa contoh adanya dugaan persekongkolan adalah spesifikasi teknis mengarah pada produk Vehicle and Cargo |



| | | | |
|-----|--------------------------------------|--|--|
| | | | Inspection System (VACIS) yang diproduksi Science Application International Corporation (SAIC) yang adalah produk yang ditawarkan Terlapor II, harga perkiraan sendiri (HPS) untuk pekerjaan utama disusun berdasarkan harga produk VACIS (SAIC), Terlapor II dan panitia pengadaan melakukan tindakan saling menyesuaikan harga penawaran dan HPS, penunjukan UPT Pengembangan Signal dan Navigasi LIPI sebagai Tim Teknis tidak sesuai dengan prosedur, Tim Teknis tidak memiliki kompetensi dalam melakukan penilaian aspek teknis dan bukan dalam bidangnya. |
| 9. | Putusan Perkara No.20/KPPU-L/2005 | Tender pengadaan luminer atau bola lampu di Dinas PJU dan SJU DKI Jakarta | Persyaratan tender kurang relevan, contohnya: peserta tender adalah pelaku usaha yang menawarkan luminer lengkap atau bola lampu dari luar negeri, produsen harus mempunyai kantor perwakilan dan mempunyai investasi bidang perlampuan di Indonesia dan memiliki surat keterangan dukungan keuangan dari bank pemerintah/swasta untuk tiap pabrik yang mengikuti pengadaan barang/jasa. Adanya persekongkolan antara perusahaan tertentu dengan panitia tender untuk mentapkan persyaratan tender yang menguntungkan peserta tender yang membawa produk merek Panasonic, Philips, General Electric dan Osram. |
| 10. | Putusan Perkara No.06/KPPU-L/2006 | Tender perbaikan bangsal RSU Pematang Siantar | Hasudungan Nainggolan masuk dalam tender perbaikan bangsal RSU Kota Pematang Siantar melalui CV Kreasi Multy Poranc, dan sekaligus meminjam PT Pembangunan Delima Murni dan CV Sumber Mulya. Hasudungan Nainggolan juga yang mempersiapkan seluruh dokumen penawaran milik PT Pembangunan Delima Murni dan CV Sumber Mulya, direktur PT dan CV tersebut tidak pernah menandatangani dokumen penawaran. |
| 11. | Putusan Perkara No.17/KPPU-L/2006 | Tender pengadaan Komponen Lampu di Suku Dinas PJU/SJU Kota Jakarta Selatan | Peserta tender yang hanya dua, yaitu Phillips dan GE tidak termasuk dalam kategori kantor perwakilan sebagaimana disyaratkan dalam RKS tentang persyaratan kantor perwakilan serta mempunyai investasi di bidang perlampuan di Indonesia, persyaratan kantor perwakilan di serta investasi bidang perlampuan di Indonesia tidak relevan dan menjadi hambatan bagi perusahaan yang menawarkan produl yang tidak mempunyai kantor perwakilan serta |



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

| | | | |
|----|--------------------------------------|---|---|
| | | | investasi bidang perlampuan di Indonesia, pengaturan pemenang tender dilakukan dengan cara menyesuaikan tingkat keuntungan kotor antara PT Sekala Jalmakarya, PT Harbarinja Agung dan PT Dian Pratama Persada. |
| 12 | Putusan Perkara No.02/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan peralatan gizi tahun 2006 di RSUD A.Wahab Sjahrane Samarinda | Panitia tender membuat kualifikasi sub bidang mekanikal elektrikal meskipun utuk peralatan gizi seharusnya hal tersebut termasuk dalam kualifikasi sub bidang usaha kesehatan non medik sehingga PT Binaco Group, CV Fadlan Prima, CV Citra Selaran Abadi dan PT Cahaya Bulu Mampu yang tidak memenuhi kualifikasi bidang usaha kesehatan non medik dapat mengikuti tender sebagai pendamping CV Risa, panitia tender meluluskan PT Binaco Group, CV Fadlan Prima, CV Citra Selaras Abadi dan PT Cahaya Bulu Mampu dalam evaluasi administrasi dan teknis meskipun tidak memiliki pengalaman pekerjaan pengadaan peralatan gizi untuk mendampingi CV Risa seghingga memenuhi persyaratan tender, CV Risa mengatur tender dengan cara meminta surat dukungan kepada PT Makna Karya Bhakti untuk PT Binaco Group, menggandakan surat dukungan PT Binaco Group yang diperoleh dari PT Makna Karya Bhakti untuk peserta tender lainnya. |
| 13 | Putusan Perkara No.03/KPPU-L/2007 | Tender pembangunan gedung kantor pengadilan negeri di Padangsidempuan, Sumatera Utara | Terlapor I tidak memiliki pengetahuan untuk menyelenggarakan tender dan tidak dapat menjelaskan kronologis tender, Terlapor I dalam menjalankan tugasnya dibantu oleh anggota yang seharusnya juga bertanggung jawab dalam proses tender, PT Adikarya Teknik Perkasa digugurkan karena tidak memenuhi masa jaminan penawaran padahal ketentuan masa jaminan penawaran dalam dokumen tender dan dalam kesepakatan aanwijizing juga berbeda sehingga menimbulkan ketidakjelasan mengenai masa jaminan penawaran yang dipersyaratkan bagi peserta tender. |
| | Putusan Perkara No.04/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan LCD di Biro Administrasi Wilayah Sekretariat Daerah Provinsi DKI Jakarta Tahun Anggaran 2006 | Dokumen penawaran PT Tiga Permata Hijau (Terlapor II) dan PT Buana Rimba Raya (Terlapor III) disiapkan dan dibuat oleh Muh.Bahri dan Moh.Iqbal dengan melibatkan Jeffry Bunyamin sehingga harga penawaran dapat diatur dan pada akhirnya Terlapor II yang dimenangkan, penentuan spesifikasi teknis yang sama persis dengan spesifikasi teknis merek |

Hal. 263 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



| | | | |
|----|--------------------------------------|---|---|
| | | | Mega Power tipe ML 164 SE yang distributor tunggalnya adalah PT Sima Agustus (Terlapor I), kesamaan dokumen-dokumen, alasan menggugurkan peserta dengan tidak sah, penetapan pemenang sebelum masa sanggah selesai dan pembayaran uang muka sebelum adanya Surat Perintah Mulai Kerja. |
| 15 | Putusan Perkara No.06/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan alat pembasmi/penyemprot nyamuk (mesin fogging) di Biro Administrasi Wilayah Provinsi DKI Jakarta Tahun 2006 | Beberapa bentuk persekongkolan dalam perkara ini adalah Terlapor I, II, III, IV dan V adalah perusahaan yang dipinjam oleh M. Bahri, Ahmad Hidayat, Jeffry Bunyamin dan Sugiarto Santoso dan secara bersama-sama menawarkan mesin fogging merek Blancfog milik Terlapor VI dalam mengikuti tender tersebut dengan imbalan berupa sejumlah uang (fee bendera), dokumen penawaran Terlapor I, II, III, IV dan V dibuat oleh M. Bahri, Ahmad Hidayat, Jeffry Bunyamin dan Sugiarto Santoso sehingga harga penawaran dapat diatur untuk diajukan oleh masing-masing Terlapor dan pada akhirnya mengatur salah satu di antara 5 perusahaan Terlapor tersebut menjadi pemenang. |
| 16 | Putusan Perkara No.08/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan dan pemasangan lampu PJU dan Lampu Hias di Dinas Pertamanan dan Pemakaman Kota Bengkulu | Persekongkolan dalam perkara ini di antaranya berupa pinjam meminjam perusahaan dan softcopy dokumen penawaran yang dilakukan oleh Para Terlapor, PT Multiyasa Anekadharmha yang mengikuti kelima paket tender ternyata meminjamkan perusahaannya kepada Sdr. Arief Sukarnawijaya dan Sdr. Zikrisa Oktova, Sdr. Arief Sukarnawijaya juga meminjam PT Taruna Bhakti Perkasa menjadi kuasa direktur, sejak awak PT Taruna Bhakti Perkasa sudah dapat dipastikan gugur karena kualifikasinya yang menegah sedangkan kualifikasi perusahaan yang dipersyaratkan baik dalam pengumuman tender maupun bestek adalah kualifikasi kecil. |
| 17 | Putusan Perkara No.11/KPPU-L/2007 | Tender pekerjaan peningkatan jalan Macoppe-Labessi di Kabupaten Soppeng, Sulawesi Selatan Tahun 2006 | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: Terlapor VI mengulang tender dalam rangka memfasilitasi Terlapor I untuk mendapatkan keuntungan yang berlebih sebesar Rp. 331.003.000,- yang merupakan selisih dari penawaran Terlapor I pada tender pertama dengan tender kedua. Pada tender kedua, semua peserta tender menurunkan harganya kecuali Terlapor I, kemiripan dokumen juga terdapat antar para terlapor, Sjafiril |



| | | | |
|----|--------------------------------------|--|--|
| | | | Jalil adalah orang yang bekerja sama dengan Rusli dalam menyiapkan dan mengatur document penawaran milik Terlapor I, IV dan V. |
| 18 | Putusan Perkara No.12/KPPU-L/2007 | Pengadaan alat kesehatan penunjang puskesmas Kabupaten Sukabumi | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: adanya kesamaan distributor dan adanya kemiripan dokumen serta kesamaan harga penawaran sebagian besar produk antara Terlapor I dan II yang tidak wajar, tindakan Terlapor III menggugurkan PT Bhakti Wira Husada dengan alasan tidak melampirkan surat keterangan dari pengadilan negeri setempat yang terbaru adalah tidak tepat dan tidak memiliki dasar yang cukup. |
| 19 | Putusan Perkara No.13/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan bibit kelapa sawit Dinas Perkebunan Provinsi Kalimantan Selatan | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: Terlapor I, II dan III telah mengatur agar Terlapor I dimenangkan dalam tender pengadaan bibit kelapa sawit dalam polibeg tersebut, tidak ada penangkar yang mempunyai kuota untuk bibit sawit lebih dari 200.000 batang pada tahun 2006 namun Terlapor I diperbolehkan ikut tender dan menang. |
| 20 | Putusan Perkara No.14/KPPU-L/2007 | Tender multi years Kabupaten Siak | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: Terlapor II tidak memberikan kesempatan kepada peserta tender yang digugurkan untuk melengkapi persyaratan tambahan atau dokumen pendukung padahal masih dalam tahap prakualifikasi, Terlapor II mensyaratkan setiap peserta untuk melampirkan sertifikat ISO 9001, Keselamatan dan Kesehatan Kerja (K3) bagi perusahaan usaha non kecil tetapi ternyata Terlapor II menggunakan sertifikat OHSAS, tidak cukup hanya K3 dalam melakukan evaluasi prakualifikasi sehingga menghilangkan jumlah peserta tender. |
| 21 | Putusan Perkara No.15/KPPU-L/2007 | Lelang pembangunan mall di kota Prabumulih tahun 2006 | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: persaingan semu antara para terlapor, Terlapor I bekerja sama dengan Terlapor V untuk mendapatkan dokumen Terlapor VI sehingga dapat mendaftarkan dan memasukkan dokumen penawaran Terlapor VI tanpa sepengetahuan direktur PT Prabu Makmur/Terlapor I menghubungi PIt. Walikota untuk meminta izin melakukan pemaparan baik di kantor Pemkot Prabumulih dan DPRD Prabumulih merupakan upaya melakukan |



| | | | |
|----|--------------------------------------|---|--|
| | | | pendekatan-pendekatan dan kesepakatan sebelum pelaksanaan tender. |
| 22 | Putusan Perkara No.16/KPPU-L/2007 | Lelang pengadaan bibit karet, herbisida dan pupuk tablet PMLT Dinas Perkebunan Kabupaten Banjar, Kalimantan Selatan | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: pada paket pengadaan PMLT telah terjadi pengaturan harga dan pengaturan pemenang antara Terlapor II, V, VI, VII dan VIII untuk memenangkan Terlapor II, pada paket pengadaan herbisidang, Terlapor III yang diatur untuk dimenangkan, sedangkan pada paket pengadaan bibit karet, Terlapor IV yang diatur untuk dimenangkan. |
| 23 | Putusan Perkara No.18/KPPU-L/2007 | Tender paket pengadaan TV pendidikan dan perlengkapannya di Dinas Pendidikan Provinsi Sumatera Utara | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: kesamaan format dalam susunan dokumen penawaran, kesamaan proses pengurusan dokumen administrasi, adanya kesamaan tanda tangan orang yang memasukkan dokumen penawaran antara Terlapor II dan III. |
| 24 | Putusan Perkara No.20/KPPU-L/2007 | Pengadaan alat kesehatan RSUD Brebes tahun anggaran 2006 | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: pengaturan dan penentuan dimenangkannya Terlapor III oleh panitia penyelenggara, Terlapor III juga bekerjasama dengan Terlapor lainnya dalam menyiapkan dokumen penawaran untuk memenangkan Terlapor III. |
| 25 | Putusan Perkara No.21/KPPU-L/2007 | Tender pengadaan pipa polyvinyl chloride (pvc) dan high density polyethylene (HDPE) | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: PT Alfata Anugrah Sari Albaqi diluluskan oleh panitia tender walaupun tidak melampirkan jadwal pelaksanaan pabrikaan, perusahaan tersebut juga diberikan kesempatan untuk menambah dokumen setelah bidding, kesalahan panitia tender dalam melaksanakan proses kualifikasi dan verifikasi menguntungkan PT Alfata Anugrah Sari Albaqi. |
| 26 | Putusan Perkara No.24/KPPU-L/2007 | Tender kegiatan peningkatan jalan di DPU Bina Marga Kabupaten Banyuasin | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: alasan menggugurkan PT Amen Mulia karena tidak dicantumkan tanggal dan tempat pelaksanaan anwizing pada surat jaminan penawaran tidak substansial sebab surat jaminan penawaran PT Amen Mulia yang dikeluarkan oleh PT Asuransi Parolamas adalah sah dan dapat diklaim bila terjadi wanprestasi, Terlapor I lalai dalam meneliti dokumen personel inti Terlapor II dan III. |
| 27 | Putusan Perkara No.30/KPPU-L/2007 | Pelelangan umum pembangunan dan pemeliharaan | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: Terlapor I |



| | | | |
|----|--------------------------------------|--|--|
| | | jalan Sanggau | tetap meluluskan Terlapor IV sebagai pemenang dalam paket peningkatan Jalan Tayan Meliau meskipun kepemilikan sahamnya dimiliki oleh orang yang sama dan meloloskan kualifikasi PT Mitra Konstruksi Kalbar sebagai cadangan pemenang dalam paket yang sama meskipun terdapat format yang sama, susunan dokumen yang sama serta kesamaan kesalahan ketik dengan peserta lain dalam paket pekerjaan yang sama. |
| 28 | Putusan Perkara No.01/KPPU-L/2008 | Lelang pengadaan alat kesehatan, kedokteran dan KB RSUD Dr. Soeselo Kabupaten Tegal | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: PT Setio Harto melakukan diskriminasi dengan hanya memberikan brosur asli kepada CV Guna Alkes dan copy kepada peserta tender lainnya sehingga peserta tender lain kalah (sebab sistem yang digunakan adalah merit point), terdapat kesesuaian dan kesamaan format dokumen, kesamaan kesalahan pengetikan, kemiripan nilai penawaran, memberikan persyaratan penilaian brosur asli dengan nilai 100% yang hanya dapat dipenuhi oleh CV Guna Alkes. |
| 29 | Putusan Perkara No.05/KPPU-L/2008 | Proyek pengadaan barang dan jasa kantor pelayanan pajak Batam | Tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: persaingan semu antara PT Unitekindo Inti Sarana dengan PT Tunggal Jaya Santika yang menyerahkan pekerjaan penyusunan dokumen penawaran kepada pihak yang sama. |
| 30 | Putusan Perkara No.06/KPPU-L/2008 | Tender pekerjaan pelebaran jalan kolektor utama menuju kawasan industri Batam Center | Beberapa tindakan yang mengindikasikan adanya persekongkolan adalah: persesuaian dokumen yang meliputi kesamaan format penulisan dan kesalahan pengetikan, pengakuan L. Tambunan yang menyatakan bahwa kesamaan dokumen tersebut memang dipersiapkan oleh satu orang dan PT Kurnia Djaja Makmur Abadi telah memberikan dokumen tender kepada peserta lainnya yaitu PT Putera Nusa Perkasa dan PT Mitra Graha Indonusa Indah, PT Sumber Alam Sejahtera salah melampirkan Surat Dukungan Dana AMP Mixing Plant milik PT Putera Nusa Perkasa. |

*sumber: Buku Penjelasan Katalog Putusan KPPU periode 2000-
Agustus 2008, halaman 12 hingga halaman 162.



*unsur-unsur diskriminasi terhadap pelaku usaha, mengatur dan memenangkan pelaku usaha lainnya dapat dilihat dalam cetak tebal pada kolom keterangan

*terkait dengan tender sendiri, dapat dilihat juga bahwa tender hanya meliputi pemborongan pekerjaan, pengadaan barang atau penyediaan jasa.

11. Pedoman KPPU dalam halaman 18 menyebutkan bahwa indikator-indikator yang harus ada harus tetap dibuktikan dengan bukti oleh KPPU. Dengan kata lain, indikator-indikator saja tidak mencukupi untuk membuktikan persekongkolan:

“Untuk mengetahui telah terjadi tidaknya suatu persengkokolan dalam tender, berikut dijelaskan berbagai indikasi persekongkolan yang sering dijumpai pada pelaksanaan tender. Perlu diperhatikan bahwa, hal-hal berikut merupakan indikasi persekongkolan sedangkan bentuk atau perilaku persekongkolan maupun tidak adanya persekongkolan tersebut harus dibuktikan melalui pemeriksaan oleh Tim Pemeriksa atau Majelis KPPU.”

12. Sebagai bukti tak terbantahkan adalah fakta bahwa segera setelah Mitsubishi ditunjuk sebagai pemenang dalam seleksi calon mitra investor tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006, (Vide Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG. PT DSLNG bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Naturan Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan pemenang dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan judex facti aquo yang menyamakan proses seleksi calon

Hal. 268 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

13. Berdasarkan penjelasan diatas, sangatlah jelas bahwa tidak ada persekongkolan antara Mitsubishi, Pertamina dan Medco terkait dengan proses Beauty Contest. Dengan tidak adanya bukti apa pun berkaitan dengan persekongkolan, maka argumen KPPU yang dikuatkan Majelis Judex Facti harus ditolak.
14. Dari butir-butir penjelasan di atas, maka dapat disimpulkan bahwa tidak ada persekongkolan untuk mengatur dan menentukan pemenang maupun diskriminasi yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi II dalam proses pemilihan calon mitra proyek Donggi Senoro tersebut.

VII.C. TIDAK TERPENUHINYA UNSUR PIHAK LAIN

1. Pihak lain dalam pelanggaran pasal 22 tidak dapat diterjemahkan secara luas karena pasal 1 angka (8) UU No. 5 Tahun 1999 telah secara tegas menjelaskan persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama pelaku usaha dengan pelaku usaha lain sehingga KPPU pada dasarnya tidak dapat menentukan bahwa Pemohon Kasasi II adalah pihak lain seperti dalam putusannya halaman 238 angka 10.5. Pasal 1 angka (8) UU No. 5 Tahun 1999 mengatur:
“Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.”
2. Sesuai dengan keterangan ahli Prof. Erman Rajagukguk, SH.,LLM.,Ph.D. dalam Perkara Keberatan Atas Putusan KPPU No.35/KPPU-I/2010 tanggal 5 Januari 2011 dan berdasarkan Putusan Sela Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/KPPU/2011/PN.JKT.PST tertanggal 22 Agustus 2011 halaman 3 dan 4, persekongkolan hanya terjadi antara pelaku usaha dalam tingkat horizontal, bukan vertikal. Oleh sebab itu, Judex Facti dalam memasukkan Pemohon Kasasi II sebagai pihak lain adalah salah.
3. Dengan kesalahan penempatan posisi Pemohon Kasasi II sebagai pihak lain, maka Pemohon Kasasi II tidak seharusnya dikenakan sanksi apapun dalam kasus a quo. Bahkan apabila Pemohon



Kasasi II benar adalah pihak lain dalam kasus ini, quod non, maka pihak lain tidak dapat dikenakan sanksi oleh KPPU. Pasal 36 ayat (I) UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa wewenang KPPU meliputi:

“I. menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-undang ini.”

KPPU, sebagaimana yang dikuatkan oleh Majelis Judex Facti dalam putusannya halaman 237 telah menyatakan bahwa Pemohon Kasasi II bukanlah pelaku usaha menurut pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, melainkan hanya Mitsubishi. Maka tidak logis apabila Pemohon Kasasi II dijatuhkan sanksi.

VII.D. TIDAK TERPENUHINYA UNSUR MENGAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT

1. Berdasarkan pasal 1 angka (6) UU No. 5 Tahun 1999, persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Unsur persaingan usaha tidak sehat dalam proses beauty contest hanya mungkin terjadi kalau peserta yang tidak kompeten dimenangkan dan peserta yang kompeten disingkirkan, yang tentu saja tidak terjadi pada kasus a quo.
2. Sebagai informasi, tidak terplilihnya Mitsui adalah karena proposal yang diajukan Mitsui pada kenyataanya tidak bersifat mengikat, hanya bersifat informatif dan indikatif serta dapat diubah oleh Mitsui sewaktu-waktu berdasarkan persyaratan dalam proposalnya sehingga tidak memberikan perlindungan kepada Pemohon Kasasi II sebagai penyelenggara. Sedangkan Mitsubishi terpilih karena telah memenuhi kriteria dan persyaratan yang ditentukan dalam TOR yang diminta/dipersyaratkan oleh Pemohon Kasasi II dan Medco.
3. KPPU tidak menjelaskan bagaimana persaingan usaha tidak sehat terjadi dalam perkara ini. KPPU hanya berasumsi bahwa tindakan yang dikeluhkan telah menyebabkan persaingan usaha tidak sehat. KPPU juga berasumsi bahwa telah terjadi tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum.

Hal. 270 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



4. KPPU telah gagal untuk mempertimbangkan prinsip rule of reason dalam menganalisa pertanyaan mengenai apakah persaingan usaha tidak sehat telah terjadi. Hal ini keliru dan bertentangan dengan susunan kata dalam Pasal 22 yang mensyaratkan adanya unsur tersebut untuk “menyebabkan persaingan usaha tidak sehat” terjadi. Hal ini ditegaskan dalam literatur yang dibuat oleh KPPU (dan dimuat dalam Website KPPU) yang berjudul Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks yang ditulis oleh Dr. Andi Fahmi Lubis, Dr. Anna Maria Tri Anggaraine, Dr. Kurnia Toha, Prof. Budi Kagramanto, Prof. Hawin, Prof. Dr. Ningrum Sirait, Dr. Sukarmi, Dr. Syamsul Maarif dan Dr. Udin Silalahi, dimana berkaitan dengan elemen ini, dinyatakan dalam halaman 153 dan 154:

" Unsur yang terakhir dari ketentuan tentang persekongkolan adalah terjadinya "persaingan usaha tidak sehat". Unsur ini menunjukkan, bahwa persekongkolan menggunakan pendekatan rule of reason, karena dapat dilihat dari kalimat "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat". Pendekatan rule of reason merupakan suatu pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan usaha (seperti KPPU di Indonesia) untuk mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan...

Kebanyakan perkara persekongkolan tender tersebut (baik itu untuk pengadaan maupun penjualan barang-barang dan atau jasa) telah diputus oleh KPPU dengan menggunakan pendekatan rule of reason.)

5. Dengan tidak terpenuhinya semua unsur pasal 22 di atas maka Pemohon Kasasi II tidak bersalah melanggar pasal tersebut seperti yang dituduhkan oleh KPPU sebagaimana yang dikuatkan oleh iudex facti, apalagi harus membayar denda yang sangat besar.

VII.E Termohon Kasasi TIDAK MENGURAIKAN UNSUR PASAR BERSANGKUTAN DALAM PERKARA INI

1. Termohon Kasasi menganggap bahwa Pemohon Kasasi II melakukan persekongkolan dalam kaitannya dengan Pasal 22 UU

Hal. 271 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



No. 5 Tahun 1999. Berdasarkan Pasal 1 ayat 8 UU No. 5 Tahun 1999, unsur “pasar bersangkutan” merupakan salah satu unsur dari persekongkolan yang harus dipenuhi dan harus diuraikan oleh Termohon atas tuduhan persekongkolan dalam proses seleksi calon mitra investor;

2. Setelah membaca putusan judex facti yang menguatkan putusan KPPU, tidak ada penjelasan atau uraian terhadap unsur “pasar bersangkutan” tersebut, padahal jikalau unsur ini tidak dipenuhi, maka tidak mungkin terjadi pelanggaran atas Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
3. Dengan demikian, mengingat bahwa unsur “pasar bersangkutan” tidak terpenuhi, maka tuduhan Termohon Kasasi yang menyebutkan Pemohon Kasasi II telah melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 harus dikoreksi ulang melalui pembatalan putusan judex facti aquo.

VIII. MAJELIS JUDEX FACTI MEMUTUS BERDASARKAN ASUMSI, TANPA DIDUKUNG SATUPUN ALAT BUKTI YANG SAH MENURUT UNDANG-UNDANG NO. 5 TAHUN 1999

Apabila putusan KPPU yang dikuatkan oleh Majelis Hakim Judex Facti dibaca secara komprehensif, maka berikut adalah fakta-fakta yang tak terbantahkan:

1. Untuk memutus sebuah perkara persaingan usaha, maka UU No. 5 Tahun 1999 telah memberikan batasan yang jelas yakni harus didukung oleh alat bukti sebagaimana yang dimaksud Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999, yakni keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan atau dokumen, petunjuk maupun keterangan pelaku usaha.
2. Oleh karena itu, putusan yang diambil hanya berdasarkan “penafsiran” sesuka hati, asumsi, dugaan maupun logika semata tidak dapat dijadikan dasar untuk melakukan penghukuman. Apabila Majelis Judex Facti berpendapat bahwa “asumsi”, “penafsiran”, “logika” merupakan bagian dari alat bukti petunjuk, maka hal tersebut tidak dibenarkan, sebab UU No. 5 Tahun 1999 tidak memberikan penjelasan ataupun pengaturan soal hal tersebut. Bercermin dari Hukum Acara Pidana (UU No. 8 Tahun 1981), alat bukti petunjuk hanya diperoleh dari keterangan saksi, surat maupun keterangan terdakwa. Dengan demikian, “asumsi”,

Hal. 272 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“penafsiran” dan “logika” tidak dapat diterjemahkan terlalu jauh menjadi bagian dari alat bukti petunjuk.

3. Asas minimum pembuktian merupakan prinsip yang mengatur batas yang harus dipenuhi untuk membuktikan kesalahan pelaku usaha, dengan kata lain, asas pembuktian ialah suatu prinsip yang harus dipedomani dalam menilai cukup atau tidaknya alat bukti membuktikan salah atau tidaknya pelaku usaha.
4. Asas ini telah dituangkan dalam Pasal 64 ayat (2) Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU yang menyatakan bahwa Majelis Komisi menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti yang sah.
5. Terkait perkara ini, Majelis Judex Facti telah melanggar ketentuan Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999 jo. Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 1 Tahun 2006 tersebut, sebab:
 - a. Seleksi Calon Mitra Investor tidak diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999. KPPU telah salah untuk memahami dan menilai bahwa Seleksi Calon Mitra Investor tidak meminta Mitsubishi untuk memberikan pekerjaan atau layanan tertentu. Seleksi Calon Mitra Investor tidak mengharuskan Mitsubishi untuk membeli atau menjual barang atau jasa tertentu. Apa yang diminta adalah mitra terbaik yang memenuhi kriteria yang ditetapkan dalam Term of Reference dan agar mitra tersebut untuk mengadakan usaha bersama (joint venture) dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco untuk melaksanakan kegiatan hilir dalam Proyek Donggi Senoro. Dalil KPPU dikuatkan oleh Majelis Judex Facti yang menyimpulkan bahwa Beauty Contest adalah proses tender tidak memiliki dasar hukum;
 - b. Sebagai bukti tak terbantahkan adalah fakta bahwa segera setelah Mitsubishi ditunjuk sebagai pemenang dalam seleksi calon mitra investor tersebut, tepatnya pada tanggal 6 Desember 2006, (Vide Lampiran-1), Mitsubishi kemudian bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II (Pertamina) dan Medco membentuk perusahaan bersama yang dinamakan PT DONGGI SENORO LNG atau disingkat PT DSLNG. PT DSLNG bergerak dibidang industri pemurnian dan pengolahan gas bumi menjadi Liquefied Natural Gas (LNG). (Mohon Periksa Akta

Hal. 273 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Pendirian PT DSLNG No. 31 Tahun 2007; Surat Keputusan Menteri Hukum dan HAM tentang Pengesahan Badan Hukum dan Surat Persetujuan Penanaman Modal Nomor 1128/I/PMA/2007 tanggal 4 September 2007 dalam Lampiran-2). Mitsubishi yang merupakan pemenang dari seleksi calon mitra, berkedudukan sebagai salah satu pemegang saham bersama-sama dengan Pemohon kasasi II (Melalui anak perusahaannya) dan Medco (Melalui salah satu anak perusahaannya) dalam PT DSLNG merupakan. Hal ini sesuai dengan tujuan awal dari diadakannya proses Seleksi Calon Mitra Investor. Dengan demikian, sungguh teramat tidak tepatlah putusan judex facti aquo yang menyamakan proses seleksi calon mitra investor sebagai tender yang karakteristiknya adalah pengadaan barang dan jasa.

- c. Tidak ada cukup bukti adanya perlakuan istimewa yang diberikan kepada Mitsubishi selama periode Seleksi Calon Mitra Investor. Pertimbangan KPPU yang dikuatkan oleh Majelis Judex Facti tidak memiliki dasar untuk menyimpulkan bahwa ada bentuk perilaku diskriminatif untuk kepentingan Mitsubishi.
- d. Tidak ada bukti yang dapat mendukung dalil KPPU dalam putusannya bahwa Seleksi Calon Mitra Investor dilaksanakan untuk kepentingan Mitsubishi. Harus ditekankan bahwa tidak ada satupun peraturan perundang-undangan yang mewajibkan Pemohon Kasasi II dan Medco untuk melakukan Seleksi Calon Mitra Investor sejak awal. Pemohon Kasasi II dan Medco dapat menunjuk langsung Pemohon sebagai mitra jika mereka menginginkan hal tersebut dari awal. Hal ini merupakan praktik industri yang diterima - misalnya, Inpex Corporation yang merupakan satu-satunya pengelola Blok Masela di dekat Maluku baru-baru ini memilih PT EMP Energi Indonesia secara langsung (tanpa proses seleksi) untuk bersama-sama mengoperasikan Blok Masela dengannya.
- e. Tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Mitsubishi bersama-sama dengan Pemohon Kasasi II dan Medco sejak awal bertujuan untuk memperlakukan Mitsubishi lebih baik dibandingkan dengan para peserta lainnya. Selain itu, juga tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Mitsubishi bersama-sama

Hal. 274 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



dengan Pemohon Kasasi II dan Medco sejak awal bertujuan untuk menentukan Mitsubishi sebagai pemenang.

- f. Tidak ada bukti yang menjelaskan bagaimana persaingan usaha tidak sehat terjadi dalam perkara ini. KPPU hanya berasumsi bahwa tindakan yang dikeluhkan telah menyebabkan persaingan usaha tidak sehat. KPPU juga berasumsi bahwa telah terjadi tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum.
 - g. Tidak ada bukti terpenuhinya “unsur pasar bersangkutan” yang merupakan bagian tak terpisahkan dari Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.
6. Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka Majelis Judex Factie dalam perkara aquo telah salah menerapkan hukum karena telah melanggar prinsip minimum pembuktian, sebab menjatuhkan sanksi tanpa didukung adanya alat-alat bukti yang sah menurut UU No. 5 Tahun 1999. Dengan demikian, penjatuhan sanksi terhadap Pemohon Kasasi II sudah sepatutnya dianulir dan dikoreksi oleh Majelis Hakim Agung yang mulia dan bijaksana dengan menyatakan batal putusan Judex Facti.

Keberatan-keberatan dari Pemohon Kasasi II/MITSUBISHI :

DASAR SUBSTANTIF KEBERATAN TERHADAP KESIMPULAN-KESIMPULAN TERTENTU DALAM PUTUSAN KPPU

1. Pada bagian ini, Pemohon Kasasi/Mitsubishi menyangkal setiap kesimpulan yang dibuat oleh Termohon Kasasi/KPPU untuk mendukung temuannya bahwa telah terjadi pelanggaran Pasal 22, dan 23 yaitu:
 7. Beauty Contest adalah tender;
 8. Ada perilaku diskriminatif untuk mendukung Pemohon Kasasi/Mitsubishi;
 9. Beauty Contest diarahkan mendukung Pemohon Kasasi/ Mitsubishi;
 10. Ada persekongkolan antara Pemohon Kasasi/Mitsubishi, Pertamina dan Medco untuk menyatakan Pemohon Kasasi/ Mitsubishi sebagai pemenang dari Beauty Contest;
 11. Ada persekongkolan antara Pemohon Kasasi/Mitsubishi dan Medco untuk memperoleh informasi rahasia LNG/EU ;
 12. Ada persaingan usaha tidak sehat
2. **Kesimpulan Termohon Kasasi/KPPU bahwa Beauty Contest adalah "tender" berdasarkan Pasal 22 tersebut keliru dan di luar ruang lingkup UU Anti Monopoli**

Hal. 275 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- a. Termohon Kasasi/KPPU telah mengakui bahwa untuk membuktikan Pemohon Kasasi/Mitsubishi bersalah melanggar Pasal 22, pertama-tama ia harus menunjukkan bahwa Beauty Contest adalah "tender" berdasarkan Pasal 22 UU No 5 / 1999 yang menyatakan bahwa:
"Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat"
- b. Namun, Pemohon Kasasi/Mitsubishi dalam hal ini menolak dalil Termohon Kasasi/KPPU dalam ayat 10 halaman 215 dari Putusan KPPU (vide Lampiran-1), dimana menyatakan sebagai berikut:
"Berdasarkan pada penjelasan yang disebutkan, Majelis Komisi mengevaluasi bahwa Beauty Contest adalah satu dari bentuk tender yang bertujuan menciptakan persaingan pasar dan karena itu tunduk pada ketentuan dari Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999"
- c. Kesimpulan Termohon Kasasi/KPPU adalah salah karena 2 alasan. Pertama, hal ini bertentangan dengan definisi dan pemahaman istilah "tender" berdasarkan Undang-Undang Nomor 5/1999. Kedua, Termohon Kasasi/KPPU telah lalai untuk menghargai sifat dari Beauty Contest yang diselenggarakan oleh Pertamina and Medco
- d. Sehubungan dengan alasan pertama, Penjelasan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa istilah "tender" yang digunakan dalam Pasal 22 mengacu pada **"tawaran untuk mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa"**. Pedoman Pasal 22 Termohon Kasasi/KPPU menegaskan penjelasan diatas. Peraturan No. 02 tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan Tender ("**Pedoman KPPU**") menyatakan bahwa:
"Pengertian tender harus mencakup tawaran mengajukan harga untuk: (i) memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan; (ii) mengadakan barang atau jasa; (iii) membeli suatu barang atau jasa; (iv) menjual suatu barang atau jasa."
- e. Berdasarkan Penjelasan Pasal 22 dalam UU Anti Monopoli dan Pedoman KPPU, dapat ditarik kesimpulan bahwa dua elemen yang harus ada dalam suatu proses untuk didefinisikan sebagai "tender" untuk tujuan penerapan Pasal 22 adalah:

Hal. 276 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



- i. penawaran untuk suatu harga; **dan**
- ii. melaksanakan pekerjaan, pengadaan barang atau jasa-jasa. Pasal 1(16) dan (17) Undang-Undang No. 5 tahun 1999 menjelaskan bahwa “barang” mengacu pada benda yang dapat diperdagangkan, digunakan, atau dieksploitasi oleh konsumen atau pihak pengusaha sementara “jasa” mengacu kepada “layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat”.
- f. Kedua elemen persyaratan untuk “tender” tidak ada dalam Beauty Contest. Beauty Contest adalah sebuah proses seleksi mitra untuk Pertamina dan Medco. Dalam proses tersebut mereka tidak mencari pihak yang melaksanakan suatu pekerjaan; atau tidak juga mereka mencari pihak untuk mengadakan barang-barang atau jasa-jasa atau prestasi. Terlebih lagi, tidak ada “harga” untuk dipertimbangkan.
- g. Untuk lebih jelasnya, Pertamina dan Medco tidak mengadakan Beauty Contest untuk mencari seseorang untuk membangun kilang LNG (misalnya, suatu kontraktor EPC) tidak juga untuk membeli gas alam dari mereka. Tetapi mereka mengadakan Beauty Contest untuk mencari suatu pihak yang memiliki kemampuan untuk mendukung (termasuk membiayai) perusahaan patungan (joint venture) yang akan melakukan kegiatan-kegiatan Proyek.
- h. Pihak Termohon Kasasi/KPPU sangat menyadari atas sulitnya mendefinisikan Beauty Contest sebagai suatu tender dan karenanya mencoba untuk membenarkan kesimpulan mereka dengan melihat pada sumber-sumber eksternal. Termohon Kasasi/KPPU mengklaim bahwa berdasarkan Marten Jaansen (Ed 2004) Beauty Contest adalah sebuah bentuk tender.
- i. Perlu diketahui bahwa teori dari Maarten Janssen **tidak** secara tegas menyimpulkan bahwa Beauty Contest yang diadakan oleh Pertamina dan Medco dapat dipertimbangkan sebagai proses tender (lihat bagian 9.1 dari Keberatan Pemohon Kasasi/Mitsubishi tertanggal 26 Januari 2011). Dengan demikian, Termohon Kasasi/KPPU tanpa dasar hukum, menyimpulkan bahwa Beauty Contest adalah sebuah proses tender.
- j. Bagaimanapun juga, dalil Termohon Kasasi/KPPU harus ditolak karena teori Maarten Janssen yang diandalkan oleh Termohon Kasasi/KPPU tersebut tidak dapat ditemukan dalam Pasal 22 atau



penjelasannya. Lebih penting lagi, hal tersebut tidak sesuai dengan definisi dari "tender" dalam UU Anti Monopoli itu sendiri dan bertentangan dengan Pedoman KPPU yang diterbitkan oleh Termohon Kasasi/KPPU seperti yang telah disebutkan di atas.

- k. Berdasarkan Pasal 20 Algemene Bepalingen, dinyatakan: "hakim harus memutus perkara berdasarkan undang-undang " dan dilarang menambahkan arti terhadap undang-undang dengan cara penafsiran. Selain itu, jelas dari doktrin Montesquieu dan Kant, bahwa seorang pihak yang mengadili (adjudicator) tidak diperkenankan menambah atau mengurangi atau mengubah (atau menafsirkan) undang-undang.
- l. Sebagai lembaga quasi judicial, Termohon Kasasi/KPPU juga tunduk pada prinsip di atas dan harus terikat oleh penafsiran yang diberikan oleh penjelasan untuk Pasal 22 dalam Undang-Undang Anti Monopoli dan Pedoman KPPU sendiri. Termohon Kasasi/KPPU tidak diizinkan untuk menciptakan definisi baru agar sesuai dengan tujuannya sendiri, sesuai dengan kehendaknya sendiri.
- m. Oleh karena itu, kesimpulan Termohon Kasasi/KPPU bahwa Beauty Contest bisa ditafsirkan sebagai "tender", telah melanggar Pasal 20 Algemene Bepalingen.
- n. Sehubungan dengan alasan kedua, Termohon Kasasi/KPPU telah gagal untuk memahami dan menilai bahwa Beauty Contest tidak meminta Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk melaksanakan pekerjaan atau layanan tertentu. Beauty Contest tidak mengharuskan Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk menyediakan barang atau jasa tertentu. Apa yang dicari adalah mitra terbaik yang memenuhi kriteria yang ditetapkan dalam Term of Reference dan agar mitra tersebut mengadakan usaha bersama (joint venture) dengan Pertamina dan Medco untuk melaksanakan kegiatan hilir dalam Proyek Donggi Senoro.
- o. Oleh karena itu, dalil Termohon Kasasi/KPPU yang menyimpulkan bahwa Beauty Contest adalah proses tender tidak memiliki dasar hukum dan oleh karena itu Putusan KPPU harus dibatalkan.

3. Tidak ada perilaku diskriminatif yang menguntungkan Pemohon Kasasi/Mitsubishi

- a. Pemohon Kasasi/Mitsubishi dengan ini menolak dalil Termohon Kasasi/KPPU dalam ayat (1) sampai dengan (4), halaman 218-219

Hal. 278 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

dari Putusan KPPU (vide Lampiran-1), yang menyatakan sebagai berikut:

- “(1) Terkait dengan diskusi yang diselenggarakan oleh MC untuk Dewan Direksi PNA, dari MEI, dan dari MEPTS sebelum dan pada saat Beauty Contest adalah tindakan bermanfaat bagi MC. Presentasi MC kepada Dewan Direksi PNA, dari MEI, dan dari MEPTS pada tanggal 7 Februari 2006, 22 dan 23 Februari 2006, 24 Februari 2006, 16 Maret 2006, dan 4 September 2006 berkaitan dengan substansi proyek. Tidak semua peserta lelang dari Beauty Contest memiliki kesempatan yang sama dari Dewan PNA, MEI, dan MEPTS untuk melakukan diskusi yang berhubungan dengan substansi proyek sebelum dan pada kinerja Beauty Contest sehingga panel telah dinilai bahwa adanya perilaku diskriminasi yang dibuat oleh PNA, MEI dan MEPTS;
- (2) Bahwa sehubungan dengan perbedaan waktu dalam pengiriman undangan, majelis komisi telah melakukan penilaian yang mengatakan bahwa waktu yang berbeda memberikan kesempatan yang berbeda dan kesempatan untuk penawar dari Beauty Contest dalam penyusunan dokumen. Walaupun tidak ada keberatan dari para peserta lelang dari Beauty Contest dalam hal penerimaan undangan terbaru, majelis komisi telah menilai bahwa perbedaan mengirim undangan sebagai diskriminasi;
- (3) Bahwa Majelis Komisi memiliki pendapat yang sama dengan Terlapor I (PNA) bahwa Terlapor IV tidak pernah membuat presentasi ke tim penilai pada tanggal 4 September 2006, namun, Majelis Komisi telah menilai bahwa presentasi dari Terlapor IV (MC) pada tanggal 4 September 2006 kepada Dewan Direksi Terlapor I (PNA) dan Dewan Direksi Terlapor II (MEI) adalah berkaitan dengan substansi proyek tersebut sebagai diskriminasi karena keputusan strategis terkait dengan proses Beauty Contest yang merupakan kewenangan dari Direksi Terlapor I (PNA) dan Dewan Direksi Terlapor II (MEI), sedangkan penawar lain tidak mendapatkan kesempatan yang

Hal. 279 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



sama untuk melakukan presentasi sebelum Terlapor I (PNA) dan Terlapor II (MEI);

- (4) Bahwa Majelis Komisi telah menilai bahwa presentasi dari Terlapor IV (MC) terhadap Terlapor I (PNA) dan Terlapor II (MEI) adalah untuk mengetahui posisi Terlapor I (PNA) dan Terlapor Partai II (MEI) agar Terlapor IV (MC) dapat menyiapkan proposal sesuai dengan keinginan dari Terlapor I (PNA) dan Terlapor II (MEI). Kemudian yang mengatakan presentasi memberikan keuntungan kepada Terlapor IV (MC) dibandingkan dengan penawar lain dalam penyusunan proposal Beauty Contest"

b. Perlu diingat beberapa peristiwa yang **tidak terbantahkan**:

- i. Pemohon Kasasi/Mitsubishi pertama kali menyatakan minatnya dalam Proyek Donggi Senoro pada bulan Januari 2006, jauh sebelum Beauty Contest diumumkan.
- ii. Pemohon Kasasi/Mitsubishi memberikan sejumlah presentasi umum mengenai kemampuannya kepada Pertamina dan Medco pada bulan Februari dan Maret 2006, jauh sebelum Beauty Contest diumumkan. Selama jangka waktu tersebut, Pertamina dan Medco juga melakukan komunikasi dengan para pemain industri lainnya seperti Mitsui, Itochu dan Anadarko.
- iii. Beauty Contest diumumkan kepada Pemohon Kasasi/Mitsubishi dan peserta lainnya melalui surat undangan untuk berpartisipasi pada tanggal 1 September 2006 atau 6 bulan kemudian.

c. **Tidak ada bukti** yang mendukung asumsi Termohon Kasasi/KPPU bahwa komunikasi (presentasi pada tanggal 7, 23 dan 24 Februari, 16 Maret dan 4 September 2006) antara Pemohon Kasasi/Mitsubishi, Pertamina dan Medco terkait dengan proses Beauty Contest. Singkatnya, rangkuman dari masing-masing presentasi tersebut adalah sebagai berikut:

- i. **Presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi pada tanggal 7 Februari 2006 kepada Pertamina:** Pemohon Kasasi/Mitsubishi mempresentasikan kemampuannya secara umum dalam industri LNG.



1. Slide 3 sampai 26 membahas usaha Pemohon Kasasi/Mitsubishi secara umum, struktur perusahaan dan reputasi serta pengalamannya dalam industri LNG.
2. Slide 28 sampai 34 membahas strategi pembiayaan dan pemasaran Pemohon Kasasi/Mitsubishi, apabila pihaknya dilibatkan dalam Proyek, **berdasarkan data industri.**
3. Slide 36 sampai 65 membahas **pengalaman lalu** dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi (yang tidak terkait dengan Proyek) sebagai pemain dalam seluruh mata rantai (all value chain) industri LNG, yaitu pengalamannya dalam memasarkan LNG, pengalamannya dalam membiayai proyek LNG, pengalamannya dalam memilih teknologi untuk digunakan dalam kilang LNG, dan pengalamannya dalam mengirimkan atau mengangkut LNG.
4. Slide 67 membahas pandangan awal Pemohon Kasasi/Mitsubishi tentang Proyek **berdasarkan data industri atau pengalamannya sebelumnya.**
 - a. Terkait dengan masalah penentuan waktu Proyek, Pemohon Kasasi/Mitsubishi merekomendasikan penangkapan pasar antara tahun 2008 dan 2010. Sebagaimana dijelaskan oleh Tn. James Ball dalam **Analysis of Events IN the Donggi-Senoro LNG Project Development Process** tertanggal 11 November 2011 (**"Afidavit Ball 1"**), Industri LNG menyadari bahwa pada jangka waktu tersebut, pasar berubah menjadi pasar penjual karena meningkatnya permintaan (Lihat Angka 5, Afidavit Ball 1 halaman 31). Oleh karena itu, logis bagi Pemohon Kasasi/ Mitsubishi untuk merekomendasikan pengambilan keuntungan dari pasar tersebut.
 - b. Terkait dengan masalah pemasaran, Pemohon Kasasi/Mitsubishi merekomendasikan untuk menentukan pasar Jepang sebagai sasaran. Hal ini juga merupakan rekomendasi yang logis mengingat pasar pada saat itu. Sebagaimana dijelaskan oleh Mr. Ball dalam Afidavit Ball 1 (yang buktinya tidak dibantah oleh Termohon Kasasi/KPPU), halaman 32:

Hal. 281 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



"... Contracts totalling 24 mtpa (~50%) of Japanese demand with 3 regional suppliers were due to expire in 2009-2011 and by 2006 negotiations were underway to explore the opportunities to extend those contracts... there were concerns about the availability of gas supply to extend both the Bontang and Kenai volumes. **This served to put a new demand strain on the market particularly now coming from Japan – the key global LNG buyer.**"

Terjemahannya sebagai berikut:

(...Kontrak sebanyak 24 mtpa (~ 50%) dari permintaan Jepang dengan 3 pemasok daerah tersebut akan berakhir pada 2009-2011 dan pada tahun 2006, negosiasi berlangsung untuk mengeksplorasi kesempatan untuk memperpanjang kontrak tersebut...ada kekhawatiran tentang ketersediaan pasokan gas untuk memperpanjang volume Bontang dan Kenai. Hal ini menimbulkan beban permintaan yang baru pada pasar yang sekarang terutama berasal dari Jepang - pembeli utama LNG secara global)

- c. Terkait dengan EPC, Pemohon juga menyoroti keahlian dan relasinya dengan para kontraktor EPC sebagai nilai plus.
5. Sehubungan dengan EPC, Pemohon Kasasi/Mitsubishi juga menyoroti keahlian dan hubungan dengan kontraktor EPC sebagai nilai tambah.
 6. Slide 69 membahas mengenai permohonan Pemohon dan saran atas proses dalam rangka Pertamina dan Medco tertarik untuk mengikutsertakan Pemohon di dalam Proyek. Pada waktu itu, Pemohon tidak memiliki pengetahuan mengenai lingkup Proyek tersebut, permintaan pertama yaitu untuk mengerti data dan informasi yang berkaitan dengan kegiatan hulu dan hilir Proyek.
 7. Slide 72 sampai 84 merupakan "slide cadangan" Pemohon. Ini artinya slide ini dipersiapkan sebagai

Hal. 282 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



alternative untuk presentasi Pemohon mengenai pengalaman masa lalu sebelumnya di Slide 36 sampai 65).

ii. **Presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi pada tanggal 23 dan 24 Februari 2006 kepada Pertamina dan Medco:** Presentasi

Pemohon Kasasi/Mitsubishi pada tanggal 23 dan 24 Februari 2006 kepada Pertamina dan Medco: Pemohon Kasasi/Mitsubishi menyajikan hasil due diligence yang diminta dan rekomendasinya sendiri yang didasarkan pada presentasinya tertanggal 7 Februari 2006 dan bukan berdasarkan hasil due diligence.

1. Slide 2 sampai 4 merangkum temuan-temuan Pemohon Kasasi/Mitsubishi dalam pekerjaan pendahuluan LNGI/EU, sebagaimana telah dijelaskan dalam kronologis peristiwa. Jelas dari slide tersebut bahwa pekerjaan pendahuluan mereka masih dalam tahap awal dan kilang yang diusulkan oleh LNGI/EU berukuran mini dengan kapasitas hanya sampai 1,0 mtpa. Slide 4 juga menyoroti bahwa LNGI/EU hanya berfokus pada Blok Senoro.
2. Di sisi lain, Slide 5 sampai 10 merangkup opsi-opsi Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk pengembangan **kedua blok Senoro dan Matindok**. Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah mengasumsikan pengembangan kedua blok tersebut: lihat Slide 59 dari presentasi tertanggal 7 Februari 2006. Slide berisi peta berlabel "LNG Projects Under Construction & Planning" (Proyek LNG dibawah Konstruksi & Perencanaan). Hal ini didukung lebih lanjut oleh fakta dari surat Pemohon Kasasi/Mitsubishi tertanggal 12 Januari 2006 yang merujuk pada pembangunan kedua blok ketika menyatakan "strong interests to your Matindok-Senoro//Toili Project".
3. Terkait dengan rekomendasi pemasaran dalam Slide 10, semua rekomendasi di dalamnya dapat dilacak kembali ke rekomendasi yang diberikan pada tanggal 7 Februari 2006.
4. Sebagaimana dalam proposal dan poin untuk diskusi lebih lanjut sebagaimana diatur di dalam Slide 10 dan 11 presentasi tertanggal 24 Februari, ini adalah isu yang



dibahas dalam presentasi tertanggal 7 februari 2006. Contohnya, Slide 10 berbicara mengenai “realistic target for FID and commissioning”. Hal ini dibahas dalam judul “Timing” pada Slide 67 tanggal 7 Februari.

5. Singkatnya, tidak ada dalam proposal yang tertulis dalam slide 23 dan 24 Februari berdasarkan informasi milik LNGI/EU; mereka didasarkan atau memperluas presentasi Pemohon tertanggal 7 Februari 2006.

ii. **Presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi pada tanggal 16 Maret 2006 kepada Pertamina-Medco:**

Pemohon Kasasi/Mitsubishi menyajikan proposal untuk skema pengembangan Blok Donggi Senoro pada berbagai aspek seperti kapasitas peralatan, manajemen proyek, strategi kontrak EPC, jadwal EPC, keuangan, kemitraan, pemasaran, perjanjian dan jadwal. Sekali lagi, proposal yang berhubungan dengan aspek-aspek yang disebutkan diatas merupakan perluasan atau elaborasi pada proposal pertama yang dibuat pada 7 Februari 2006. Contohnya:

1. Slide 3 merekomendasikan penggunaan kombinasi gas yang tersimpan di kedua blok – hal ini konsisten dengan asumsi yang dibuat dalam slide 59 tertanggal 7 Februari.
2. Pada Slide 13, Pemohon merekomendasikan keterlibatannya dalam kedua aktivitas upstream dan downstream. Ini merupakan poin yang sama dalam Slide 69 tertanggal 7 Februari. Harus dipahami bahwa hal ini sangatlah berbeda dari Beauty Contest yang terbatas pada partisipasi mitra yang potensial didalam usaha bersama (joint venture) yang hanya dapat melaksanakan aktivitas downstream.
3. Pada Slide 15 Pemasaran, Pemohon sekali lagi merekomendasikan penjualan di pasar Jepang seperti rekomendasi didalam Slide 34 tanggal 7 Februari.
4. Proposal yang berdasarkan permintaan Pertamina dan Medco tercantum dalam slide 7.
5. Slide 8 sampai 22 mencantumkan berbagai pilihan yang Pemohon Kasasi/Mitsubishi dapat sediakan berdasarkan

Hal. 284 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



permintaan dan bukan yang digunakan dalam Beauty Contest.

iii. Presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi tanggal 4

September 2006 kepada Pertamina dan Medco: Pemohon

Kasasi/Mitsubishi menampilkan kepercayaan dan kemampuannya untuk pengembangan skema Blok Donggi Senoro. Slide 12 sampai 25 mrangkum mengenai proposal Pemohon Kasasi/Mitsubishi yang mana isinya serupa dengan slide 8 sampai 22 dalam presentasi tanggal 16 Maret 2006. Presentasi ini adalah pengulangan dari presentasi tanggal 16 Maret 2006 dan oleh karena itu tidak mengikutsertakan apapun yang digunakan dalam Beauty Contest.

1. Slide 3 sampai 18 mengandung informasi mengenai Pemohon sebagai perusahaan dan aktivitasnya di industri LNG. Isi dari Slide secara material sama dengan isi yang ditemukan dalam slide 3 sampai 21 dari presentasi Pemohon tertanggal 7 Februari 2006 sebagaimana didiskusikan diatas.
2. Slide 19 sampai 51 mengandung informasi mengenai proposal Pemohon dari berbagai aspek Proyek seperti Pemasaran, keuangan, manajemen proyek, jadwal dan kemitraan. Informasi mengenai Slide secara material sama dengan informasi yang ditemukan di dalam slide presentasi tertanggal 7 Februari dan 16 Maret 2006, contohnya:
 - a. Slide 38 membahas mengenai kemampuan Pemohon menjadi swing buyer untuk Proyek. Ini merupakan poin yang sama dibuat didalam slide 42 presentasi tertanggal 7 Februari;
 - b. Slide 42 membahas mengenai manajemen proyek seperti Slide 4 di presentasi tertanggal 16 Maret;
 - c. Slide 25 membahas mengenai partisipasi Pemohon dalam kedua aktivitas upstream dan downstream sama dengan slide 13 dalam presentasi tertanggal 16 Maret dan Slide 69 dalam presentasi tertanggal 7 Februari.
3. Dengan kata lain, presentasi dimaksudkan untuk mengulang presentasi tertanggal 16 Maret 2006 dan oleh

Hal. 285 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

karena itu, tidak berhubungan dengan hal-hal yang digunakan dalam Beauty Contest.

Dari rangkuman tersebut, jelas bahwa presentasi-presentasi tersebut tidak terkait dengan Term of Reference yang digunakan oleh Pertamina dan Medco dalam Beauty Contest. Mohon agar Majelis Hakim Agung Yang Mulia untuk melihat presentasi-presentasi tersebut secara keseluruhan. Apabila dicermati, maka presentasi-presentasi tersebut membuktikan **bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi, Pertamina dan Medco tidak melakukan pembahasan Term of Reference yang digunakan Beauty Contest.**

- d. Sebaliknya, bukti-bukti menunjukkan bahwa Beauty Contest tidak dimulai sebelum tanggal 1 September 2006 (lihat Surat No. 061/D20000/2006-SD tertanggal 1 September 2006) dan sebelum itu, Pertamina dan Medco mungkin masih memutuskan secara internal, tanpa keterlibatan dari salah satu peserta Beauty Contest termasuk Pemohon Kasasi/Mitsubishi, cara terbaik untuk memonetisasi Proyek Donggi-Senoro. Termohon Kasasi/KPPU telah keliru, dan tanpa dasar apapun, berusaha untuk menarik proses Beauty Contest sampai sebelum 1 September 2006.
- e. Ini juga menekankan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi bukanlah pemain LNG satu-satunya yang berkomunikasi dengan Pertamina dan Medco selama periode awal tahun 2006 dan sebelum Beauty Contest. Laporan Termohon Kasasi/KPPU sendiri dalam proses penyelidikan mengakui fakta bahwa sedikitnya lima anggota lainnya, yaitu Golar, LNGI/EU, Mitsui, Itochu dan Anadarko, diketahui telah berkomunikasi dengan Pertamina dan/atau Medco dalam kaitannya dengan Proyek Donggi Senoro tersebut (yaitu, Laporan Dugaan Pelanggaran (LDP) Termohon Kasasi/KPPU halaman 29-33 dan 36). Oleh karena itu, tidak ada alasan bagi Termohon Kasasi/KPPU untuk menyimpulkan bahwa presentasi Pemohon Kasasi/ Mitsubishi hanya eksklusif untuk Pemohon Kasasi/Mitsubishi dan diskriminatif terhadap peserta lain ketika pada kenyataannya, mereka juga memiliki kesempatan yang sama.

Hal. 286 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- f. Terkait dengan presentasi pada tanggal 4 September 2006, dijelaskan (dan tidak ditolak oleh Termohon Kasasi/KPPU dalam Putusan Termohon Kasasi/KPPU) bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak mendiskusikan Term of Reference pada pertemuan tanggal 4 September 2006. Tidak ada bukti yang mendukung dalil Termohon Kasasi/KPPU bahwa tujuan dari pertemuan ini adalah berkaitan dengan substansi dari Beauty Contest. Pemohon Kasasi/Mitsubishi juga bukan satu-satunya pihak yang memberikan presentasi kepada Pertamina dan Medco selama waktu itu. Sebagaimana diakui oleh Termohon Kasasi/KPPU dalam laporannya, ada juga pemain LNG lainnya, yaitu Itochu, yang juga hadir pada waktu itu.
- g. Perwakilan Pemohon Kasasi/Mitsubishi (Mr. Takuji Konzo) menegaskan kembali selama sidang dengan Termohon Kasasi/KPPU pada tanggal 15 November 2010 bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi **tidak memberikan presentasi tentang Term of Reference** pada tanggal 4 September 2006, tetapi hanya tentang kemampuan Pemohon Kasasi/Mitsubishi. Hal ini adalah sebagaimana disebutkan dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan tanggal 15 Nopember 2010 (lihat dokumen Termohon Kasasi/KPPU, index B38). Hal ini konsisten dengan isi slide presentasi yang telah disampaikan kepada Termohon Kasasi/KPPU.
- h. Oleh karena itu, Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak memiliki lebih banyak waktu maupun tidak memiliki peluang eksklusif dibandingkan dengan pihak lain karena baru menerima kriteria yang ditetapkan oleh Pertamina dan Medco dalam Beauty Contest ketika menerima surat tertanggal 1 September dan 8 September 2006.
- i. Tidak ada cukup bukti atas perlakuan istimewa yang diberikan kepada Pemohon Kasasi/Mitsubishi selama periode Beauty Contest. Tidak ada bukti untuk mendukung kesimpulan di atas pada ayat (4). Secara ringkas, Termohon Kasasi/KPPU tidak memiliki dasar untuk menyimpulkan bahwa ada bentuk perilaku diskriminatif untuk kepentingan Pemohon Kasasi/Mitsubishi.

Hal. 287 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



4. Beauty Contest tidak diarahkan untuk kepentingan Pemohon Kasasi/Mitsubishi

- a. Pemohon dengan ini menolak dalil Termohon Kasasi/KPPU dalam ayat 1 sampai 3 halaman 222-223 Putusan KPPU, yang menyatakan sebagai berikut:

"(1) Bahwa perbedaan penilaian antara tim penilai dari PNA dan MEI menunjukkan bahwa tidak ada penentuan pandangan umum antara tim penilai dari PNA dan MEI dalam memberikan penilaian pada proposal penawar dari Beauty Contest. Majelis Komisi telah menilai bahwa perbedaan dari penilaian terhadap proposal tersebut telah merugikan peserta lelang dari Beauty Contest;

(2) Yang terkait dengan TOR dibuat tidak menentu, majelis komisi telah menilai:

- f. Alasan eliminasi dari konsorsium LNGEU atau Osaka Gas atau Golar adalah mereka tidak termasuk Perjanjian Tanggung Renteng dan sesuai dengan TOR karena TOR meminta: "sebuah pernyataan definitif tentang kewajiban bagi masing-masing pihak dari konsorsium", dan dalam risalah rapat pada tanggal 19 September 2006 mereka tidak pernah meminta perjanjian tersebut dan hanya menjelaskan bahwa Kemitraan oleh Konsorsium adalah mungkin tanggung jawab tanggung renteng;
- g. Konflik antara TOR dan keputusan dewan direksi, yaitu dalam hal tujuan pemasaran. TOR menyebutkan bahwa tujuan pemasaran adalah Jepang, Korea, dan Taiwan, sedangkan direksi melarang pemasaran ke Korea dan Taiwan;
- h. TOR tidak menjelaskan tentang penolakan oleh penawar tertentu, namun dewan direksi melarang penawar untuk melibatkan Osaka Gas karena pembeli barat;
- i. TOR tidak meminta teknologi apa yang dikehendaki namun dewan direksi meminta teknologi yang telah terbukti;
- j. Majelis Komisi telah menilai bahwa penilaian hasil dari Beauty Contest berdasarkan alasan non-ekonomis yang tidak



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

ada dalam TOR seperti yang dijelaskan di atas, membuktikan TOR yang dibuat dengan tidak pasti;

- (3) Yang berhubungan dengan proposal mengikat majelis komisi telah menilai bahwa persyaratan untuk mengikat proposal ini diarahkan untuk MC sebagai pemenang. Hal ini disebabkan karena Dewan Direksi PNA dan MEI mempertanyakan proposal "mengikat" setelah tim evaluasi memberikan kuesioner tambahan untuk MC dan Mitsui. Kuesioner tambahan merupakan kelanjutan dari pertemuan yang diadakan pada tanggal 7 November 2006 berdasarkan hasil kuesioner tambahan tim evaluasi yang menyimpulkan bahwa usulan Mitsui lebih baik daripada MC dan direkomendasikan berkata penting kepada Wakil Direktur PNA"
- b. Tidak ada bukti yang dapat mendukung dalil Termohon Kasasi/KPPU dalam Putusan KPPU bahwa Beauty Contest dilaksanakan untuk kepentingan Pemohon Kasasi/Mitsubishi.
- c. Harus ditekankan bahwa Pertamina dan Medco tidak diwajibkan untuk melakukan Beauty Contest sejak awal. Pertamina dan Medco dapat menunjuk langsung Pemohon Kasasi/Mitsubishi sebagai mitra jika mereka menginginkan hal tersebut dari awal. Hal ini merupakan praktik industri yang diterima - misalnya, Inpex Corporation yang merupakan satu-satunya pengelola Blok Masela di dekat Maluku baru-baru ini memilih PT EMP Energi Indonesia secara langsung (tanpa proses seleksi) untuk bersama-sama mengoperasikan Blok Masela dengannya. **Oleh karena itu, fakta bahwa Turut Pertamina dan Medco menyelenggarakan Beauty Contest merupakan bukti niat mereka untuk mencari mitra yang terbaik dan adalah keliru apabila saat itu diasumsikan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi akan menjadi mitra tersebut.**
- d. **Adalah tidak masuk akal untuk mengasumsikan bahwa Pertamina dan Medco bersedia menanggung kesulitan tambahan dan biaya penyelenggaraan untuk mengadakan Beauty Contest dan mempekerjakan penilai pihak ketiga seperti PWC dan White and Case hanya untuk dapat menunjuk Pemohon Kasasi/Mitsubishi - padahal mereka dapat melakukan hal tersebut secara langsung.** Tujuannya sudah pasti untuk

Hal. 289 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

memuaskan diri mereka sendiri bahwa mereka akan mendapatkan mitra yang terbaik melalui proses seleksi.

- e. Terkait dengan penggunaan dua metode penilaian yang berbeda, tidak terdapat logika untuk menghubungkan fakta ini dengan asumsi bahwa Beauty Contest diarahkan untuk kepentingan Pemohon Kasasi/Mitsubishi. Jikapun ada, fakta bahwa Pertamina dan Medco menggunakan dua metode yang berbeda menunjukkan sebuah proses yang adil dan kompetitif yang dilakukan oleh dua perusahaan independen. Akan jauh lebih menunjukkan terjadinya sebuah persekongkolan apabila dua pihak yang meninjau proposal menggunakan kriteria yang sama dan mencapai kesimpulan yang sama - kebalikan dari apa yang terjadi dalam perkara ini.
- f. Dalam kenyataannya, perbedaan dalam penilaian hanya merupakan sebuah cerminan dari perbedaan pengalaman antara Pertamina dan Medco sebagaimana dijelaskan oleh Tn. James Ball dalam Affidavit Ball 1. Perbedaan dalam metode tidak merugikan para peserta karena mereka diperlakukan sama untuk semua proposal. Hal tersebut tidak membuat evaluasi Term of Reference menjadi tidak jelas per se. **Bukti yang sebelumnya terungkap di hadapan Termohon Kasasi/KPPU dan sekarang disampaikan kepada Majelis Hakim Agung Yang Mulia adalah bahwa Medco dan Pertamina melaksanakan metode penilaian mereka secara adil terhadap masing-masing proposal. Selain itu, Term of Reference itu sendiri adalah suatu bentuk dari sistem penilaian, yaitu penilaian dengan rujukan terhadap persyaratan yang tertuang didalamnya. Hal tersebut menjadi suatu persyaratan minimal yang harus dapat dilalui oleh calon mitra.**
- g. Dalam Berita Acara Pemeriksaan dari Pertamina tertanggal 15 November 2010, dinyatakan bahwa Term of Reference adalah sebuah persyaratan umum yang harus dipenuhi oleh peserta dari Beauty Contest. Selanjutnya, berdasarkan Berita Acara Pemeriksaan dari Medco tertanggal 2 November 2010 metode evaluasi yang berbeda yang digunakan oleh Pertamina dan Medco adalah alamiah dikarenakan perbedaan karakteristik antara Pertamina dan Medco.
- h. Dalam kaitannya dengan Term of Reference, dari sudut pandang Pemohon Kasasi/Mitsubishi, sebagai pemain industri yang mapan, kriteria yang digunakan oleh Pertamina dan Medco dalam Term of

Hal. 290 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Reference cukup pasti dan jelas untuk mempersiapkan sebuah proposal yang responsif. Bahwa seluruh pemain industri yang menerima Term of Reference dan berminat atas Proyek Donggi Senoro berhasil mengajukan proposal yang responsif merupakan bukti dari kejelasan dan ruang lingkup yang pasti dari kriteria tersebut.

- i. Termohon Kasasi/KPPU menyimpulkan bahwa Term of Reference tidak jelas tanpa referensi yang jelas. Sebaliknya, Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah mengajukan bukti yang tidak terbantah dari Tn. James Ball bahwa kriteria dari Term of Reference tersebut telah sesuai (Ringkasan Eksekutif dari the Affidavit Ball 1 (halaman ix and x)):

“...d. Were the right criteria chosen? We believe that it was correct to pick selection criteria that were largely qualitative and which defined a partner that would provide capabilities and credibility which needed to be strengthened. These included proven, long standing LNG experience, especially along the whole value chain and financial strength. Such a partner would know how to make the appropriate technical choices, thus the technology issue need not be included.

- e. Was the list of invitees discriminatory? If anything, we are surprised by the breadth of the list of invited parties; it was the opposite of discriminatory. It gave many newcomers a chance to prove themselves but also wisely included some more experienced contenders.

- f. Was the contest fairly conducted? We believe that screening criteria used and the method used by Pertamina to evaluate the bids were reasonable and fit for purpose. The two strongest candidates across the two evaluations, Pemohon Kasasi/Mitsubishi and Mitsui were shortlisted following further evaluation by a joint team. These candidates were clearly the most qualified contenders by the standards required at the beginning of the process.”

Terjemahan tidak resmi:

- (...d. **Apakah kriteria yang terbaik terpilih?** Kami percaya bahwa adalah benar untuk menentukan kriteria seleksi yang sebagian besar kualitatif dan yang mendefinisikan seorang mitra yang



mampu memberikan kemampuan dan kredibilitas yang dibutuhkan untuk memperkuat. Hal-hal ini termasuk, pengalaman LNG yang panjang dan terbukti, terutama bersama dengan seluruh mata rantai (value chain) dan kekuatan keuangan. Mitra tersebut harus tahu bagaimana caranya membuat pilihan-pilihan teknis secara tepat, sehingga masalah teknologi tidak perlu dimasukkan.

- e. **Apakah daftar undangan bersifat diskriminatif?** Jika ada, kami terkejut dengan banyaknya daftar pihak-pihak yang diundang; hal itu justru kebalikan dari diskriminatif. Hal tersebut memberikan peluang kepada banyak pendatang baru untuk membuktikan diri mereka tetapi juga dengan bijaksana melibatkan beberapa peserta yang lebih berpengalaman.
- f. **Apakah kontes tersebut dilakukan dengan adil?** Kami percaya bahwa kriteria penyaringan dan metode yang digunakan Pertamina untuk mengevaluasi tawaran-tawaran adalah masuk akal dan cocok untuk tujuan. Dua kandidat terkuat setelah melewati dua evaluasi, Pemohon Kasasi/Mitsubishi dan Mitsui terpilih untuk mengikuti evaluasi berikutnya oleh tim gabungan. Kandidat-kandidat ini adalah jelas-jelas merupakan peserta yang paling memenuhi persyaratan yang disyaratkan pada awal proses.)
- j. Terkait dengan persyaratan proposal yang mengikat yang diajukan Pertamina dan Medco, hal ini saja tidak dapat membuktikan bahwa terdapat sebuah persekongkolan untuk mengarahkan Pemohon Kasasi/Mitsubishi sebagai pemenang dari Beauty Contest. Perlu ditekankan bahwa **Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak memiliki peran apa pun dalam menentukan kriteria dari Beauty Contest, termasuk persyaratan untuk proposal yang mengikat.** Namun, ketika persyaratan untuk proposal yang mengikat diajukan, Pemohon berpayah sebaik mungkin untuk mengakomodasi persyaratan. **Adalah di luar kendali dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi bahwa peserta lainnya (contoh Mitsui) dapat atau tidak dapat mengakomodasi persyaratan tersebut.** Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak dapat dianggap bertanggung jawab atas pengajuan persyaratan tersebut.

Hal. 292 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



k. Dalam hal apapun, hal tersebut umum dalam praktek industri bagi pemilik proyek untuk meminta proposal yang mengikat pada akhir proses karena akan menunjukkan komitmen dari peserta Beauty Contest dan "mengurangi resiko proyek" sebagaimana dijelaskan oleh Tn. James Ball (Afidavit Ball 1 pada halaman 43). Persyaratan ini tentu akan menguntungkan proyek Donggi Senoro dan rakyat Indonesia.

l. Selanjutnya, adalah juga merupakan hal yang biasa untuk membuat persyaratan tambahan di tengah proses Beauty Contest. Dalam ayat 8 halaman 215 Putusan KPPU, menyatakan sebagai berikut:

"Bahwa Beauty Contest menjadi lebih menguntungkan daripada tender dalam hal, itu diperlukan inovasi dan pendekatan yang berbeda dalam menjalankan proyek yang. Melalui Kontes Kecantikan, penawar mungkin berkontribusi penciptaan dan menyesuaikan kebutuhan khusus, karena persyaratan yang belum ditetapkan namun pada pertama (Maarten Janssen (Ed), 2004)"

m. Oleh karena itu, jelas bahwa Termohon Kasasi/KPPU tidak memiliki bukti untuk mendukung kesimpulan bahwa Beauty Contest diarahkan oleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi, Pertamina atau Medco untuk kepentingan Pemohon Kasasi/Mitsubishi dan kesimpulan tersebut harus ditolak.

5. Tidak ada persekongkolan antara Pemohon Kasasi/Mitsubishi, Pertamina dan Medco

a. Pemohon Kasasi/Mitsubishi dengan ini menolak dalil Termohon Kasasi/KPPU dalam ayat 8.9.1 sampai 8.9.3 halaman 229-230 Putusan KPPU, yang menyatakan sebagai berikut:

"8.9.1. Bahwa perilaku diskriminatif adalah dalam bentuk kesempatan diskusi dan presentasi yang hanya diberikan kepada MC serta memberikan undangan yang berbeda sebagai bentuk pemberian kesempatan eksklusif oleh PNA dan MEI sebagai penyelenggara Beauty Contest untuk MC;

8.9.2. Bahwa hasil dari penilaian yang berbeda, TOR yang tidak jelas dan permintaan proposal yang mengikat langsung ke



MC adalah bentuk PNA dan tindakan MEI dalam penciptaan persaingan ditiru;

8.9.3. Bahwa pemberian kesempatan eksklusif serta persaingan palsu adalah bentuk konspirasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22"

- b. Meskipun telah melangsungkan proses penyidikan panjang selama hampir dua tahun, Termohon Kasasi/KPPU tidak dapat mengidentifikasi bukti-bukti, baik langsung maupun tidak langsung, untuk mendukung kesimpulan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi bersekongkol dengan Pertamina dan Medco dalam Beauty Contest.
- c. Termohon Kasasi/KPPU mengutip empat faktor sebagai indikator atau bentuk dari persekongkolan di atas, yang semuanya telah dibantah oleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi.
- d. Sehubungan dengan faktor pertama yaitu kesempatan eksklusif untuk diskusi diberikan hanya kepada Pemohon Kasasi/Mitsubishi, seperti yang dijelaskan sebelumnya dan diakui dalam laporan penyelidikan Termohon Kasasi/KPPU sendiri, Termohon Kasasi/KPPU bukan satu-satunya pihak yang berkomunikasi dengan Pertamina dan Medco. Dengan kata lain, diskusi dan presentasi tidak diberikan oleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi secara eksklusif. Oleh karena itu, kesimpulan Termohon Kasasi/KPPU bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah bersekongkol dengan Pertamina dan Medco untuk mendapatkan peluang eksklusif untuk memberikan presentasi dengan demikian telah gugur.
- e. Selain itu, seandainya pun Majelis Hakim Agung Yang Mulia berpandangan terdapat perlakuan "diskriminatif" yang diberikan untuk kepentingan Pemohon Kasasi/Mitsubishi (yang mana disangkal) – quod non -, hal ini tidak berarti bahwa terdapat persekongkolan antara para pihak tanpa adanya bukti-bukti lainnya. Hal ini karena suatu persekongkolan mensyaratkan suatu maksud bersama untuk mencapai suatu tujuan bersama.
- f. Akan tetapi, telah ditunjukkan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak meminta kesempatan untuk memberikan presentasi. Presentasi tersebut diberikan atas permintaan Pertamina dan Medco. Pihaknya juga telah menunjukkan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak

Hal. 294 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

memiliki keterlibatan apa pun dalam menentukan pemenang Beauty Contest atau kriteria yang akan digunakan dalam Beauty Contest.

- g. Oleh karena itu, tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi bersama-sama dengan Pertamina dan Medco sejak awal bertujuan untuk memperlakukan Pemohon Kasasi/Mitsubishi lebih baik dibandingkan dengan para peserta lainnya. Selain itu, juga tidak ada bukti untuk menunjukkan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi bersama-sama dengan Pertamina dan Medco sejak awal bertujuan untuk menentukan Pemohon Kasasi/Mitsubishi sebagai pemenang.
- h. Terkait dengan faktor-faktor lainnya yaitu perbedaan waktu untuk pengiriman undangan, perbedaan sistem penilaian dan persyaratan proposal yang mengikat, **Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak terlibat dalam keputusan apapun yang berkaitan dengan Beauty Contest.** Termohon Kasasi/KPPU tidak mengidentifikasi adanya bukti (dan memang tidak ada) atas keterlibatan Pemohon Kasasi/Mitsubishi dalam setiap proses pengambilan keputusan, seperti contoh keputusan kapan untuk mengirimkan undangan, keputusan untuk menentukan kapan mengenakan persyaratan mengikat atau keputusan tentang bagaimana menilai proposal. Dengan tidak adanya keterlibatan Pemohon Kasasi/Mitsubishi, tidak dimungkinkan adanya persekongkolan apapun antara Pemohon Kasasi/Mitsubishi dengan Pertamina dan Medco.
- i. Hal yang lebih penting, apabila Pertamina dan Medco berkeinginan untuk menunjuk Pemohon Kasasi/Mitsubishi sebagai mitra mereka, mereka tidak harus bersekongkol dengan Pemohon Kasasi/Mitsubishi dan melaksanakan Beauty Contest. Mereka dapat menunjuk Pemohon Kasasi/Mitsubishi secara langsung. Fakta ini saja membantah kesimpulan bahwa terdapat persekongkolan atau bahwa Beauty Contest dilakukan untuk kepentingan dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi.
- j. Selanjutnya, Pedoman KPPU dalam halaman 18 menyebutkan bahwa indikator-indikator yang harus ada harus tetap dibuktikan dengan bukti oleh Termohon Kasasi/KPPU. Dengan kata lain, **indikator-indikator saja tidak mencukupi untuk membuktikan persekongkolan:**

Hal. 295 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



“Untuk mengetahui telah terjadi tidaknya suatu persengkongkolan dalam tender, berikut dijelaskan berbagai indikasi persekongkolan yang sering dijumpai pada pelaksanaan tender. Perlu diperhatikan bahwa, hal-hal berikut merupakan indikasi persekongkolan sedangkan bentuk atau perilaku persekongkolan maupun tidak adanya persekongkolan tersebut harus dibuktikan melalui pemeriksaan oleh Tim Pemeriksa atau Majelis KPPU.”

- k. Berdasarkan penjelasan diatas, sangatlah jelas bahwa tidak ada persekongkolan antara Pemohon Kasasi/Mitsubishi, Pertamina dan Medco terkait dengan proses Beauty Contest. Dengan tidak adanya bukti apa pun berkaitan dengan persekongkolan, maka kesimpulan Termohon Kasasi/KPPU harus ditolak.

6. Tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan atau menggunakan informasi LNGI yang dikategorikan sebagai Rahasia Dagang

- a. Pemohon Kasasi/Mitsubishi dengan ini menolak dalil Termohon Kasasi/KPPU dalam paragraph 1 sampai 8 halaman 232-234 dari Putusan KPPU, yang menyatakan sebagai berikut:

- “(1) Bahwa berdasarkan Putusan KPPU Nomor 19/KPPU-L/2007 sebagaimana dikuatkan dengan Putusan MA No. 158 K/PDTSUS/2009 dated 23 June 2009, Pengertian mengenai **Rahasia** perusahaan mungkin diadaptasi dari Pengertian dari **Rahasia Dagang** sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 tentang **Rahasia Dagang** dalam (Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000);
- (2) Bahwa berdasarkan pasal 1 angka 1 dari Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000, **rahasia Dagang** adalah “Informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan/atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh Pemilik **Rahasia Dagang**”;
- (3) Bahwa dalam Pasal 2 Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 “Lingkup perlindungan **Rahasia Dagang** meliputi metode produksi, metode pengolahan, metode penjualan, atau informasi lain di bidang teknologi dan/atau bisnis yang memiliki nilai ekonomi dan tidak diketahui oleh masyarakat umum;

Hal. 296 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



- (4) Bahwa lebih lanjut mengenai ruang lingkup dari rahasia dagang dalam Pasal 3 Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 menyatakan sebagai berikut:
1. Rahasia Dagang mendapat perlindungan apabila informasi tersebut bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomi, dan dijaga kerahasiaannya melalui upaya sebagaimana mestinya;
 2. Informasi dianggap bersifat rahasia apabila informasi tersebut hanya dike-tahui oleh pihak tertentu atau tidak diketahui secara umum oleh masyarakat;
 3. Informasi dianggap memiliki nilai ekonomi apabila sifat kerahasiaan informasi tersebut dapat digunakan untuk menjalankan kegiatan atau usaha yang bersifat komersial atau dapat meningkatkan keuntungan secara ekonomi;
 4. Informasi dianggap dijaga kerahasiaannya apabila pemilik atau para pihak yang menguasainya telah melakukan langkah-langkah yang layak dan patut."
- (5) Bahwa berkaitan dengan due diligence yang dilakukan oleh MC kepada LNGI, Pendahuluan dari due diligence adalah setelah MC melakukan presentasi kepada PNA dan MEI. Dalam salah satu presentasi berkaitan dengan Permintaan dan Saran dari MC memuat: "MC menginginkan adanya peluang untuk mereview data pada permulaan perihal Hulu dan Hilir". lebih lanjut MEI memfasilitasi MC untuk melihat data hilir dengan meminta MC TO melakukan due diligence kepada LNGI;
- (6) Bahwa hasil dari MC due diligence kepada LNGI memberikan data untuk MC dalam persiapan proposal proyek sedikitnya untuk hal-hal sebagai berikut:
- a. Dalam presentasi pada 7 Februari 2006, MC menyatakan kepada para pihak: "MC menawarkan Kapasitas terminal yang tersedia (mencapai c.2 MTPA) telah dijamin dalam U.S/Go.M, sebagaimana diperlukan untuk menjamin arus kas yang cukup dan pembiayaan untuk permulaan FID". Setelah dilakukan due diligence dan dinilai bahwa teknologi yang diawarkan oleh LNGI dengan kapasitas 1.0 mtpa, memberikan inspirasi kepada MC sebagaimana telah



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

dinyatakan dalam presentasi pada 23 dan 24 Februari 2006 bahwa Kilang minyak dengan kapasitas 2.0 mtpa X 1 mencukupi untuk menggabungkan Donggi-Senoro.

b. Dalam presentasi pada 7 Februari 2006, MC tidak didiskusikan tentang DMO (Kewajiban Pasar Domestik) tetapi setelah melakukan due diligence dan dari aspek komersial dapat melihat DMO, kemudian dalam proposal pada 16 Maret 2006, MC mendiskusikan DMO, bahwa dalam mengatasi permasalahan DMO;

(7) Bahwa Majelis Komisi menilai informasi hasil due diligence yang dimanfaatkan oleh MC dalam menyusun proposal proyek dikategorikan sebagai rahasia perusahaan karena memenuhi kriteria dalam lingkup rahasia dagang sebagaimana dimaksud dalam pasal 3 UU No. 30 Tahun 2000 yaitu informasi dianggap dijaga kerahasiaannya apabila memiliki nilai ekonomi dan pemilik atau para pihak yang menguasainya telah melakukan langkah-langkah layak dan patut sebagaimana telah ditempuh melalui confidentiality agreement;

(8) Bahwa terkait dengan hasil due diligence merupakan persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia pesaingnya, majelis komisi menilai bahwa sepanjang informasi digunakan oleh pihak lain untuk kepentingan bisnis dan mendapatkan manfaat dari informasi tersebut maka tindakan tersebut dapat dikategorikan sebagai persekongkolan untuk mendapatkan rahasia perusahaan pesaingnya."

b. Ada baiknya mengingat fakta tak terbantahkan mengenai due diligence:

- i. Pada tanggal 7 Februari 2006, Pemohon Kasasi/Mitsubishi membuat presentasi umum kepada Pertamina dan Medco mengenai ketertarikannya dalam Proyek Donggi Senoro dan kemampuannya serta ide-ide yang diusulkannya.
- ii. Segera setelah itu, Pemohon Kasasi/Mitsubishi diminta untuk melakukan peninjauan terhadap pekerjaan awal LNGI berkaitan dengan Blok Senoro. LNGI menyetujui

Hal. 298 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

peninjauan tersebut berdasarkan Perjanjian Kerahasiaan.

- iii. Pada tanggal 23 dan 24 Februari 2006, Pemohon Kasasi/Mitsubishi menyampaikan hasil peninjauan tersebut kepada operator Blok Senoro.
 - iv. Pemohon Kasasi/Mitsubishi bukan satu-satunya pihak yang diminta untuk melakukan peninjauan. Mitsui dan Anadarko melakukan hal yang sama pada saat/sekitar waktu yang bersamaan.
- c. Sehubungan dengan kesimpulan pada point (5) bahwa due diligence dipicu oleh permintaan Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk peninjauan data:
- i. Permintaan Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk “sebuah kesempatan untuk melakukan peninjauan data” dibuat pada tanggal 7 Februari 2006 (lihat halaman 69 dari Presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi), bahkan sebelum Pemohon Kasasi/Mitsubishi menyadari keterlibatan LNGI/EU dalam Blok Senoro. Lebih lanjut, permintaan tersebut diajukan dalam kaitannya dengan data yang dimiliki Pertamina dan Medco yang berhubungan dengan kegiatan mereka dalam (baik hulu maupun hilir) untuk Blok Matindok dan Senoro. Hal ini tidak berkaitan dengan LNGI/EU.
 - ii. Permintaan informasi tersebut merupakan hal yang biasa, mengingat suatu pemain LNG perlu memahami sifat dari Blok-Blok terkait dan proyek yang bersangkutan sebelum dapat berpartisipasi. Dengan kata lain, tidak ada bukti yang menunjukkan hubungan langsung antara permintaan Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk peninjauan data dan permintaan Medco kepada Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk meninjau pekerjaan awal LNGI/EU.
 - iii. Selanjutnya, tidak dapat dibantah bahwa permintaan untuk melakukan due diligence tersebut tidak hanya dimintakan kepada Pemohon Kasasi/Mitsubishi tetapi juga kepada Mitsui dan Anadarko. Hal ini membuktikan bahwa bukan Pemohon Kasasi/Mitsubishi yang memulai

Hal. 299 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



due diligence tersebut. Fakta ini tidak dapat dibantah oleh Direktur LNGI/EU sendiri selama sidangnya dengan Termohon Kasasi/KPPU pada tanggal 22 November 2010 (lihat dokumen B42 dari berkas dokumen Termohon Kasasi/KPPU pada tanggapan terhadap pertanyaan no. 18).

d. Sehubungan dengan kesimpulan bahwa hasil due diligence memberikan Pemohon Kasasi/Mitsubishi dasar dalam mempersiapkan proposalnya:

- i. Pertama-tama, harus ditekankan bahwa hal ini merupakan hal baru yang tidak pernah diangkat sebelumnya oleh Termohon Kasasi/KPPU yang melanggar hak dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk diberi kesempatan menyampaikan pembe-laannya.
- ii. Dalam hal apapun, adalah tidak benar untuk menyatakan bahwa opsi Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk memiliki 2.0 mtpa x 1 train dibuat setelah Pemohon Kasasi/Mitsubishi meninjau pekerjaan awal LNGI/EU. Opsi ini terdapat dalam presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi pada tanggal 7 Februari 2006 (slide 59). Pada Map yang diberi label “Proyek LNG dalam Konstruksi dan Perencanaan”, label Sulawesi LNG – Indonesia merujuk pada proyek dan disebutkan dalam bagan Pemohon Kasasi/Mitsubishi bahwa opsinya adalah 1.95 mtpa x 1 atau 0.85 mtpa x 2. Dengan demikian, hal ini jelas menunjukkan bahwa proposal Pasasi Kasasi/Mitsubishi dalam slide-slide tanggal 7 Februari 2006 didasarkan pada presentasi sebelumnya dan bukan berasal dari informasi milik LNGI/EU.
- iii. Berkaitan dengan masalah kewajiban pasar domestik, sekali lagi, informasi ini merupakan informasi yang disediakan oleh Pertamina dan Medco atau BPMigas karena merekalah pihak yang mengetahui setiap persyaratan pemerintah untuk penjualan gas untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri. Informasi ini, walaupun tidak disampaikan dalam presentasi slide pada tanggal 7 Februari 2006, tidak termasuk kedalam

Hal. 300 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



informasi yang termasuk dalam kategori Rahasia Dagang LNGI/EU karena informasi ini bukan merupakan milik LNGI/EU. Informasi ini akan menjadi informasi yang dimiliki oleh pemilik proyek atau Pemerintah Indonesia yang telah membicarakan hal ini dengan pemilik proyek.

- iv. Dalam hal apapun, masalah kewajiban gas dalam negeri merupakan pengetahuan umum sejak bulan Agustus 2005. Affidavit Tambahan Mr. James Ball (Affidavit Ball 2) menambahkan beberapa publikasi industri tentang Indonesia yang dipublikasikan di bulan Agustus 2005 yang menyebutkan persyaratan penyediaan gas untuk produsen pupuk di Indonesia dibandingkan menjualnya ke luar negeri (Lihat Analisis Masalah Gas berjudul "Indonesia – what plaques the gas industry:" sebagaimana terlampir pada Affidavit Ball 2).
 - v. Sebagai kesimpulan, tidak ada bukti untuk mendukung kesimpulan Termohon Kasasi/KPPU bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah menggunakan hasil due diligence sebagai dasar dalam persiapan proposalnya. Termohon Kasasi/KPPU tidak menunjukkan informasi apa yang ditinjaunya dalam due diligence yang muncul dalam proposal Pemohon Kasasi/Mitsubishi atau presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi karena dalam kenyataannya Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak menggunakan informasi tersebut. Hal ini didukung oleh bukti dari saksi ahli yang telah menganalisa sifat dari informasi LNGI/EU sebagaimana dipresentasikan dalam temuan Pemohon Kasasi/Mitsubishi.
- e. Sehubungan dengan kesimpulan pada paragraf (7) halaman 232-234 dari Putusan KPPU:
- i. Keberadaan Perjanjian Kerahasiaan saja tidak cukup untuk menyimpulkan bahwa informasi yang ditinjau adalah "Rahasia Dagang" LNGI. Hal ini dikarenakan meskipun Perjanjian Kerahasiaan itu sendiri mengakui bahwa informasi yang diungkapkan akan menjadi

Hal. 301 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“informasi rahasia” hanya apabila informasi tersebut merupakan “informasi bernilai rahasia” yaitu yang tidak diketahui oleh pihak lainnya. Selanjutnya, menurut Pasal 1 Nomor 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000, rahasia dagang adalah “Informasi yang **tidak diketahui oleh umum** dalam bidang teknologi dan/atau bisnis”. Oleh karena itu, informasi seperti cadangan gas pada blok dan kewajiban gas dalam negeri tidak akan dianggap sebagai informasi rahasia.

- ii. Termohon Kasasi/KPPU tidak menunjukkan informasi mana yang menjadi milik LNGI/EU yang merupakan informasi rahasia sehingga kesimpulannya harus ditolak.
- f. Sehubungan dengan kesimpulan pada paragraf (8) halaman 232-234 dari Putusan KPPU:
 - i. Pertama-tama, harus digarisbawahi bahwa Termohon Kasasi/KPPU belum menyatakan mengapa pihaknya menganggap LNGI sebagai pesaing dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi. Telah disampaikan bahwa LNGI bukanlah pesaing dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi. (sehingga Pasal 23 menjadi tidak berlaku) karena:
 1. LNGI menawarkan sebuah skema untuk satu blok yaitu Blok Senoro, dimana LNGI akan bertindak sebagai pembeli gas untuk membeli gas dari Pertamina dan Medco. LNGI juga menawarkan teknologinya yaitu konsep kilang LNG mini untuk memproses gas yang dibeli. LNGI selanjutnya akan menjual gas tersebut. (LDP Termohon Kasasi/KPPU yang meringkas Perjanjian Eksklusivitas).
 2. Pemohon Kasasi/Mitsubishi, di sisi lain, menawarkan dalam presentasi awalnya pada tanggal 7 Februari 2006 (sebelum due diligence dilakukan dan sebelum Pemohon Kasasi/Mitsubishi menyadari minat dari LNGI) untuk terlibat dalam semua aspek dari kegiatan hulu dan hilir dari dua blok tersebut yaitu Blok

Hal. 302 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Matindok dan Blok Senoro.

- ii. Lebih lanjut, LNGI dan Pemohon Kasasi/Mitsubishi beroperasi pada dua pasar yang berbeda. LNGI terutama bergerak dalam penyediaan teknologi dan pengalamannya sebagian besar terkonsentrasi dalam pembelian gas serta pembangunan dan pengoperasian kilang LNG mini. Dilain pihak, Pemohon Kasasi/Mitsubishi merupakan pemain semua mata rantai (all value chain) yang dapat melakukan semua aspek dalam kegiatan hulu dan hilir.
- iii. Tidak ada keuntungan yang diperoleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi dalam meninjau pekerjaan awal LNGI/EU karena Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak dapat menggunakan informasi yang dimiliki oleh LNGI/EU serta tidak menggunakan informasi tersebut.
- iv. Termohon Kasasi/KPPU tidak mengidentifikasi informasi tertentu mana yang merupakan milik LNGI, yang digunakan dalam proposal Pemohon Kasasi/Mitsubishi. Mohon agar Majelis Hakim Agung Yang Terhormat memeriksa semua slide presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi. Pemeriksaan tersebut akan menunjukkan bahwa tidak ada informasi LNGI yang digunakan dalam slide presentasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi ataupun proposal dalam Beauty Contest.
- v. Lebih penting lagi, Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah menunjukkan bukti yang sangat kuat melalui Affidit Ball 1 dimana Mr. James Ball meninjau slide-slide tersebut dan membuktikan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak dan tidak mungkin menggunakan informasi LNGI apapun selama pelaksanaan due diligence. Dalam Affidit Ball 1, Mr. James Ball menganalisa slide presentasi dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi mengenai pekerjaan awal LNGI (Affidit Ball 1 halaman 39 dan 40) dan membuat kesimpulan sebagai berikut:

"We do not believe that the knowledge of the work carried out by LNGI could in any way have given either

Hal. 303 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Mitsui or Mitsubishi any advantage in the partner selection process that would have resulted in either of those companies being shortlisted or being finally selected. What information there was related largely to technology or was specific to the small scheme based on Senoro alone. None of this was relevant to the larger scheme for the combined Matindok and Senoro blocks. In addition, technology was not a criterion used in selecting the partners. The technology would be chosen by the partners at a later stage in the project development from one of several well established providers of liquefaction technology. These companies (such as Air Products) are not generally experienced in the management and development of LNG projects and are not therefore chosen as partners in LNG projects. They are service providers. Mitsui and Mitsubishi are not among them; they were offering their wider LNG development expertise and financial strength. LNGI's particular contribution was offering a small scale technology for a small scale plant that was not proven for baseload LNG" (Afidavit James Ball halaman 40).

Terjemahan tidak resmi:

(Kami tidak mempercayai bahwa pengetahuan (infomasi) pekerjaan yang dilakukan oleh LNGI dapat dengan cara apapun, memberikan keuntungan bagi Mitsui maupun Mitsubishi dalam proses seleksi mitra yang menjadikan kedua perusahaan itu masuk dalam daftar pilih atau pada akhirnya terpilih. Informasi tersebut sangat berkaitan dengan teknologi atau spesifik dengan skema kecil yang berbasis pada Senoro sendiri. Tak sedikitpun informasi yang relevan dengan skema lebih besar yang ada pada gabungan Matindok dan Blok Senoro. Di samping itu, teknologi bukanlah suatu kriteria yang dipakai untuk memilih mitra. Teknologi akan dipilih oleh para mitra pada tingkatan selanjutnya dalam pengembangan proyek dari satu atas beberapa penyedia teknologi liquefaction yang

Hal. 304 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



telah mapan. Perusahaan-perusahaan tersebut (seperti Air Products) tidak secara umum berpengalaman dalam bidang pengelolaan dan pengembangan proyek-proyek LNG serta tidak dipilih sebagai mitra dalam proyek-proyek LNG. Mereka adalah penyedia layanan. Sedangkan Mitsui dan Mitsubishi tidak sama dengan perusahaan-perusahaan tersebut, mereka menawarkan keahlian dan kekuatan finansial mereka dalam bidang pengembangan LNG. Kontribusi khusus LNGI adalah menawarkan sebuah teknologi skala kecil untuk sebuah kilang berskala kecil yang tidak teruji untuk LNG baseload)

- vi. Sehingga, Kesimpulan Termohon Kasasi/KPPU yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi/ Mitsubishi telah menggunakan informasi rahasia LNGI untuk keuntungannya sendiri harus ditolak.

7. Tidak Terjadi Praktik Persaingan Usaha Tidak Sehat yang akan Berujung Pada Pelanggaran Pasal 22 dan 23 Undang-Undang Anti Monopoli

- a. Pemohon kasasi/Mitsubishi menolak asumsi Termohon Kasasi/KPPU yang menyatakan bahwa telah terjadi persaingan usaha tidak sehat dalam kondisi ini.
- b. Termohon Kasasi/KPPU tidak menjelaskan bagaimana persaingan usaha tidak sehat terjadi dalam perkara ini. Termohon Kasasi/KPPU hanya berasumsi bahwa tindakan yang dikeluhkan telah menyebabkan persaingan usaha tidak sehat. Termohon Kasasi/KPPU juga berasumsi bahwa telah terjadi tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum. Namun, bagaimanapun juga, tidak terdapat bukti yang menunjukkan:
 - i. Sehubungan dengan Pasal 22, Beauty Contest tidak lain dari sebuah proses seleksi secara adil untuk memilih calon mitra terbaik untuk Pertamina dan Medco;
 - ii. Sehubungan dengan Pasal 23, Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah menggunakan informasi LNGI untuk kepentingannya sendiri.
- c. Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah mengajukan bukti ahli hukum yang menyatakan bahwa alasan dan prinsip efisiensi akan digunakan

Hal. 305 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



untuk menyimpulkan bahwa tidak terjadi persaingan usaha tidak sehat dalam perkara ini. Bahkan seandainya pun terjadi persekongkolan (yang telah disangkal) berdasarkan pasal 22 dan 23 – quod non -. Ahli Hukum Ibu Nugroho menjelaskan dalam laporannya bahwa unsur “menyebabkan persaingan usaha tidak sehat”, merupakan pencerminan dari persyaratan rule of reason (halaman 15 kesaksian ibu Nugroho)

“Khususnya pembuktian unsur “akibat perbuatan pelaku usaha tersebut dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat” Karena pembuktian unsur “yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.” pada pasal 22 maupun pasal 23 sesuai ketentuan UU No 5 Tahun 1999, pembuktiannya menggunakan pendekatan rule of reason, yang penggunaannya cenderung berorientasi pada prinsip efisiensi, dan adanya kerugian masyarakat. Yang diperlukan pembuktian, apakah tindakan yang dituduhkan itu (jika terbukti adanya pelanggaran pasal 22 dan pasal 23), mengakibatkan kerugian masyarakat dan merusak persaingan.)”

- d. Termohon Kasasi/KPPU telah gagal untuk mempertimbangkan prinsip rule of reason dalam menganalisa pertanyaan mengenai apakah persaingan usaha tidak sehat telah terjadi. Hal ini keliru dan bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 22 yang mensyaratkan adanya unsur tersebut untuk menyimpulkan terjadinya “persaingan usaha tidak sehat” terjadi. Hal ini ditegaskan dalam literatur yang dibuat oleh Termohon Kasasi/KPPU (dan dimuat dalam Website Termohon Kasasi/KPPU) yang berjudul Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks) yang ditulis oleh Dr. Andi Fahmi Lubis, Dr. Anna Maria Tri Anggaraine, Dr. Kurnia Toha, Prof. Budi Kagramanto, Prof. Hawin, Prof. Dr. Ningrum Sirait, Dr. Sukarmi, Dr. Syamsul Maarif dan Dr. Udin Silalahi, dimana berkaitan dengan elemen ini, dinyatakan dalam halaman 153 dan 154:

“ Unsur yang terakhir dari ketentuan tentang persekongkolan adalah terjadinya “persaingan usaha tidak sehat”. Unsur ini menunjukkan, bahwa persekongkolan menggunakan pendekatan rule of reason, karena dapat dilihat dari kalimat “...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Pendekatan rule of reason



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

merupakan suatu pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan usaha (seperti KPPU di Indonesia) untuk mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan...

Kebanyakan perkara persekongkolan tender tersebut (baik itu untuk pengadaan maupun penjualan barang-barang dan atau jasa) telah diputus oleh KPPU dengan menggunakan pendekatan rule of reason.)

e. Sehubungan dengan Pasal 22;

i. Proposal Pemohon Kasasi/Mitsubishi menang dengan adil berdasarkan kekuatannya sendiri dan faktanya merupakan sebuah proposal yang memenuhi semua persyaratan yang diminta oleh Pertamina dan Medco. Hal ini dijelaskan oleh ahli industri Mr. Ball, (halaman 42 dan 44 Afidafit Ball 1). Menurut Mr. Ball, Pemohon Kasasi/Mitsubishi memiliki reputasi yang bagus dan terkenal dalam industri LNG dan mampu bekerja dengan pemilik proyek dalam jangka waktu yang lama. Reputasi Pemohon Kasasi/Mitsubishi akan membantu kerjasama ini untuk mendapatkan pembiayaan yang dibutuhkan untuk memberikan proyek ini modal yang diperlukan. Hal ini akan menguntungkan Pemilik Proyek dan pada akhirnya rakyat Indonesia. Maka dari itu, tidak ada kerugian atau rintangan untuk berkompetisi dalam industri LNG di Indonesia, dan tentu saja tidak terkait dengan Proyek Donggi Senoro. Mr. Ball menyimpulkan:

“Overall, the Mitsubishi proposal was a highly credible one. Mitsubishi showed that it had the credentials to develop LNG projects and necessary project management experience and resources (human and capital) to execute a project of this kind. Mitsubishi was further prepared to offer considerable marketing capabilities and was prepared to offer project financing.”

Terjemahan tidak resmi:

(Secara keseluruhan, proposal Mitsubishi memiliki kredibilitas tinggi. Mitsubishi menunjukkan bahwa mereka memiliki

Hal. 307 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

kemampuan untuk mengembangkan proyek-proyek LNG dan pengalaman manajemen proyek yang diperlukan serta sumber daya (manusia dan modal) untuk melaksanakan proyek semacam ini. Lebih lanjut, Mitsubishi siap untuk menawarkan kemampuan marketing yang berbobot dan juga siap menawarkan pembiayaan proyek)

- ii. Oleh karena itu, pemilihan Pemohon Kasasi/Mitsubishi merupakan hasil pemilihan terbaik bagi Pertamina dan Medco dan pada akhirnya bagi rakyat Indonesia. Hal ini pada kenyataannya merupakan hasil yang pro-persaingan.
- f. Sehubungan dengan Pasal 23:
 - iii. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, tidak ada tindakan melawan hukum atau tindakan tidak jujur yang terbukti karena LNGI/EU memberikan informasi rahasia secara sukarela kepada Pemohon Kasasi/Mitsubishi berdasarkan Perjanjian Kerahasiaan. LNGI/EU sangat menyadari bahwa pemeriksaan tersebut dilakukan atas permintaan Medco.
 - iv. Tidak terjadi pelanggaran Perjanjian Kerahasiaan karena hal ini merupakan pemahaman bersama antara para pihak bahwa sebagai pemilik/operator dari Blok Senoro, Pertamina dan Medco berhak untuk tahu hasil tinjauan Pemohon Kasasi/Mitsubishi atas pekerjaan awal LNGI/EU pada Blok Senoro. Hal ini tersirat dalam Perjanjian Kerahasiaan.
 - v. Tidak terjadi persaingan usaha tidak sehat karena Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak menggunakan dan tidak dapat menggunakan informasi LNGI/EU. Termohon Kasasi/KPPU tidak menunjukkan bukti apapun terkait penggunaan informasi tersebut. Dilain pihak, telah dibuktikan bahwa tidak terdapat proposal dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi yang menggunakan informasi tersebut. Semua proposal Pemohon Kasasi/Mitsubishi mengacu pada presentasi pertama Pemohon Kasasi/Mitsubishi pada tanggal 7 Februari 2006 atau sebelum due diligence dilakukan.
 - vi. Dengan tidak adanya informasi milik LNGI/EU, tidak mungkin ada persaingan usaha tidak sehat.

Hal. 308 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



**TIDAK TERJADI PELANGGARAN TERHADAP PASAL 22 DAN 23 UU
NO.5/1999**

8. Dalam bagian sebelumnya, Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah membantah kesimpulan yang dibuat dalam Putusan KPPU. Dalam bagian ini, Pemohon Kasasi/Mitsubishi akan menunjukkan bahwa Termohon Kasasi/KPPU telah gagal untuk membuktikan unsur-unsur penting yang diperlukan untuk menyatakan bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah melanggar Pasal 22 dan 23.

a. Pasal 22

- i. Pasal 22 mewajibkan Termohon Kasasi/KPPU untuk membuktikan semua unsur penting berikut ini:
 1. Adanya tender.
 2. Unsur persekongkolan untuk menyatakan pemenang tender.
 3. Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan.
- ii. Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah menunjukkan dalam paragraf sebelumnya bahwa putusan Termohon Kasasi/KPPU tidak didasarkan pada bukti-bukti namun didasarkan pada asumsi dan pernyataan kosong semata. Oleh karena itu, Termohon Kasasi/KPPU telah gagal untuk memenuhi dan melepaskan beban pembuktiannya untuk membuktikan unsur-unsur tersebut.
- iii. **Keberadaan tender:** sebagaimana dijelaskan, Beauty Contest bukanlah tender dalam artian Pasal 22.
- iv. **Unsur Persekongkolan untuk menyatakan pemenang tender:** sebagaimana dijelaskan, tidak terdapat bukti bahwa adanya persekongkolan untuk menyatakan Pemohon Kasasi/Mitsubishi sebagai pemenang Beauty Contest.
- v. **Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan:** sebagaimana dijelaskan, tidak terdapat bukti terjadinya persaingan usaha tidak sehat, walaupun apabila ditemukan terjadinya persekongkolan.
- vi. Oleh karena itu, Putusan KPPU yang menyatakan telah terjadi pelanggaran Pasal 22 oleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi harus ditolak dan dinyatakan batal serta tidak berlaku.



b. Pasal 23

- i. Pasal 23 mewajibkan Termohon Kasasi/KPPU untuk membuktikan unsur-unsur penting berikut:
 1. Unsur Persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia milik pesaing.
 2. Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan.
- ii. Pemohon Kasasi/Mitsubishi telah membuktikan bahwa putusan KPPU tidak didasarkan pada bukti apapun namun hanya didasarkan pada asumsi dan pernyataan kosong semata. Sehingga, Termohon Kasasi/KPPU telah gagal untuk memenuhi dan membuktikan unsur-unsur dalam Pasal 23.
- iii. **Unsur Persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia milik pesaing:** sebagaimana dijelaskan, tidak terdapat bukti yang menyatakan bahwa LNGI/EU merupakan pesaing dari Pemohon Kasasi/Mitsubishi, serta tidak terdapat juga bukti persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia LNGI/EU.
- iv. **Unsur persaingan usaha tidak sehat yang disebabkan oleh perilaku yang dikeluhkan:** sebagaimana dijelaskan, tidak terdapat bukti penggunaan informasi rahasia LNGI/EU oleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk keuntungannya sendiri. Sehingga, tidak terjadi persaingan usaha tidak sehat, walaupun apabila ditemukan terjadinya persekongkolan.
- v. Oleh karena itu, putusan KPPU yang menyatakan telah terjadi pelanggaran pasal 23 oleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi harus ditolak dan dinyatakan batal serta tidak berlaku

SANKSI YANG DIKENAKAN OLEH TERMOHON KASASI/KPPU INI TANPA DASAR DAN BERLEBIHAN

9. Seandainya pun Hakim Agung Yang Mulia berpendapat bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi bertanggung jawab atas pelanggaran Pasal 22 dan 23 (yang telah disangkal) – quod non -, disampaikan bahwa sanksi sebesar 15 miliar rupiah adalah berlebihan dan tanpa dasar. Termohon Kasasi/KPPU, dalam menerapkan sanksi diatas, gagal untuk untuk mempertimbangkan fakta bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak

Hal. 310 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



memiliki keterlibatan apapun dalam proses pembuatan keputusan dalam Beauty Contest. Oleh karena itu, Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak seharusnya dibebankan dengan sanksi terberat diantara pihak-pihak mengingat fakta bahwa ia tidak memiliki kendali dalam proses maupun hasil dari Beauty Contest.

10. Faktor lain yang dapat meringankan sanksi adalah fakta bahwa tidak ada kerugian terhadap kepentingan umum. Pemohon Kasasi/Mitsubishi adalah Pemain LNG terkemuka dan kegiatan kerjasama antara Pemohon Kasasi/Mitsubishi dan Pertamina dan Medco dalam proyek ini akan menguntungkan Indonesia dalam jangka panjang.
11. Terakhir, "faktor yang memberatkan" yang diandalkan oleh Termohon Kasasi/KPPU didasarkan pada kesimpulan yang salah. Tidak disangkal bahwa Pemohon Kasasi/Mitsubishi mengajukan permintaan untuk melakukan peninjauan data dalam presentasinya tanggal 7 Februari 2006. Namun, sebagaimana dijelaskan sebelumnya, permintaan tersebut tidak berhubungan dengan permintaan Medco kepada Pemohon Kasasi/Mitsubishi untuk meninjau pekerjaan awal LNG/EU. Oleh karena itu, fakta bahwa permintaan tersebut dibuat oleh Pemohon Kasasi/Mitsubishi tidak seharusnya menghukum Pemohon Kasasi/Mitsubishi dengan cara apapun. Dalam hal apapun, Termohon Kasasi/KPPU tidak menjelaskan mengapa fakta tersebut akan mengakibatkan Pemohon Kasasi/Mitsubishi menjadi lebih bersalah atau patut dipersalahkan sehingga membenarkan sanksi yang dijatuhkan.

Keberatan-keberatan dari Pemohon Kasasi III/MEDCO :

I. URAIAN SINGKAT MENGENAI FAKTA-FAKTA PERKARA INI

- 1.1. Sebelum menguraikan alasan-alasan permohonan Kasasi secara terperinci, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II merasa perlu untuk menyampaikan latar belakang atas fakta-fakta dan keadaan yang terkait dengan perkara ini, sehingga Mahkamah Agung pada tingkat Kasasi dapat memperoleh gambaran yang **jelas, akurat, serta objektif** atas duduk persoalan yang sebenarnya dalam memeriksa dan mengadili perkara aquo.
- 1.2. Pemohon Kasasi II dan Pertamina melalui anak perusahaannya adalah pemegang masing-masing 50% (lima puluh persen) hak partisipasi dalam Production Sharing Contract Senoro-Toili tertanggal 4 Desember 1997 ("**PSC Senoro-Toili**") melalui Joint Operating Body yang mengelola dan mengoperasikan ladang gas



di Lapangan Senoro, Sulawesi Tengah ("**Lapangan Senoro**"). Sementara itu, Pertamina melalui anak perusahaannya yang lain memiliki wilayah kerja sekaligus merupakan pengelola Area Matindok yang di dalamnya terdapat lapangan gas Minahaki, Maleoraja, dan termasuk lapangan gas Donggi ("**Area Matindok**").

- 1.3. Selama hampir puluhan tahun, Pemohon Kasasi II dan Pertamina yang ketika itu masih merupakan pemegang langsung hak partisipasi dalam PSC Senoro-Toili telah melakukan diskusi-diskusi dan studi secara intensif guna mencari solusi sehubungan dengan belum termanfaatkannya gas hasil dari Lapangan Senoro. Di sisi lain, Pertamina yang juga secara independen memegang hak partisipasi dalam PSC pada wilayah kerja Area Matindok, juga belum menemukan solusi untuk memanfaatkan semua gas dari Area Matindok. Hingga kuartal pertama 2005 para pemegang hak partisipasi pada PSC Senoro-Toili belum menemukan calon pembeli gas yang dapat memenuhi tingkat keekonomian pada Lapangan Senoro.
- 1.4. Sebagai upaya Pemohon Kasasi II dan Pertamina untuk memanfaatkan semua gas pada Lapangan Senoro, pada tanggal 31 Mei 2005, Pemohon Kasasi I, Pertamina dan LNG International Pty., Ltd ("**LNGInternational**") menandatangani Exclusivity Agreement ("**EA**") dengan jangka waktu periode eksklusif selama 4 (empat) bulan sejak penandatanganan EA. Ruang lingkup EA terbatas pada penajakan potensi kerja sama **jual beli gas secara putus yang bersumber dari Lapangan Senoro**, yang berada di wilayah PSC Senoro-Toili dan gas tersebut akan dialirkan ke pabrik LNG yang rencananya akan dibangun dan dimiliki oleh LNGInternational. Pada intinya, EA mengatur bahwa LNGInternational melalui perusahaan joint venture dengan mitranya akan membentuk suatu perusahaan, yaitu PT LNG Energi Utama ("**LNGEU**") (**yang pada waktu EA ditandatangani belum berdiri**) akan membeli 0.8 trillion cubic feet gas dari Lapangan Senoro untuk kemudian memproduksi sekitar 700.000 ton LNG/tahun (0.7 Million Tonne Per Annum/MTPA), namun rencana tersebut hanya apabila LNGInternational mampu memenuhi seluruh persyaratan pendahuluan/Condition Precedent



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

("CP") dalam EA, yang kesemuanya harus dipenuhi oleh LNGInternational selambat-lambatnya tanggal 30 September 2005.

- 1.5. Tujuan yang dimaksudkan dalam EA ternyata gagal, karena ternyata sampai tanggal 30 September 2005, LNGInternational gagal memenuhi seluruh CP dalam EA, sehingga berdasarkan ketentuan Pasal 1 (d) jo. Pasal 5 (b) jo. Pasal 5 (c) EA, dan ketentuan Pasal 1253 KUHPdata, secara hukum EA telah berakhir secara otomatis, dan oleh karenanya, tidak ada lagi ikatan dan/atau hubungan hukum dengan LNGInternational.
- 1.6. Setelah EA berakhir, LNGInternational masih ingin mewujudkan **proyek mini LNG** dengan sumber gas dari Lapangan Senoro. LNGEU/LNGInternational adalah pebisnis baru dalam industri ini, yang memerlukan fundamental finansial, pengalaman, teknologi, dan jaringan pemasaran yang kuat dan luas, sehingga LNGEU/LNGInternational dengan suka rela diperkenalkan kepada para pebisnis internasional, yaitu antara lain, Itochu Corporation, Anadarko dan Mitsubishi. LNGEU/LNGInternational menyambut baik perkenalan tersebut, dan berdasarkan kesepakatan di antara mereka, mereka secara terpisah menjajaki hubungan atas dasar business to business yang didahului dengan penandatanganan Confidentiality Agreement, dan mengadakan pertukaran informasi di antara mereka. Penjajakan kerja sama mereka pun gagal.
- 1.7. Setelah Pertamina dan Pemohon Kasasi I melakukan diskusi intensif untuk menentukan pola mana yang terbaik dalam pengembangan Lapangan Senoro dan di sisi lain Pertamina juga memikirkan pola terbaik untuk mengembangkan Area Matindok, maka Pertamina mempertimbangkan penggabungan hasil gas antara Lapangan Senoro dan Area Matindok. Pemohon Kasasi I dan Pertamina kemudian memutuskan untuk mengembangkan bisnis LNG dengan struktur skema hilir (downstream) dengan sumber gas yang merupakan penggabungan dari Lapangan Senoro dan lapangan-lapangan yang berada di Area Matindok. Dalam rangka mengembangkan bisnis skema hilir (downstream) tersebut, Pertamina dan Pemohon Kasasi I berencana membentuk usaha bersama (joint venture company) dengan mengikutsertakan mitra investasi terpilih untuk memiliki, mendanai dan berbagi risiko. Untuk itu, Pemohon Kasasi I dan Pertamina menyepakati untuk

Hal. 313 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



mengadakan proses seleksi mitra investasi untuk melakukan pembangunan kilang LNG dengan skema hilir (downstream) yang memanfaatkan gas bumi dari kedua Lapangan Senoro dan Area Matindok (selanjutnya disebut dengan **"Proyek LNG Donggi-Senoro"**). Dengan demikian, dalam Proyek LNG Donggi-Senoro, Pertamina, Pemohon Kasasi I dan mitra terpilih kelak **akan membentuk usaha bersama untuk memiliki, mendanai dan menanggung risiko, yang sama sekali berbeda dengan proses tender yang merupakan tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan atau pengadaan barang dan jasa.**

- 1.8. Untuk mewujudkan proses seleksi mitra investasi tersebut, pada tanggal 1 September 2006, Pertamina dan Pemohon Kasasi I menyampaikan undangan dan Term of Reference (**"TOR"**) kepada 7 (tujuh) perusahaan pebisnis LNG internasional, yaitu (i) LNGEU, yang kemudian membentuk konsorsium dengan Osaka Gas dan Golar (**"LNGEU/Osaka Gas/Golar"**); (ii) Itochu Corporation (**"Itochu"**); (iii) LNG Japan Corporation (**"LNG Japan"**); (iv) Marubeni Corporation (**"Marubeni"**); (v) Mitsubishi; (vi) Mitsui & Co. Ltd (**"Mitsui"**) dan (vii) Toyota Tsoshu Corporation (**"Toyota"**), dan meminta agar perusahaan yang berminat mengirimkan proposal selambat-lambatnya tanggal 22 September 2006.
- 1.9. Mengingat adanya minat untuk berpartisipasi dalam pengembangan Proyek LNG Donggi Senoro dari (i) British Gas Asia Pasific Pte. Ltd (**"British Gas"**), (ii) Japan Petroleum Exploration (**"Japex"**) dan (iii) PT Pasific Oil & Gas Indonesia (**"POGI"**) yang disampaikannya kepada Pertamina, maka pada tanggal 13 September 2006, Pemohon Kasasi I dan Pertamina juga mengundang 3 (tiga) perusahaan tersebut.
- 1.10. Dari tanggal 25 September 2006 sampai dengan tanggal 10 Oktober 2006, tim evaluator masing-masing Pertamina dan Pemohon Kasasi I telah mengadakan evaluasi secara independen dan sendiri-sendiri atas proposal yang ada. Dalam proses tersebut, Pemohon Kasasi I dibantu oleh konsultan independen, yaitu White & Case (kantor hukum internasional), Widyawan & Partners (konsultan hukum nasional) dan Price Waterhouse Coopers (**"PWC"**) untuk melakukan evaluasi proposal.



- 1.11. Bahwa pada tanggal 11 Oktober 2006, tim evaluator masing-masing Pertamina dan Pemohon Kasasi I melaporkan hasil evaluasi kepada Direksi masing-masing Pertamina dan Pemohon Kasasi I, di mana Pemohon Kasasi I merekomendasikan 3 (tiga) perusahaan, yaitu: (i) Mitsubishi; (ii) Mitsui; dan (iii) LNGEU/Osaka Gas/Golar. Sementara itu, Pertamina merekomendasikan 3 (tiga) perusahaan, yaitu: (i) Mitsubishi; (ii) Mitsui; dan (iii) LNG Japan.
- 1.12. Setelah hasil penilaian digabungkan, maka Mitsubishi dan Mitsui terpilih sebagai recommended shortlisted partners. LNGEU tersisih karena tidak direkomendasikan oleh Pertamina, dan LNG Japan tersisih karena tidak direkomendasikan oleh Pemohon Kasasi I.
- 1.13. Mengingat proposal Mitsubishi dan Mitsui masih bersifat kualitatif, dan untuk memastikan komitmen mereka terhadap isi proposal mereka, yang semuanya dilakukan agar terhindar dari kesalahan memenangkan peserta yang tidak memenuhi persyaratan TOR dan agar tidak terjadi kekeliruan/kesalahan dalam memutuskan pemenang serta untuk melindungi kepentingan kepentingan Pemerintah RI, Pemohon Kasasi I dan Pertamina atas proyek ini, maka Pertamina dan Pemohon Kasasi I memutuskan untuk mengirimkan additional clarification question kepada Mitsubishi dan Mitsui. Pertamina dan Pemohon Kasasi I meminta proposal yang mengikat (**Request for Binding Proposal**) ("**RFB**"). Mitsui dan Mitsubishi diminta untuk memastikan komitmen mereka.
- 1.14. Setelah menerima proposal Mitsubishi dan Mitsui dalam tahap ini, teridentifikasi bahwa **Mitsubishi menerima atau memenuhi persyaratan TOR, sehingga proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik. Sebaliknya, Mitsui dalam proposalnya membuat disclaimer (hal-hal yang membuat tidak bisa dituntut) bahwa proposalnya bersifat indikatif, bersifat informatif saja dan karenanya dapat diubah sewaktu-waktu secara sepihak** (vide berkas perkara Termohon Kasasi No. S9). Proposal Mitsui yang demikian jelas tidak memberikan perlindungan hukum kepada Pertamina dan Pemohon Kasasi I sebagai penyelenggara yang nantinya akan menanggung risiko bersama-sama dengan mitra terpilih terkait dengan Proyek LNG Donggi-Senoro dan bertentangan dengan tujuan tahap ini, karena Mitsui secara hukum mempunyai alasan yang sah untuk



membatalkan isi proposalnya dengan alasan hukum bahwa **proposalnya tidak mengikat, bersifat indikatif, bersifat informatif saja dan karena dapat diubah sewaktu-waktu secara sepihak**. Mempertimbangkan semua hal-hal tersebut di atas dan karena proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik, maka Pertamina dan Pemohon Kasasi I memilih Mitsubishi sebagai mitranya.

- 1.15. Sekalipun Mitsubishi merupakan mitra terbaik yang dipilih secara selektif, tiba-tiba pada tanggal 21 Oktober 2008, Termohon Kasasi memanggil Pemohon Kasasi I untuk menghadiri proses klarifikasi serta lebih lanjut melakukan pemeriksaan terkait dengan dugaan pelanggaran Pasal 20 dan Pasal 21 UU No. 5/1999. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II telah memberikan semua informasi dan dokumen yang diminta oleh Termohon Kasasi, dan hal yang sama terjadi pada Pertamina dan Mitsubishi.

Pada tanggal 7 Januari 2009, Termohon Kasasi menghentikan pemeriksaannya, yang diketahui oleh Pemohon Kasasi melalui informasi media.

- 1.16. Kembali secara sewenang-wenang, Termohon Kasasi memulai lagi pemeriksaannya pada 29 Januari 2009 atas laporan yang diduga dilaporkan oleh LNGEU terhadap Mitsubishi terkait dengan dugaan pelanggaran Pasal 20, Pasal 21 dan Pasal 22 UU No. 5/1999. Terhadap pemeriksaan untuk kedua kalinya ini pun, **Termohon Kasasi pada 9 Juni 2009 telah menghentikan pemeriksaannya dengan menyimpulkan sendiri bahwa laporan tidak lengkap dan tidak jelas**.
- 1.17. Kembali lagi secara sewenang-wenang, untuk ketiga kalinya dan atas dasar inisiatifnya sendiri, Termohon Kasasi pada tanggal 24 Juni 2010 membuka lagi pemeriksaan dengan tuduhan pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999.
- 1.18. Dengan mengabaikan fakta-fakta yang terbukti dan bertentangan dengan hukum, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda sebesar Rp5.000.000.000 (lima miliar rupiah), serta menyatakan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda sebesar Rp1.000.000.000 (satu miliar rupiah).



- 1.19. Sebenarnya tanda-tanda bahwa Termohon Kasasi bersikeras untuk menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, Pertamina dan Mitsubishi sudah mulai terlihat sejak awal. **Pemeriksaan dibuka kembali untuk ketiga kalinya setelah 2 (dua) kali dihentikan. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II berulang kali selama pemeriksaan telah menyampaikan bahwa proses seleksi mitra Investasi tidak termasuk di dalam ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999.**

Sekalipun alasan-alasan tersebut telah didukung oleh pendapat dari 2 (dua) Ahli Hukum Persaingan Usaha berdasarkan berkas perkara Termohon Kasasi No. B36 dan No. M19, sebaliknya dengan merujuk kepada **Kata Pengantar** yang terdapat pada halaman 1 paragraf 2 dari **buku asing**, yang diedit oleh Maarten Janssen pada tahun 2004 ("**Buku Maarten Janssen**"), Termohon Kasasi secara keliru menyatakan proses seleksi mitra investasi tersebut merupakan tender sebagaimana dimaksud Pasal 22 UU No. 5/1999 dan menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, Pertamina dan Mitsubishi. Pada faktanya, justru Buku Maarten Janssen yang dijadikan rujukan oleh Termohon Kasasi tersebut malah bertentangan dengan UU No. 5/1999, karena buku tersebut adalah **mengenai masalah lelang atas aset-aset pemerintah, dan bukan membahas seleksi mitra investasi**. Dari judulnya saja, yaitu "**AUCTIONING PUBLIC ASSETS - ANALYSIS AND ALTERNATIVES**," yang apabila diterjemahkan adalah "**LELANG ASET PUBLIK - ANALISA DAN ALTERNATIF**", jelas membuktikan bahwa Kata Pengantar buku asing tersebut tidak membahas dan tidak menyimpulkan bahwa seleksi mitra investasi merupakan tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Hal ini membuktikan bahwa Termohon Kasasi telah secara sewenang-wenang memaksakan interpretasi tentang proses seleksi mitra investasi sebagai tender yang dimaksud Pasal 22 UU5/1999 dengan mendasarkan pada sumber yang tidak patut.

- 1.20. Selama pemeriksaan, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II telah menyampaikan alasan-alasannya bahwa tuduhan pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak berdasar, namun tidak diperdulikan oleh Termohon Kasasi. Berikut hanyalah beberapa contoh saja:



a. Termohon Kasasi berkesimpulan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II merupakan pesaing/saingan dari LNGEU dalam proses seleksi mitra investasi sebagai salah satu unsur dari Pasal 23 UU No. 5/1999, padahal berdasarkan logika sederhana pun secara mudah dapat dipahami bahwa **para pihak yang bersaing adalah para peserta dalam proses dalam seleksi mitra investasi tersebut, bukan antara penyelenggara dan peserta**. Lagi pula, Pemohon Kasasi II bukanlah penyelenggara dan tidak juga peserta dalam seleksi mitra tersebut.

b. Persyaratan teknologi yang proven (artinya teknologi teruji) yang dimintakan kepada para peserta dalam rangka melindungi kepentingan Pemohon Kasasi I, Pertamina dan Pemerintah Republik Indonesia malah disimpulkan oleh Termohon Kasasi sebagai pelanggaran TOR. Termohon Kasasi menginginkan bahwa teknologi yang dipergunakan seharusnya teknologi dan kualitas rendah.

1.21. Selain itu, setiap kali tahapan pemeriksaan berlanjut (mulai dari tahapan klarifikasi, tahap pemeriksaan pendahuluan ke tahap pemeriksaan lanjutan, dan bahkan sampai sidang majelis Termohon Kasasi), tuduhan-tuduhan Termohon Kasasi selalu berubah-ubah, sehingga tidak jelas apa yang dituduhkan dan berdasarkan fakta apa yang sebenarnya dituduhkan. Terkesan Termohon Kasasi mencari-cari alasan dengan tujuan satu-satunya yaitu bagaimanapun sahnya alasan yang dikemukakan, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II dan para Terlapor lainnya harus dihukum.

Salah satu contoh dari banyaknya tuduhan Termohon Kasasi yang terus menerus berubah-ubah yaitu pada awalnya, Termohon Kasasi menyatakan bahwa proses seleksi tersebut hanya merupakan alibi untuk menyingkirkan LNGInternational. Sekarang dalam Putusannya, Termohon Kasasi menyatakan proses seleksi tersebut bersifat diskriminatif, penilaian yang mengambang, persaingan semu dan tuduhan tidak berdasar lainnya, **namun mengakui bahwa proses seleksi tersebut tidak bertujuan untuk menyingkirkan LNGEU/LNGInternational**.



- 1.22. Dalam proses pemeriksaan berkas (inzage) pun, disamping kesempatan waktu yang diberikan oleh Termohon Kasasi sangat sempit, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II pun hanya diijinkan untuk memeriksa berkas yang diajukan oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sendiri dan berita acara pemeriksaan lainnya, padahal untuk kepentingan pembelaan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, isi berkas-berkas/bukti-bukti lain yang diajukan oleh Terlapor lain (Pertamina dan Mitsubishi) sangatlah diperlukan. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II telah menyatakan keberatannya atas hal ini dengan memberikan catatan pada berita acara pemeriksaan berkas (inzage) tersebut.
- 1.23. Terkesan bahwa dalam membuat Putusannya, Termohon Kasasi memihak kepada pelapor awal. Sangat disayangkan bahwa lembaga pemerintah yang seharusnya melindungi warganya malah dipergunakan sebagai sarana menghukum warganya atas tuduhan pelanggaran, yang tidak dilakukannya dan tidak terbukti terjadi sama sekali. Sangat disayangkan pula bahwa Putusan Judex Facti mengambil-alih seluruh pertimbangan dan menguatkan Putusan Termohon Kasasi tanpa memeriksa perkara ini dengan baik, wajar dan cermat.

II. BUKTI/DOKUMEN PENTING DALAM BERKAS PERKARA

- 2.1. Sebagaimana dapat dilihat pada bagian II, fakta-fakta dari perkara ini sangatlah sederhana dan tidak ada perkara. Sebenarnya, seluruh fakta yang diperlukan untuk memutuskan perkara ini dapat dilihat dalam dokumen-dokumen di bawah ini, yang tidak dipertimbangkan sama sekali oleh Termohon Kasasi dan Judex Facti. Penting untuk dicatat bahwa dokumen-dokumen ini merupakan bagian dari berkas Termohon Kasasi.
- 2.2. Untuk membantu Mahkamah Agung, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II merujuk kembali dokumen-dokumen tersebut pada Memori Kasasi ini, yaitu sebagai berikut:
- 2.2.1. Berkas Termohon Kasasi No. M12 dan M13 berupa Surat Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II kepada Termohon Kasasi perihal Permohonan Klarifikasi dan Permintaan Dokumen No. MEI-I-309/DIR-LM/XI/2008 berikut lampiran-lampirannya, antara lain:



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

a. Exclusivity Agreement (“EA”) antara Pertamina, Pemohon Kasasi I dan LNGInternational, tertanggal 31 Mei 2005 yang membuktikan bahwa ruang lingkup EA hanya terbatas pada penajakan potensi kerja sama jual beli gas yang bersumber hanya dari Lapangan Senoro yang berada di wilayah PSC Senoro-Toili, dengan metode jual beli gas secara putus apabila LNGInternational mampu memenuhi seluruh persyaratan pendahuluan yang ditentukan dalam EA, yang harus dipenuhi oleh LNGInternational selambat-lambatnya tanggal 30 September 2005.

EA berakhir secara otomatis, karena ternyata LNGInternational tidak memenuhi persyaratan pendahuluan yang disebutkan dalam EA.

b. Surat undangan kepada para peserta seleksi calon mitra tertanggal 1 September 2006 dan 8 September 2006 **beserta lampiran TOR** yang mengundang (i) LNGEU, yang kemudian membentuk konsorsium dengan Osaka Gas dan Golar, (ii) Itochu, (iii) LNG Japan, (iv) Marubeni, (v) Mitsubishi, (vi) Mitsui, dan (vii) Toyota, yang memberitahukan secara terbuka ketentuan TOR.

c. Berita acara aanwijzing, yang membuktikan bahwa kepada 10 (sepuluh) peserta telah diberitahukan dan dijelaskan mengenai TOR secara terbuka. Tidak ada pula keberatan dari British Gas, Japex dan POGI terkait pengiriman undangan tambahan kepada mereka.

d. TOR tertanggal 1 September 2006 dan Revisi TOR Clarification Meeting tertanggal 19 September 2006 menentukan bahwa:

(a) proses seleksi mitra investasi yang diadakan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I adalah untuk mencari mitra calon investor yang nantinya bersama-sama dengan Pertamina dan Pemohon Kasasi I akan menjadi pemegang

Hal. 320 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



saham di perusahaan yang akan didirikan. Jadi, tidak ada tawaran harga untuk pemborongan suatu pekerjaan, tidak ada tawaran harga untuk pengadaan barang, ataupun tidak ada tawaran harga untuk penyediaan jasa.

- (b) tujuan pemasaran adalah untuk mendapatkan nilai maksimum dari pasar (to get maximum value from the market), sehingga tidak ada pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi dalam hal pemasaran LNG.
- (c) pernyataan yang tegas dari calon mitra dalam bentuk konsorsium tentang persyaratan jointly and severally liable dalam proposalnya.
- e. Surat Ketua Tim Pengembangan Gas Matindok dan Senoro Nomor 224/D20000/2006-S0 dan Nomor 225/D20000/2006-S0, kepada GM Energy Business Group dari Mitsubishi dan Deputy Representative dari Mitsui, keduanya tertanggal 23 November 2006, perihal Donggi-Senoro LNG Downstream Project, beserta lampiran berjudul Request for Binding Proposal, telah membuktikan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pertamina dalam tahap seleksi shortlisted ini telah mempersyaratkan bahwa **proposal harus bersifat mengikat**.
- f. Mitsui's Final Proposal for Donggi-Senoro Project tertanggal 1 Desember 2006, dimana pada bagian akhir proposal tersebut, Mitsui menyatakan disclaimer-nya bahwa **proposalnya bersifat indikatif, bersifat informatif saja dan tidak mengikat**.

- 2.2.2. Berkas Termohon Kasasi No. S1, S2, S3, dan S6 berturut-turut berupa: (i) Akta pendirian PT Donggi Senoro LNG, (ii) Keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia RI tentang pengesahan badan hukum PT Donggi Senoro LNG, (iii) Akta Pernyataan Keputusan Rapat PT Donggi Senoro LNG, dan (iv) surat dari BP Migas kepada Direktur Eksekutif Termohon

Hal. 321 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Kasasi perihal permintaan dokumen, yang membuktikan tentang pendirian PT Donggi Senoro LNG sebagai hasil dari proses seleksi mitra investor. Jadi proses seleksi calon mitra investasi adalah untuk mendapatkan mitra yang akan menyertakan modalnya sebagai pemegang/pemilik saham dalam perusahaan yang didirikan secara bersama-sama oleh Pertamina, Pemohon Kasasi I dan mitra terpilih, yang secara bersama-sama akan menjalankan perusahaan, bukan tender.

2.2.3. Berkas perkara Termohon Kasasi No. B36 berupa Pendapat Hukum Ahli Prof. Dr. Erman Rajagukguk, S.H. yang merupakan anggota tim penyusun UU No. 5/1999, pada halaman 3, berpendapat bahwa **proses seleksi calon mitra bukan merupakan tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999.**

2.2.4. Berkas perkara Termohon Kasasi No. M19 berupa Pendapat Hukum Ahli UU No. 5/1999, yaitu Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD, khususnya pada halaman 10, 11, 16, 17, 18, 22, yang membuktikan bahwa:

- a. proses seleksi calon mitra bukan merupakan tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999;
- b. pertukaran informasi atas dasar kesepakatan/persetujuan para pihak berupa penandatanganan confidentiality agreement tidak merupakan persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 UU No. 5/1999;
- c. persekongkolan tidak dapat hanya disimpulkan berdasarkan perkiraan-perkiraan, persangkaan-persangkaan dan asumsi-asumsi semata;
- d. antara pengundang (Pemohon Kasasi I dan Pertamina) dan para peserta calon (antara lain LNGEU) **bukan pesaing satu dengan yang lain**, sehingga Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak mungkin diterapkan kepada Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II.



- 2.2.5. Berkas Termohon Kasasi No. S9 berupa surat Mitsui kepada Termohon Kasasi (Mohammad Reza sebagai Kepala Monitoring dan Litigasi) perihal Permintaan Informasi tertanggal 26 Mei 2009, dimana Mitsui mengkonfirmasi kembali bahwa **proposal Mitsui tidak mengikat, hanya bersifat informatif dan indikatif dan dapat berubah-ubah.**
- 2.2.6. Berkas Termohon Kasasi No. B16 berupa Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Saksi terhadap Direktur Utama LNGEU Norman Marshall, tanggal 11 Agustus 2010, yang menyatakan bahwa **tidak mungkin penjajakan bisnis dengan miliaran rupiah dilakukan tanpa proses didahului due diligence, dan membuktikan pula bahwa pertukaran informasi antara LNGEU/LNGInternational dengan Anadarko, Mitsui dan Mitsubishi diperoleh secara sah dan atas ijin/persetujuan LNGEU/ LNGInternational.**

III. PERTIMBANGAN-PERTIMBANGAN JUDEX FACTI

- 3.1. Secara ringkas, pertimbangan Putusan Judex Facti tertanggal 17 Nopember 2011, yang relaas pemberitahuannya diterima oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II pada tanggal 3 Januari 2012 hanya menyangkut hal-hal:
- 3.1.1. Para Pemohon Keberatan merupakan subjek hukum pelaku usaha.
- 3.1.2. Judex Facti mengambil-alih seluruh pertimbangan Termohon Kasasi sehubungan dengan Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999.
- 3.1.3. Termohon Kasasi telah mempertimbangkan berdasarkan pada Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan ("LHPL") dan pembelaan para Pemohon Keberatan secara cermat dan rinci telah menguraikan berdasarkan fakta-fakta yang timbul dalam pemeriksaan.
- 3.1.4. Judex Facti tidak dapat menerima keberatan yang diajukan oleh para Pemohon Keberatan untuk tetap melakukan pemeriksaan tambahan dalam mendengar keterangan ahli karena hal tersebut tidak diatur lebih

Hal. 323 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



lanjut secara tegas dalam ketentuan hukum yang berlaku.

IV. URAIAN SINGKAT ALASAN-ALASAN PERMOHONAN KASASI

- 4.1. Ada berbagai alasan mengapa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sampai pada kesimpulan bahwa Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi secara fundamental salah dan cukup alasan untuk dinyatakan batal demi hukum atau dibatalkan. Untuk memudahkan Mahkamah Agung memeriksa perkara ini, kami uraikan secara singkat alasan-alasan permohonan Kasasi ini.
- 4.2. Perkara ini sebenarnya sederhana saja. Putusan yang tidak sesuai dengan kaidah-kaidah hukum, akal sehat, bisnis, dan berat sebelah jelas akan mengganggu persaingan usaha yang sehat dan mengusir investor, dan merupakan precedent buruk dalam upaya-upaya meningkatkan iklim investasi di Indonesia. Sangat disayangkan Termohon Kasasi yang seharusnya menciptakan persaingan usaha yang sehat malah menciptakan persaingan usaha tidak sehat, dan mempergunakan kewenangannya sebagai sarana penghukuman dan penyalahgunaan kewenangan (abuse of power). Dua (2) kali Termohon Kasasi telah menghentikan pemeriksaan atas perkara ini, dan dalam pemeriksaan yang ketiga, Termohon Kasasi **telah mempertimbangkan dan mengakui bahwa proposal LNGEU/LNGInternational tidak memenuhi persyaratan TOR. Proposal Mitsui tidak mengikat, hanya bersifat informatif dan indikatif** sebagaimana telah diketahui oleh Termohon Kasasi, sehingga tidak memberikan kepastian dan perlindungan kepada Pemohon Kasasi I dan Pertamina sebagai penyelenggara. Di pihak lain, Termohon Kasasi tidak membantah sama sekali bahwa **proposal terbaik akan menjadi pemenang dan tidak ada proposal yang terbaik selain daripada proposal Mitsubishi**. Putusan Termohon Kasasi dan Judex Facti mengandung arti bahwa **walaupun proposal LNGEU/LNGInternational dan walaupun proposal Mitsui tidak memenuhi persyaratan dan tidak memenuhi objektif Pertamina dan Pemohon Kasasi I, seharusnya Pertamina dan Pemohon Kasasi I menunjuk LNGEU/LNGInternational atau Mitsui sebagai mitra investor terpilih, dan menolak proposal terbaik yang diajukan oleh Mitsubishi**. Putusan yang demikian

Hal. 324 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



merupakan putusan yang salah dalam menerapkan hukum, tidak adil dan tidak masuk akal, baik dari segi hukum dan bisnis.

- 4.3. Kesalahan Termohon Kasasi ternyata dikuatkan oleh Judex Facti, dimana **Judex Facti hanya mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi** dan menyatakan tidak ada hal baru dalam upaya hukum Keberatan dari para Pemohon Keberatan. **Padahal Judex Facti bukan Hakim Mahkamah Agung dalam tingkat Peninjauan Kembali ataupun Kasasi dan telah melalaikan kewajibannya untuk memeriksa perkara ini, baik mengenai fakta-fakta maupun penerapan hukum.** Bahwa upaya hukum Keberatan bukan Peninjauan Kembali yang mensyaratkan hal baru (novum), juga bukan Kasasi, sehingga Judex Facti diwajibkan untuk memeriksa perkara ini, baik mengenai fakta-fakta maupun penerapan hukum.
- 4.4. Unsur “persekongkolan” dalam Pasal 22 dan 23 UU No. 5/1999 memuat syarat mutlak tentang “pasar bersangkutan”. Judex Facti dan Termohon Kasasi diwajibkan untuk membuat **analisa, uraian secara cermat dan pembuktian tentang “pasar bersangkutan” berdasarkan bukti-bukti yang sah**, yang dalam perkara ini, harus menguraikan dan membuktikan pemasaran gas alam cair (LNG) dari Pertamina, Pemohon Kasasi I dan Mitsubishi terdistorsi dan mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat dalam daerah geografis pemasaran tertentu setelah Mitsubishi sebagai mitra terpilih. Dalam putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi, tidak ada satu kalimat pun uraian dan pembuktian tentang “pasar bersangkutan” tersebut.
- 4.5. Untuk menjelaskan lebih lanjut bahwa Termohon Kasasi dan Judex Facti telah salah menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999, Pemohon Kasasi I akan menguraikan secara ringkas kesalahan/kekeliruan fatal dari Termohon Kasasi dan Judex Facti sebagai berikut:
- 4.5.1. **Pemohon Kasasi bukan subjek hukum Pelaku Usaha** dalam konteks dan penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999. Konstruksi, logika dan tujuan Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah bahwa arti **Pelaku Usaha hanyalah terbatas bagi para pihak yang merupakan peserta**



seleksi mitra investasi, sedangkan Pemohon Kasasi I bukan peserta seleksi mitra investasi. Disamping itu, Termohon Kasasi dalam putusannya juga telah mempertimbangkan dan mengakui bahwa Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”, akan tetapi sebagai “pihak lain” yang merupakan salah satu unsur dari Pasal 22 UU No. 5/1999, padahal berdasarkan Pasal 22 juncto Pasal 1 ayat 5 dan Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, hanya “Pelaku Usaha” yang dapat dikenakan sanksi oleh Termohon Kasasi, dan bukan dalam kapasitas sebagai “Pihak Lain”. Mengingat bahwa Pemohon Kasasi I bukan peserta dalam proses seleksi mitra investasi, dan karenanya bukan “pelaku usaha”, maka konsekuensinya adalah bahwa Pemohon Kasasi I tidak melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999.

4.5.2. Persengkongkolan tender (collusive tendering) dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **hanya diterapkan terhadap suatu proses tender yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan**, sedangkan proses seleksi mitra investasi ditempuh oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I sebagai opsi pilihan bebasnya semata-mata untuk mendapatkan calon mitra terbaik, dan Pertamina dan Pemohon Kasasi I bebas sepenuhnya menunjuk mitra investornya berdasarkan kesepakatan tanpa melalui proses seleksi, dan karenanya tidak beralasan sama sekali untuk menuduh adanya persekongkolan. Adanya pilihan bebas dari Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk mengadakan proses seleksi, maka proses seleksi itu sendiri membantah dengan sendirinya semua kecurigaan tentang persekongkolan antara penyelenggara dan peserta.

4.5.3. Termohon Kasasi tidak berwenang untuk memeriksa proses seleksi mitra investasi tersebut, karena proses seleksi mitra investasi tidak termasuk dalam ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Tender



dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **hanya terbatas pada tawaran harga, sedangkan seleksi mitra investasi tidak merupakan tawaran harga.** Lagi pula, dalam proses seleksi mitra investasi ini, tidak ada tawaran untuk memborong pekerjaan, pengadaan dan penyediaan barang dan jasa sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Proses seleksi mitra investasi adalah proses untuk memilih calon mitra investor yang secara bersama-sama memiliki, mendanai dan menanggung risiko atas perusahaan yang akan didirikan bersama. Disamping itu, Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak diterapkan dalam proses seleksi mitra investasi, karena Pasal 22 UU No. 5/1999 hanya diterapkan dalam tender pengadaan barang dan jasa, yang sifatnya mengalihkan tanggung jawab dan risiko hukum antara pengguna (user) dan penyedia (provider), sedangkan dalam proses seleksi mitra investasi, tidak merupakan pengadaan barang dan jasa yang mengalihkan tanggung jawab dan risiko hukum antara pengguna (user) dan penyedia (provider), akan tetapi penyelenggara dan mitra terpilih secara bersama-sama mendanai, memiliki dan menanggung risiko. Ruang lingkup tender yang terbatas dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, dan bahwa proses seleksi ini bukan tender telah dijelaskan oleh ahli-ahli hukum persaingan usaha, yaitu Prof. Erman Rajagukguk, S.H., PhD, Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD dan Bismar Nasution (Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara).

4.5.4. Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi tentang “persekongkolan untuk memenangkan pemenang” sangat absurd, tidak beralasan dan tidak dapat dipahami, karena:

- (1) Proses seleksi ini tidak diwajibkan peraturan perundang-undangan, karena itu, sebagai pilihan bebas, maka tidak ada kepentingan dan manfaat ekonomis bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk bersekongkol. Bersekongkol untuk memilih



mitra yang tidak qualified hanya akan merugikan diri sendiri dan beban ekonomis di kemudian hari;

- (2) Atas biaya sendiri, Pemohon Kasasi I telah menunjuk konsultan hukum internasional dan nasional serta konsultan keuangan, yaitu PWC untuk membantunya dalam proses seleksi tersebut, dengan tujuan semata-mata supaya mendapatkan mitra investasi yang qualified. Kalau tujuannya untuk bersekongkol, Pemohon Kasasi I tidak perlu mengeluarkan biaya yang tidak sedikit, tetapi cukup saja menunjuk secara langsung mitra investasinya;
- (3) Persekongkolan untuk mengatur atau menentukan pemenang hanya dapat dianggap terjadi (a) apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan, sehingga peserta yang tidak qualified dapat dengan mudah memenuhinya, atau (b) ada peserta lain menjadi tersisih yang diakibatkan oleh persekongkolan, yang seharusnya terpilih, atau (c) antara peserta saling menyesuaikan harga proposalnya. Semua hal itu tidak terjadi sama sekali dalam perkara ini, sehingga tuduhan tentang persekongkolan tidak beralasan;
- (4) Dari Putusan Termohon Kasasi maupun Judex Facti **tidak dapat disimpulkan** bahwa proposal Mitsubishi bukan proposal terbaik, baik dari segi keuangan maupun dari segi teknis, dan tidak ada proposal yang lebih baik daripadanya, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk tidak memilihnya;
- (5) Proposal LNGEU tidak memenuhi persyaratan TOR, yaitu tidak memenuhi persyaratan tentang jointly and severally liable yang dipersyaratkan dalam TOR. Lagi pula, Termohon Kasasi juga telah mengakui bahwa LNGEU/LNGInternational tidak memenuhi persyaratan TOR karena LNGEU/LNGInternational adalah perusahaan yang

Hal. 328 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



tidak berpengalaman dalam industri LNG. Sedangkan proposal Mitsui hanya bersifat informatif, indikatif dan tidak mengikat sehingga dapat diubah secara sepihak sewaktu-waktu, sehingga secara hukum Mitsui dapat sewaktu-waktu mengubah proposal/pendiriannya secara sepihak dengan alasan hukum yang sah bahwa proposalnya hanya bersifat informatif dan tidak mengikat. Tidak ada proposal lain yang lebih baik daripada proposal Mitsubishi, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk tidak memilih Mitsubishi sebagai mitranya karena semua persyaratan-persyaratan TOR dipenuhi oleh Mitsubishi;

- (6) Sebelum proses seleksi calon mitra dilakukan, diskusi atau komunikasi juga telah dilakukan bukan hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan LNGEU/LNGInternational, Itochu, Anadarko, British Gas, LNG Japan, Mitsui dan Marubeni;
- (7) Begitu juga pada saat proses seleksi berlangsung, komunikasi-komunikasi dilakukan oleh Pertamina dengan para pebisnis lainnya seperti LNGEU/LNGInternational, British Gas, LNG Japan, Marubeni, Anadarko, Itochu, dan Mitsui, dan tidak hanya dengan Mitsubishi sebagaimana dituduhkan oleh Termohon Kasasi;
- (8) Undangan tertanggal 1 September 2006 tidak hanya disampaikan kepada Mitsubishi, tetapi juga disampaikan kepada para pebisnis LNG, yaitu (a) LNGEU yang membentuk konsorsium dengan Osaka Gas dan Golar, (b) Itochu; (c) LNG Japan (d) Marubeni; (e) Mitsubishi; (f) Mitsui; dan (g) Toyota, yang semuanya mendapatkan perlakuan yang sama dengan Mitsubishi, sedangkan undangan tambahan tanggal 13 September 2006 kepada (i) British Gas, (ii) Japex



dan, (iii) POGI adalah karena adanya keinginan berminat dari mereka untuk berpartisipasi dalam proyek Donggi Senoro, yang disampaikan kepada Pertamina;

- (9) Adanya perbedaan cara penilaian proposal dan penilaian dilakukan secara terpisah secara independen dalam seleksi calon mitra investor **justru membuktikan dengan sempurna bahwa tidak ada persekongkolan dalam seleksi calon mitra untuk memenangkan calon mitra tertentu.** Justru metode penilaian yang sama dapat membuktikan adanya persekongkolan, dan kalau tujuannya hanya untuk memenangkan Mitsubishi secara sekongkol cukup saja Mitsubishi ditunjuk secara langsung, tanpa perlu ada penilaian yang terpisah. Perbedaan penilaian antara 2 (dua) entitas dalam proses seleksi mitra investor merupakan **suatu hal yang lazim dan alami (natural).** Hal ini karena Pertamina dan Pemohon Kasasi I merupakan dua entitas dengan masing-masing mempunyai pertimbangan bisnis yang berbeda, sehingga berakibat pada pembobotan penilaian yang berbeda terhadap suatu proposal yang ada;
- (10) Tidak ada pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi Pertamina dan Pemohon Kasasi I dalam hal pemasaran LNG. Tujuan TOR dan keputusan Direksi adalah untuk mendapatkan nilai maksimal dari pasar (to get maximum value from the Market) sebagaimana disebutkan dalam TOR, dan hal ini juga telah disyaratkan oleh BPMigas sebagai regulator;
- (11) Termohon Kasasi tidak memahami apa yang diputuskannya, karena persyaratan teknologi yang proven (teknologi sudah terbukti teruji dengan baik) disimpulkan oleh Termohon Kasasi sebagai pelanggaran.

Hal. 330 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Dengan demikian, Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi hanya didasarkan pada perkiraan semata, asumsi dugaan dan salah menerapkan hukum pembuktian.

4.5.5. Pada akhirnya, persaingan usaha tidak sehat tidak relevan sama sekali karena (a) proposal LNGEU tidak memenuhi persyaratan TOR, (b) tidak terpilihnya Mitsui adalah karena proposal yang diajukan Mitsui tidak bersifat mengikat, hanya bersifat informatif dan indikatif serta dapat diubah oleh Mitsui sewaktu-waktu berdasarkan persyaratan dalam proposalnya, dan (c) semua persyaratan TOR dipenuhi oleh Mitsubishi, dan tidak ada proposal lain yang lebih baik daripada proposal Mitsubishi.

4.6. Untuk menjelaskan lebih lanjut bahwa Judex Facti telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, di bawah ini Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II akan menguraikan secara ringkas kesalahan/kekeliruan nyata dari Judex Facti dan Termohon Kasasi sebagai berikut:

4.6.1. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan Pelaku Usaha dalam konteks dan penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999. Konstruksi, logika dan tujuan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa arti Pelaku Usaha hanyalah terbatas bagi (i) para pihak yang merupakan peserta seleksi mitra, dan (ii) para calon mitra yang saling bersaing, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan peserta seleksi mitra investasi dan bukan pula pesaing dari peserta seleksi mitra (LNGEU/LNGInternational). Disamping itu, Termohon Kasasi dalam putusannya juga telah mempertimbangkan dan mengakui bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pelaku usaha, akan tetapi "pihak lain", padahal berdasarkan Pasal 23 juncto Pasal 1 ayat 5 dan Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, hanya "Pelaku Usaha" yang dapat dikenakan sanksi oleh Termohon Kasasi,

Hal. 331 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



dan bukan dalam kapasitas sebagai “Pihak Lain”. Mengingat bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan peserta dalam proses seleksi mitra investasi, dan bukan pula pesaing dari para peserta seleksi, maka konsekuensinya adalah bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999.

4.6.2. Perbuatan yang dilarang dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah apabila suatu perusahaan mendapatkan informasi pesaingnya secara tidak sah. Dalam perkara ini, pertukaran informasi antara Mitsubishi dan LNGEU/LNGInternational **telah disetujui, disepakati dan atas ijin LNGEU/LNGInternational** berdasarkan penandatanganan Confidentiality Agreement di antara mereka, dan oleh karena itu, perolehan informasi tersebut (apabila ada) **tidak melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999**. Terlebih lagi, LNGEU/LNGInternational **bukan pesaing dari Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II dalam proses seleksi tersebut, sehingga Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak dapat diterapkan kepada Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II.**

4.6.3. Pasal 23 UU No. 5/1999 **tidak mengenal “memfasilitasi”**. Sistem pengenaan sanksi administratif yang dapat dilakukan oleh Termohon Kasasi dalam UU No. 5/1999 **tidak mengenal memfasilitasi/membantu melakukan (medeplegtigheid) sebagaimana diatur dalam Pasal 56 KUHPidana**, dimana sistem penghukuman yang demikian wajib dibuat dan ditentukan dalam suatu undang-undang (persetujuan Pemerintah dan DPR).

4.6.4. Persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaing (LNGEU/LNGInternational) yang informasinya dipergunakan dalam proses seleksi tidak beralasan sama sekali karena:

(1) Pertukaran informasi antara LNGEU/LNG International dengan Mitsubishi **telah disepakati/disetujui dan atas ijin LNGEU/**



LNGInternational, dan pertukaran informasi merupakan hal yang lazim dalam praktek bisnis dalam hal merencanakan kerja sama/transaksi bisnis. Begitu juga, semua keputusan bisnis antara LNGEU/LNGInternational dan Mitsubishi, secara khusus penandatanganan Confidentiality Agreement di antara mereka adalah keputusan absolut mereka sesuai dengan Pasal 1338 dan Pasal 1320 KUHPerdara, dan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak mencampuri keputusan tersebut;

- (2) Tidak ada sama sekali informasi LNGEU/LNGInternational dalam proposal Mitsubishi. Terhadap tuduhan mendapatkan informasi **rahasia** pesaingnya, Termohon Kasasi wajib membuktikan bahwa ada informasi LNGEU/LNGInternational dalam proposal Mitsubishi;
- (3) Basis teknologi, konsep teknologi, cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra berbeda sama sekali dengan periode pada saat rencana transaksi jual beli gas dalam Exclusivity Agreement, sehingga tidak ada informasi yang relevan dari due diligence pada periode Exclusivity Agreement ke dalam proposal dalam proses seleksi mitra investasi;
- (4) Domestic Market Obligation (**kewajiban alokasi pemasaran dalam negeri**) adalah kebijakan pemerintah/bersifat umum yang diatur oleh Pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan dapat diakses secara umum pula, dan tidak merupakan milik LNGEU/LNGInternational. Suatu peraturan perundang-undangan bukanlah bersifat rahasia dan bukan pula milik perseorangan, sehingga bukanlah suatu informasi rahasia dari LNGEU/LNGInternational;

Hal. 333 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



(5) Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi hanya didasarkan pada perkiraan semata, asumsi dugaan dan salah menerapkan hukum pembuktian.

4.6.5. Pada akhirnya, persaingan usaha tidak sehat dalam proses seleksi calon mitra ini tidak relevan sama sekali dan tidak terjadi.

4.7. Judex Facti telah melanggar hukum acara karena tidak mengijinkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memeriksa berkas atau dokumen Termohon Kasasi yang dijadikan dasar untuk menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, dan Judex Facti tidak mempertimbangkan fakta hukum bahwa Termohon Kasasi telah melakukan penyalahgunaan kekuasaan (abuse of power) dan melanggar due process of law dalam membuat putusannya.

4.8. Judex Facti dan Termohon Kasasi telah membuat kesalahan karena tidak memberikan dasar pertimbangan mengenai denda yang dibebankan.

4.9. Hal-hal di atas akan diuraikan secara terperinci dalam Memori Kasasi ini.

V. URAIAN RINCI ALASAN-ALASAN PERMOHONAN/MEMORI KASASI

1. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sangat keberatan terhadap pertimbangan Judex Facti dan Termohon Kasasi. Mengingat Judex Facti hanya mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi dan tidak membuat pertimbangan baru, maka Memori Kasasi ini akan membantah pertimbangan Putusan Termohon Kasasi, dan dengan membantah pertimbangan Termohon Kasasi tersebut, Memori Kasasi ini secara mutatis mutandis membantah pertimbangan Putusan Judex Facti.
2. Dalam Memori Kasasi ini, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II akan menguraikan pertimbangan-pertimbangan Judex Facti yang disebutkan tersebut di atas.

VI. SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN JUDEX FACTI YANG MENYATAKAN BAHWA PARA Pemohon KEBERATAN MERUPAKAN SUBJEK HUKUM PELAKU USAHA



3. Pemohon Kasasi I dituduh melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan Pemohon Kasasi II dituduh melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999.

SEHUBUNGAN DENGAN PASAL 22 UU NO. 5/1999

4. Judex Facti telah salah menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999 sehubungan dengan pertimbangannya tentang subjek hukum pelaku usaha, yang diuraikan di bawah ini.

ALASAN PERTAMA: HANYA PESERTA YANG DAPAT DIKATEGORIKAN SEBAGAI "PELAKU USAHA", SEDANGKAN Pemohon Kasasi I **BUKAN PESERTA**

5. Judex Facti terlalu menyederhanakan aspek-aspek hukum penerapan UU No. 5/1999. Untuk menentukan "pelaku usaha", pertimbangan Judex Facti **hanya** menyatakan "para Pemohon Keberatan merupakan subjek hukum pelaku usaha". Pertimbangan Judex Facti dibuat **tanpa** pertimbangan dan alasan yang jelas dan cermat, sehingga sangat beralasan untuk dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974, yang dikutip sebagai berikut:

"Dengan tidak/kurang memberikan pertimbangan/alasan, bahkan apabila alasan-alasan itu kurang jelas, sukar dapat dimengerti ataupun bertentangan dengan satu sama lain, maka hal demikian dapat dipandang sebagai suatu kelalaian dalam acara (Vormverzuim) yang dapat mengakibatkan batalnya suatu putusan ..."

6. Dalam konteks, logika dan penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999, pertama-tama harus dibedakan antara unsur "pelaku usaha" dengan unsur "pihak lain", dan identitas "pelaku usaha" dan "pihak lain" haruslah berbeda antara satu dengan yang lainnya serta bahwa hanya "pelaku usaha" yang dapat dinyatakan melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999.
7. **Suatu subjek hukum tidak serta merta menjadi "pelaku usaha" dalam penerapan UU No. 5/1999. Kategori "pelaku usaha" hanya dapat ditentukan dari jenis kegiatan ekonomi atau kepentingan ekonomi yang dilakukannya dalam suatu kasus per kasus.** Kaidah hukum ini telah dijelaskan oleh ahli-ahli hukum persaingan usaha yang sudah dikenal luas, yaitu Knud Hansen,

Hal. 335 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Peter W. Heermann, Wolfgang Kartte, Hans-W. Micklitz, Wolfgang Pfletschinger, Franz Jürgen Säcker dan Herbert Sauter dalam buku “Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat” diterbitkan oleh Katalis, Edisi Kedua, 2002, halaman 50, yang menyatakan sebagai berikut:

“Dapat disimpulkan dari istilah “Pelaku Usaha”, bahwa **hanya dari jenis kegiatannyalah ditentukan sebagai pelaku usaha; dan sebaliknya dapat ditentukan, bahwa subyek hukum dapat menjadi pelaku usaha sebagaimana dimaksud undang-undang ini melalui suatu kegiatan tertentu, tetapi melalui kegiatan yang lain tidak. Pedagang eceran yang menjual barangnya adalah pelaku usaha, tetapi tidak dianggap sebagai pelaku usaha, apabila membeli barang konsumsi untuk kebutuhannya sendiri.”**

Dengan demikian, dalam proses seleksi aquo dan untuk menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999 secara benar dan tepat, seharusnya Judex Facti membuat uraian dan analisa juridis dan ekonomi tentang kegiatan ekonomi Pemohon Kasasi I dikaitkan dengan larangan yang dimaksudkan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 untuk menyimpulkan Pemohon Kasasi I sebagai adalah “pelaku usaha” berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999, yang dalam perkara ini telah dilalaikan oleh Judex Facti, sehingga sangat beralasan untuk dibatalkan.

8. Berdasarkan kaidah hukum tersebut di atas dihubungkan dengan Pasal 22 UU No. 5/1999, maka untuk menentukan apakah suatu pihak disebut sebagai “pelaku usaha”, Judex Facti seharusnya merujuk ketentuan Pasal 1 ayat 5, Pasal 22 juncto Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999. Tidak tepat hanya merujuk pengertian “subjek hukum” untuk menentukan “pelaku usaha” dalam menerapkan UU No. 5/1999, seandainya (quod non, halmana ditolak) definisi tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam proses seleksi mitra.
9. Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, yaitu:
 - 9.1. Pasal 1 ayat 5 UU No. 5/1999 telah mendefinisikan “pelaku usaha”, yaitu setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan



badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, **menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.**"

Berdasarkan Pasal 1 ayat 5 UU No. 5/1999, **pelaku usaha harus menyelenggarakan kegiatan usaha dalam bidang ekonomi** di wilayah hukum Indonesia. Yang dimaksud dengan "menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi" adalah pihak yang mempunyai kegiatan ekonomi/kepentingan terhadap suatu transaksi ekonomi yang dilakukannya.

- 9.2. Pasal 22 UU No. 5/1999 yang menentukan larangan bagi pelaku usaha yang menjadi peserta seleksi dan mempunyai kegiatan ekonomi untuk dipilih sebagai pemenang dengan cara melakukan tindakan persekongkolan. Dengan demikian, Pasal 22 UU No. 5/1999 **hanya dapat diterapkan dalam situasi, dimana satu atau lebih peserta melakukan tindakan tertentu berkoordinasi untuk menentukan pemenang, dan mempunyai kegiatan/kepentingan ekonomi untuk dipilih dan ditetapkan sebagai pemenang.**

Oleh karena itu, yang dimaksud dengan "pelaku usaha" berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999 haruslah: (a) **peserta proses seleksi saling berkoordinasi, dan (b) untuk mengatur salah satu peserta sebagai pemenang.**

- 9.3. Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999 yang menentukan bahwa **hanya "pelaku usaha" yang dapat terkena larangan/sanksi administratif** yang dapat dikenakan oleh Termohon Kasasi.

10. Dengan demikian, berdasarkan ketentuan-ketentuan:

- 10.1. Pasal 1 ayat 5 UU No. 5/1999 tentang definisi pelaku usaha, yaitu **pihak yang mempunyai kegiatan ekonomi atas suatu transaksi yang dilakukannya.**



10.2. Pasal 22 UU No. 5/1999 tentang larangan bagi satu atau lebih dari peserta (pelaku usaha) melakukan tindakan koordinasi untuk menentukan pemenang.

10.3. Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, yang menentukan **bahwa hanya “pelaku usaha” yang terkena sanksi administratif oleh Termohon Kasasi,**

maka yang dimaksud dengan “pelaku usaha” dalam konteks dan penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999 dikaitkan dengan proses seleksi aquo adalah **pihak yang ikut serta dalam proses seleksi, yang mempunyai kegiatan/kepentingan ekonomi untuk dipilih sebagai pemenang dan melakukan tindakan tertentu untuk mengatur sehingga pihak tersebut dipilih sebagai pemenang.** Hanya pihak yang ikut serta dalam proses seleksi yang mempunyai kegiatan ekonomi/kepentingan ekonomi untuk dipilih/ditetapkan sebagai pemenang.

11. Tidak perlu diperdebatkan lagi bahwa Pemohon Kasasi I bukan peserta seleksi mitra investor, tetapi hanya **penyelenggara**, dan tidak mempunyai kegiatan ekonomi/kepentingan untuk dipilih dan ditetapkan sebagai pemenang. Pihak yang mempunyai kegiatan ekonomi/kepentingan untuk dipilih/ditetapkan sebagai pemenang adalah para perusahaan yang mengajukan proposalnya. Oleh karena itu, Pemohon Kasasi I bukanlah “pelaku usaha” dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999 dikaitkan dengan proses seleksi aquo. Dengan demikian, Putusan Judex Facti, yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I merupakan “pelaku usaha” telah salah menerapkan ketentuan Pasal 22, Pasal 1 ayat 8 dan Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, sehingga sangat beralasan untuk dibatalkan.

12. Tidak semua subjek hukum serta merta menjadi “pelaku usaha” dalam penerapan UU No. 5/1999 telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 236 butir 10.5.2, dimana Termohon Kasasi telah membedakan antara “pelaku usaha” dan “pihak lain”, dan atas pertimbangan tersebut, **Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I sebagai “pihak lain”, bukan sebagai “pelaku usaha”.**



13. Seandainya (quod non, halmana ditolak) tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam proses seleksi mitra aquo, maka berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat 5, Pasal 22 juncto Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, **Judex Facti harus membuktikan bahwa Pemohon Kasasi I adalah peserta proses seleksi atau pihak yang menyampaikan proposal dan mempunyai kegiatan ekonomi untuk dipilih sebagai pemenang.** Dalam hal ini, Judex Facti telah salah menerapkan hukum pembuktian.
14. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Judex Facti telah salah menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999, dan Putusan Judex Facti sangat beralasan untuk dibatalkan sehubungan dengan pertimbangannya yang menyatakan Pemohon Kasasi I sebagai pelaku usaha.

ALASAN KEDUA : PUTUSAN JUDEX FACTI DAN PUTUSAN Termohon Kasasi SALING BERTOLAK BELAKANG, DAN PUTUSAN JUDEX FACTI DAN PUTUSAN Termohon Kasasi BERTENTANGAN PULA DENGAN PASAL 22, PASAL 47, PENJELASAN RESMI PASAL 47 AYAT (2) HURUF C, PASAL 36 HURUF L DAN PASAL 35 HURUF A S/D C UU NO. 5/1999

15. Suatu putusan haruslah benar dalam penerapan hukum dan fakta-fakta hukum, dan setiap putusan tidak boleh saling bertolak belakang satu dengan yang lain, yang apabila hal ini terlanggar, maka putusan tersebut haruslah dibatalkan.
16. Tidak perlu diperdebatkan lagi bahwa hanya "pelaku usaha" yang dapat terkena larangan/sanksi pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 telah ditentukan dalam **Pasal 22, Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999**, sedangkan "pihak lain" tidak terkena larangan/sanksi Pasal 22 UU No. 5/1999.
17. Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I sebagai "pihak lain", bukan "pelaku usaha" berdasarkan pertimbangan Termohon Kasasi pada halaman 236 butir 10.5.2 Putusannya. Di pihak lain, Judex Facti menguatkan dan mengambil-alih semua

Hal. 339 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



pertimbangan Termohon Kasasi. Dengan demikian, sudah jelas hal-hal sebagai berikut:

- 17.1. Antara Putusan Judex Facti dengan Putusan Termohon Kasasi **saling bertentangan dan bertolak belakang satu dengan yang lainnya**, karena pertimbangan Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I sebagai “pihak lain”, sedangkan Judex Facti memposisikan Pemohon Kasasi I sebagai “pelaku usaha”, namun di sisi lain, Putusan Judex Facti telah mengambil seluruh pertimbangan Termohon Kasasi, dimana Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I sebagai “pihak lain”, bukan “pelaku usaha”.
- 17.2. Putusan Termohon Kasasi **bertentangan dan melanggar** ketentuan Pasal 22, Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan sanksi administratif, sedangkan Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha, akan tetapi hanya “pihak lain” sebagaimana telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi, seandainya (quod non, halmana ditolak) Pasal 22 UU No. 5/1999 terlanggar dan seandainya proses seleksi mitra investor dianggap sebagai tender dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999.
18. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, pertimbangan Putusan Judex Facti **bertolak belakang** dengan pertimbangan Putusan Termohon Kasasi, dan pertimbangan Putusan Judex Facti **bertentangan pula** dengan ketentuan Pasal 22, Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999. Putusan yang saling bertolak belakang merupakan alasan untuk membatalkannya berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 03 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974 sebagaimana telah dikutip pada butir 5 di atas.

SEHUBUNGAN DENGAN PASAL 23 UU NO. 5/1999



19. Demikian juga sehubungan dengan Pasal 23 UU No. 5/1999, Judex Facti terlalu menyederhanakan aspek-aspek hukum penerapan UU No. 5/1999 dan salah menerapkan hukum.
20. Di bawah ini akan diuraikan bahwa Judex Facti telah salah menerapkan ketentuan Pasal 23 UU No. 5/1999 terkait dengan pertimbangannya tentang subjek hukum pelaku usaha.

ALASAN PERTAMA : Pemohon Kasasi I DAN Pemohon Kasasi II BUKAN "PELAKU USAHA", KARENA Pemohon Kasasi I DAN Pemohon Kasasi II BUKAN PESERTA PROSES SELEKSI MITRA INVESTASI DAN BUKAN PULA PESAING DARI PESERTA SELEKSI MITRA INVESTASI, SEHINGGA Pemohon Kasasi I DAN Pemohon Kasasi II BUKAN PELAKU USAHA DALAM KONTEKS PASAL 23 UU NO. 5/1999

21. Judex Facti telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999 dalam menyimpulkan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II adalah pelaku usaha berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999. Dalam menentukan "pelaku usaha", pertimbangan Judex Facti **hanya** menyatakan "para Pemohon Keberatan merupakan subjek hukum pelaku usaha". Pertimbangan Judex Facti dibuat **tanpa** pertimbangan dan alasan yang jelas dan cermat, sehingga sangat beralasan untuk dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974.
22. Suatu subjek hukum tidak serta merta menjadi "pelaku usaha" dalam penerapan UU No. 5/1999. Kategori "pelaku usaha" hanya dapat ditentukan dari jenis kegiatan atau kepentingan yang dilakukannya dalam suatu kasus per kasus. Kaidah hukum ini telah dijelaskan oleh ahli-ahli hukum persaingan usaha yang sudah dikenal luas, yaitu Knud Hansen, Peter W. Heermann, Wolfgang Kartte, Hans-W. Micklitz, Wolfgang Pfletschinger, Franz Jürgen Sacker dan Herbert Sauter dalam buku "Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat" diterbitkan oleh Katalis, edisi kedua, 2002, halaman 50, dimana pendapat mereka telah dikutip pada angka 7 (tujuh) diatas.



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Dengan demikian, dalam proses seleksi aquo dan untuk menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999 secara benar dan tepat, seharusnya Judex Facti membuat uraian dan analisa juridis dan ekonomi tentang kegiatan ekonomi Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II dikaitkan dengan larangan yang dimaksudkan dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 untuk menyimpulkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sebagai "pelaku usaha" berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999, yang dalam perkara ini dilalaikannya, sehingga beralasan untuk dibatalkan.

23. Berdasarkan kaidah hukum tersebut di atas dihubungkan dengan Pasal 22 UU No. 5/1999, maka untuk menentukan apakah suatu pihak disebut sebagai "pelaku usaha", Judex Facti seharusnya merujuk ketentuan Pasal 1 ayat 5, Pasal 23 juncto Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999. Tidak tepat hanya merujuk pengertian "subjek hukum" untuk menentukan "pelaku usaha" dalam menerapkan UU No. 5/1999, seandainya (quod non, halmana ditolak) Pasal 23 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam proses seleksi mitra.

24. Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, yaitu:

24.1. Pasal 1 ayat 5 UU No. 5/1999 yang telah mendefinisikan "pelaku usaha", dimana ditentukan bahwa **pelaku usaha harus menyelenggarakan kegiatan usaha dalam bidang ekonomi** di wilayah hukum Indonesia. Yang dimaksud dengan "menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi" adalah pihak yang mempunyai kegiatan ekonomi/kepentingan terhadap suatu transaksi ekonomi yang dilakukannya.

24.2. Pasal 23 UU No. 5/1999 dikaitkan dengan proses seleksi aquo tentang larangan bagi pelaku usaha yang menjadi peserta seleksi dan mempunyai kegiatan ekonomi untuk dipilih sebagai pemenang dengan cara memperoleh rahasia informasi dari pesaingnya secara sekongkol. Dengan demikian, **Pasal 23 UU No. 5/1999 hanya dapat diterapkan dalam situasi, dimana satu atau lebih peserta melakukan tindakan tertentu untuk mendapatkan informasi rahasia pesaingnya, dan**

Hal. 342 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



mempunyai kepentingan ekonomi untuk mendapatkan informasi rahasia saingannya dan untuk dipilih dan ditetapkan sebagai pemenang.

Oleh karena itu, yang dimaksud dengan “pelaku usaha” berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999 haruslah: (i) peserta yang ikut dalam proses seleksi tersebut, dan (ii) peserta berkoordinasi untuk memperoleh informasi dari pesaingnya, (iii) dengan maksud agar terpilih/ditetapkan sebagai pemenang dari hasil mendapatkan informasi rahasia pesaingnya.

24.3. Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999 yang menentukan bahwa hanya “pelaku” usaha yang dapat terkena larangan/sanksi administratif yang dapat dikenakan oleh Termohon Kasasi.

25. Dengan demikian, berdasarkan ketentuan-ketentuan:

25.1. Pasal 1 ayat 5 UU No. 5/1999 tentang definisi pelaku usaha, yaitu **pihak yang mempunyai kegiatan ekonomi atas suatu transaksi yang dilakukannya.**

25.2. Pasal 23 UU No. 5/1999 tentang larangan bagi satu atau lebih dari peserta (pelaku usaha) melakukan tindakan koordinasi untuk mendapatkan informasi rahasia pesaingnya dengan maksud agar terpilih/ditetapkan sebagai pemenang dari hasil mendapatkan informasi rahasia pesaingnya.

25.3. Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, yang menentukan bahwa hanya “pelaku usaha” yang terkena **sanksi administratif oleh Termohon Kasasi,**

maka yang dimaksud dengan “pelaku usaha” dalam konteks dan penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999 dikaitkan dengan proses seleksi aquo adalah **pihak yang ikut serta dalam proses seleksi, yang mempunyai kepentingan ekonomi untuk memperoleh informasi rahasia pesaingnya dan mempunyai kegiatan ekonomi untuk dipilih sebagai pemenang.** Hanya pihak yang ikut serta dalam proses seleksi yang mempunyai kegiatan/kepentingan ekonomi untuk mendapatkan informasi



rahasia pesaingnya dan mempunyai kegiatan ekonomi untuk dipilih/ditetapkan sebagai pemenang.

26. Fakta hukum yang tidak perlu diperdebatkan lagi adalah bahwa dalam proses seleksi calon mitra ini, bahwa (a) Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan peserta seleksi, (b) Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan "pesaing" dari para peserta proses seleksi, termasuk LNGEU, (c) Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak mempunyai kepentingan untuk memperoleh informasi para peserta, dan (d) Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak mempunyai kepentingan untuk dipilih dan ditetapkan sebagai pemenang, karena mereka bukan peserta proses seleksi mitra. Oleh karena itu, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukanlah "pelaku usaha" dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999 dikaitkan dengan proses seleksi aquo. Dengan demikian, Putusan Judex Facti, yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi merupakan "pelaku usaha" telah salah menerapkan ketentuan Pasal 22, Pasal 1 ayat 8 dan Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, sehingga sangat beralasan untuk dibatalkan.

27. Pihak-pihak yang saling bersaing (pesaing) dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 dan mempunyai kepentingan ekonomi untuk dipilih dan ditetapkan sebagai pemenang dalam proses seleksi tersebut serta mempunyai kegiatan ekonomi untuk memperoleh informasi pesaingnya adalah **para peserta yang diundang untuk menyampaikan proposalnya untuk diseleksi dan berharap dipilih sebagai pemenang.**

Antara penyelenggara dan perusahaan yang diundang bukan pesaing satu dengan yang lain. Hal ini telah dijelaskan oleh ahli hukum persaingan usaha, yaitu Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 17. Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 16 dan 17, yang menjelaskan lebih lanjut:

"Kondisi dasar yang harus melekat dalam Persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 juncto Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah harus terdapat konspirasi atau penyesuaian perilaku atau kerjasama



antar pelaku usaha yang bertujuan mendapatkan informasi rahasia perusahaan pesaingnya. **Jadi perusahaan yang bersekongkol haruslah merupakan pesaing dari perusahaan yang informasi rahasia perusahaannya diambil.**"

...

"Pelaku usaha yang terkena sanksi berdasarkan Pasal 23 adalah pelaku usaha yang bersaing dengan pelaku usaha yang mempunyai informasi rahasia perusahaan yang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya tersebut. **Jadi pelaku usaha yang bersekongkol dan akan terkena sanksi adalah perusahaan pesaing yang mengambil informasi rahasia perusahaan pesaingnya.**"

28. Tidak semua subjek hukum serta merta menjadi "pelaku usaha" dalam penerapan UU No. 5/1999 telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 239 butir 11.5.2, dimana Termohon Kasasi telah membedakan antara "pelaku usaha" dan "pihak lain", dan atas pertimbangan tersebut, **Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sebagai "pihak lain", bukan sebagai "pelaku usaha".**
29. Seandainya (quod non, halmana ditolak) Pasal 23 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam proses seleksi mitra aquo, maka berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat 5, Pasal 23 juncto Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, **Judex Facti harus membuktikan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II adalah peserta proses seleksi mitra investasi atau pihak yang menyampaikan proposal dan mempunyai kegiatan ekonomi untuk dipilih sebagai pemenang.** Dalam hal ini, Judex Facti telah salah menerapkan hukum pembuktian.
30. Selanjutnya, seandainya (quod non, halmana ditolak) Pasal 23 UU No. 5/1999 dapat diterapkan dalam proses seleksi mitra investasi aquo, maka berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat 5, Pasal 23 juncto Pasal 47, penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, **Judex Facti harus membuktikan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II merupakan pesaing dari para peserta seleksi mitra**



investasi (termasuk LNGEU). Dalam hal ini, Judex Facti telah salah menerapkan hukum pembuktian.

31. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Judex Facti telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan sangat beralasan untuk dibatalkan sehubungan dengan pertimbangannya yang menyatakan Pemohon Kasasi I sebagai pelaku usaha.

ALASAN KEDUA : ANTARA PUTUSAN JUDEX FACTI DENGAN PUTUSAN Termohon Kasasi SALING BERTOLAK BELAKANG, DAN PUTUSAN JUDEX FACTI DAN PUTUSAN Termohon Kasasi BERTENTANGAN PULA DENGAN PASAL 23, PASAL 47, PENJELASAN RESMI PASAL 47 AYAT (2) HURUF C, PASAL 36 HURUF L DAN PASAL 35 HURUF A S/D C UU NO. 5/1999

32. Demikian juga, dalam konteks dan logika Pasal 23 UU No. 5/1999, harus dibedakan pertama-tama antara unsur “pelaku usaha” dengan unsur “pihak lain”, dan identitas “pelaku usaha” dan “pihak lain” haruslah berbeda antara satu dengan yang lainnya, serta pihak yang terkena larangan/sanksi pelanggaran **hanyalah “pelaku usaha”, bukan dalam posisi “pihak lain”** sebagaimana ditentukan dalam Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999.

33. Suatu putusan tidak boleh saling bertolak belakang satu dengan yang lain, yang apabila hal ini terlanggar, maka putusan tersebut haruslah dibatalkan. Dalam kaitan ini, Termohon Kasasi telah menempatkan posisi Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II dalam posisi sebagai “Pihak Lain”, bukan “pelaku usaha” berdasarkan pertimbangan Termohon Kasasi pada halaman 239 butir 11.5.2 Putusannya. Di sisi lain, Judex Facti telah mengambil alih semua pertimbangan Termohon Kasasi. Dengan demikian, sudah jelas hal-hal sebagai berikut:

- 33.1. Antara Putusan Judex Facti dengan Putusan Termohon Kasasi **saling bertentangan dan bertolak belakang satu dengan yang lainnya**, karena pertimbangan Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I dan

Hal. 346 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Pemohon Kasasi II sebagai “Pihak Lain”, sedangkan pertimbangan Judex Facti memposisikan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sebagai “pelaku usaha”, namun di sisi lain, Putusan Judex Facti telah mengambil seluruh pertimbangan Termohon Kasasi, dimana Termohon Kasasi memposisikan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sebagai “pihak lain”, dan bukan “pelaku usaha”.

- 33.2. Putusan Termohon Kasasi **bertentangan dan melanggar** Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan sanksi administratif, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan “pelaku usaha, akan tetapi hanya “pihak lain” sebagaimana telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi, seandainya (quod non, halmana ditolak) Pasal 23 UU No. 5/1999 terlanggar.

34. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, pertimbangan Putusan Judex Facti **bertolak belakang** dengan pertimbangan Putusan Termohon Kasasi yang seluruh pertimbangannya diambil oleh Judex Facti, dan pertimbangan Putusan Judex Facti **bertentangan pula** dengan ketentuan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, yang merupakan untuk membatalkannya berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974 sebagaimana telah dikutip pada butir 5 di atas.

VII. SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN JUDEX FACTI YANG MENGAMBIL-ALIH SELURUH PERTIMBANGAN Termohon Kasasi SEHUBUNGAN DENGAN PASAL 22 DAN PASAL 23 UU NO. 5/1999

35. Pertimbangan hukum Putusan Judex Facti menyatakan bahwa pertimbangan Termohon Kasasi telah tepat dan benar, dan seluruh pertimbangan Termohon Kasasi diambil-alih oleh Judex Facti untuk menguatkan Putusan Termohon Kasasi.
36. Judex Facti telah salah menerapkan hukum dalam membuat pertimbangannya yang diuraikan di bawah ini.

ALASAN PERTAMA : JUDEX FACTI TIDAK DIPERKENANKAN MENGAMBIL-ALIH PERTIMBANGAN TER-

Hal. 347 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



**MOHON KASASI TANPA MEMERIKSA
KEMBALI PERKARA, BAIK MENGENAI
FAKTA MAUPUN PENERAPAN HUKUMNYA**

37. Bahwa dalam membuat Putusannya, *Judex Facti* hanya mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi dan menyatakan **tidak ada hal baru dalam Keberatan. *Judex Facti* telah melalaikan syarat-syarat wajib (mandatory requirements) yang mengakibatkan batalnya Putusan tersebut.** *Judex Facti* tidak diperkenankan mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi, akan tetapi *Judex Facti* wajib memeriksa kembali perkara ini secara keseluruhan, baik mengenai fakta-fakta (peristiwa) maupun penerapan hukum dan memberikan analisa *juridis* terhadap setiap Keberatan Pemohon Kasasi I, Pemohon Kasasi II, Pertamina, Mitsubishi dan Putusan Termohon Kasasi. Pemeriksaan perkara di tingkat pengadilan negeri (*judex facti*) bukan pemeriksaan di tingkat kasasi (*judex juris*).
38. Putusan *Judex Facti* telah (i) melanggar Pasal 30 Undang-Undang Mahkamah Agung, (ii) melanggar Pasal 178 ayat (1) dan (2) HIR, (iii) melanggar Pasal 50 dan Pasal 53 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (selanjutnya disebut “**Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman**”), (iv) melanggar Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974, dan (v) *jurisprudensi* tetap (*vaste jurisprudentie*) Mahkamah Agung RI.
39. Berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, khususnya Pasal 30 Undang-Undang Mahkamah Agung, pengadilan negeri dan pengadilan tinggi adalah pengadilan yang memeriksa fakta-fakta (*judex facti*) secara keseluruhan, sedangkan kasasi hanya memeriksa mengenai penerapan hukum (*judex juris*), terkecuali pengadilan tingkat bawah (*judex facti*) melalaikan kewajiban tersebut di atas, sehingga Mahkamah Agung akan memeriksa kembali fakta-fakta.
40. Dalam perkara ini, ***Judex Facti* telah melampaui kewenangannya yang bertindak sebagai Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi** dan sama sekali tidak memeriksa perkara, baik mengenai fakta-fakta/peristiwa maupun mengenai penerapan hukum, yang terbukti dari kenyataan bahwa *Judex Facti* hanya

Hal. 348 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi, tanpa membuat pertimbangannya sendiri. Pengadilan Negeri (dalam hal ini Pengadilan Negeri Jakarta Pusat) adalah pengadilan terhadap pemeriksaan fakta (judex facti) yang seharusnya memeriksa fakta-fakta/peristiwa maupun mengenai penerapan hukum. Judex Facti jelas melampaui kewenangannya ataupun lalai memenuhi persyaratan-persyaratan yang diwajibkan ataupun tidak cukup dipertimbangkan (onvoldoende gemotiveerd), sehingga putusannya sangat beralasan untuk dibatalkan.

41. Berdasarkan jurisprudensi tetap, antara lain, Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 951/K/Sip/1973 tanggal 9 Oktober 1975, **putusan Judex Facti yang demikian haruslah dibatalkan**, yang dalam pertimbangan hukumnya menyatakan:
“Cara pemeriksaan dalam tingkat banding yang seolah-olah tingkat kasasi tidak memperhatikan keberatan-keberatan yang diajukan oleh Pembanding adalah salah. **Seharusnya Hakim Banding mengulang memeriksa kembali perkara dalam keseluruhannya baik mengenai fakta maupun pengeterapan hukumnya.**” (Rangkuman Yurisprudensi MA RI II: Hukum Perdata & Acara Perdata, halaman 249)
42. Dalam kaitannya dengan proses beracara, **hakim wajib memeriksa dan mengadili semua dan setiap bagian dan alasan-alasan gugatan (dalam hal ini Keberatan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II), memeriksa peristiwanya dan wajib memberikan alasan pertimbangan hukum** berdasarkan Pasal 178 HIR. Kewajiban yang sama lebih dipertegas lagi dalam Pasal 50 dan Pasal 53 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman yang menentukan bahwa **hakim wajib membuat alasan, dasar putusan dan peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar mengadili.**
43. Judex Facti menyatakan dalam pertimbangannya pada halaman 275 Putusannya bahwa karena ahli-ahli yang diajukan oleh Pertamina dan Mitsubishi ditolak untuk diperiksa, maka tidak ada hal baru lagi dan perlu dipertimbangkan. Alasan yang demikian tidak dapat dibenarkan dan tidak menjadi alasan untuk tidak memeriksa fakta-fakta/peristiwa dan penerapan hukum dalam perkara ini. Upaya hukum Keberatan **bukan upaya hukum**



Peninjauan Kembali yang memerlukan suatu bukti baru, dan bukan pula kasasi, dan oleh karena itu, dalam upaya hukum Keberatan, **Judex Facti** wajib memeriksa perkara secara keseluruhan, baik mengenai fakta/peristiwa maupun penerapan hukum. Disamping itu, **Judex Facti** melanggar Pasal 178 ayat 1 HIR/189 ayat 1 Rbg dan Pasal 50 Rv. Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, **Judex Facti** diwajibkan karena jabatannya (*ex officio*) untuk melengkapi atau menambahkan segala alasan hukum sekalipun alasan hukum tersebut tidak dikemukakan oleh para pihak (*ius curia novit*).

44. Putusan **Judex Facti** yang tidak memeriksa fakta-fakta/peristiwa, penerapan hukum dan tidak membuat alasan, dasar putusan dan peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar untuk memeriksa dan mengadili perkara ini **merupakan putusan yang cacat dan tidak cukup dipertimbangkan (onvoldoende gemotiveerd)**. Putusan yang demikian haruslah dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974, sebagaimana telah dikutip pada butir 5 di atas.
45. Bahwa dalam berbagai putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia yang telah menjadi jurisprudensi tetap telah ditentukan bahwa dalam hal suatu putusan pengadilan didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan yang kurang lengkap (**onvoldoende gemotiveerd**), **Mahkamah Agung telah membatalkan putusan tersebut dan kemudian mengadilinya sendiri dengan melakukan penilaian terhadap hasil pembuktiannya, antara lain berdasarkan:**
 - 45.1. Putusan Mahkamah Agung RI (Kasasi) Nomor 3882 K/Pdt/1985 tanggal 16 Maret 1987 jo. Putusan Mahkamah Agung RI (Peninjauan Kembali) Nomor 573.K/Pdt/1987 tanggal 17 Pebruari 1990 mempertimbangkan:
"Judex Facti (Hakim Banding) telah memberikan putusan terhadap perkara gugatan perdata, yang dalam pertimbangan hukumnya **tanpa menjabarkan dan tanpa mengkonfrontir secara argumentatif (analisa jurisdis) dengan pertimbangan hukum dan putusan Hakim Pertama (Pengadilan Negeri)**, maka putusan Hakim



Banding yang demikian itu adalah merupakan suatu putusan Hakim yang tidak cukup dipertimbangkan (onvoldoende gemotiveerd). Karena itu ada alasan bagi Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan Hakim Banding tersebut.” (Majalah Varia Peradilan No.72, September 1991)

45.2. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1604.K/Pdt/1984, tanggal 26 September 1985 mempertimbangkan:

“Dalam hal suatu putusan Pengadilan Tinggi ternyata didasari pertimbangan-pertimbangan yang kurang lengkap (onvoldoende gemotiveerd), maka **Mahkamah Agung dapat membatalkan putusan tersebut dan kemudian mengadilinya sendiri dengan melakukan penilaian terhadap hasil pembuktiannya.**” (Majalah Varia Peradilan No.6, Maret 1986).

46. Putusan Judex Facti memberikan kesan bahwa Termohon Kasasi adalah badan peradilan dan pemeriksaan dari Judex Facti adalah pemeriksaan tingkat kasasi, padahal berdasarkan Pasal 30 UU No. 5/1999, Termohon Kasasi bukanlah suatu badan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, dan oleh karena itu, pemeriksaan di tingkat pengadilan negeri bukan pula pemeriksaan tingkat banding.
47. Seandainya pun (quod non), Judex Facti menganggap dirinya sebagai peradilan banding, seharusnya Judex Facti wajib memeriksa kembali perkara dalam keseluruhannya baik mengenai fakta maupun penerapan hukumnya sebagaimana ditentukan dalam Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 951/K/Sip/1973 tanggal 9 Oktober 1975 yang dikutip pada butir 41 di atas.
48. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II mohon kepada Mahkamah Agung agar menyatakan Putusan Judex Facti batal demi hukum atau membatalkannya untuk seluruhnya.

ALASAN KEDUA: JUDEX FACTI TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN PASAL 22 DAN PASAL 23 UU NO. 5/1999 KARENA TIDAK MEMBUAT ANALISA DAN TIDAK

Hal. 351 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



**MEMBUKTIKAN “PASAR BERSANGKUTAN” YANG MERUPAKAN
UNSUR MUTLAK PASAL 22 DAN PASAL 23 UU NO. 5/1999**

49. Judex Facti mengambil-alih seluruh pertimbangan Termohon Kasasi. Termohon Kasasi berkesimpulan bahwa:
- 49.1. Pemohon Kasasi I, Pertamina dan Mitsubishi melakukan persekongkolan untuk mengatur atau menentukan Mitsubishi sebagai pemenang dalam proses seleksi tersebut, sehingga berkesimpulan melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999.
- 49.2. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memfasilitasi persekongkolan Mitsubishi untuk mendapatkan rahasia informasi dari pesaingnya, sehingga berkesimpulan melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999.
50. **Dalam hal ini, Termohon Kasasi telah salah menerapkan Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 yang ternyata dibenarkan oleh Judex Facti.**
51. Tujuan dasar diundangkannya UU No. 5/1999 adalah tercapainya persaingan usaha yang sehat di antara para pebisnis untuk memasarkan barang/jasa dalam wilayah pasar geografis tertentu, sehingga alokasi barang/jasa tidak terganggu, yang pada gilirannya pertumbuhan ekonomi secara umum dapat tercapai. Oleh karena itu, setiap tuduhan pelanggaran UU No. 5/1999 harus dapat menguraikan dan membuktikan keseimbangan ekonomi terganggu.
52. Seharusnya Judex Facti menguraikan secara jelas, cermat dan terperinci aspek-aspek tersebut terhadap tuduhan pelanggaran Pasal 22 dan 23 UU No. 5/1999, dimana kedua ketentuan tersebut jelas memuat unsur/persyaratan "mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat" dan "persekongkolan". Batasan/definisi "persekongkolan" telah ditentukan dalam Pasal 1 ayat 8 UU No. 5/1999, yaitu:
- "Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya dengan menguasai **pasar bersangkutan** bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol."



Dari definisi di atas dapat disimpulkan bahwa unsur **"persekongkolan"** mensyaratkan **"pasar bersangkutan"**, yang didefinisikan dalam Pasal 1 ayat 8 UU No. 5/1999, yaitu:

"Pasar bersangkutan 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."

53. Berdasarkan definisi "persekongkolan" dan "pasar bersangkutan" sebagaimana diutarakan di atas, dapat disimpulkan bahwa setiap tuduhan/putusan tentang pelanggaran Pasal 22 dan 23 UU No. 5/1999 harus membuat uraian dan analisa serta membuktikan "pasar bersangkutan" terganggu/terdistorsi yang mengakibatkan terjadinya "persaingan usaha tidak sehat" berdasarkan bukti-bukti yang sah menurut hukum. Uraian/analisa dan pembuktian tentang "pasar bersangkutan" terganggu/terdistorsi merupakan persyaratan mutlak terhadap tuduhan/putusan tentang Pasal 22 dan 23 UU No. 5/1999.

54. Dengan kata lain, **haruslah dianalisa, diuraikan dan dibuktikan secara cermat tentang "pasar bersangkutan"** berdasarkan **bukti-bukti yang sah**, yang dalam perkara ini, harus menguraikan dan membuktikan daerah pemasaran geografis gas alam cair dari Pertamina, Pemohon Kasasi I dan Mitsubishi yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat dalam pemasaran daerah geografis tertentu sehubungan dengan Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa Pertamina, Pemohon Kasasi I dan Mitsubishi melakukan persekongkolan dalam proses seleksi tersebut (seandainya proses seleksi tersebut merupakan tender menurut Pasal 22 UU No. 5/1999, quod non - halmana ditolak). Secara singkat, Judex Facti dan Termohon Kasasi harus membuat uraian dan analisa serta membuktikan bahwa terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra terpilih mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat berupa terdistorsinya atau terganggunya pemasaran LNG secara keseluruhan dalam ruang lingkup daerah pemasaran geografis tertentu.

55. Untuk mencapai kesimpulan tentang terganggu/terdistorsinya "pasar bersangkutan", maka Judex Facti dan Termohon Kasasi harus membuat uraian dan analisa serta membuktikan:



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- a. Uraian, analisa dan pembuktian tentang siapa saja pelaku usaha yang bergerak di bidang LNG;
- b. Uraian, analisa dan pembuktian tentang barang-barang substitusi LNG;
- c. Uraian, analisa dan pembuktian tentang tentang berapa pangsa pasar masing-masing dari Mitsubishi, Pemohon Kasasi I dan Pertamina dalam pasar bersangkutan sebelum dan sesudah Mitsubishi terpilih;
- d. Uraian, analisa dan pembuktian tentang permintaan dan pemasaran (demand and supply) atau pangsa pasar LNG terganggu atas terpilihnya Mitsubishi.

Tanpa uraian, analisa dan pembuktian tentang terdistorsinya atau terganggunya pemasaran LNG secara keseluruhan dalam daerah geografis pemasaran tertentu dan apabila hal-hal tersebut di atas tidak diuraikan secara cermat dan tidak dapat dibuktikan berdasarkan hukum pembuktian, maka tuduhan/putusan tentang pelanggaran Pasal 22 dan 23 UU No. 5/1999 tidak beralasan sama sekali, dan Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak dapat disimpulkan melanggar.

56. Akan tetapi, dalam putusannya, **baik Judex Facti dan Termohon Kasasi sama sekali tidak membuat uraian dan analisa serta tidak membuktikan "pasar bersangkutan" terganggu/terdistorsi** sehubungan dengan terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra terpilih. Dalam Putusan Judex Facti maupun Putusan Termohon Kasasi **tidak satu kalimat pun yang menguraikan, menganalisa dan membuktikan "pasar bersangkutan" dalam perkara ini**, padahal "pasar bersangkutan" merupakan unsur/syarat mutlak dari persekongkolan, yang harus dipenuhi dan harus diuraikan serta dipertimbangkan oleh Judex Facti dan Termohon Kasasi atas putusan tentang persekongkolan mengatur/memenangkan Mitsubishi dan persekongkolan dalam memfasilitasi mendapatkan informasi rahasia LNGEU. Dengan demikian, Judex Facti dan Termohon Kasasi yang menyatakan Pasal 22 dan 23 UU No. 5/1999 melanggar, **telah salah menerapkan Pasal 22 dan Pasal UU 23 No. 5/1999 dan harus dibatalkan.**

Hal. 354 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



ALASAN KETIGA: Termohon Kasasi DAN JUDEX FACTI TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN PASAL 22 UU NO. 5/1999

57. Judex Facti mengambil-alih Putusan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Baik Judex Facti maupun Termohon Kasasi telah salah menerapkan Pasal 22 UU No. 5/1999. Secara ringkas, kesalahan fatal yang dilakukan oleh Judex Facti dan Termohon Kasasi tentang penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah sebagai berikut:

- 57.1. Pertama:** Persengkongkolan tender (collusive tendering) dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 hanya diterapkan terhadap suatu proses tender yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan.
- 57.2. Kedua:** telah salah menerapkan hukum terkait dengan ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999.
- 57.3. Ketiga:** Putusan sangat absurd dan tidak dapat dipahami, karena tidak ada kepentingan dan manfaat ekonomi bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk bersekongkol, karena bersekongkol untuk memilih mitra yang tidak qualified hanya akan merugikan diri sendiri di kemudian hari.
- 57.4. Keempat:** Putusan tidak cukup dipertimbangkan, sehingga sangat beralasan untuk dibatalkan berdasarkan Jurisprudensi tetap Mahkamah Agung dan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974.
- 57.5. Kelima:** Bersekongkol untuk memenangkan peserta hanya dapat terjadi apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan, sehingga peserta yang tidak qualified dapat dengan mudah memenuhinya.
- 57.6. Keenam:** Proposal Mitsubishi memenuhi persyaratan TOR, sedangkan proposal Mitsui tidak mengikat.

Pemohon Kasasi I akan menguraikan alasan-alasan di atas di bawah ini.

Dasar Pertama: Persengkongkolan tender (collusive tendering) dalam Pasal 22 hanya diterapkan terhadap proses



tender yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan

58. Baik Judex Facti dan Termohon Kasasi menganggap bahwa proses seleksi calon mitra investor aquo adalah tender berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999. Dengan segala hormat, Putusan tersebut telah melakukan kesalahan/kekeliruan berat dalam menerapkan ketentuan Pasal 22 UU No. 5/1999.
59. Bahwa persengkongkolan tender (collusive tendering) yang diatur dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **hanya dapat diterapkan terhadap suatu proses tender yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku**. Persyaratan yang demikian dipertimbangkan juga dalam Keputusan Presiden No. 18 tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah (yang diubah dari waktu ke waktu) yang merupakan pelaksanaan UU No. 5/1999 sebagaimana disebutkan dalam konsiderans Keputusan Presiden tersebut. Kesimpulan ini tidak dapat disangkal lagi, karena apabila proses tender tidak diwajibkan kepadanya, namun proses tender dipilih untuk dilakukannya, maka **secara akal sehat tidak ada kepentingan dan tidak ada point bagi penyelenggara untuk melakukan persekongkolan dengan peserta, dan tujuan untuk memilih dan mengadakan proses tender tidak akan tercapai sebagaimana diinginkan semula**. Dalam situasi dimana tender dilakukan sebagai pilihan bebas (seandainya proses seleksi merupakan tender, halmana ditolak), penyelenggara akan menjaga dan mengawasi agar tidak terjadi persengkongkolan atau kecurangan di antara para peserta untuk mengatur/memenangkan salah satu peserta yang tidak qualified/tidak bermutu, dan tidak mungkin pula terjadi bersekongkol antara penyelenggara dengan peserta untuk memenangkan salah satu peserta. Dalam hal penyelenggara mempunyai preferensi khusus kepada peserta tertentu, maka tidak perlu mengadakan proses tender, tetapi cukup menunjuk langsung pihak yang diinginkan tersebut. Dengan demikian, dalam hal proses tender dipilihnya, sedangkan hal ini tidak diwajibkan kepadanya, maka tidak mungkin melakukan persekongkolan antara penyelenggara dan peserta tender, dan persekongkolan (kalau ada) hanya mungkin terjadi antara para

Hal. 356 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



peserta tender untuk memenangkan salah satu yang tidak bermutu atau tidak qualified.

60. Karena adanya pilihan bebas dari penyelenggara sejak awal untuk mengadakan proses seleksi, maka proses itu sendiri membantah dengan sendirinya semua kecurigaan tentang persekongkolan antara penyelenggara dan peserta. Dengan demikian, proses seleksi yang tidak diwajibkan **membantah dengan sendirinya semua kecurigaan tentang adanya persekongkolan antara penyelenggara dan peserta, dan tidak ada lagi relevansinya untuk membicarakan adanya persekongkolan di antara mereka.**
61. Bahwa Pertamina dan Pemohon Kasasi I **bebas sepenuhnya untuk menunjuk langsung mitranya** berdasarkan kesepakatan, dan **tidak diwajibkan berdasarkan peraturan apapun** untuk melakukan proses seleksi calon mitra dalam memilih calon mitranya. Hal ini tidak perlu diperdebatkan lagi.
62. Dengan demikian, mengingat Pertamina dan Pemohon Kasasi I **bebas sepenuhnya untuk menunjuk langsung mitranya berdasarkan kesepakatan**, maka tidak berdasar sama sekali untuk mencurigai atau menuduh adanya persekongkolan antara penyelenggara (Pertamina dan Pemohon Kasasi I) dengan peserta (Mitsubishi), seandainya (quod non, halmana ditolak) proses seleksi calon mitra investor dianggap sebagai tender menurut definisi Pasal 22 UU No. 5/1999.
Di pihak lain, dalam putusan Termohon Kasasi tidak ada satu kalimat pun yang menyatakan tentang adanya persekongkolan antara para peserta calon mitra untuk memenangkan Mitsubishi. Yang dituduhkan oleh Termohon Kasasi adalah persekongkolan antara penyelenggara (Pemohon Kasasi I dan Pertamina) dengan peserta (Mitsubishi), yang tidak mungkin dan tidak beralasan dalam perkara ini karena adanya pilihan bebas untuk mengadakan proses seleksi mitra investor.
63. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Putusan Termohon Kasasi yang menyatakan adanya persekongkolan dalam perkara ini yang diambil-alih oleh Judex Facti adalah **absurd dan tidak berdasar sama sekali, dan haruslah dibatalkan.**

Hal. 357 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Dasar Kedua: Termohon Kasasi Dan Judex Facti telah salah menerapkan hukum terkait dengan ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999.

64. Putusan Judex Facti yang mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum. Dalam membuat pertimbangan dan putusannya, **Termohon Kasasi telah mengesampingkan (i) Pasal 22 UU No. 5/1999 yang telah tegas membatasi ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, dan (ii) pendapat ahli-ahli hukum Indonesia yang pendapatnya telah sesuai dengan Pasal 22 UU No. 5/1999, yang seharusnya menjadi acuan dalam penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999, dan (iii) sebaliknya Termohon Kasasi mempergunakan sumber yang tidak sah.**

65. Apabila undang-undang sendiri telah memberikan definisi resmi dan tegas, maka setiap penerapan istilah tersebut harus terikat pada definisi resmi dan pembatasan yang terkandung didalamnya, dan tujuan penjelasan resmi undang-undang adalah agar suatu ketentuan tidak diterapkan berbeda melebihi atau mengurangi maksud pembuat undang-undang, atau dalam hal ini agar Termohon Kasasi tidak memeriksa sesuatu di luar ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5/1999.

Hal ini telah ditentukan dalam asas hukum, yaitu **expressum facit cessare tacitum**, yang berarti kata-kata yang secara tegas dicantumkan dalam undang-undang mengakhiri segala upaya pencarian mengenai maksud dari suatu perundang-undangan.

66. Undang-undang (Pasal 22 UU No. 5/1999) **secara resmi telah membatasi** jenis tender dalam ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5/1999, dan Termohon Kasasi **hanya berwenang** untuk memeriksa dan mengenakan sanksi administratif terhadap jenis tender yang sesuai dengan definisi resmi tender dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999, yaitu **hanya terbatas pada tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, pengadaan barang atau tawaran mengajukan harga untuk menyediakan jasa**. Baik Judex Facti maupun Termohon Kasasi seharusnya mengacu ruang lingkup tender yang secara tegas telah dibatasi dalam Pasal 22 UU No.5/1999.



67. Dalam membuat putusannya, baik Judex Facti maupun Termohon Kasasi salah memahami konsep tender, yang secara konseptual terdiri dari: (i) tender penjualan, dan (ii) tender pembelian/pengadaan. Penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999 telah membatasi cakupan tender dan telah memberikan definisi resmi untuk tender, yaitu tender pembelian/pengadaan, yaitu harga penawaran untuk pengadaan barang, untuk pengadaan jasa atau memberikan jasa. Berdasarkan ketentuan UU No. 5/1999, Termohon Kasasi **HANYA** berwenang memeriksa jenis "**tender pengadaan/pembelian**", BUKAN "**tender penjualan**".
68. Mengacu kepada penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999, maka jelaslah bahwa seleksi mitra investasi **tidak tercakup** dalam ruang lingkup "Tender Pengadaan" dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut:
- 68.1. Ruang lingkup "Tender" dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **hanya terbatas pada tender untuk pengadaan barang dan/atau pekerjaan atau pengadaan jasa (Tender Pembelian)**. Pengertian tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah **siapa yang dapat mengajukan harga penawaran terendah, maka ia akan jadi pemenangnya**.
- 68.2. Yang terjadi dalam persoalan proses seleksi mitra investasi aquo adalah **sebaliknya, yaitu siapa yang mengajukan proposal tertinggi/terbaik, maka ia akan menjadi pemenangnya (dalam perkara ini Mitsubishi memberikan penawaran terbaik)**.
- Dengan demikian, seandainya (quod non, hal mana ditolak) proses seleksi merupakan tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, maka proses seleksi mitra aquo **adalah tender Penjualan, bukan tender Pengadaan/tender Pembelian**.
69. Ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 sebagaimana diuraikan di atas telah diperkuat oleh (i) Pengadilan Negeri Jakarta Barat dengan putusannya Nomor 001/KPPU/PDT.P/2002/PN.JKT.BAR tanggal 26 Juli 2002, dan (ii) Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dengan putusannya No. 02/Pdt.G/2002/PN.Jak.Sel dan No. 04/Pdt.G/2002/PN.Jak.Sel, tanggal 1 Agustus 2002, dimana dalam Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Barat No.



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

001/KPPU/PDT.P/2002/PN.JKT.BAR tanggal 26 Juli 2002 telah dipertimbangkan:

“Menimbang, bahwa selanjutnya Majelis akan menyoroti mengenai unsur keempat yaitu “tender”;

Bahwa menurut penjelasan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang merupakan penjelasan resmi sehingga karenanya harus diikuti, maka tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang atau menyediakan jasa;

Menimbang, bahwa dengan mengacu pada penjelasan resmi Pasal 22 sebagaimana dimaksud maka jelaslah bahwa transaksi jual beli saham dan konversi obligasi Indomobil sebagaimana dimaksud adalah tidak dapat digolongkan sebagai pengertian tender sebagaimana dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, hal ini dengan mendasarkan pada alasan-alasan sebagai berikut:

- Bahwa cakupan dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 hanya terbatas pada tender untuk memborong pekerjaan, pengadaan barang atau penyediaan jasa. Jadi lazimnya dalam pengertian tender disini adalah siapa yang dapat mengajukan harga penawaran terendah, maka ia akan jadi pemenangnya;
- Sedangkan dalam persoalan penjualan saham dan konversi obligasi Indomobil, maka telah terjadi sebaliknya yaitu siapa yang mengajukan penawaran yang tertinggi maka ia bertindak sebagai pemenangnya, dalam kasus ini CSDP telah ditentukan sebagai pemenang lelang.”

Menimbang, bahwa disamping alasan tersebut diatas, Majelis telah pula sependapat dengan alasan pengertian tender yang diajukan oleh Pemohon dimana harus dikaitkan dengan Keppres No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah (Bukti P-12). Oleh karena salah satu konsideran dalam Keppres tersebut (angka 4) telah mengacu pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yaitu disebutkannya dalam Pasal 1 jo. Pasal 2 Keppres tersebut dapat disimpulkan bahwa “pengadaan” terbatas pada perolehan barang oleh instansi pemerintah yang bersangkutan. Dengan demikian tender dalam Undang-Undang No. 5 tahun 1999 adalah tender pembelian,

Hal. 360 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



sedangkan dalam kasus saham dan konversi obligasi Indomobil ini adalah tender penjualan.

Pertimbangan yang konsisten sama telah dipertimbangkan juga dalam Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 02/Pdt.G/2002/PN.Jak.Sel dan No. 04/Pdt.G/2002/PN.Jak.Sel, tertanggal 1 Agustus 2002, dimana Pengadilan Negeri Jakarta Selatan telah mempertimbangkan sebagai berikut:

“Menimbang, bahwa Majelis Hakim tidak sependapat dengan KPPU dalam hal penafsiran tender tersebut dalam pasal 22 UU No. 5 tahun 1999;

Majelis Hakim berpendapat bahwa tender harus ditafsir apa adanya seperti tersebut dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5 tahun 1999 tersebut, yaitu tender terbatas pada apa yang dijelaskan secara resmi dalam undang-undang tersebut yaitu tender mengajukan harga untuk memborong pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa;

Menimbang, bahwa tender penjualan saham dan obligasi konversi PT. Indomobil Sukses Internasional, Tbk (IMSI) yang dilakukan oleh PT. Holdiko Perkasa dan BPPN adalah tidak termasuk tender memborong pekerjaan, tidak termasuk tender mengadakan barang-barang dan tidak termasuk menyediakan jasa; Oleh karena demikian tender dalam kasus ini tidak termasuk tender dimaksud dalam pasal 22 UU No. 5 tahun 1999, dan tidak termasuk tender yang dapat diawasi oleh KPPU, atau dengan kata lain Majelis berpendapat KPPU tidak berwenang mengawasi, menyelidiki, memeriksa tender penjualan saham dan obligasi konversi PT. Holdiko Perkasa dan BPPN tersebut;

Menimbang, bahwa oleh karena itu produk hukum dalam bentuk putusan dari KPPU tanggal 30 Mei 2002 No. 03/KPPU-I/2002 harus dibatalkan;

Menimbang, bahwa oleh karena Majelis Hakim berpendapat bahwa KPPU tidak berwenang mengawasi, dan memeriksa tender tersebut dalam pertimbangan di atas, maka alasan Pemohon lainnya irrelevant untuk dipertimbangkan;”

70. Selain karena alasan tersebut di atas, proses seleksi mitra investasi yang diselenggarakan oleh Pertamina dan Pemohon



Kasasi I **tidak** merupakan tender dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999, karena:

- 70.1. Pertama: Tidak ada tawaran harga** untuk memborong pekerjaan, pengadaan (procure) barang/jasa atau menyediakan barang/jasa sebagaimana disyaratkan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Proses seleksi mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I adalah **proses menyeleksi mitra investasi, yang akan menjadi pemegang saham atas perusahaan yang akan didirikan bersama oleh Pertamina, Pemohon Kasasi I dan mitra investasi terpilih, dimana mereka akan secara bersama-sama memiliki, mendanai dan menanggung risiko atas perusahaan yang akan didirikan tersebut** (vide berkas Termohon Kasasi No. M12, M13, S1, S2, S3, dan S6, khususnya pendirian perseroan terbatas hasil proses seleksi ini).
- 70.2. Kedua:** Proses seleksi mitra investasi tersebut **tidak** untuk memborong pekerjaan, dan/atau mengadakan barang-barang barang/jasa, atau menyediakan jasa. Pemborongan pekerjaan, pengadaan atau penyediaan barang/jasa (kalau ada) akan dilakukan oleh perusahaan yang akan didirikan kemudian, dan **bukan oleh mitra terpilih, bukan oleh Pertamina, dan bukan oleh Pemohon Kasasi I serta bukan pula merupakan objek proses seleksi mitra investasi dalam perkara ini.**
- 70.3. Ketiga:** Karena dalam proses seleksi ini tidak ada tawaran harga dari penyedia jasa (provider) kepada pemilik (owner) seperti yang disyaratkan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, maka Pertamina dan Pemohon Kasasi I **sama sekali tidak menerima pembayaran harga pembayaran atau fee dari Mitsubishi** atas terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra. Sebaliknya, Pertamina, Pemohon Kasasi I dan mitra terpilih mengeluarkan dana investasi sebagai modal dalam perusahaan yang akan didirikan bersama.
- 70.4. Keempat:** dalam pengertian tender berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999, terjadi **transaksi putus (out right transaction)** terhadap barang dan atau jasa yang

Hal. 362 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



ditransaksikan atau transaksi tunggal putus (single accidental transaction), sehingga terjadi peralihan tanggung jawab hukum atas penyelesaian secara sempurna atas pengerjaan suatu pekerjaan atau penyediaan barang dan/atau jasa dari pemilik pekerjaan (owner) kepada penyedia (provider). Peralihan tanggung jawab atau transaksi putus **tidak terjadi dalam proses seleksi mitra investor yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I**, karena:

- a. Pertamina, Pemohon Kasasi I dan mitra terpilih secara bersama-sama akan menyertakan modalnya pada perusahaan yang didirikan bersama, sehingga mereka secara berkelanjutan dan bersama-sama menjalankan suatu perusahaan (vide berkas Termohon No. M12, M13, S1, S2, S3, dan S6);
- b. Pertamina, Pemohon Kasasi I dan mitra terpilih akan secara berkelanjutan dan bersama-sama menanggung atas keberhasilan (kegagalan) dari perusahaan yang mereka dirikan, sehingga tidak ada peralihan tanggung jawab hukum dari Pertamina dan Pemohon Kasasi I kepada mitra terpilih.

71. Seharusnya Termohon Kasasi ataupun Judex Facti mengacu pendapat para ahli hukum persaingan usaha sehubungan dengan ketentuan Pasal 22 UU No. 5/1999, yaitu sebagai berikut:

71.1. Prof. Erman Rajagukguk, S.H., PhD, yang merupakan perumus/drafter UU No. 5/1999 (lihat berkas Termohon No. **B36**) pada halaman 3 Pendapat Hukumnya menjelaskan:

“Beauty contest pemilihan mitra tersebut **tidak masuk dalam ruang lingkup Pasal 22 dan Pasal 23** Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat karena **beauty contest pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk membangun suatu usaha, bukan mengenai pengadaan barang/jasa.**”

71.2. Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD (berkas Termohon No. **M 19**) yang merupakan dosen hukum persaingan usaha - UU



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

No. 5/1999 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, pada halaman 11 Pendapat Hukumnya menjelaskan:

“... maka sangat jelas bahwa “Seleksi Calon Mitra” **tidak masuk dalam pengertian “Tender” sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UU No. 5/1999.**”

Bahwa seleksi mitra usaha tidak merupakan tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 telah diulas/dijelaskan juga oleh Bismar Nasution (Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara) dalam tulisannya pada harian Media Indonesia, tanggal 14 Desember 2011 (terlampir).

72. Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum karena **telah mempergunakan Kata Pengantar (halaman 1) buku asing, yang bukan sumber hukum menurut hukum Indonesia¹, untuk mengesampingkan batasan resmi tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Padahal Kata Pengantar tersebut sama sekali tidak membahas Pasal 22 UU No. 5/1999 dan tidak pula membahas/menyimpulkan bahwa proses seleksi mitra investor aquo merupakan tender berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/199. Termohon Kasasi telah membuat Putusannya dan sarana menghukum hanya berdasarkan pada Kata Pengantar dari halaman 1 pula dari sebuah Buku Maarten Janssen yang sebenarnya Kata Pengantar tersebut tidak menyimpulkan proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I merupakan tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Kata Pengantar suatu buku (apalagi buku asing) bukan merupakan sumber hukum, sehingga tidak dapat dibuat sebagai dasar untuk mengesampingkan undang-undang, apalagi untuk menghukum, seandainya Kata Pengantar tersebut menyimpulkan bahwa proses seleksi merupakan tender.**
- Dari judul Buku Maarten Janssen saja, yaitu: “**Auctioning Public Asset - Analysis and Alternatives**”, yang apabila diterjemahkan adalah “**Lelang Aset Publik - Analisa dan Alternatif**” sudah membuktikan dengan pasti bahwa buku tersebut membahas

¹ Sumber hukum menurut hukum Indonesia adalah undang-undang, kebiasaan/adat, traktat, yurisprudensi dan pendapat ahli hukum terkemuka (doktrina), lihat E. Utrecht/Moh. Saleh Djindang, SH dalam bukunya Pengantar Dalam Hukum Indonesia, Cetakan Kesebelas, Penerbit PT Ichtiar Baru, Cetakan XI, tahun 1989, halaman 85.



lelang barang-barang pemerintah dan oleh pemerintah, bukan masalah pemilihan mitra investor seperti halnya dengan perkara ini, sehingga Kata Pengantar buku tersebut tidak dapat dibuat sebagai patokan untuk menyimpulkan bahwa proses seleksi calon mitra investor ini sebagai tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, apalagi dibuat sebagai sarana untuk menghukum.

73. Hal penting lainnya adalah bahwa kata pengantar buku asing tersebut tidak membahas hukum Republik Indonesia. Judex Facti maupun Termohon Kasasi dalam membuat Putusannya seharusnya mempergunakan sumber-sumber hukum menurut hukum Indonesia, yang dalam perkara ini, yaitu penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999, putusan pengadilan Indonesia dan keterangan dari ahli hukum Indonesia, yaitu (a) Prof. Erman Rajagukguk, S.H., PhD, seorang drafter/perumus UU No. 5/1999 dan guru besar senior Fakultas Hukum Universitas Indonesia, yang merupakan ahli hukum UU No. 5/1999, dan (b) Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD, dosen senior Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang merupakan ahli hukum UU No. 5/1999. Perlu dicatat bahwa pendapat ahli-ahli tersebut telah disampaikan kepada dan bagian dari berkas Termohon Kasasi.

Perlu ditegaskan di sini bahwa proses seleksi mitra investasi ini bukan beauty contest seperti disimpulkan oleh Termohon Kasasi bahwa beauty contest sama dengan tender dalam Pasal 22 UU No. 5/199. Dalam TOR, kata yang dipergunakan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I adalah partner's selection (seleksi mitra), bukan beauty contest. Begitu juga peraturan perundang-undangan Indonesia tidak mengenal terminologi beauty contest.

74. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, proses seleksi aquo di luar ruang lingkup tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, sehingga Judex Facti yang mengambil-alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum, dan harus dibatalkan.

Dasar Ketiga : Putusan sangat absurd dan tidak dapat dipahami, karena tidak ada kepentingan dan manfaat ekonomis bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk bersekongkol, karena bersekongkol untuk



memilih mitra yang tidak qualified hanya akan merugikan diri sendiri di kemudian hari

75. Suatu putusan haruslah didasarkan pada pertimbangan dan alasan yang benar/tepat (gemotiveerd), cermat dan **dapat dipahami oleh akal sehat**, yang apabila hal ini terlanggar, putusan tersebut sangat beralasan untuk dibatalkan. Putusan Judex Facti mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi yang menyatakan terjadinya pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999. **Putusan tersebut tidak dapat dipahami dari segi hukum, ekonomi dan akal sehat.**
76. Bahwa Pertamina dan Pemohon Kasasi I **bebas sepenuhnya untuk menunjuk langsung mitranya** berdasarkan kesepakatan, dan **tidak diwajibkan** untuk melakukan proses seleksi calon mitra investasi dalam memilih calon mitranya. Kalau tujuannya hanya untuk menunjuk Mitsubishi sebagai mitra, maka Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak perlu mengadakan proses seleksi mitra investasi, apalagi melakukan persekongkolan pula, tetapi cukup secara langsung menunjuk Mitsubishi. **Dengan demikian, proses seleksi itu sendiri sebagai opsi yang dipilih secara bebas oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I sudah membantah dengan sendirinya kecurigaan tentang persekongkolan antara penyelenggara (Pertamina dan Pemohon Kasasi I) dengan peserta (Mitsubishi), karena tidak ada kepentingan dan manfaat ekonomis untuk itu.** Tuduhan tentang persekongkolan sangat absurd dan sukar dipahami oleh akal sehat, yang berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 haruslah dibatalkan.
77. Untuk menyimpulkan adanya persekongkolan, Judex Facti dan Termohon Kasasi diwajibkan untuk **menguraikan dan menjelaskan kepentingan dan manfaat ekonomis bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk bersekongkol dengan Mitsubishi dalam proses seleksi tersebut, yang harus dijelaskan dan dibuktikan dengan alat-alat bukti hukum yang sah, dan bukan hanya perkiraan belaka.**
78. Dalam keadaan bagaimana pun, tidak ada kepentingan dan manfaat ekonomis bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk bersekongkol untuk menunjuk calon mitra yang tidak qualified,

Hal. 366 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



karena hal itu akan menjadi beban dan kerugian ekonomi yang besar bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I dikemudian hari, karena Pertamina dan Pemohon Kasasi I serta mitra terpilih akan mendirikan perusahaan baru, yang kelak secara bersama-sama akan menjadi pemegang saham (atau melalui anak perusahaannya) pada perusahaan baru yang dibentuk tersebut. **Kegagalan memilih calon mitra yang tidak qualified akan menjadi beban dan kerugian ekonomis di kemudian hari. Hanya orang yang tidak waraslah yang melakukan perbuatan untuk merugikan dirinya sendiri.**

79. Tidak perlu menghakimi proses seleksi calon mitra ini dengan membangun tuduhan-tuduhan yang absurd. Pertamina dan Pemohon Kasasi I akan melakukan tindakan-tindakan yang perlu agar tidak merugikan dirinya sendiri secara otomatis (self assessment).
80. Fakta-fakta hukum tersebut di atas dan dari Putusan Judex Facti dan Putusan Termohon Kasasi pun dapat terbukti dengan sederhana bahwa terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra adalah karena proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik, dan tidak ada proposal yang lebih baik daripadanya, sehingga tuduhan persekongkolan dalam perkara aquo tidak dapat dipahami dari segi hukum, ekonomi dan akal sehat, sehingga harus dibatalkan.

Dasar Keempat : Putusan tidak cukup dipertimbangkan, sehingga haruslah dibatalkan berdasarkan Jurisprudensi tetap Mahkamah Agung dan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974

81. Tuduhan tentang persekongkolan sangat absurd dan tidak beralasan sama sekali. Dalam persidangan-persidangan, Termohon Kasasi tidak menyangkal sama sekali dan telah terbukti bahwa dalam rangka proses seleksi tersebut, Pemohon Kasasi I telah melakukan hal-hal sebagai berikut:
- 81.1. Atas biaya sendiri, Pemohon Kasasi I telah menunjuk konsultan independen yang mempunyai reputasi dan kredibilitas tinggi, yaitu PWC, yang secara khusus ditunjuk untuk melakukan evaluasi proposal dari calon mitra dalam



rangka untuk mencapai dan menghasilkan penilaian objektif dan fair;

81.2. Atas biaya sendiri, Pemohon Kasasi I telah menunjuk konsultan hukum internasional yang independen, yaitu White & Case, yang secara khusus ditunjuk untuk membantu Pemohon Kasasi I dalam proses seleksi tersebut;

81.3. Atas biaya sendiri, Pemohon Kasasi I juga telah menunjuk konsultan hukum nasional, yaitu Widyawan & Partners, yang secara khusus ditunjuk untuk membantu Pemohon Kasasi I untuk melakukan review terhadap legalitas dan kelengkapan administrasi para peserta seleksi calon mitra;

81.4. Penilaian proposal dilakukan secara terpisah dan independen oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I dalam rangka mencapai dan mendapatkan hasil penilaian yang objektif dan fair;

81.5. Proses seleksi dimulai dari pembentukan Tim Evaluasi masing-masing perusahaan, penyusunan kriteria, dan diakhiri dengan suatu proses seleksi, yang menghabiskan man hours yang tidak sedikit;

81.6. Pertamina dan Pemohon Kasasi I telah mengundang 10 (sepuluh) calon mitra potensial, yang dipandang sebagai perusahaan bertaraf internasional dengan reputasi baik.

82. Kalau tujuannya hanya untuk mengatur/memenangkan Mitsubishi, padahal Pertamina dan Pemohon Kasasi I bebas sepenuhnya menunjuk mitranya berdasarkan kesepakatan, maka (a) Pemohon Kasasi I tidak perlu menunjuk para konsultan-konsultan independen tersebut di atas dan menghabiskan man hours dan biaya yang tidak sedikit untuk mempersiapkan dan menyelenggarakan proses seleksi calon mitra, (b) Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak perlu mengundang para pebisnis internasional, tetapi cukup dengan menunjuk Mitsubishi secara langsung, (c) Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak perlu menghabiskan waktu untuk melakukan evaluasi secara independen dan tersendiri atas proposal yang diterimanya, dan (d) Pertamina dan Pemohon Kasasi I bebas sepenuhnya untuk meminta langsung proposal dari Mitsubishi, tanpa perlu

Hal. 368 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



mengundang calon mitra lainnya (termasuk LNGEU) dan tidak perlu pula mengadakan proses seleksi calon mitra ini. Fakta-fakta hukum tersebut membantah dengan sendirinya tuduhan persekongkolan untuk memenangkan Mitsubishi dalam proses seleksi investasi tersebut. Baik Judex Facti maupun Termohon Kasasi mengabaikan begitu saja fakta-fakta hukum tersebut, dan karenanya telah salah menerapkan hukum pembuktian.

83. Terpilihnya Mitsubishi sebagai mitra adalah karena **Mitsubishi telah memenuhi semua persyaratan-persyaratan TOR dan proposalnya merupakan proposal terbaik, dan tidak ada proposal lain yang lebih baik daripadanya**, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk tidak memilihnya. Pertamina dan Pemohon Kasasi I malah akan dipersalahkan apabila Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak memilih Mitsubishi, padahal Mitsubishi telah memenuhi semua persyaratan-persyaratan TOR dan proposalnya merupakan proposal terbaik.
84. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, jelas bahwa tuduhan tentang persekongkolan tidak mempunyai dasar sama sekali, sukar dipahami dan tidak dipertimbangan dengan cukup (onvoeldoende gemotiveerd), yang berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 **haruslah dibatalkan**.

Dasar Kelima: Bersekongkol untuk memenangkan peserta hanya dapat terjadi apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan, sehingga peserta yang tidak qualified dapat dengan mudah memenuhinya

85. Termohon Kasasi menuduh persekongkolan. Dengan segala hormat, baik Judex Facti dan Termohon Kasasi telah salah memahami esensi atau sifat dasar (nature) proses seleksi mitra investor ini.
86. Persekongkolan untuk mengatur atau menentukan pemenang hanya dapat dianggap terjadi (a) apabila penyelenggara melonggarkan persyaratan-persyaratan, sehingga peserta yang tidak qualified dapat dengan mudah memenuhinya, atau (b) ada peserta lain menjadi tersisih yang diakibatkan oleh persekongkolan, yang seharusnya terpilih, atau (c) antara peserta



saling menyesuaikan harga proposalnya. **Termohon Kasasi tidak membantah sama sekali bahwa semua hal tersebut di atas tidak terjadi sama sekali dalam perkara ini, sehingga tuduhan tentang persekongkolan tidak beralasan.**

87. Dari putusan Termohon Kasasi **tidak dapat disimpulkan** bahwa proposal Mitsubishi bukan proposal terbaik, baik dari segi keuangan maupun dari segi teknis, dan tidak ada proposal yang lebih baik daripadanya, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk tidak memilihnya. Termohon Kasasi membuat pertimbangan dan membuktikan dengan alat-alat bukti yang sah bahwa proposal Mitsubishi tidak memenuhi TOR, dan ada peserta lain yang seharusnya terpilih sebagai mitra menjadi tersisih sebagai akibat dari persekongkolan. Termohon Kasasi seharusnya membuat pertimbangan dan membuktikan dengan alat-alat bukti yang sah bahwa Pertamina dan Pemohon Kasasi I melonggarkan persyaratan-persyaratan sebagai akibat persekongkolan, sehingga peserta yang tidak qualified dapat dengan mudah memenuhinya, dan peserta yang tidak qualified pada akhirnya terpilih. Putusan yang tidak memberikan pertimbangan yang cukup dan cermat haruslah dibatalkan berdasarkan Jurisprudensi tetap Mahkamah Agung dan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 sebagaimana telah dikutip pada butir 5 di atas.

88. **Judex Facti dan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum pembuktian, karena fakta hukum yang tidak terbantahkan adalah bahwa Mitsubishi menerima persyaratan-persyaratan yang dipersyaratkan dalam TOR. Sebaliknya, Mitsui menyatakan pada halaman terakhir proposalnya bahwa proposalnya hanya bersifat informasi, indikatif, tidak mengikat, dan karenanya dapat diubah secara sepihak.**

Proposal Mitsui yang tidak mengikat tersebut juga telah dikonfirmasi kembali oleh Mitsui dalam suratnya tertanggal 26 Mei 2009 kepada Termohon Kasasi (berkas Termohon Kasasi No. **S9**), yang dikutip sebagai berikut:



".... Therefore, we submitted our 3rd Proposal **only on informational and indicative (non-legally binding) basis** by clearly remarking our disclaimer in the proposal"

Proposal yang demikian tidak menjamin kepentingan Pemerintah RI, Pertamina dan Pemohon Kasasi I, karena dapat saja Mitsui membatalkan proposalnya dengan alasan hukum yang sah bahwa proposalnya tidak mengikat dan hanya bersifat informasi, dan karenanya dapat diubah secara sepihak, yang telah dinyatakan secara tegas dalam proposalnya.

89. Berdasarkan hal-hal tersebut diatas, tuduhan-tuduhan tentang persekongkolan untuk memenangkan Mitsubishi tidak mempunyai dasar.

Dasar Keenam: Proposal Mitsubishi memenuhi persyaratan TOR, sedangkan proposal Mitsui tidak mengikat

90. Kesimpulan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa proses seleksi calon mitra investasi yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk menunjuk Mitsubishi **tidak dapat dipahami oleh akal sehat, salah dalam pembuktian dan penerapan hukumnya.**
91. Dengan segala hormat, **kesimpulan tersebut tidak logis, baik dari segi ekonomi maupun hukum** karena sebagaimana telah diuraikan di atas, tidak perlu mengadakan proses seleksi mitra kalau tujuannya hanya untuk menunjuk Mitsubishi. Pertamina dan Pemohon Kasasi I bebas sepenuhnya menunjuk Mitsubishi tanpa perlu mengadakan proses seleksi ini.
92. Terpilihnya Mitsubishi adalah berdasarkan fakta-fakta hukum, yang tidak dibantah oleh Termohon Kasasi, yaitu sebagai berikut:
- 92.1. Fakta hukum pertama:** Proposal LNGEU tidak memenuhi persyaratan TOR, yaitu tidak memenuhi persyaratan tentang jointly and severally liable. Dalam suatu konsorsium, persyaratan tersebut sangat krusial dan penting untuk memastikan komitmen penuh dari semua anggota konsorsium. Karena itu, adalah kepentingan terbaik bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I apabila jointly and severally liable dapat dipenuhi oleh peserta terpilih dalam hal para peserta membentuk konsorsium.



Termohon Kasasi juga telah mengakui bahwa LNGEU tidak memenuhi persyaratan TOR karena LNGEU adalah perusahaan yang tidak berpengalaman dalam industri LNG sebagaimana telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi pada halaman 25 huruf c Laporan Pemeriksaan Lanjutan (lihat berkas Termohon No. A 98). Kesimpulan yang sama kembali ditegaskan dalam Putusan Termohon halaman 226 yang menyatakan bahwa Termohon sependapat dengan para terlapor bahwa **seleksi mitra tidak mempunyai relevansi terhadap tersingkirnya LNGEU.**

92.2. Fakta hukum kedua: Bahwa ternyata proposal Mitsui hanya bersifat informatif, indikatif dan tidak mengikat sehingga dapat diubah secara sepihak sewaktu-waktu.

Hal itu berarti bahwa proposal Mitsui tidak mengikat, dan secara hukum Mitsui dapat sewaktu-waktu mengubah proposal/pendiriannya secara sepihak dengan alasan hukum yang sah bahwa proposalnya hanya bersifat informatif dan tidak mengikat sebagaimana telah tegas dipersyaratkan dalam proposalnya (vide Berkas Termohon Kasasi No.S9). Kondisi yang demikian bukanlah kepentingan terbaik tujuan dari proses seleksi calon mitra investor ini dibuat; dan

92.3. Fakta hukum ketiga: Semua persyaratan-persyaratan TOR dipenuhi oleh Mitsubishi sebagaimana telah diuraikan berulang kali, dan tidak ada proposal lain yang lebih baik daripadanya, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk tidak memilih Mitsubishi sebagai mitranya.

93. Berdasarkan seluruh uraian-uraian di atas, kesimpulan yang menyatakan bahwa seleksi calon mitra investasi yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I hanyalah sebagai sarana untuk menunjuk Mitsubishi dan menyingkirkan LNGEU **tidak beralasan sama sekali, dan haruslah dibatalkan.**

ALASAN KEEMPAT : JUDEX FACTI DAN Termohon Kasasi TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN PASAL 23 UU NO. 5/1999



94. Judex Facti dan Termohon Kasasi menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memfasilitasi Mitsubishi melakukan persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU.
95. Dalam membuat Putusannya, Judex Facti dan Termohon Kasasi telah melakukan kekeliruan yang fatal tentang penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999. Secara ringkas, kesalahan fatal yang dilakukan oleh Termohon Kasasi yang dikuatkan oleh Judex Facti tentang penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah sebagai berikut:
- 95.1. Pertama:** Salah penerapan hukum karena pertukaran informasi tersebut **telah disetujui/disepakati oleh para pihak dalam perjanjian tersebut atau atas ijin dari LNGEU;**
- 95.2. Kedua:** Salah menerapkan hukum karena Pasal 23 UU No. 5/1999 **hanya diterapkan kepada para pihak yang saling bersaing**, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pesaing dari LNGEU/LNGInternational;
- 95.3. Ketiga:** Salah penerapan hukum karena **kesimpulan Termohon Kasasi cacat, dan Termohon Kasasi telah menciptakan sistem penghukuman baru yang tidak dikenal dalam UU No. 5/1999 dan Putusan Termohon Kasasi tidak dapat dipahami.**

Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II akan menguraikan setiap alasan-alasan di atas secara berurutan di bawah ini.

Dasar Pertama: Salah penerapan hukum karena pertukaran informasi tersebut telah disetujui/disepakati oleh para pihak dalam perjanjian tersebut atau atas persetujuan/ijin dari LNGEU/LNGInternational

96. Berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999, “persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaingnya” merupakan perbuatan yang dilarang, dan karenanya dapat dikenakan sanksi/hukuman berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999 juncto Pasal 47 UU No. 5/1999. Oleh karena itu, persyaratan “persekongkolan” dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa perbuatan tersebut merupakan perbuatan yang tidak sah atau melanggar hukum atau dengan kata lain, informasi tersebut diperoleh tanpa ijin dari



pemilikinya. Suatu perbuatan yang sah atau tidak melanggar hukum atau dengan kata lain apabila informasi tersebut diperoleh dengan seijin dari pemiliknya, jelas tidak dapat dikategorikan sebagai “persekongkolan” berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan karenanya tidak dapat dihukum, akan tetapi harus mendapatkan perlindungan hukum. Hal ini telah ditegaskan oleh Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD dalam Pendapat Hukum Ahli Kurnia Toha pada halaman 17 butir 8 (vide berkas Termohon No. **M19**), yang telah dikutip di atas.

97. Dengan demikian, persyaratan “persekongkolan mendapatkan informasi” dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa **perolehan informasi tersebut tidak didasarkan pada titel yang sah atau tanpa seijin dari pemiliknya.**
98. Dalam hal ini sebagai fakta yang tidak perlu diperdebatkan lagi bahwa **LNGEU/LNGInternational telah menandatangani Confidentiality Agreement (“CA”) dengan masing-masing Mitsubishi, Mitsui dan Anardarko secara terpisah.** Termohon Kasasi telah mengakui fakta hukum ini sebagaimana telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi dalam Laporan Hasil Pemeriksaan Pendahuluan yang menyatakan bahwa (a) pada tanggal 17 Pebruari 2006, LNGEU/LNGInternational dan Mitsubishi menandatangani CA, (b) pada tanggal 2 Maret 2006, LNGEU/LNGInternational dan Mitsui menandatangani CA, dan (c) pada tanggal 22 Mei 2006 LNGEU/LNGInternational dan Anardarko menandatangani CA. Berdasarkan perjanjian-perjanjian tersebut, **LNGEU/LNGInternational membuka informasinya atau mengijinkan informasinya diketahui oleh Mitsubishi, Mitsui dan Anardarko.**
99. Mengingat pertukaran informasi atau due diligence tersebut telah didahului dengan penandatanganan CA berdasarkan kesepakatan/persetujuan LNGEU/LNGInternational dengan Mitsubishi, Mitsui dan Anardarko, maka pertukaran informasi atau informasi apapun yang didapat oleh Mitsubishi, Mitsui dan Anardarko (apabila ada) **telah didapatkan atas ijin LNGEU/LNGInternational berdasarkan persetujuan para pihak.**
100. Sudah logis bahwa apabila suatu perbuatan yang sah atau tidak melanggar hukum **tidak dilarang/tidak dihukum dan tidak dapat**



dikategorikan pula sebagai “persekongkolan”. Hal ini telah ditegaskan oleh Kurnia Toha, S.H., LL.M, PhD dalam Pendapat Hukum Ahli Kurnia Toha pada halaman 18 (vide berkas Termohon No. **M19**), yang dikutip sebagai berikut:

“... Dalam hal suatu perbuatan (atau perjanjian) merupakan perbuatan (atau perjanjian) yang sah atau perbuatan yang tidak melanggar hukum, **tidak dapat dikategorikan sebagai “Persekongkolan”**.”

Undang-undang (dalam hal ini KUHPdata) memberikan perlindungan hukum atas suatu perbuatan atau perjanjian yang didasarkan pada kesepakatan. **Apabila informasi atau hal yang bersifat rahasia diperoleh dengan ijin pemilik, maka tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia.”**

101. Mengingat pertukaran informasi tersebut (kalau ada) didasarkan penandatanganan CA atas persetujuan LNGInternational, maka pertukaran informasi tersebut didasarkan pada alas hukum yang sah dan kesepakatan berdasarkan Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPdata, dan oleh karena itu, **informasi apapun yang didapatkan oleh Mitsubishi ataupun pihak lainnya (kalau ada) telah mendapatkan persetujuan dan ijin dari LNGEU/LNGInternational, sehingga tidak dapat disimpulkan sebagai pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999**. Dengan demikian, tuduhan mendapatkan informasi rahasia sebagaimana diatur dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 **tidak mempunyai dasar hukum sama sekali**.
102. Perlu ditegaskan bahwa Mitsubishi, Itochu dan Anadarko yang selama ini dikenal sebagai pebisnis bertaraf internasional **hanya diperkenalkan** kepada LNGEU/LNGInternational yang memungkinkan mereka dapat menjajaki kemungkinan bekerja sama, dan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak mencampuri rencana penajakan dan segala keputusan/kesepakatan di antara mereka, sehingga Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak dapat dipersalahkan atas kesepakatan mereka.
Perlu ditegaskan bahwa persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaing tidak terjadi dalam perkara ini, karena:



- 102.1. Tidak ada sama sekali informasi LNGEU/LNGInternational dalam proposal Mitsubishi. Terhadap tuduhan mendapatkan informasi rahasia pesaingnya, Termohon Kasasi wajib membuktikan bahwa ada informasi LNGEU/LNGInternational dalam proposal Mitsubishi;
- 102.2. Tidak ada informasi dalam due diligence ke dalam proposal dalam proses seleksi mitra investasi, karena basis teknologi, konsep teknologi, cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra berbeda sama sekali dengan periode pada saat rencana transaksi jual beli gas dalam Exclusivity Agreement;
- 102.3. Domestic Market Obligation (**kewajiban alokasi pemasaran dalam negeri**) adalah kebijakan pemerintah/bersifat umum yang diatur oleh Pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan dapat diakses secara umum pula, dan tidak merupakan milik LNGEU/LNGInternational. Suatu peraturan perundang-undangan bukanlah bersifat rahasia dan bukan pula milik perseorangan, sehingga bukanlah suatu informasi rahasia dari LNGEU/LNGInternational.

Dasar Kedua : **Salah menerapkan hukum karena Pasal 23 UU No. 5/1999 hanya diterapkan kepada para pihak yang saling bersaing, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan saingan dari LNGEU/LNGInternational**

103. Yang dimaksud dengan “pelaku usaha” berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah pihak yang secara tidak sah memperoleh informasi rahasia dari pesaingnya. Termohon Kasasi telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999 karena menyimpulkan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II merupakan pesaing dari LNGEU. Padahal, kenyataannya sebagai fakta hukum yang tidak perlu diperdebatkan lagi adalah bahwa dalam proses seleksi calon mitra ini, **Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pesaing dari LNGEU/LNGInternational.**
104. Pihak-pihak yang saling bersaing (pesaing) dalam proses seleksi tersebut adalah perusahaan-perusahaan yang



diundang menyampaikan proposalnya untuk diseleksi dan berharap dipilih sebagai pemenang. Antara penyelenggara dan perusahaan yang diundang bukan pesaing satu dengan yang lain. Hal ini telah dijelaskan oleh ahli hukum persaingan usaha, yaitu Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 17.

105. Dengan demikian, Putusan Judex Facti yang mengambil alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi **telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan haruslah dibatalkan.**

Dasar Ketiga : Termohon Kasasi melampaui kewenangannya dengan membuat sistem penghukuman baru yang tidak dikenal dalam UU No. 5/1999, dan salah menerapkan hukum, dan antara pertimbangan dan amar Putusan Termohon Kasasi bertolak belakang

106. Termohon Kasasi berkesimpulan bahwa dengan due diligence, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II **memfasilitasi** Mitsubishi untuk bersekongkol untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU yang digunakan untuk pembuatan proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra investor.
107. Tuduhan tersebut haruslah dibatalkan, karena (a) telah diputuskan melampaui kewenangannya, (b) salah dalam menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan (c) cacat dalam logika hukum terkait dengan tuduhan “memfasilitasi” persekongkolan.
108. Termohon Kasasi salah menerapkan hukum, karena Pasal 23 UU No. 5/1999 mensyaratkan “persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaingnya”, dan **bukan “memfasilitasi”**. Persekongkolan memerlukan paling tidak 2 (dua) pihak yang saling bersekongkol, sedangkan memfasilitasi persekongkolan berarti memberi bantuan terhadap persekongkolan dari 2 (dua) pihak bersekongkol tersebut. Dengan demikian, tuduhan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memfasilitasi Mitsubishi bersekongkol untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGInternational (seandainya benar-quod non), maka Termohon Kasasi diwajibkan menjelaskan dan membuat pertimbangannya secara cermat dengan pihak mana Mitsubishi bersekongkol, yang menurut

Hal. 377 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Termohon Kasasi, difasilitasi oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II. Termohon Kasasi tidak menguraikannya.

109. Suatu putusan yang dibuat di luar kewenangannya haruslah dibatalkan. Dalam hal ini, **Termohon Kasasi telah melampaui kewenangannya dengan membuat sistem penghukuman tanpa melalui undang-undang**. Perbuatan yang dihukum dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bersekongkol, bukan “memfasilitasi”. Pasal 23 UU No. 5/1999 **tidak mengenal “memfasilitasi”**. Sistem pengenaan sanksi administratif yang dapat dilakukan oleh Termohon Kasasi dalam UU No. 5/1999 **tidak mengenal membantu melakukan (medeplegtigheid) sebagaimana diatur dalam Pasal 56 KUHPidana**, dimana sistem penghukuman yang demikian wajib dibuat dan ditentukan dalam suatu undang-undang (persetujuan Pemerintah dan DPR). Dalam membuat Putusannya, Termohon Kasasi telah melampaui kewenangannya dengan membuat sistem penghukuman baru, tanpa melalui undang-undang. Dengan demikian, Putusan Termohon Kasasi **batal demi hukum**.
110. Disamping itu, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II “memfasilitasi”, padahal dalam diktum Putusannya, Termohon Kasasi menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II “melakukan persekongkolan”, bukan “memfasilitasi”. Dengan demikian, antara pertimbangan dan amar putusan saling bertolak belakang, dan harus dibatalkan.

ALASAN KELIMA : JUDEX FACTI DAN Termohon Kasasi TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM KARENA UNSUR-UNSUR KETENTUAN PASAL 22 UU NO. 5/1999 TIDAK TERPENUHI DAN TIDAK TERLANGGAR

111. Sebagaimana diuraikan dalam butir 92 huruf a di atas, Termohon Kasasi telah mempertimbangkan dan mengakui bahwa **LNGEU tidak memenuhi persyaratan yang diperlukan**. Dari kesimpulan dan pengakuan Termohon Kasasi ini saja sudah sangat jelas bahwa tuduhan persekongkolan untuk menyingkirkan LNGEU dan mengarahkan atau menentukan Mitsubishi **tidak berdasar sama sekali**.
112. Pemohon Kasasi I akan membahas unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 satu-persatu untuk membuktikan bahwa tuduhan



pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak mempunyai dasar sama sekali.

113. Pasal 22 UU No. 5/1999 menentukan:

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

Dengan demikian, unsur-unsur atau persyaratan-persyaratan terbuktinya pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah:

- a. unsur “pelaku usaha”;
- b. unsur “dilarang”;
- c. unsur “bersekongkol mengatur dan atau menentukan pemenang”;
- d. unsur “pihak lain”;
- e. unsur “tender”; dan
- f. unsur “dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Unsur-unsur di atas bersifat kumulatif, dan apabila salah satu unsur tidak terpenuhi/terbukti, maka dugaan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999 secara keseluruhan menjadi tidak terbukti pula.

114. Pemohon Kasasi I secara tegas menyatakan bahwa unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak terbukti sama sekali, yang akan diuraikan di bawah.

UNSUR “PELAKU USAHA”

Unsur “pelaku usaha” tidak terbukti, karena Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”, yang telah diakui oleh Termohon Kasasi

115. Untuk dapat menyimpulkan adanya pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999, maka harus dipenuhi syarat-syarat bahwa fakta-fakta yang disimpulkan adalah benar dan penerapan hukum pun harus benar dan tepat.
116. Dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999, pertama-tama harus dibedakan antara unsur “pelaku usaha” dengan unsur “pihak lain”, dan identitas “pelaku usaha” dan “pihak lain” haruslah berbeda, serta berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999, **hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan Pasal 22 UU No. 5/1999, bukan “pihak lain”**. Hanya “pelaku usaha” yang dapat terkena larangan/sanksi pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999, dan tidak



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

ada sanksi administratif yang dikenakan kepada pihak dalam kategori “pihak lain” yang terbukti dari rumusan/persyaratan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999.

117. Sebagaimana telah diuraikan dalam butir 5 sampai dengan butir 18, Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”, karena logika penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah bahwa “pelaku usaha” yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah peserta proses seleksi calon mitra yang mempunyai kepentingan ekonomi untuk dipilih/ditetapkan sebagai pemenang, sedangkan Pemohon Kasasi I bukan peserta, tetapi hanya penyelenggara, yang tidak mempunyai kepentingan apapun untuk dipilih/ditetapkan sebagai pemenang, seandainya (quod non, halmana ditolak) tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat diterapkan terhadap seleksi calon mitra potensial.
118. Disamping itu, Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 236 butir 10.5.2 telah mempertimbangkan dan mengakui bahwa **Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”** dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999, akan tetapi hanya dalam kategori “**pihak lain**”. Oleh karena pihak yang dilarang dan dapat terkena sanksi pelanggaran Pasal 22 UU No.5/1999 **hanyalah “pelaku usaha”**, sedangkan Pemohon Kasasi I bukan merupakan “pelaku usaha”, akan tetapi hanya dalam kategori “pihak lain” yang juga sudah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi, maka:
- 118.1.1. Pemohon Kasasi I tidak dapat disimpulkan melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 dalam perkara ini, dan karenanya unsur “pelaku usaha” tidak terbukti sama sekali kepada Pemohon Kasasi I;
- 118.1.2. Termohon Kasasi telah melampaui kewenangannya (ultra vires) atau melakukan kesalahan berat dalam menyatakan Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No.5/1999, karena Termohon Kasasi menghukum “pihak lain”, padahal seharusnya tidak terkena larangan Pasal 22 UU No. 5/1999;
- 118.1.3. Antara Pasal 22 UU No. 5/1999 dengan pertimbangan Termohon Kasasi saling bertolak belakang, yang sukar dipahami, yang mengakibatkan Putusan Termohon

Hal. 380 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Kasasi batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan
Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun
1974 tanggal 25 Nopember 1974.

119. Pemohon Kasasi I tidak dapat disimpulkan sebagai “pelaku usaha”, dan karenanya unsur “pelaku usaha” tidak terbukti sama sekali, dan dengan demikian, Putusan Judex Facti yang mengambil alih Putusan Termohon Kasasi adalah **batal demi hukum atau haruslah dibatalkan**.

UNSUR “DILARANG”

120. Unsur “dilarang” berimplikasi kepada siapa suatu ketentuan berlaku. Hal ini secara jelas dibuktikan dari rumusan Pasal 22 UU No. 5/1999: “Pelaku usaha dilarang ...”.
121. Termohon Kasasi sama sekali tidak menjelaskan apakah “dilarang” dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 terbukti kepada Pemohon Kasasi I, namun tanpa pertimbangan, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Padahal unsur “dilarang” wajib dibuktikan sebagai salah satu unsur dari Pasal 22 UU No. 5/1999, dan sebagaimana telah diuraikan di atas, hanya “pelaku usaha” yang dapat terkena larangan dan sanksi pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999, yang terbukti dari **rumusan/persyaratan/logika Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999**.
122. Dari rumusan/logika Pasal 22 dan Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I UU serta Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, unsur “dilarang” terkait langsung dengan unsur “pelaku usaha” dan pihak yang dapat dikenakan sanksi, dan pihak yang dapat dihukum berdasarkan Pasal 22 juncto Pasal 47 UU No. 5/1999 hanyalah “pelaku usaha”. Padahal dalam perkara ini, **Pemohon Kasasi I bukan merupakan “pelaku usaha”, akan tetapi hanya “pihak lain” sebagaimana telah diutarakan di atas. Hal ini pun sudah diakui/disimpulkan oleh Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 236 butir 10.5.2.**
123. Termohon Kasasi sengaja tidak menguraikan unsur “dilarang”, karena Termohon Kasasi telah menyadari bahwa pihak yang terkena larangan Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah “pelaku usaha”, sedangkan Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”, tetapi “pihak

Hal. 381 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



lain”, yang telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi. Berdasarkan hal-hal tersebut, unsur "dilarang" tidak terbukti sama sekali, dan oleh karena itu, Putusan Termohon Kasasi yang menyatakan Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah batal demi hukum atau harus dibatalkan dengan segala akibat hukumnya.

124. Disamping itu, pertimbangan dan diktum Putusan Termohon Kasasi juga saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain, yang tidak dapat dipahami, karena jelas posisi Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”, akan tetapi sebagai “pihak lain”, yang telah disimpulkan oleh Termohon Kasasi dalam pertimbangannya, sehingga **tidak terkena larangan/sanksi sanksi administratif dalam konteks Pasal 22 UU No. 5/1999**. Tanpa pertimbangan, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, yang membuktikan antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon Kasasi saling bertolak belakang satu dengan yang lain, yang sangat sukar dipahami, yang mengakibatkan Putusan Termohon batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip pada butir 5 di atas.

125. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon Kasasi satu dengan yang lain, Putusan Termohon Kasasi **bertentangan** dengan rumusan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan Pasal 22 UU No. 5/1999, sedangkan Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”. Dengan demikian, Putusan Termohon Kasasi sangat beralasan untuk dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974.

UNSUR “BERSEKONGKOL UNTUK MENGATUR ATAU MENENTUKAN PEMENANG”

126. Karena unsur “pelaku usaha” dan unsur “dilarang” tidak terpenuhi, maka unsur “bersekongkol untuk mengatur dan atau menentukan pemenang” tidak relevan lagi.



127. Disamping itu, dalam butir 57 sampai butir 93, dalam butir 173 sampai butir 192, telah terbukti bahwa persekongkolan untuk mengatur atau memenangkan Mitsubishi tidak terbukti sama sekali, dan pembahasan tersebut mutatis mutandis berlaku terhadap pembahasan unsur ini, untuk menghindari pengulangan yang tidak perlu.

UNSUR “PIHAK LAIN”

128. Berdasarkan Putusan Termohon Kasasi pada halaman 236 butir 10.5.2, Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I sebagai “pihak lain”, sedangkan berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999, pihak yang dilarang/dapat dihukum hanya “pelaku usaha”, dan bukan dalam posisi sebagai “pihak lain”, maka tidak disimpulkan bahwa Pemohon Kasasi I tidak melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Dengan demikian, Putusan Termohon Kasasi yang menghukum Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda administratif kepada Pemohon I **tidak mempunyai dasar hukum sama sekali**.
129. Disamping itu, pertimbangan dan diktum Putusan Termohon juga saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain, yang sangat sukar dipahami, karena berdasarkan pertimbangan Termohon Kasasi, posisi Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”, akan tetapi sebagai “pihak lain”, yang tidak dapat dikenakan sanksi administratif dan tidak tepat dinyatakan melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Bertentangan dengan ketentuan tersebut, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, yang membuktikan antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon Kasasi saling bertolak belakang satu dengan yang lain, yang sangat sukar dipahami, dan mengakibatkan Putusan Termohon Kasasi batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI No. 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip pada butir 5 di atas.
130. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon Kasasi, Putusan Termohon Kasasi juga saling bertentangan dengan rumusan Pasal 22, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena berdasarkan ketentuan-



ketentuan tersebut, hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan Pasal 22 UU No. 5/1999, sedangkan Pemohon Kasasi I bukan “pelaku usaha”, tetapi pihak lain, yang sudah dipertimbangkan/disimpulkan oleh Termohon Kasasi pada halaman 236 butir 10.5.2.

131. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Putusan Judex Facti yang mengambil-alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum, dan haruslah dibatalkan.

UNSUR “TENDER”

132. Unsur “tender” tidak terbukti. Putusan Judex Facti yang mengambil-alih seluruh pertimbangan Termohon Kasasi **telah melakukan kesalahan berat**, karena jenis tender yang dapat dihukum dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **hanyalah jenis tender yang sesuai dengan definisi resmi “tender” dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999.**
133. Undang-undang (dalam hal ini Pasal 22 UU No. 5/1999) **telah secara resmi membatasi** jenis tender dalam ruang lingkup Pasal 22 UU No. 5/1999, dan Termohon **hanya** berwenang untuk memeriksa jenis tender yang sesuai dengan definisi resmi tender dalam penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999 tersebut, yaitu **hanya terbatas pada tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, tawaran mengajukan harga untuk mengadakan barang, atau tawaran mengajukan harga untuk menyediakan jasa.**
134. Sebagaimana telah diuraikan secara panjang dan lebar pada butir 58 sampai dengan butir 74 di atas, proses seleksi calon mitra yang diselenggarakan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak termasuk dalam definisi resmi tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Proses seleksi mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I adalah **proses seleksi untuk menjadi pemilik (owner) atas perusahaan yang akan didirikan bersama oleh Pertamina, Pemohon Kasasi I dan calon mitra potensial**, yang akan secara bersama-sama akan memiliki, mendanai dan menanggung risiko atas perusahaan yang akan didirikan.
135. Konsisten dengan penjelasan resmi Pasal 22 UU No. 5/1999 dan fakta-fakta hukum yang telah diuraikan di atas, Erman Rajagukguk (berkas Termohon Kasasi No. **B36**) dan Kurnia Toha, S.H., LL.M,



PhD (vide berkas Termohon Kasasi No. **M19**) dalam keterangannya telah menyatakan bahwa **proses seleksi bukan merupakan tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999**, yang dikutip di atas.

136. Pendapat ahli-ahli hukum di atas sudah tepat dan benar. Dengan demikian, karena proses seleksi di luar ruang lingkup tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, maka unsur “tender” tidak terbukti sama sekali dan Termohon Kasasi telah melampaui kewenangannya yang memeriksa perkara ini dan menyatakan Mitsubishi, Pertamina dan Pemohon Kasasi I melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999, sehingga Putusan Termohon Kasasi dan Putusan Judex Facti **batal demi hukum atau dibatalkan.**

UNSUR “DAPAT MENAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT”

137. Berdasarkan Pasal 1 angka (6) UU No. 5/1999, persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.
138. Unsur “persaingan usaha tidak sehat” dalam proses seleksi calon mitra ini tidak relevan sama sekali berdasarkan hal-hal sebagai berikut:
- 138.1. Tidak terpilihnya Mitsui adalah karena proposal yang diajukan Mitsui pada kenyataannya tidak bersifat mengikat, hanya bersifat informatif dan indikatif serta dapat diubah oleh Mitsui sewaktu-waktu berdasarkan persyaratan dalam proposalnya, sehingga tidak memberikan perlindungan kepada Pertamina dan Pemohon Kasasi I sebagai penyelenggara.
- 138.2. **Mitsubishi terpilih karena telah memenuhi kriteria dan persyaratan yang ditentukan dalam TOR yang dipersyaratkan dalam TOR.**
139. Unsur “persaingan usaha tidak sehat” dalam proses seleksi calon mitra ini hanya dapat terjadi kalau peserta yang tidak qualified dimenangkan, dan apabila peserta yang qualified disingkirkan yang diakibatkan karena persekongkolan, yang dalam perkara ini tidak terjadi. Dengan demikian, proses seleksi mitra investasi yang



memenangkan Mitsubishi sebagai mitra investor tidak merupakan persaingan usaha tidak sehat, sehingga tidak melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 dan unsur “menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama” tidak terbukti sama sekali.

140. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Putusan Judex Facti yang mengambil-alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi **telah salah menerapkan hukum, dan haruslah dibatalkan**.

ALASAN KEENAM :JUDEX FACTI DAN Termohon Kasasi TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM, KARENA UNSUR-UNSUR PASAL 23 UU NO. 5/1999 TIDAK TERPENUHI DAN TIDAK TERLANGGAR

141. Termohon Kasasi berkesimpulan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II akan membahas unsur-unsur Pasal 23 UU No. 5/1999 satu-persatu untuk membuktikan bahwa tuduhan pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 **tidak benar sama sekali**.
142. Pasal 23 UU No. 5/1999 menentukan:
- “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”
- Dengan demikian, unsur-unsur atau persyaratan-persyaratan terbuhtinya pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah:
- a. unsur “pelaku usaha”;
 - b. unsur “dilarang”;
 - c. unsur “bersekongkol”;
 - d. unsur “pihak lain”;
 - e. unsur “pesaingnya”;
 - f. unsur “mendapatkan informasi rahasia kegiatan usaha yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan”; dan
 - g. unsur “mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.
- Unsur-unsur di atas bersifat kumulatif, dan apabila salah satu unsur tidak terpenuhi/terbukti, maka dugaan pelanggaran terhadap Pasal 23 UU No. 5/1999 secara keseluruhan menjadi tidak terbukti pula.



143. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II secara tegas menyampaikan bahwa unsur-unsur Pasal 23 UU No. 5/1999 tidak terbukti sama sekali, yang akan diuraikan di bawah.

UNSUR “PELAKU USAHA”

144. Sesuai dengan logika dan konstruksi rumusan Pasal 23 UU No. 5/1999, maka haruslah pertama-tama dibedakan antara unsur “pelaku usaha” dengan unsur “pihak lain”, dan identitas “pelaku usaha” dan “pihak lain” haruslah berbeda serta berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999, hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan Pasal 23 UU No. 5/1999, bukan dalam posisi sebagai “pihak lain”, yang terbukti dari rumusan/persyaratan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999.
145. Sebagaimana telah diuraikan dalam butir 21 sampai dengan butir 34 di atas, **Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan “pelaku usaha”**. Logika penerapan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah bahwa “pelaku usaha” yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah (i) peserta dalam proses seleksi calon mitra, (ii) peserta dari pesaingnya, dan (iii) mendapatkan informasi rahasia, yang berkepentingan ditetapkan sebagai pemenang. Padahal Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan peserta, dan bukan pula pesaing dari peserta proses seleksi mitra, dan karena itu, tidak mempunyai kepentingan apapun untuk dipilih/ditetapkan sebagai pemenang, seandainya (quod non, halmana ditolak) Pasal 23 UU No. 5/1999 dapat diterapkan terhadap seleksi calon mitra potensial. Pihak-pihak yang saling bersaing (pesaing) dan mempunyai kepentingan ekonomi untuk dipilih/ditetapkan sebagai pemenang dalam proses seleksi tersebut adalah **para peserta yang diundang untuk menyampaikan proposalnya untuk diseleksi dan berharap dipilih sebagai pemenang. Antara penyelenggara dan perusahaan yang diundang bukan pesaing satu dengan yang lain**. Hal ini telah dijelaskan oleh ahli hukum persaingan usaha, yaitu Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 17, yang dikutip sebagai berikut:
- “Pelaku usaha yang terkena sanksi berdasarkan Pasal 23 adalah pelaku usaha yang bersaing dengan pelaku usaha yang**



mempunyai informasi rahasia perusahaan yang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya tersebut. **Jadi pelaku usaha yang bersekongkol dan akan terkena sanksi adalah perusahaan pesaing yang mengambil informasi rahasia perusahaan pesaingnya.**"

146. Disamping itu, Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 239 butir 11.5.2 telah menyatakan bahwa **Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan merupakan "pelaku usaha"** dalam konteks Pasal 23 UU No.5/1999, akan tetapi hanya dalam kategori "**pihak lain**". Oleh karena pihak yang dilarang dan dapat terkena sanksi pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 **hanyalah "pelaku usaha"**, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan merupakan "pelaku usaha", akan tetapi hanyalah dalam kategori "pihak lain" yang juga sudah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi, maka:

146.1.1. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak dapat disimpulkan melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999 dalam perkara ini, dan karenanya unsur "**pelaku usaha**" **tidak terbukti sama sekali kepada Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II;**

146.1.2. Termohon Kasasi telah melampaui kewenangannya (ultra vires) atau melakukan kesalahan berat dalam menyatakan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 yang menghukum "**pihak lain**", padahal seharusnya tidak terkena larangan Pasal 23 UU No. 5/1999; dan

146.1.3. antara pertimbangan Termohon Kasasi dengan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999 **saling bertolak belakang**, karena berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, hanya "**pelaku usaha**" yang terkena larangan Pasal 23 UU No. 5/1999, sedangkan **Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pelaku usaha**, akan tetapi "**pihak lain**" yang sudah dipertimbangkan/disimpulkan oleh Termohon Kasasi pada halaman 239 butir 11.5.2 Putusannya, sehingga pertimbangan Termohon tidak



dapat dipahami, yang mengakibatkan Putusan Termohon batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974.

147. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak dapat disimpulkan sebagai “pelaku usaha”, dan karenanya unsur “pelaku usaha” tidak terbukti sama sekali, dan dengan demikian, Putusan Judex Facti yang mengambil alih Putusan Termohon Kasasi adalah **batal demi hukum atau haruslah dibatalkan**.

UNSUR “DILARANG”

148. Unsur “dilarang” secara langsung berimplikasi kepada siapa suatu ketentuan berlaku. Hal ini secara jelas dibuktikan dari rumusan Pasal 22 UU No. 5/1999: “Pelaku usaha dilarang ...”
149. Termohon Kasasi sama sekali tidak menjelaskan dan mempertimbangkan apakah unsur “dilarang” terbukti kepada Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, namun tanpa pertimbangan, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999. Padahal unsur “dilarang” wajib dibuktikan sebagai salah satu unsur dari Pasal 23 UU No. 5/1999, dan sebagaimana telah diuraikan di atas, hanya “pelaku usaha” yang dilarang dan terkena sanksi administratif atas pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999, yang terbukti dari rumusan ketentuan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999.
150. Dari rumusan/logika Pasal 23 dan Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf I UU serta Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, unsur “dilarang” terkait langsung dengan unsur “pelaku usaha”, dan **pihak yang dapat dihukum berdasarkan Pasal 23 juncto Pasal 47 UU No. 5/1999 hanyalah “pelaku usaha”**. Padahal dalam perkara ini, **Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan merupakan “pelaku usaha”**, akan tetapi hanya “pihak lain” sebagaimana telah disimpulkan/dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 239 butir 11.5.2.



151. Termohon Kasasi sengaja tidak menguraikan unsur “dilarang”, karena Termohon Kasasi telah menyadari bahwa pihak yang dilarang dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 adalah “pelaku usaha”, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II hanyalah “pihak lain”, yang telah disimpulkan/dipertimbangkan oleh Termohon dalam Putusannya pada halaman 239 butir 11.5.2. Berdasarkan hal-hal tersebut, unsur “dilarang” tidak terbukti sama sekali terhadap Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II.
152. Disamping itu, pertimbangan dan diktum Putusan Termohon Kasasi juga saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain, yang tidak dapat dipahami, karena jelas posisi Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan “pelaku usaha”, akan tetapi sebagai “pihak lain”, yang tidak terkena larangan/sanksi administratif dalam konteks Pasal 23 UU No. 5/1999. Hal ini pun telah disimpulkan/dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 239 butir 11.5.2. Tanpa pertimbangan, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yang membuktikan antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon Kasasi tidak dipertimbangkan, saling bertolak belakang satu dengan yang lain, yang tidak dapat dipahami, yang mengakibatkan Putusan Termohon batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip pada butir 5 di atas.
153. Selain antara pertimbangan dan diktum Termohon bertolak belakang satu dengan yang lain, Putusan Termohon Kasasi juga saling bertolak dengan rumusan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l UU dan Pasal 35 huruf a s/d c UU No. 5/1999, karena berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan Pasal 23 UU No. 5/1999, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pelaku usaha, akan tetapi “pihak lain” yang juga sudah dipertimbangkan dan disimpulkan oleh Termohon Kasasi pada halaman 239 butir 11.5.2 Putusannya. Putusan yang demikian itu **haruslah dibatalkan berdasarkan Surat Edaran**



Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25
Nopember 1974.

UNSUR “BERSEKONGKOL”

154. Karena unsur “pelaku usaha” dan unsur “dilarang” tidak terpenuhi, maka unsur “bersekongkol” menjadi tidak relevan untuk dibahas dalam perkara ini. Namun demikian, unsur “bersekongkol” pun dalam perkara ini tidak terbukti.
155. Disamping itu, sebagaimana telah diuraikan dalam butir 21 sampai dengan butir 34, butir 50 sampai dengan butir 56, dalam butir 96 sampai dengan butir 110 dan dalam butir 194 sampai dengan butir 227, Termohon Kasasi telah melakukan kesalahan berat dalam menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan oleh karena itu, Putusan Judex Facti yang mengambil alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi **sangat beralasan untuk dibatalkan**. Untuk menghindari pengulangan yang tidak perlu, uraian tersebut berlaku secara mutatis mutandis terhadap bantahan atas unsur persekongkolan ini.

UNSUR “PIHAK LAIN”

156. Berdasarkan Putusan Termohon Kasasi pada halaman 239 butir 11.5.2, Termohon Kasasi telah memposisikan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sebagai “pihak lain”, sedangkan berdasarkan Pasal 23 UU No. 5/1999, pihak yang dilarang/dapat dihukum hanya “pelaku usaha”, dan bukan dalam posisi sebagai “pihak lain”, maka dapat disimpulkan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999. Dengan demikian, Putusan Termohon Kasasi yang menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999 dan mengenakan denda administratif kepada Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II **tidak mempunyai dasar hukum sama sekali**.
157. Disamping itu, pertimbangan dan diktum Putusan Termohon Kasasi juga saling bertolak belakang (saling kontradiksi) satu dengan yang lain, yang sangat sukar dipahami, karena berdasarkan pertimbangan Termohon Kasasi pada halaman 239 butir 11.5.2 Putusannya, posisi Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan “pelaku usaha”, akan tetapi sebagai “pihak lain”, yang tidak dapat dikenakan sanksi administratif dan tidak tepat

Hal. 391 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



dinyatakan melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999. Bertentangan dengan pertimbangannya dan ketentuan tersebut, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yang membuktikan antara pertimbangan dan diktum Putusan Termohon Kasasi saling bertolak belakang satu dengan yang lain, yang sangat sukar dipahami, dan mengakibatkan Putusan Termohon Kasasi batal demi hukum atau dibatalkan berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 yang telah dikutip di atas.

158. Selain bertolak belakang antara pertimbangan dan diktum Termohon Kasasi, Putusan Termohon Kasasi juga bertentangan dengan rumusan Pasal 23, Pasal 47, Penjelasan resmi Pasal 47 ayat (2) huruf c, Pasal 36 huruf l UU dan Pasal 35 huruf a s/d c No. 5/1999, karena berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, hanya “pelaku usaha” yang terkena larangan Pasal 23 UU No. 5/1999, sedangkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pelaku usaha, akan tetapi “pihak lain” yang juga sudah dipertimbangkan dan disimpulkan oleh Termohon Kasasi pada halaman 239 butir 11.5.2 Putusannya. Dengan demikian, Putusan Judex Facti yang mengambil alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi **telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999, dan oleh karena itu, sangat beralasan untuk dibatalkan.**

UNSUR “PESAING”

159. Putusan Judex Facti yang mengambil-alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum, karena Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pesaing dari LNGEU/LNGInternational dalam proses seleksi tersebut, sehingga unsur “pesaing” tidak terbukti sama sekali.
160. Yang dimaksud dengan “pesaing” dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 dalam kaitannya dengan proses seleksi aquo adalah **saingan dari para peserta yang ikut serta dalam proses seleksi mitra investasi.** Termohon Kasasi telah salah menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999 karena menyatakan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sebagai pesaing dari LNGEU sebagai salah satu peserta proses seleksi. Padahal, kenyataannya sebagai fakta hukum yang tidak perlu diperdebatkan lagi adalah bahwa dalam proses seleksi



calon mitra ini, **Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II bukan pesaing dari LNGEU/LNGInternational.**

161. Pihak-pihak yang saling bersaing (pesaing) dalam proses seleksi tersebut adalah perusahaan-perusahaan yang diundang menyampaikan proposalnya untuk diseleksi dan berharap dipilih sebagai pemenang. Antara penyelenggara dan perusahaan yang diundang bukan pesaing satu dengan yang lain. Hal ini telah dijelaskan oleh ahli hukum persaingan usaha, yaitu Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 17.
162. Dengan demikian unsur “pesaing” ini sama sekali tidak terbukti, dan oleh karena itu, Putusan Judex Facti yang mengambil alih pertimbangan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum, sangat beralasan untuk dibatalkan.

UNSUR “MENDAPATKAN INFORMASI RAHASIA KEGIATAN USAHA YANG DIKLASIFIKASIKAN SEBAGAI RAHASIA PERUSAHAAN”

163. Termohon Kasasi menganggap bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II melanggar Pasal 23 UU No. 5/1999, yaitu memfasilitasi persekongkolan mendapatkan informasi rahasia saingannya, dan menganggap bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II merupakan saingan dari LNGEU/LNGInternational sebagai pemilik informasi. **Termohon Kasasi telah melakukan kesalahan berat dalam menerapkan Pasal 23 UU No. 5/1999** yang telah diuraikan pada butir 21 sampai dengan butir 34, pada butir 50 sampai dengan butir 56 dan pada butir 96 sampai dengan butir 110 di atas.
164. Dalam butir 194 sampai dengan butir 227, telah terbukti bahwa Termohon Kasasi telah melakukan kesalahan dalam menerapkan hukum pembuktian. Dengan demikian, Putusan Judex Facti yang mengambil-alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum, dan oleh karena itu, sangat beralasan dan tepat untuk dibatalkan.

UNSUR “DAPAT MENGAKIBATKAN TERJADINYA PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT”

165. Termohon Kasasi menuduh bahwa tindakan Mitsubishi yang membuat proposal berdasarkan hasil due diligence merupakan

Hal. 393 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



suatu perbuatan tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

166. Dalam butir 194 sampai dengan butir 227, telah terbukti bahwa Termohon Kasasi telah melakukan kesalahan dalam menerapkan hukum pembuktian.

167. Terkait dengan tuduhan tersebut, perlu kami tegaskan bahwa **tidak ada informasi yang berguna atau dapat digunakan dari hasil due diligence, karena basis teknologi, konsep teknologi, cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra berbeda sama sekali.** Dengan demikian, tidak ada suatu perbuatan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha karena tidak ada informasi yang dapat digunakan dari hasil due diligence dalam penyiapan proposal. Terlebih Termohon Kasasi tidak dapat membuktikan data awal LNGEU/LNGInternational mana yang digunakan oleh Mitsubishi dalam proposal nya yang diajukan pada seleksi calon mitra. Disamping itu, pertukaran informasi melalui due diligence telah disetujui/diijinkan oleh LNGEU/LNGInterantional berdasarkan penandatanganan CA oleh dan antara LNGEU dan Mitsubishi, Anadarko dan Mitsui, sehingga tidak dapat dikatakan sebagai persekongkolan mendapatkan informasi LNGEU/LNGInternational.

168. Dengan demikian unsur “persaingan usaha tidak sehat” tidak terpenuhi/tidak terbukti, dan oleh karena itu tidak ada pelanggaran Pasal 23 UU No. 5/1999 yang dilakukan oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II.

VIII. SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN JUDEX FACTI YANG MENYATAKAN BAHWA Termohon Kasasi TELAH MEMPERTIMBANGKAN BERDASARKAN PADA LHPL DAN PEMBELAAN PARA Pemohon KEBERATAN SECARA CERMAT DAN RINCI TELAH MENGURAIKAN BERDASARKAN FAKTA-FAKTA YANG TIMBUL DALAM PEMERIKSAAN

169. Judex Facti telah salah menerapkan hukum pembuktian. Putusan Termohon Kasasi hanya didasarkan pada perkiraan, asumsi dan tanpa dapat dibuktikan berdasarkan bukti-bukti yang sah menurut hukum.



170. Dalam membuat Putusannya, Judex Facti hanya mengambil-alih pertimbangan Putusan Termohon Kasasi, tanpa memeriksa mengenai fakta-fakta hukum/peristiwa dan penerapan hukum. Pertimbangan yang demikian merupakan pertimbangan yang kurang lengkap (onvoldoende gemotiveerd), dan Mahkamah Agung dapat membatalkan putusan tersebut dan kemudian mengadilinya sendiri dengan melakukan penilaian terhadap hasil pembuktiannya. Kaidah hukum tersebut telah dipertimbangkan berdasarkan Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1604.K/Pdt/1984, tanggal 26 September 1985 yang mempertimbangkan:

“Dalam hal suatu putusan Pengadilan Tinggi ternyata didasari pertimbangan-pertimbangan yang kurang lengkap (onvoldoende gemotiveerd), maka **Mahkamah Agung dapat membatalkan putusan tersebut dan kemudian mengadilinya sendiri dengan melakukan penilaian terhadap hasil pembuktiannya.**” (Majalah Varia Peradilan No.6, Maret 1986).

Dengan demikian, sangat beralasan bagi Mahkamah Agung untuk membatalkan Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi, dan mengadilinya sendiri dengan melakukan penilaian terhadap hasil pembuktiannya terhadap fakta-fakta hukum yang akan diuraikan di bawah ini.

171. Dalam pertimbangan Putusan Termohon Kasasi pada halaman 236, butir 10.4.3 dan butir 10.4.4, Termohon Kasasi menyatakan Pemohon Kasasi I, Pertamina dan Mitsubishi telah memenuhi unsur persekongkolan sehubungan dengan dugaan pelanggaran ketentuan Pasal 22 UU No. 5/1999 karena menurut Termohon Kasasi, terbukti terdapat kerja sama antara dua pihak atau lebih yang menciptakan persaingan semu dan terdapat pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum, yang didasarkan pada analisa Termohon Kasasi tentang persekongkolan pada Bagian Tentang Hukum butir 8 Putusannya.
172. Rujukan butir 8 yang dijadikan dasar oleh Termohon Kasasi untuk menyimpulkan telah terpenuhinya unsur persekongkolan adalah sebagaimana disebutkan oleh Termohon Kasasi dalam



Putusannya pada halaman 229, butir 8.9 s/d butir 8.9.3, yaitu bahwa berdasarkan LHPL, pendapat dan pembelaan para Terlapor, terkait dengan persekongkolan yang dilakukan oleh para Terlapor, Termohon Kasasi menyimpulkan sebagai berikut:

- a. Perilaku diskriminatif berupa kesempatan diskusi dan presentasi yang hanya diberikan kepada Mitsubishi dan penyampaian undangan yang berbeda merupakan pemberian kesempatan eksklusif oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I selaku penyelenggara beauty contest kepada Mitsubishi.
- b. Hasil penilaian yang berbeda, TOR yang mengambang dan permintaan binding proposal yang mengarah kepada Mitsubishi merupakan bentuk tindakan Pertamina dan Pemohon Kasasi I yang menciptakan persaingan semu.

Pemohon Kasasi I akan membahas setiap pertimbangan Termohon Kasasi tersebut di bawah ini.

ALASAN KETUJUH : Termohon Kasasi DAN JUDEX FACTI TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN HUKUM PEMBUKTIAN SEHUBUNGAN DENGAN “PERSEKONGKOLAN”, KARENA FAKTA-FAKTA YANG DISIMPULKAN TIDAK TERBUKTI, TIDAK SESUAI DENGAN HASIL PEMERIKSAAN DAN TIDAK LAYAK DIJADIKAN SEBAGAI KESIMPULAN

173. Persyaratan tentang “bersekongkol untuk mengatur dan menentukan pemenang” dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **haruslah dibuktikan dengan alat-alat bukti yang sah, dan tidak boleh hanya didasarkan pada penafsiran, perkiraan dan kesimpulan belaka**. Hal ini telah diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam Putusannya Nomor 422 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 12 Februari 2010, yang mempertimbangkan sebagai berikut:

“- Bahwa pendapat Majelis KPPU tentang telah terjadinya tindakan pengaturan harga penawaran atau penyesuaian dokumen penawaran diantara peserta tender anggota APEKSU tidaklah beralasan menurut hukum, karena pendapat tersebut bukan didasarkan atas bukti yang cukup, **kecuali merupakan**



dugaan atau kesimpulan yang didasarkan pada persangkaan.”

Demikian juga dalam Putusan Mahkamah Agung No. 109 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 30 Maret 2009, yang mempertimbangkan sebagai berikut:

“..., hanyalah merupakan suatu kesimpulan belaka yang tidak dapat dijadikan ukuran bahwa telah terjadi indikasi persaingan usaha semu untuk saling memenangkan salah satu paket tender tersebut.”

174. Putusan-putusan tersebut di atas secara konsisten sesuai dengan keterangan/pendapat dari Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 22 yang menyatakan:

“Dalam pembuktian ini, maka **tidak cukup hanya didasarkan pada indikasi-indikasi** (indirect evidences) yang dalam hukum pembuktian digolongkan kepada petunjuk, namun haruslah didukung dengan bukti yang kuat berupa bukti-bukti langsung (direct evidences) yang membuktikan bahwa memang terdapat persekongkolan antara pelaku usaha.” (vide berkas Termohon No.M19).

175. **Tidak ada satu bukti pun** yang membuktikan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pertamina melakukan persekongkolan untuk mengatur atau memenangkan Mitsubishi sebagai mitra investor terpilih. Termohon Kasasi telah mengabaikan fakta-fakta hukum yang terbukti, dan sebaliknya kesimpulan Termohon Kasasi **hanya didasarkan pada perkiraan dan dugaan semata.**

176. Dari logika sederhana saja tuduhan Termohon Kasasi sangat absurd dan mengada-ada, karena untuk apa Pertamina dan Pemohon Kasasi I diskriminatif atau menciptakan persaingan semu, padahal di pihak lain Pertamina dan Pemohon Kasasi I bebas sepenuhnya menunjuk secara langsung mitranya berdasarkan kesepakatan, tanpa proses seleksi calon mitra, dan proses seleksi tersebut tidak wajib dilakukannya. Dari akal sehat, hukum dan dan bisnis, tidak ada kepentingan dan tidak ada point bagi penyelenggara untuk melakukan persekongkolan dengan peserta, dan tujuan untuk memilih dan mengadakan proses seleksi tidak akan tercapai sebagaimana diinginkan semula. Dalam situasi

Hal. 397 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



dimana proses seleksi dilakukan sebagai pilihan bebas, penyelenggara akan menjaga dan mengawasi agar tidak terjadi persengkokolan atau kecurangan di antara para peserta untuk mengatur/memenangkan salah satu peserta yang tidak qualified/tidak bermutu. Dalam hal penyelenggara mempunyai preferensi khusus kepada pihak tertentu, maka tidak perlu mengadakan proses seleksi ini, tetapi cukup menunjuk langsung pihak yang diinginkan tersebut.

177. Tanpa harus memeriksa semua alasan-alasan kasasi ini lebih jauh, Mahkamah Agung dengan mudah dapat membatalkan Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi, karena sesungguhnya tidak ada perkara. **Termohon Kasasi telah menyimpulkan dan mengakui bahwa proposal LNGEU tidak memenuhi persyaratan TOR, dan Termohon Kasasi sependapat dengan para Terlapor bahwa seleksi mitra investasi tidak mempunyai relevansi terhadap tersingkirnya LNGEU, dan tidak mempertimbangkan fakta hukum bahwa proposal Mitsui tidak mengikat dan hanya bersifat indikatif, sehingga tidak memberikan kepastian dan perlindungan kepada Pemohon Kasasi I dan Pertamina serta Pemerintah Republik Indonesia.** Memori Kasasi ini membantah pertimbangan-pertimbangan Termohon Kasasi yang diambil alih begitu saja oleh Judex Facti yang menyatakan bahwa proses seleksi mitra investasi bersifat diskriminatif, halmana merupakan kekeliruan yang sangat fatal. Kesimpulan Termohon Kasasi dan Judex Facti mengandung arti bahwa **walaupun proposal LNGEU dan Mitsui tidak memenuhi persyaratan dan walaupun tidak memenuhi objektif Pertamina dan Pemohon Kasasi I, seharusnya Pertamina dan Pemohon Kasasi I memenangkan LNGEU atau Mitsui sebagai mitra investor terpilih, dan menolak proposal terbaik yang diajukan oleh Mitsubishi. Pertimbangan ini merupakan melanggar hukum, keadilan dan akal sehat serta pertimbangan bisnis.**
178. Dalam butir 194 sampai dengan butir 227 di bawah, akan diuraikan bahwa Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum pembuktian (**yang tidak pernah dibantah oleh Termohon Kasasi**), dan bahwa tidak ada persekongkolan untuk mengatur atau memenangkan Mitsubishi sebagai mitra terpilih, dan tuduhan

Hal. 398 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



tentang persekongkolan antara penyelenggara (Pertamina dan Pemohon Kasasi I) dengan peserta (Mitsubishi) **hanyalah penafsiran, perkiraan dan kesimpulan belaka.**

SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN Termohon Kasasi YANG MENYATAKAN BAHWA PERILAKU DISKRIMINATIF BERUPA KESEMPATAN DISKUSI DAN PRESENTASI YANG HANYA DIBERIKAN KEPADA MITSUBISHI SERTA PENYAMPAIAN UNDANGAN YANG BERBEDA MERUPAKAN PEMBERIAN KESEMPATAN EKSKLUSIF OLEH PERTAMINA DAN Pemohon Kasasi I SELAKU PENYELENGGARA BEAUTY CONTEST KEPADA MITSUBISHI

179. Pemohon Kasasi I menyampaikan bahwa Termohon Kasasi telah melakukan kekeliruan terkait dengan hukum pembuktian dan fakta-fakta hukum yang telah terbukti. Diskriminasi **hanya** bisa terjadi apabila seseorang dilarang untuk melakukan sesuatu, namun larangan tersebut **tidak** diterapkan juga secara sama kepada pihak lainnya dalam keadaan yang sama, atau dengan perkataan lain, larangan tersebut hanya diberlakukan kepada pihak tertentu saja. Baik Pemohon Kasasi I maupun Pertamina tidak melakukan hal ini.
180. Bahwa berdasarkan pertimbangan Termohon Kasasi pada halaman 229 s/d 230, butir 8.9 s/d butir 8.9.3 Putusannya, ada 2 (dua) dasar yang dijadikan oleh Termohon Kasasi untuk menyimpulkan adanya diskriminasi, yaitu:
- a. pertama: kesempatan diskusi dan presentasi yang hanya diberikan kepada Mitsubishi; dan
 - b. kedua: penyampaian undangan yang berbeda merupakan pemberian kesempatan eksklusif oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I selaku penyelenggara beauty contest kepada Mitsubishi.
181. Pemohon Kasasi I akan membahas kedua dasar tersebut di bawah ini.

Sehubungan dengan Tuduhan Termohon Kasasi Bahwa Kesempatan Diskusi dan Presentasi Hanya Diberikan kepada Mitsubishi

- 181.1. Bahwa tidak ada bukti apapun atas tuduhan Termohon Kasasi, akan tetapi hanya perkiraan dan asumsi belaka. Termohon Kasasi menyimpulkan bahwa komunikasi hanya dilakukan dengan Mitsubishi. **Termohon Kasasi telah**



mengabaikan bukti-bukti hukum dan telah memutarbalikan fakta. Termohon Kasasi hanya menyoroti komunikasi dengan Mitsubishi, tetapi Termohon Kasasi dengan sengaja mengabaikan komunikasi dengan para pebisnis lainnya untuk menyimpulkan adanya diskriminasi.

181.2. Termohon Kasasi tidak menjelaskan diskusi dan presentasi yang mana yang dimaksudkan oleh Termohon Kasasi, sehingga Para Pemohon Kasasi mengalami kesulitan untuk membela dirinya.

181.3. Perlu kami tegaskan kembali bahwa sebelum proses seleksi calon mitra dilakukan, diskusi atau komunikasi juga telah dilakukan **bukan hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan LNGEU/LNGInternational, Itochu, Anadarko, British Gas, LNG Japan, Mitsui dan Marubeni**. Hal ini telah diklarifikasi oleh Pertamina sebagaimana **tercatat dalam Putusan Termohon Kasasi halaman 62-72**, namun ternyata telah diabaikan oleh Termohon Kasasi. **Fakta hukum ini tidak pernah dibantah oleh Termohon Kasasi**. Termohon Kasasi telah mengabaikan pertemuan-pertemuan dengan pihak lain, tetapi hanya menyoroti pertemuan dengan Mitsubishi.

181.4. Termohon Kasasi telah mengabaikan fakta-fakta hukum bahwa komunikasi-komunikasi sebelum proses seleksi mitra dengan para pebisnis internasional, **termasuk dengan LNGEU/LNGInternational adalah dalam rangka peninjauan jual beli gas secara putus dan dilakukan jauh sebelum proses seleksi calon mitra potensial yang baru dimulai pada tanggal 1 September 2006**, dan komunikasi dengan Mitsubishi, **LNGEU/LNGInternational, Itochu, Anadarko, British Gas, LNG Japan, Mitsui dan Marubeni** sebelum diadakannya proses seleksi calon mitra **tidak ada kaitannya** dengan proses seleksi calon mitra, tetapi dalam rangka peninjauan jual beli gas secara putus. Pada waktu peninjauan tersebut berlangsung, rencana untuk mengadakan proses seleksi calon mitra investor tertanggal 1 September 2006 **tidak terpikirkan**



dan belum diputuskan sama sekali. Termohon Kasasi menghubungkan antara komunikasi sebelum proses seleksi dengan proses seleksi berlangsung, padahal keduanya tidak berhubungan.

181.5. Apabila maksud Termohon Kasasi adalah pertemuan pada waktu proses seleksi calon mitra berjalan, yaitu pertemuan pada tanggal 4 September 2006, maka perlu kami tegaskan kembali sebagai berikut:

- a. Disamping komunikasi dengan Itochu, Anadarko, British Gas, LNG Japan, Mitsui dan Marubeni tanggal 4 September 2006, komunikasi juga **dengan LNGEU pada tanggal tersebut** sebagaimana telah dicatat oleh Termohon Kasasi pada halaman 62-72 Putusannya, dan Keberatan Pertamina halaman 20 yang disampaikannya di pengadilan.
- b. Disamping itu, Termohon Kasasi telah mempertimbangkan dan mengakui bahwa pertemuan tanggal 4 September 2006 tidak hanya dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan Itochu, sebagaimana telah dicatat/dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi dalam Salinan Laporan Dugaan Pelanggaran halaman 36 butir c (lihat berkas Termohon No. A1), sehingga tidak ada perlakuan diskriminatif/eksklusif kepada Mitsubishi, yang dikutip sebagai berikut:
“..., pada tanggal 4 September 2006, Mitsubishi Corporation dan Itochu Corporation menyampaikan presentasi kepada Dewan Direksi PT Pertamina (Persero) dan PT Medco Energi Internasional,Tbk.”
- c. Bahwa Pemohon Kasasi I mengetahui bahwa pada tanggal 4 September 2006 **komunikasi-komunikasi dilakukan oleh Pertamina dengan para pebisnis lainnya seperti LNGEU/LNGInternational, British Gas, LNG Japan, Marubeni, Anadarko, Itochu, dan Mitsui, dan tidak hanya dengan Mitsubishi sebagaimana dituduhkan oleh Termohon Kasasi.**
- d. Selain itu, pertemuan pada tanggal 4 September 2006 dengan Mitsubishi hanya merupakan pengulangan



presentasi Mitsubishi sebelumnya, dan tidak ada kaitannya sama sekali dengan TOR.

181.6. Lebih lanjut, Putusan Termohon Kasasi juga tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan “substansi proyek” sebagaimana dimaksud dalam Putusannya. Namun, apabila tuduhan pembahasan substansi proyek yang dimaksud oleh Termohon Kasasi adalah mengenai TOR dalam proses seleksi calon mitra yang telah diberikan kepada calon mitra, maka perlu ditegaskan kembali bahwa pertemuan pada tanggal 4 September 2006 **sama sekali tidak membahas TOR**. Pada butir 35 s/d 36 dari berkas perkara Termohon No. **B38**, dimana Mitsubishi telah menegaskan bahwa:

“.... **kami tidak menanggapi TOR pada saat itu.**”

Dengan demikian, pertemuan pada tanggal 4 September 2006 tidak dapat ditafsirkan sebagai pembahasan substansi proyek.

181.7. Pada halaman 218-219 butir 4.5 (3) Putusannya, walaupun Termohon Kasasi telah mengakui bahwa Mitsubishi tidak melakukan presentasi dengan tim evaluator, akan tetapi Termohon Kasasi berkesimpulan bahwa putusan strategis berada dalam kewenangan direksi Pertamina dan Pemohon Kasasi I. Terkait dengan hal ini, perlu disampaikan bahwa proses seleksi mitra berjalan dengan sistem bottom up, dimana keputusan direksi diambil dengan mempertimbangkan hasil evaluasi tim evaluator. Tim evaluator dalam usulannya menyampaikan bahwa proposal Mitsubishi memenuhi persyaratan-persyaratan TOR dan direkomendasikan sebagai salah satu shortlisted partners disamping Mitsui.

181.8. Bahwa Putusan Termohon Kasasi pada halaman 219 butir 4.5 (4) telah keliru dalam menyimpulkan bahwa presentasi yang dilakukan oleh Mitsubishi adalah untuk mengetahui posisi Pertamina dan Pemohon Kasasi I agar Mitsubishi dapat mempersiapkan proposal sesuai keinginan Pertamina dan Pemohon Kasasi I.

Hal. 402 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



- 181.9. Tuduhan tersebut hanya perkiraan dan asumsi belaka. Tidak ada bukti apapun terhadap tuduhan ini, dan Pemohon Kasasi I menolak tuduhan tersebut karena tidak benar sama sekali. Logika Termohon Kasasi bertolak belakang dan tidak masuk akal. Pihak yang melakukan presentasi adalah Mitsubishi (seandainya benar), sehingga yang mungkin terjadi adalah Pertamina dan Pemohon Kasasi I mengetahui posisi Mitsubishi, bukan sebaliknya. Karena yang melakukan presentasi adalah Mitsubishi (seandainya benar), maka presentasi tersebut tidak mungkin mengetahui posisi Pertamina dan Pemohon Kasasi I. Apabila tuduhannya adalah agar Mitsubishi dapat mengetahui posisi Pertamina dan Pemohon Kasasi I, maka seharusnya yang melakukan presentasi adalah Pertamina dan Pemohon Kasasi I, padahal dalam perkara ini, Pertamina dan Mitsui tidak melakukan presentasi.
- 181.10. Disamping itu, fakta hukumnya adalah bahwa Pemohon Kasasi I maupun Pertamina tidak pernah menjelaskan posisinya terkait dengan proses seleksi yang sedang berjalan. Semua kriteria dan items yang diinginkan dan dipersyaratkan bagi calon mitra sudah dijelaskan dan telah dijabarkan secara lengkap dalam TOR dan pertemuan klarifikasi tertanggal 19 September 2006 dengan semua peserta. Semua pebisnis LNG yang sudah berpengalaman pasti dapat memahami ketentuan TOR, yang terbukti juga dari proposal-proposal yang diajukan oleh peserta yang diundang, dimana proposal mereka memuat hal-hal yang mereka harapkan dan profile ataupun credentials yang mereka miliki. Kesimpulan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa presentasi yang dilakukan pada tanggal 4 September 2006 adalah untuk mengetahui posisi Pertamina dan Pemohon Kasasi I sehingga Mitsubisihi dapat mempersiapkan proposalnya adalah **mengada-ada**.
- 181.11. Dengan demikian, kesimpulan Termohon Kasasi bahwa Pertamina dan Pemohon Kasasi I diskriminatif berupa kesempatan diskusi dan presentasi yang hanya diberikan kepada Mitsubishi merupakan bentuk pemberian



kesempatan eksklusif kepada Mitsubishi **tidak benar sama sekali, dan tidak mempunyai dasar.**

Sehubungan dengan Tuduhan Termohon Kasasi yang Menyatakan Bahwa Penyampaian Undangan yang Berbeda Merupakan Pemberian Kesempatan Eksklusif oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I Selaku Penyelenggara Beauty Contest Kepada Mitsubishi.

181.12. Termohon Kasasi yang menyimpulkan bahwa penyampaian undangan yang berbeda merupakan pemberian kesempatan eksklusif kepada Mitsubishi. Hal ini tidak benar sama sekali. Tidak ada bukti apapun atas hal ini, akan tetapi hanya perkiraan dan asumsi belaka. Pemohon Kasasi I menolaknya dengan tegas.

181.13. Semua peserta yang menyampaikan minatnya untuk berpartisipasi dalam proyek Donggi-Senoro diberikan kesempatan yang seluas-luasnya, dan Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak melarang siapapun untuk menyampaikan minatnya. Termohon Kasasi mengabaikan fakta hukum yang terbukti.

181.14. Sama sekali tidak ada pemberian kesempatan eksklusif kepada Mitsubishi. Tuduhan tersebut hanya pemutarbalikan fakta. Undangan tertanggal 1 September 2006 tidak hanya disampaikan kepada Mitsubishi, tetapi juga disampaikan kepada para pebisnis LNG, yaitu (i) LNGEU yang membentuk konsorsium dengan Osaka Gas dan Golar; (ii) Itochu; (iii) LNG Japan (iv) Marubeni; (v) Mitsubishi; (vi) Mitsui; dan (vii) Toyota, **yang semuanya mendapatkan perlakuan yang sama dengan Mitsubishi.**

181.15. Undangan tertanggal 1 September 2006 adalah keputusan Pertamina dan Pemohon Kasasi I tanpa intervensi ataupun permintaan Mitsubishi. Undangan kepada pihak-pihak di atas hanya karena Pertamina dan Pemohon Kasasi I menganggap bahwa mereka adalah para pebisnis LNG yang sudah dikenal luas secara internasional, dan Mitsubishi tidak mempunyai kontribusi apapun dalam penentuan undangan tersebut. Persekongkolan hanya



dapat dianggap terjadi apabila ada intervensi atau permintaan dari Mitsubishi, yang dalam perkara ini tidak terjadi. Seharusnya Termohon Kasasi membuktikan tuduhannya, bukan menjungkirbalikkan fakta.

181.16. Dari logika sederhana saja tuduhan Termohon Kasasi sangat absurd dan mengada-ada, karena untuk apa Pertamina dan Pemohon Kasasi I diskriminatif, padahal di pihak lain Pertamina dan Pemohon Kasasi I bebas sepenuhnya menunjuk secara langsung mitra berdasarkan kesepakatan, tanpa proses seleksi calon mitra, dan Pertamina dan Pemohon Kasasi I bebas sepenuhnya untuk tidak mengirimkan undangan tambahan tersebut. Undangan tambahan ini justru membuktikan bahwa seleksi calon mitra diselenggarakan secara objektif dan fair, dimana pihak-pihak yang berminat diberikan kesempatan yang seluas-luasnya untuk berpartisipasi dalam proses seleksi calon mitra.

181.17. Adanya undangan tambahan tanggal 13 September 2006 kepada (i) British Gas, (ii) Japex dan, (iii) POGI adalah **karena adanya keinginan berminat dari British Gas, Japex dan POGI, yang disampaikan kepada Pertamina untuk berpartisipasi dalam proyek Donggi Senoro** (lihat berkas Termohon No. **M12 dan M13**).

181.18. Hal yang perlu dicatat adalah 3 (tiga) perusahaan calon mitra yang menerima undangan pada tanggal 13 September 2006 sama sekali tidak mengajukan keberatan atau protes atas jangka waktu tersebut pada saat maupun setelah proses seleksi calon mitra pada rapat klarifikasi tertanggal 19 September 2006, **karena mereka sudah menyadari dan mengetahui bahwa undangan tersebut adalah karena adanya keinginan berminat dari mereka untuk berpartisipasi dalam proyek ini, dan menyadari sudah ada undangan yang telah disampaikan kepada para peserta lainnya sebelum mereka menyampaikan keinginan berminta.**

182. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, tuduhan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pertamina



diskriminatif dengan memberikan kesempatan diskusi dan presentasi hanya kepada Mitsubishi dan penyampaian undangan yang berbeda merupakan pemberian kesempatan eksklusif kepada Mitsubishi **tidak benar sama sekali, tetapi hanya penjungkirbalikan fakta.**

SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN Termohon Kasasi BAHWA HASIL PENILAIAN YANG BERBEDA, TOR YANG MENGAMBANG DAN PERMINTAAN BINDING PROPOSAL YANG MENGARAH PADA MITSUBISHI MERUPAKAN BENTUK TINDAKAN PERTAMINA DAN Pemohon Kasasi I YANG MENCIPTAKAN PERSAINGAN SEMU

183. Pemohon Kasasi I menyampaikan bahwa Termohon Kasasi telah melakukan kekeliruan dalam membuat pertimbangan pada halaman 229 s/d 230, butir 8.9 s/d butir 8.9.3 Putusannya yang menyimpulkan bahwa Pertamina dan Pemohon Kasasi I melakukan tindakan yang menciptakan persaingan semu.
184. Bahwa tuduhan Termohon Kasasi tersebut tidak benar sama sekali, dan tidak ada bukti apapun terhadap tuduhannya, akan tetapi hanya perkiraan dan asumsi belaka. Pemohon Kasasi I menolak dengan tegas tuduhan Termohon Kasasi. Termohon Kasasi telah memutarbalikan fakta atas kesimpulannya tentang persaingan semu.
185. Bahwa menurut Termohon Kasasi, ada 3 (tiga) dasar yang menyebabkan terciptanya persaingan semu tersebut, yaitu sebagai berikut:
 - 185.1. perbedaan penilaian yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I terhadap proposal calon mitra menunjukkan belum terdapatnya kesamaan pandangan tim evaluator;
 - 185.2. TOR dibuat sengaja mengambang untuk memudahkan menggugurkan LNGEU/Osaka Gas/Golar;
 - 185.3. permintaan Binding Proposal yang mengarahkan Mitsubishi sebagai pemenang proses seleksi calon mitra.
186. Pemohon Kasasi I akan membahas ketiga dasar tersebut di bawah ini.

Sehubungan dengan Tuduhan Termohon Kasasi bahwa Perbedaan Penilaian yang Dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I terhadap Proposal Calon Mitra



**Menunjukkan Belum Terdapatnya Kesamaan Pandangan Tim
Evaluator**

- 186.1. Pemohon Kasasi I menolak dengan tegas tuduhan dari Termohon Kasasi tersebut di atas. Tuduhan Termohon Kasasi tersebut tidak benar sama sekali dan tidak berdasar.
- 186.2. Bahwa di dalam TOR telah disebutkan key criterias (kriteria-kriteria kunci), antara lain (a) mitra potensial harus merupakan pebisnis internasional dalam bisnis LNG, (b) mitra potensial merupakan perusahaan dengan credit rating minimum BBB+ (S&P rating tools); dan (c) persyaratan mengenai jointly and severally liable, dan penilaian terhadap proposal merujuk pada kriteria-kriteria kunci tersebut. TOR sangat mudah dipahami oleh para pebisnis yang sudah berpengalaman dan menggeluti industri LNG ini.
- 186.3. Adanya perbedaan cara penilaian proposal yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I dan penilaian dilakukan secara terpisah secara independen dalam seleksi calon mitra investor **justru membuktikan dengan sempurna bahwa tidak ada persekongkolan dalam seleksi calon mitra untuk memenangkan calon mitra tertentu**. Justru metode penilaian yang sama dapat membuktikan adanya persekongkolan. Kalau tujuannya hanya untuk memenangkan Mitsubishi secara sekongkol, tidak perlu ada penilaian, dan cukup saja ditunjuk secara langsung. Adanya perbedaan cara penilaian tidak dapat ditafsirkan sebaliknya.
- 186.4. Perbedaan penilaian antara Pertamina dan Pemohon Kasasi I dan tuduhan TOR yang mengambang untuk mengarahkan Mitsubishi sebagai pemenang **tidak mempunyai dasar hukum sama sekali**, berdasarkan fakta-fakta hukum bahwa:
- a. Pertamina dan Pemohon Kasasi I menilai TOR secara terpisah. Proses, cara-cara dan kriteria penilaian yang diterapkan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I

Hal. 407 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



berlaku secara sama atau equal kepada semua calon mitra, dan tidak ada perbedaan perlakuan.

- b. Walaupun ada perbedaan cara menilai, **tetapi hasilnya pada kenyataannya menghasilkan banyak persamaan dibandingkan perbedaan**, karena berdasarkan hasil penilaiannya masing-masing, baik Pertamina maupun Pemohon Kasasi I merekomendasikan **Mitsui dan Mitsubishi** sebagai recommended shortlisted.
- c. Cara penilaian yang berbeda malah membuktikan dengan sempurna tidak ada persekongkolan antara Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk menentukan pemenang, bukan sebaliknya. Malah cara penilaian yang sama/seragam bisa disimpulkan adanya persekongkolan untuk menentukan pemenang.
- d. Tidak pernah dalam suatu TOR ditentukan cara penilaian. Dalam TOR tidak pernah disebutkan bahwa penyelenggara akan melakukan tabulasi, penyelenggara akan melakukan scoring dan lain sebagainya. Yang ditentukan dalam TOR adalah kriteria dan rujukan penilaian serta hal-hal yang akan dievaluasi, dan yang terpenting adalah bahwa penilaian diterapkan sama kepada semua peserta, tanpa terkecuali.
- e. Terlebih lagi, Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 215 pada butir 8 telah mempertimbangkan dan mengakui bahwa bisa saja syarat-syarat belum sepenuhnya ditetapkan di awal dalam TOR. Pertimbangan dan pengakuan Termohon Kasasi adalah:
- “Bahwa beauty contest lebih menjadi pilihan dibandingkan dengan lelang dalam hal diperlukan inovasi dan pendekatan yang berbeda dalam proyek yang dikerjakan. Melalui beauty contest, peserta dapat mengembangkan kreasi dan menyesuaikan dengan kebutuhan khusus **karena syarat-syarat belum sepenuhnya ditetapkan di awal.**”

Hal. 408 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Sekalipun Termohon Kasasi telah mengakui bahwa syarat-syarat belum bisa sepenuhnya ditetapkan di awal, namun dalam hal ini, Pemohon Kasasi I dan Pertamina telah menetapkan secara komprehensif dan terperinci dalam TOR semua persyaratan yang diperlukan, yang sangat mudah dapat dipahami para pebisnis yang sudah berpengalaman.

Dengan demikian, cara penilaian yang berbeda tidak dapat ditafsirkan untuk mengarahkan Mitsubishi sebagai pemenang.

- 186.5. Bahwa perbedaan penilaian antara Pertamina dan Pemohon Kasasi I dalam proses seleksi mitra investor tersebut merupakan **suatu hal yang lazim dan alami (natural)**, karena Pertamina dan Pemohon Kasasi I merupakan dua entity yang berbeda, yang memiliki karakter yang berbeda yang berakibat pada pembobotan penilaian yang berbeda terhadap suatu proposal yang diterimanya. Dalam keadaan bagaimana pun, pada akhirnya penilaian masing-masing akan digabungkan dengan hasil penilaian dari yang lain, dan hal itu tidak dapat ditafsirkan sebagai mengarahkan pemenang.
- 186.6. Dengan demikian, kesimpulan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa perbedaan penilaian yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I terhadap proposal calon mitra menunjukkan belum terdapatnya kesamaan pandangan tim evaluator, dan menciptakan persaingan semu adalah **tidak berdasar sama sekali**.

Sehubungan Dengan Tuduhan Termohon Kasasi Bahwa TOR Dibuat Sengaja Mengambang Untuk Memudahkan Menggugurkan LNGEU/Osaka Gas/Golar

- 186.7. Dalam pertimbangannya, Termohon Kasasi menyatakan bahwa TOR dibuat mengambang oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I dengan tujuan untuk menggugurkan LNGEU dan memenangkan Mitsubishi. Dasar Termohon Kasasi pokoknya adalah:



- a. Persyaratan jointly and severally liable sebagai alasan digugurkannya LNGEU dari proses seleksi mitra tidak sesuai dengan TOR;
- b. Terdapat pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi dalam hal pemasaran LNG;
- c. TOR tidak menjelaskan adanya penolakan terhadap peserta tertentu, namun Osaka Gas gugur karena Osaka Gas adalah bagian dari western buyer;
- d. TOR tidak meminta teknologi seperti apa yang diinginkan, namun direksi meminta teknologi yang telah proven.

186.8. Pemohon Kasasi I akan membahas ketiga dasar tersebut di bawah ini.

Sehubungan dengan Tuduhan Termohon Kasasi yang Menyatakan bahwa Persyaratan Jointly and Severally Liable sebagai alasan digugurkannya LNGEU dari proses seleksi mitra tidak sesuai dengan TOR

186.9. Perlu ditegaskan kembali bahwa tidak ada permintaan ataupun intervensi Mitsubishi dalam penyusunan TOR. Dengan demikian, kesimpulan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa TOR dibuat sengaja mengambang untuk memudahkan menggugurkan LNGEU/Osaka Gas/Golar tidak berdasarkan sama sekali. Seharusnya Termohon Kasasi membuktikan ada pertemuan-pertemuan antara Pertamina, Pemohon Kasasi I dan Mitsubishi dimana dalam pertemuan tersebut, Mitsubishi meminta persyaratan-persyaratan yang akan dipersyaratkan dalam TOR.

186.10. Tersisihnya konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar **telah dipertimbangkan oleh Termohon Kasasi dengan benar dan tepat dalam Putusannya pada halaman 226, butir 6.5 angka (2), yang pada intinya telah menyatakan bahwa seleksi calon mitra investor tidak bertujuan untuk menyingkirkan LNGEU yang merupakan konsorsium Osaka Gas dan Golar, sebagaimana dikutip berikut:**



- (2) **Bahwa terkait dengan beauty contest dirancang untuk menyingkirkan LNGEU, Majelis Komisi sependapat dengan pembelaan Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV bahwa tidak terdapat kaitan antara beauty contest dengan upaya menyingkirkan LNGEU;**

Dengan demikian, tersisihnya konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar sudah tidak menjadi permasalahan/issue lagi.

186.11. Berdasarkan Putusan Termohon Kasasi yang dikutip di atas, Termohon Kasasi telah menyimpulkan dan mengakui bahwa **konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar tersisih karena kegagalannya memenuhi persyaratan jointly and severally liable yang dipersyaratkan dalam TOR.** Akan tetapi di pihak lain, Termohon Kasasi menyatakan bahwa tersisihnya LNGEU disebabkan karena penilaian yang mengambang dan dengan alasan yang tidak ada di dalam TOR, yaitu persyaratan jointly and severally liable tidak ada dalam TOR. Dengan demikian, kesimpulan Termohon Kasasi **saling bertentangan dan saling bertolak belakang dan sukar dipahami** yang merupakan alasan hukum untuk membatalkannya sesuai dengan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 03 Tahun 1974 tanggal 25 Nopember 1974 dan Jurisprudensi Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1974, tanggal 25 Nopember 1974 di atas, karena di satu sisi Termohon Kasasi telah menyimpulkan bahwa konsorsium LNGEU/Osaka Gas/Golar tersisih karena kegagalannya memenuhi persyaratan jointly and severally liable yang dipersyaratkan dalam TOR, tetapi di sisi lain, Termohon menyatakan bahwa tersisihnya LNGEU disebabkan karena penilaian yang mengambang dan dengan alasan yang tidak ada di dalam TOR, yaitu persyaratan jointly and severally liable tidak ada dalam TOR.

186.12. Disamping itu, Termohon Kasasi pada halaman 25 huruf c Laporan Pemeriksaan Lanjutan Termohon Kasasi telah menyimpulkan dan mengakui bahwa **LNGEU tidak memiliki pengalaman yang cukup sehingga tidak**



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

pantas untuk ditunjuk sebagai pemenang (mohon lihat berkas Termohon Kasasi No. **A 98**). Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak mungkin menurunkan atau melonggarkan standar kriterianya dan memenangkan pihak yang secara jelas tidak memenuhi syarat untuk menjadi mitra terbaik.

Tuduhan Termohon Kasasi tentang persekongkolan mengandung arti bahwa **walaupun proposal LNGEU tidak memenuhi persyaratan dan walaupun tidak memenuhi objektif Pertamina dan Pemohon Kasasi I, seharusnya Pertamina dan Pemohon Kasasi I memilih LNGEU, dan menolak proposal terbaik yang diajukan oleh Mitsubishi. Pertimbangan ini merupakan pertimbangan yang salah dalam menerapkan hukum atau melanggar hukum, keadilan dan akal sehat serta pertimbangan bisnis.**

186.13. Termohon Kasasi menyatakan bahwa persyaratan jointly and severally liable tidak ada dalam TOR. Hal ini tidak benar sama sekali, dan Termohon Kasasi tidak membaca dengan cermat TOR, sehingga mengambil kesimpulan yang sangat keliru.

186.14. Persyaratan jointly and severally liable **telah disebutkan dalam TOR pada halaman 5, dan telah disampaikan secara terbuka kepada semua peserta:**

“iii. A definite statement regarding the limitations of liability for each party in the consortium. Please state if the parties will be jointly and severally liable or if each party will be severally liable for specific portion of the Downstream LNG Company.”

Disamping dalam TOR, persyaratan jointly and severally liable telah disampaikan/diklarifikasikan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I pada Rapat TOR Clarification Meeting pada tanggal 19 September 2006 dengan semua calon sebagaimana disebutkan pada Minutes of Meeting MoM No. 900-MOM-020 halaman 3 butir 5:

Hal. 412 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



“The Partnership by Consortium is possible, jointly and severally liable, the BBB+ credit rating of the consortium party to guarantee.”

186.15. Dengan demikian, Putusan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa gugurnya LNGEU/Osaka Gas/Golar dalam proses seleksi mitra dengan alasan yang tidak ada di dalam TOR **tidak benar sama sekali dan tidak berdasar hukum.**

Sehubungan dengan Tuduhan Termohon Kasasi bahwa Terdapat Pertentangan antara TOR dan Keputusan Direksi Dalam hal Pemasaran LNG

186.16. Tuduhan Termohon Kasasi tersebut tidak mempunyai dasar hukum sama sekali. Termohon Kasasi tidak membaca TOR. Tidak ada pertentangan antara TOR dan keputusan Direksi dalam hal pemasaran LNG. Direksi Pertamina dan Pemohon Kasasi I **tidak pernah melarang** pemasaran LNG ke Korea dan Taiwan. Hal ini sejalan dengan Marketing Objective pada halaman 3 TOR dan (lihat berkas Termohon Kasasi No. **M12 dan M13**) yang telah dijelaskan kepada calon mitra investor bahwa **tujuan dari pemasaran LNG adalah untuk mendapatkan nilai maksimal dari pasar (to get maximum value from the Market).**

186.17. Disamping itu, dalam TOR yang sudah diberitahukan secara terbuka kepada para peserta bahwa **calon mitra tidak boleh berbenturan dengan pemasaran LNG Indonesia yang ada**, yang dikutip sebagai berikut:

“Potential Partners has to have:

- ..
- **No conflict with the existing INDONESIAN LNG business.”**

186.18. Bahwa persyaratan tersebut adalah wajib dan sesuai dengan persyaratan pemerintah serta dasar kriteria penentuan dan persetujuan BPMigas dalam Workshop Matindok & Senoro Gas Monetization yang diadakan oleh BPMigas, Pertamina dan Pemohon Kasasi I dalam menentukan pembeli LNG sebagaimana disebutkan



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

didalam notulen rapat tersebut (berkas Termohon Kasasi No.S6), berikut ini:

“Pada hari ini jumat 16 Pebruari 2007 di hotel Sheraton Bandung, telah disepakati hal-hal untuk pengembangan gas Area Matindok dan Senoro, Sulawesi sebagai berikut:

“1.....

5. Penentuan buyer LNG harus mendapat persetujuan BPMigas agar tidak terjadi persaingan antar produsen LNG Indonesia secara keseluruhan” (vide berkas perkara Termohon No.S6).

186.19. Lagi pula, oleh karena pasar di Jepang merupakan pasar terbesar di Asia, maka penjualan LNG ke Jepang dinilai lebih menguntungkan dari segi komersial. Dengan demikian, tuduhan Termohon Kasasi bahwa ada terdapat pertentangan antara TOR dan Keputusan Direksi sangat keliru dan tidak beralasan.

Sehubungan dengan tuduhan Termohon Kasasi bahwa TOR tidak menjelaskan adanya penolakan terhadap peserta tertentu, namun Osaka Gas gugur karena Osaka Gas adalah bagian dari western buyer

186.20. Termohon Kasasi telah memutarbalikkan fakta hukum. Osaka Gas gugur bukan karena Osaka Gas bagian dari western buyer. Gugurnya Osaka Gas karena dalam suratnya tanggal 1 November 2006, Osaka Gas menyatakan bahwa dia akan keluar dari western buyer apabila Osaka Gas terpilih sebagai pemenang pada proses seleksi calon mitra investor. Pernyataan tersebut akan mengakibatkan kerugian dari segi bisnis dan komersial, karena dengan tindakan tersebut, maka konsorsium western buyer akan complaint atau keberatan, dan hal ini akan menimbulkan sengketa atas tindakan Osaka Gas yang akan keluar dari konsorsium western buyer apabila terpilih dalam proses seleksi calon mitra ini. Pernyataan tersebut bertentangan juga dengan persyaratan Pemerintah yang telah diuraikan pada butir 186.18 di atas, dan persyaratan TOR yang menentukan

Hal. 414 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



bahwa tidak berbenturan dengan kegiatan bisnis LNG di Indonesia.

186.21. Dalam TOR yang sudah diberitahukan secara terbuka kepada para peserta telah menentukan bahwa **calon mitra investor tidak boleh berbenturan dengan pemasaran LNG Indonesia**, yang dikutip pada butir 186.18 di atas. Gugurnya Osaka Gas karena pernyataannya tersebut di atas yang tidak sesuai dengan persyaratan TOR, yaitu tidak berbenturan dengan kegiatan bisnis LNG di Indonesia.

Sehubungan dengan Tuduhan Termohon Kasasi bahwa TOR tidak meminta teknologi seperti apa yang diinginkan, namun direksi meminta teknologi yang telah proven

186.22. Bahwa tuduhan Termohon Kasasi tersebut di atas sama sekali tidak benar, dan Termohon Kasasi tidak memahami teknologi dan industri ini.

186.23. Bahwa Termohon Kasasi **mencari-cari dan memaksakan alasan dalam membuat Putusannya dengan motivasi satu-satunya apapun alasannya harus dihukum**, karena persyaratan tentang teknologi yang proven pun dianggap Termohon Kasasi sebagai persekongkolan untuk mengarahkan pemenang tertentu. Yang dimaksud dengan **teknologi yang proven adalah teknologi sudah terbukti teruji dengan baik, sehingga tidak diragukan lagi aplikasinya dalam praktek**. Tentu saja siapapun tidak mungkin meminta/menginginkan teknologi yang tidak teruji dan teknologi kualitas rendah.

186.24. Kesimpulan Termohon Kasasi berarti bahwa walaupun teknologi peserta tertentu tidak berkualitas/bermutu, pihak tersebut haruslah ditunjuk sebagai pemenang. Kesimpulan tersebut tidak dapat dibenarkan dari segi bisnis dan hukum. Justru penunjukan dari peserta yang teknologinya rendah dapat dianggap sebagai persekongkolan.

186.25. Begitu juga dalam TOR telah dimuat key criteria dan items sebagai bahan untuk mengevaluasi proposal calon mitra yang lazim yang mempersyaratkan calon mitra **haruslah merupakan pebisnis internasional dalam bisnis LNG**.



Tentu saja pebisnis internasional adalah pebisnis yang telah mempergunakan dan menerapkan teknologi yang proven (teruji aplikasinya) dan kualitas baik dan tinggi.

Sehubungan Dengan Tuduhan Termohon Kasasi bahwa Permintaan Binding Proposal Mengarahkan Mitsubishi sebagai Pemenang Dalam Proses Seleksi Calon Mitra

186.26. Bahwa tuduhan Termohon Kasasi di atas sama sekali tidak benar. Persyaratan binding proposal tidak hanya ditujukan kepada Mitsui, tetapi juga kepada Mitsubishi. Diskriminasi hanya dapat terjadi apabila persyaratan tersebut hanya ditujukan kepada Mitsui, yang tidak terjadi dalam proses seleksi tersebut.

186.27. Bahwa pada tanggal 7 Nopember 2006, tim evaluator melaporkan hasil penilaian mereka kepada direksi Pertamina dan Pemohon Kasasi I, yang pada intinya melaporkan bahwa proposal Mitsubishi dan Mitsui **masih bersifat kualitatif dan perlu dikuantitatifkan untuk menghindari proposal yang tidak memenuhi persyaratan TOR**. Tim evaluator mengusulkan agar dibuat additional questioners untuk mendapatkan binding proposal yang memenuhi persyaratan yang dipersyaratkan Pertamina dan Pemohon Kasasi I dalam TOR. Usulan tersebut disetujui direksi Pertamina dan Pemohon Kasasi I.

186.28. Dalam tahap ini, hanya ditanyakan 2 (dua) hal, yaitu (a) partner to accept (items yang diterima calon partner), dan (b) partner to propose (items yang masih dalam usulan dari calon mitra). **Mitsubishi menerima seluruh persyaratan**. Namun sebaliknya, Mitsui dalam proposalnya mencantumkan pengecualian (disclaimer) yang menyatakan bahwa **proposalnya hanya bersifat informasi dan bersifat indikatif serta tidak mengikat**.

186.29. Proposal Mitsui yang tidak mengikat (non-binding) telah dikonfirmasi kembali oleh Mitsui dalam suratnya tertanggal 26 Mei 2009 kepada Termohon Kasasi (berkas Termohon Kasasi No. **S9**), yang dikutip sebagai berikut:

Hal. 416 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



.... Therefore, we submitted our 3rd Proposal **only on informational and indicative (non-legally binding) basis** by clearly remarking our disclaimer in the proposal”

Proposal yang demikian, tidak menjamin kepentingan Pertamina, Pemohon Kasasi I dan Pemerintah RI, karena bisa saja Mitsui menolak untuk memberikan komitmennya dalam mengerjakan proyek ini dengan alasan hukum yang sah bahwa proposalnya tidak mengikat, yang telah dinyatakan secara jelas dalam proposalnya.

186.30. Permintaan binding proposal dari Mitsui dan Mitsubishi adalah untuk mendapatkan jaminan kepastian dan komitmen dari Mitsui dan Mitsubishi tentang proposalnya dan komitmen mereka menjalankan proyek ini, dan permintaan tersebut tidak hanya dimintakan kepada Mitsubishi tetapi juga kepada Mitsui. Persyaratan untuk melindungi proyek ini tidak dapat disimpulkan sebagai pelanggaran. Dengan demikian, tidak benar sama sekali kesimpulan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa permintaan binding proposal adalah untuk mengarahkan Mitsubishi sebagai pemenang.

186.31. Dengan mempertimbangkan proposal Mitsui yang tidak mengikat dan hanya bersifat informatif saja, maka proposal Mitsubishi merupakan proposal terbaik, dan tidak ada proposal yang lebih dari padanya, sehingga tidak ada alasan bagi Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk tidak memilih Mitsubishi sebagai mitranya dengan proposal terbaik.

187. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, tuduhan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pertamina telah melakukan tindakan yang menciptakan persaingan semu **tidak benar sama sekali**.

188. Berdasarkan semua uraian di atas, mengingat Pertamina dan Pemohon Kasasi I tidak diskriminatif, tidak ada pemberian kesempatan eksklusif kepada Mitsubishi dan tidak menciptakan persaingan semu, maka Putusan Termohon Kasasi yang menyatakan Pemohon Kasasi I, Pertamina dan Mitsubishi



melakukan persekongkolan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 **sangat beralasan dibatalkan.**

ALASAN KEDELAPAN : Termohon Kasasi DAN JUDEX FACTI TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN HUKUM PEMBUK-TIAN SEHUBUNGAN DENGAN “MENGATUR ATAU MENENTUKAN PEMENANG”, KARENA FAKTA-FAKTA YANG DISIMPUL-KAN TIDAK TERBUKTI, TIDAK SESUAI DENGAN HASIL PEMERIKSAAN DAN TIDAK LAYAK DIJADIKAN SEBAGAI KESIMPULAN

189. Bahwa Termohon Kasasi dalam pertimbangan pada halaman 237 butir 10.6.3 Putusannya menyatakan bahwa unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehubungan dengan ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 telah terpenuhi berdasarkan alasan dalam pertimbangan Termohon Kasasi pada halaman yang sama, butir 10.6.2 yang kami kutip sebagai berikut: “Bahwa penentuan pemenang tender/beauty contest adalah melalui tindakan-tindakan yang bersifat diskriminatif atau penyusunan TOR yang diarahkan kepada persyaratan tertentu agar dapat dipenuhi dan dimenangkan oleh Mitsubishi sebagaimana diuraikan pada Bagian Tentang Hukum butir 4 dan 5 di atas.”
190. Bahwa menurut Termohon Kasasi, unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender telah terpenuhi yang didasarkan pada 2 (dua) dasar yang merujuk pada Bagian Tentang Hukum butir 4 dan 5 Putusannya, yang pada pokoknya sama dengan alasan yang dijadikan dasar oleh Termohon Kasasi dalam menyimpulkan tentang persekongkolan, yaitu karena:
- 190.1. Penentuan pemenang tender/beauty contest adalah melalui tindakan-tindakan yang bersifat diskriminatif; atau
- 190.2. Penyusunan TOR yang diarahkan kepada persyaratan tertentu agar dapat dipenuhi dan dimenangkan oleh Mitsubishi
- Dengan demikian, dasar Termohon Kasasi untuk menyimpulkan “mengatur dan atau menentukan pemenang” adalah berdasarkan analisisnya dalam membahas “persekongkolan.

Hal. 418 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



191. Bahwa sebagaimana telah diuraikan secara panjang lebar pada butir 57 sampai dengan butir 93, dan pada butir 173 sampai dengan butir 188 di atas, secara tegas telah membuktikan bahwa tuduhan persekongkolan **tidak terbukti/terpenuhi sama sekali**.
192. Dengan demikian, pertimbangan Termohon Kasasi yang pada pokoknya menyatakan bahwa unsur mengatur dan menentukan pemenang telah terpenuhi adalah **pertimbangan yang keliru, tidak berdasar sama sekali, dan karenanya Putusan Termohon Kasasi sudah sepatutnya dibatalkan**.

ALASAN KESEMBILAN : Termohon Kasasi DAN JUDEX FACTI TELAH MELAKUKAN KESALAHAN BERAT DALAM MENERAPKAN HUKUM PEMBUKTIAN SEHUBUNGAN DENGAN “MEMFASILITASI PERSEKONGKOLAN UNTUK MENDAPATKAN INFORMASI RAHASIA LNGEU”, KARENA FAKTA-FAKTA YANG DISIMPULKAN TERBUKTI, TIDAK SESUAI DENGAN HASIL PEMERIKSAAN DAN TIDAK LAYAK DIJADIKAN SEBAGAI KESIMPULAN

193. Putusan Termohon Kasasi pada halaman 238 dan 239 butir 11.4.2 dan butir 11.4.2 menyimpulkan bahwa dengan merujuk butir 8 dan 9 Putusannya, unsur bersekongkol untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaing terbukti. Rujukan butir 8 dan 9 yang dimaksudkan oleh Termohon Kasasi adalah sebagaimana disebutkan pada halaman 233 sampai dengan 234 Putusannya dengan dasar, yaitu:

- 193.1. Terjadinya due diligence yang dilakukan oleh Mitsubishi terhadap LNGEU/LNGInternational adalah setelah Mitsubishi melakukan presentasi kepada Pertamina dan Pemohon Kasasi I, yang meminta melakukan pemeriksaan data baik di upstream maupun downstream, dan selanjutnya, Pemohon Kasasi I memfasilitasi Mitsubishi untuk melihat data downstream dengan meminta Mitsubishi melakukan due diligence terhadap LNGEU/LNGInternational (butir 9.5.(5) halaman 233).



- 193.2. Informasi hasil due diligence dimanfaatkan oleh Mitsubishi dalam menyusun proposal proyek dan merupakan persekongkolan memperoleh informasi rahasia pesaing, dan hal itu merupakan persekongkolan (butir 9.5.(7) dan butir 9.5.(8) halaman 234)
194. Persyaratan tentang “bersekongkol untuk mendapatkan informasi rahasia pesaing” dalam Pasal 23 UU No. 5/1999 **haruslah dibuktikan dengan alat-alat bukti yang sah, dan tidak boleh hanya didasarkan pada penafsiran, perkiraan dan kesimpulan belaka**. Hal ini telah diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam Putusannya Nomor 422 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 12 Pebruari 2010. Putusan tersebut konsisten dengan Putusan Mahkamah Agung Nomor 109 K/Pdt.Sus/2009, tanggal 30 Maret 2009.
195. Putusan-putusan tersebut di atas secara konsisten sesuai dengan keterangan/pendapat dari Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 22 yang menyatakan:
“Dalam pembuktian ini, maka **tidak cukup hanya didasarkan pada indikasi-indikasi** (indirect evidences) yang dalam hukum pembuktian digolongkan kepada petunjuk, namun haruslah didukung dengan bukti yang kuat berupa bukti-bukti langsung (direct evidences) yang membuktikan bahwa memang terdapat persekongkolan antara pelaku usaha.” (vide berkas Termohon No.M19).
196. **Tidak ada satu bukti pun** yang membuktikan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memfasilitasi Mitsubishi melakukan persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia dari LNGEU. Termohon Kasasi telah mengabaikan fakta-fakta hukum yang terbukti, dan sebaliknya kesimpulan Termohon Kasasi **hanya didasarkan pada perkiraan dan dugaan semata**.
Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II akan membahas setiap pertimbangan Termohon Kasasi tersebut di bawah ini.

SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN Termohon Kasasi YANG MENYATAKAN BAHWA TERJADINYA DUE DILIGENCE YANG DILAKUKAN OLEH MITSUBISHI TERHADAP LNGEU/LNG INTERNATIONAL ADALAH SETELAH MITSUBISHI MELAKUKAN PRESENTASI KEPADA PERTAMINA DAN Pemohon Kasasi I, YANG

Hal. 420 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



MEMINTA MELAKUKAN PEMERIKSAAN DATA BAIK DI UPSTREAM MAUPUN DOWNSTREAM, DAN SELANJUTNYA, Pemohon Kasasi I MEMFASILITASI MITSUBISHI UNTUK MELIHAT DATA DOWNSTREAM DENGAN MEMINTA MITSUBISHI MELAKUKAN DUE DILIGENCE TERHADAP LNGEU/LNGINTERNATIONAL

197. Tidak ada bukti atas tuduhan tersebut. Termohon Kasasi telah mengabaikan bukti-bukti hukum, dan telah memutarbalikkan fakta-fakta. Pertukaran informasi oleh dan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsubishi, Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko tidak merupakan persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaing.
198. **Pertama:** Pertukaran informasi oleh dan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko bukan karena presentasi Mitsubishi. Buktinya adalah bahwa ada pertukaran informasi oleh dan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsui dan Anadarko. Disamping itu, adanya pertukaran informasi oleh dan antara Mitsui dengan LNGEU/LNGInternational adalah **atas inisiatif dari LNGEU/LNGInternational, bukan karena Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II.** Termohon Kasasi memutarbalikkan fakta.
199. **Kedua:** Pertukaran informasi oleh dan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko bukan karena presentasi Mitsubishi, akan tetapi karena **kebutuhan mereka sendiri yang memerlukannya. Termohon Kasasi bukanlah pebisnis, sehingga Termohon Kasasi tidak mengetahui realitas bisnis dan membuat tuduhan yang tidak berdasar.** Proses due diligence dan segala pertukaran informasi di dalamnya merupakan suatu proses yang lazim dilakukan dalam suatu proses penajakan bisnis di antara mereka. Pertukaran informasi melalui due diligence yang dilakukan oleh dan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko merupakan **suatu rangkaian perbuatan yang lazim, sah dan tidak melanggar hukum dan tidaklah dapat dikategorikan sebagai suatu persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia.**
- Yang benar dalam realitas bisnis adalah apa yang sudah diakui oleh LNGEU/LNGInternational dalam Berita Acara Pemeriksaan



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Lanjutan Saksi tanggal 11 Agustus 2010 terhadap Direktur LNGEU, yaitu Norman Marshall (berkas Termohon Kasasi No B16 butir 27 yang diperoleh pada proses inzage) yang menyatakan sebagai berikut:

“Pertanyaan : Kenapa anda membuka semua dokumen rahasia anda?

Jawaban : Karena **tidak mungkin sebuah perusahaan mau bergabung dan berinvestasi dengan proyek senilai miliaran dolar tanpa melakukan uji tuntas terlebih dahulu**”.

200. **Ketiga:** Pemohon Kasasi I hanya memperkenalkan pebisnis lainnya yaitu Anadarko dan Mitsubishi dan Itochu kepada LNGEU/LNGInternational. Bahwa Pemohon Kasasi I hanya memperkenalkan saja telah dicatat oleh Termohon Kasasi dalam Putusannya pada halaman 62-72. Hubungan selanjutnya di antara mereka setelah perkenalan tersebut merupakan keputusan absolut di antara mereka dengan mempertimbangkan aspek bisnis maupun hukum di antara mereka. Perkenalan tersebut adalah **karena LNGEU adalah perusahaan yang baru berdiri dan pebisnis baru dalam industri**, yang belum memiliki fundamental finansial yang kuat, pengalaman, teknologi teruji (proven) dan jaringan pemasarannya yang luas. Fakta hukum **ini yang telah diakui oleh Termohon Kasasi**. LNGEU/LNGInternational menyadari semua hal ini, sehingga dengan sukarela LNGEU bersedia diperkenalkan dan telah menjajaki dan memulai hubungan tersebut dengan para pebisnis internasional di bidang LNG. Oleh karena itu, sangat tidak berdasar apabila niat baik untuk memperkenalkan para pebisnis tersebut di atas yang diikuti dengan due diligence di antara mereka disimpulkan sebagai memfasilitasi persengkongkolan untuk mendapatkan informasi LNGEU/LNGInternational. Tidak berdasar pula tuduhan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memfasilitasi Mitsubishi untuk melihat data downstream dengan meminta Mitsubishi melakukan due diligence terhadap LNGEU/LNGInternational karena keputusan untuk menjajaki kerja sama di antara mereka adalah keputusan bisnis mereka. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak mencampuri keputusan tersebut.

Hal. 422 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



201. Keempat: Pertukaran informasi melalui due diligence yang dilakukan oleh LNGEU/LNGInternational dengan Anadarko, Mitsui, Mitsubishi **sudah mendapatkan persetujuan di antara mereka.**

Sebagaimana telah disampaikan/diakui oleh LNGEU/LNG International dalam Berita Acara Pemeriksaan Lanjutan Saksi tanggal 11 Agustus 2010 terhadap Direktur LNGEU bahwa tidak mungkin sebuah perusahaan mau bergabung dan berinvestasi dengan proyek senilai milyaran dolar tanpa melakukan uji tuntas terlebih dahulu.

Sebagaimana telah tercatat dalam Putusannya, Termohon Kasasi telah mengakui bahwa due diligence tidak hanya dilakukan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsubishi, tetapi juga dengan pebisnis LNG lainnya seperti Anadarko dan Itochu. Proses pertukaran informasi atau due diligence dibenarkan dengan penandatanganan CA (Confidentiality Agreement) oleh dan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsubishi, Anadarko dan Mitsui secara terpisah di antara mereka.

Mengingat proses due diligence dan segala pertukaran informasi didalamnya didahului dengan penandatangan CA di antara mereka, maka **pertukaran informasi tersebut telah disetujui, disepakati atau atas seijin dari para pihak di dalamnya**, yaitu LNGEU/LNGInternational, Anadarko, Mitsui dan Mitsubishi, sehingga tidak dapat disimpulkan sebagai memfasilitasi persekongkolan untuk mendapatkan informasi pesaingnya. Hal ini telah dijelaskan oleh Kurnia Toha, S.H., LL.M., PhD (vide berkas Termohon No. **M19**) dalam keterangannya tertanggal 18 Nopember 2010 pada halaman 18 juga menyatakan:

“Dalam hal suatu perbuatan (atau perjanjian) merupakan perbuatan (atau perjanjian) yang sah atau perbuatan yang tidak melanggar hukum, **tidak dapat dikategorikan sebagai “Persekongkolan”.**

“Apabila informasi atau hal yang bersifat rahasia diperoleh **dengan ijin pemilik, maka tidak ada persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia.”**

Termohon Kasasi telah menghukum perbuatan yang sah menurut hukum, yang seharusnya mendapatkan perlindungan hukum. Putusan yang demikian tidak mempunyai dasar hukum sama



sekali. Dengan demikian, **Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum.**

- 202. Kelima:** Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II **tidak pernah menginstruksikan** Mitsubishi, Mitsui dan Anadarko atau siapapun juga untuk melakukan due diligence terhadap LNGEU/LNGInternational. Pemohon Kasasi I hanya memperkenalkan Mitsubishi, Anadarko dan Itochu Corporation, sedangkan hubungan antara LNGEU/LNGInternational dengan Mitsui adalah atas inisiatif LNGEU/LNGInternational. Dalam keadaan bagaimanapun, LNGEU/LNGInternational bebas sepenuhnya apabila LNGEU/LNGInternational berkesimpulan bahwa penajakan tersebut akan merugikannya, dan setiap akibat dari keputusan menerima atau menolak tersebut tidak dapat dibebankan kepada pihak ketiga, apalagi untuk menyimpulkan persekongkolan.

Tidak beralasan untuk menyimpulkan upaya Pemohon Kasasi I untuk memperkenalkan Mitsubishi, Itochu Corporation dan Anadarko kepada LNGEU/LNGInternational dianggap sebagai persekongkolan untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGInternational. Kalau tujuannya adalah agar Mitsubishi mendapatkan informasi rahasia yang akan dipergunakan oleh Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra, tujuan/rencana tersebut bertolak belakang dengan fakta hukum bahwa pebisnis gas lainnya, yaitu Itochu dan Anadarko diperkenalkan pula kepada LNGEU/LNGInternational. Kalau tujuannya mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGInternational, maka tentu saja yang diperkenalkan hanyalah Mitsubishi saja, dan tidak perlu Itochu dan Anadarko diperkenalkan juga.

- 203. Keenam:** Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak mempunyai kepentingan apapun untuk bersekongkol dengan Mitsubishi atau Mitsui untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGInternational, karena sejak awal Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II telah mengetahui profil dari LNGEU/LNGInternational ketika menjajaki kerja sama dengan LNGInternational dalam kerangka EA pada tanggal 31 Mei 2005. **Kalau tujuannya agar Mitsubishi ataupun Mitsui mengetahui kelemahan LNGEU/LNGInternational, maka bisa saja informasi**



tersebut diberitahukan secara diam-diam kepada Mitsui ataupun Mitsubishi, tanpa perlu memperkenalkan LNGEU/LNGInternational kepada para pebisnis gas tersebut di atas (QUOD NON-hal mana tidak).

204. Hal yang perlu dicatat adalah Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak menjadi pihak dalam CA yang dibuat dan ditandatangani antara LNGInternational dengan para pebisnis LNG internasional tersebut.

205. Dengan demikian, kesimpulan Termohon Kasasi yang mengatakan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memfasilitasi agar Mitsubishi mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGInternational melalui due diligence tidak mempunyai dasar sama sekali, yang diuraikan lebih lanjut di bawah.

SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN HUKUM Termohon Kasasi BAHWA INFORMASI HASIL DUE DILIGENCE DIMANFAATKAN OLEH MITSUBISHI DALAM MENYUSUN PROPOSAL DAN MERUPAKAN PERSEKONGKOLAN MEMPEROLEH INFORMASI RAHASIA PESAING, DAN HAL ITU MERUPAKAN PERSEKONGKOLAN

206. Termohon Kasasi menyimpulkan bahwa informasi hasil due diligence dimanfaatkan oleh Mitsubishi dalam menyusun proposal dan merupakan persekongkolan memperoleh informasi rahasia pesaing atas dasar:

206.1. Setelah melakukan due diligence, teknologi dengan kapasitas 1.0 mtpa yang ditawarkan LNGEU/LNGInternational memberikan inspirasi bagi Mitsubishi bahwa kapasitas kilang 2.0 mtpa x 1 train adalah cukup untuk penggabungan Donggi-Senoro (butir 9.5.(6) huruf a halaman 234).

206.2. Dalam presentasi tanggal 7 Februari 2006, tidak menyinggung DMO (Domestic Market Obligation), namun setelah melakukan due diligence dan dari aspek komersial melihat adanya DMO, maka dalam proposal tanggal 16 Maret 2006, Mitsubishi menyinggung tentang DMO yaitu dalam hal overcome DMO Issue (butir 9.5.(6) huruf b halaman 234).

207. Kesimpulan-kesimpulan tersebut tidak mempunyai dasar sama sekali, tetapi hanya didasarkan pada perkiraan, asumsi dan tidak



dapat dibuktikan berdasarkan bukti-bukti hukum. Pertimbangan Judex Facti yang mengambil-alih pertimbangan Termohon Kasasi telah salah menerapkan hukum pembuktian.

Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II akan menguraikan setiap pertimbangan Termohon Kasasi di bawah ini.

SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN HUKUM Termohon Kasasi BAHWA SETELAH MELAKUKAN DUE DILIGENCE, TEKNOLOGI DENGAN KAPASITAS 1.0 MTPA YANG DITAWARKAN LNGEU/LNGINTERNATIONAL MEMBERIKAN INSPIRASI BAGI MITSUBISHI BAHWA KAPASITAS KILANG 2.0 MTPA X 1 TRAIN ADALAH CUKUP UNTUK PENGGABUNGAN DONGGI-SENORO

208. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II menolak kesimpulan Termohon Kasasi pada butir 9.5.(6) huruf a halaman 234 putusannya yang pada pokoknya menyatakan bahwa hasil due diligence terhadap LNGEU/LNGInternational memberikan “inspirasi” Mitsubishi untuk menawarkan teknologi yang cukup untuk penggabungan Donggi-Senoro. Tidak ada bukti atas tuduhan tersebut. Termohon Kasasi telah mengabaikan bukti-bukti hukum, dan telah memutarbalikkan fakta-fakta. Tuduhan Termohon Kasasi tersebut hanya didasarkan pada asumsi-asumsi belaka, perkiraan semata, hipotetis dan tidak berdasar hukum dan sama sekali tidak mempertimbangkan fakta hukum dan bukti-bukti yang sah yang telah diajukan oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, sehingga sangat beralasan untuk membatalkan Putusan Termohon Kasasi untuk seluruhnya.
209. Termohon Kasasi secara tegas telah mengakui bahwa tidak ada hal yang berguna dan bermanfaat bagi Mitsubishi terkait dengan hasil due diligence LNGEU/LNGInternational. Presentasi Mitsubishi tanggal 7 Pebruari 2006 (sebelum due diligence) dan presentasi tanggal 23 dan 24 Februari 2006 (setelah due diligence) menunjukkan bahwa Mitsubishi secara konsisten menawarkan teknologi yang sama yaitu kapasitas terminal yang tersedia (available terminal capacity) **sebesar 2 MTPA**. Sedangkan, berdasarkan due diligence, teknologi yang dimiliki LNGEU/LNGInternational adalah teknologi dengan **kapasitas 1 mtpa**.

Hal. 426 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



210. Fakta hukum tersebut sejalan dan konsisten dengan pertimbangan Putusan Termohon Kasasi pada halaman 24 huruf a.
211. Pertimbangan Termohon Kasasi tersebut dengan sendirinya membantah tuduhan dugaan dan asumsi Termohon Kasasi bahwa Mitsubishi terinspirasi dengan hasil due diligence terhadap LNGEU/LNGInternational karena sejak awal Mitsubishi menawarkan teknologi yang berbeda dengan teknologi yang ditawarkan oleh LNGEU/LNGInternational. Hasil due diligence LNGInternational tidak relevan dan tidak merubah ataupun menambah hal-hal yang ditawarkan oleh Mitsubishi.

SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN Termohon Kasasi BAHWA DALAM PRESENTASI TANGGAL 7 FEBRUARI 2006 TIDAK MENYINGGUNG DMO (DOMESTIC MARKET OBLIGATION), NAMUN SETELAH MELAKUKAN DUE DILIGENCE DAN DARI ASPEK KOMERSIAL MELIHAT ADANYA DMO, MAKA DALAM PROPOSAL TANGGAL 16 MARET 2006, MITSUBISHI MENYINGGUNG TENTANG DMO YAITU DALAM HAL OVERCOME DMO ISSUE

212. Bahwa Termohon Kasasi telah mengabaikan bukti-bukti hukum, dan telah memutarbalikkan fakta-fakta serta tidak ada bukti atas tuduhan yang menyatakan bahwa proposal Mitsubishi yang mencantumkan ketentuan Domestic Market Obligation (DMO) adalah hasil due diligence terhadap LNGInternational sebagaimana terdapat dalam butir 9.5.(6) huruf b halaman 234 Putusan, dan karenanya Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II menolak dan membantah pertimbangan Termohon Kasasi yang diambil alih oleh Judex Factie tersebut.
213. Perlu Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tegaskan kembali bahwa ketentuan Domestic Market Obligation (“DMO”) (**kewajiban alokasi pemasaran dalam negeri**) adalah kebijakan pemerintah/bersifat umum yang dapat diakses secara umum pula, dan tidak merupakan milik LNGEU/LNGInternational dan tidak ada relevansinya dengan proses due diligence. Lebih lanjut, permasalahan terkait dengan DMO merupakan kewajiban yang diatur oleh Pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Suatu peraturan perundang-undangan diwajibkan untuk diketahui umum supaya ditaati, dan informasi tersebut adalah informasi yang diketahui umum dan bukanlah

Hal. 427 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



bersifat rahasia serta bukan pula milik perseorangan, sehingga bukanlah suatu informasi rahasia dari LNGEU.

214. Lebih lanjut, presentasi tanggal 23 dan tanggal 24 Februari 2006 serta presentasi tanggal 16 Maret 2006 bukanlah proposal atau presentasi yang diberikan sehubungan proses seleksi calon mitra, akan tetapi hanya dalam rangka rencana jual beli gas, karena proses seleksi baru dimulai tanggal 1 September 2006 yang merupakan proses mencari calon mitra investasi, sedangkan presentasi tersebut menyangkut hal yang berbeda sama sekali.
215. Lagi pula, presentasi tersebut terjadi jauh sebelum proses seleksi calon mitra yang dimulai tanggal 1 September 2006, yang pada waktu itu tidak ada rencana melakukan proses seleksi calon mitra. Dengan demikian, menghubungkan-hubungkan antara presentasi tanggal 23 dan tanggal 24 Februari 2006 serta presentasi tanggal 16 Maret 2006 dengan proses seleksi pada bulan September 2006 tidak berdasar.
216. Agar dapat disimpulkan tuduhan tersebut terbukti, Termohon Kasasi diwajibkan membuat **daftarnya satu persatu apa yang dinamakan oleh Termohon Kasasi sebagai informasi rahasia LNGEU/LNGInternational**, dan daftar tersebut secara konsisten cocok dan terdapat dalam proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra. **Pemohon Kasasi I tidak melihat ada data-data dari LNGEU dalam proposal Mitsubishi. Termohon Kasasi diwajibkan memperlihatkan atau membuat daftar tentang data-data LNGEU dalam proposal Mitsubishi.**

ALASAN KESEPULUH: LEBIH LANJUT BANTAHAN Pemohon Kasasi I DAN Pemohon Kasasi II SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN HUKUM Termohon Kasasi BAHWA HASIL DUE DILIGENCE MITSUBISHI TERHADAP LNGEU/LNGINTERNATIONAL MEMBERIKAN DASAR BAGI MITSUBISHI DALAM MEMPERSIAPKAN PROPOSAL

217. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II menolak tuduhan Putusan Termohon Kasasi pada butir 9.5.(6) huruf a halaman 234 yang secara keliru telah menyimpulkan bahwa hasil due diligence Mitsubishi terhadap LNGEU/LNGInternational menjadikan dasar bagi Mitsubishi untuk mempersiapkan proposalnya. Tidak ada bukti atas tuduhan tersebut. Termohon Kasasi telah mengabaikan bukti-bukti hukum, dan telah memutarbalikkan fakta-fakta.

Hal. 428 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



218. Termohon Kasasi membuat kesimpulan sendiri bahwa dengan due diligence yang terjadi pada **bulan Pebruari 2006**, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memfasilitasi Mitsubishi untuk mendapatkan informasi rahasia LNGEU/LNGInternational yang nantinya dipergunakan dalam mempersiapkan proposalnya untuk mengikuti seleksi calon mitra pada **bulan September 2006**.
219. Keputusan Pertamina dan Pemohon Kasasi I untuk mengadakan seleksi calon mitra baru **ada pada Agustus 2006**, sedangkan due diligence yang dilakukan oleh Mitsubishi dan Mitsui sudah terjadi pada bulan **Pebruari 2006**. Bagaimana mungkin Mitsubishi dapat membuat atau mempersiapkan proposalnya untuk proses seleksi yang belum diputuskan sama sekali oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I. Oleh karena itu, walaupun ada pertukaran informasi di antara Mitsubishi dan LNGEU/LNGInternational, maka pertukaran informasi tersebut tidak ada kaitannya dengan proses seleksi calon mitra yang direncanakan pada **bulan Agustus 2006** dan diselenggarakan pada **bulan September 2006**.
220. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak dapat memahami pertimbangan Putusan Termohon Kasasi tersebut. Persyaratan mendapatkan informasi rahasia dalam Pasal 23 UU No.5/1999 **dalam kaitannya dengan proses seleksi mitra ini haruslah direncanakan atau diniatkan (mens rea)**. Tuduhan Termohon Kasasi tidak mempunyai dasar sama sekali, karena ketika LNGEU/LNGInternational diperkenalkan dengan para pebisnis gas alam cair (LNG) untuk membeli gas Senoro dan ketika Mitsui dan Mitsubishi melakukan due diligence, pada waktu itu, maksud atau rencana untuk melakukan proses seleksi calon mitra tidak pernah terpikirkan ataupun direncanakan apalagi diputuskan.
221. Termohon Kasasi hanya mengutip-ngutip peraturan perundangan terkait dengan rahasia dagang, namun tidak dapat membuktikan tuduhannya mengenai data-data yang bersifat informasi rahasia milik LNGEU/LNGInternational yang dimanfaatkan oleh Mitsubishi.
222. Termohon Kasasi diwajibkan membuat **daftarnya satu persatu tentang apa yang dinamakan oleh Termohon Kasasi sebagai informasi rahasia LNGEU/LNGInternational**, dan daftar tersebut secara konsisten cocok dan terdapat dalam proposal Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra.

Hal. 429 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



223. Pemohon Kasasi I Kasasi tidak melihat ada data-data dari LNGEU/LNGInternational dalam proposal Mitsubishi. Termohon Kasasi diwajibkan memperlihatkan atau membuat daftar tentang data-data informasi rahasia LNGInternational dalam proposal Mitsubishi sebelum membuat kesimpulannya. Termohon Kasasi tidak dapat membuktikan tuduhnya.
224. Disamping itu, cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra yang baru dimulai pada Agustus 2006 berbeda sama sekali dengan cakupan dan sifat transaksi bisnis yang direncanakan pada periode sebelum proses seleksi calon mitra, karena itu, hasil apapun yang mungkin diperoleh Mitsubishi (quod non) terkait due diligence yang disepakati diantara mereka tidak relevan dan tidak berguna sama sekali bagi Mitsubishi dalam proses seleksi calon mitra.
225. Persekongkolan mendapatkan informasi rahasia hanya dapat terjadi apabila informasi tersebut relevan dan berguna pada kegiatan lain, karena adanya persamaan cakupan, sifat dasar (nature), konsep dan objeknya. Dalam hal ini, **tidak ada informasi yang berguna atau dapat digunakan** dari hasil due diligence pekerjaan awal LNGEU/LNGInternational dalam proses seleksi calon mitra, karena basis teknologi, konsep teknologi dan cakupan serta sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra **berbeda sama sekali** dengan yang direncanakan pada saat penajakan jual beli gas dengan LNGEU/LNGInternational sebelum seleksi calon mitra, sehingga informasi apapun (kalau ada) yang didapatkan oleh Mitsubishi tidak relevan dan tidak berguna dalam proses seleksi mitra. Perbedaan-perbedaan tersebut terbukti jelas dalam tabel di bawah ini:

| TEKNOLOGI, CAKUPAN TRANSAKSI DAN SIFAT | PERIODE SEBELUM SELEKSI CALON MITRA | PERIODE SELEKSI CALON MITRA |
|--|--|---|
| Basis teknologi | Menggunakan teknologi Ammonia Absorption technology yang tidak umum digunakan dalam produksi LNG | Menggunakan teknologi APCI (Air Products and Chemicals, Inc.), yaitu teknologi yang telah terbukti dan banyak digunakan pada LNG Plant di dunia |
| Konsep Teknologi | Multiple small train | Ordinary single train |
| Struktur Transaksi | Jual beli gas secara putus | Pencarian Mitra Investasi dimana Pertamina dan Pemohon Kasasi I mencari calon mitra mendirikan perusahaan yang secara bersama-sama memiliki, mendanai dan berbagi risiko pengembangan LNG pada perusahaan hilir yang akan didirikan |



| TEKNOLOGI, CAKUPAN TRANSAKSI DAN SIFAT | PERIODE <u>SEBELUM</u> SELEKSI CALON MITRA | PERIODE SELEKSI CALON MITRA |
|--|--|--|
| Kapasitas LNG Plant | Two liquefaction train "mini" LNG plant dengan kapasitas 2,000 ton per hari (0.8 juta ton per tahun) | Single liquefaction train dengan kapasitas 2.1 juta ton per tahun |
| Jumlah Pasokan Gas | 120 mmscfd dan hanya sebahagian dari gas Senoro | 335 mmscfd dan gabungan supply gas dari Lapangan Senoro dan Lapangan Matindok |
| Kemampuan Keuangan Calon Pembeli Gas | Pemegang saham PT LNG Energi Utama adalah LNG Limited (perusahaan Australia dengan market cap kurang dari US\$1 billion), dan PT Maleo Energi Utama (perusahaan Indonesia) | Salah satu pemegang saham PT DSLNG adalah Mitsubishi, dimana modal dasar Mitsubishi sendiri per 1 Maret 2010 adalah ± Yen 2,961 billion. Pemegang Saham lain PT DSLNG adalah anak perusahaan Pemohon Kasasi I dan Pertamina |
| Credit Rating Pemegang Pembeli Gas | Tidak memiliki rating | Mitsubishi sebagai pemegang saham selain Pertamina dan Pemohon Kasasi I melalui anak perusahaannya, dan PT DSLNG memiliki rating S&P A+, Moody's A1. |

226. Karena basis teknologi, konsep teknologi, cakupan dan sifat transaksi bisnis yang akan dicapai pada periode seleksi calon mitra dan sebelum seleksi calon mitra dengan LNGEU/LNGInternational **berbeda antara satu dengan yang lain**, maka tidak ada informasi yang relevan yang dapat digunakan oleh Mitsubishi dalam membuat proposal pada saat proses seleksi calon mitra dari pekerjaan awal LNGInternational sebelum proses seleksi calon mitra terhadap proses seleksi calon mitra.

Hal ini diperkuat dengan kesaksian James Ball pada butir 23 berkas Termohon Kasasi B 38 yang dikutip sebagai berikut:

"Pertanyaan : Anda telah menerima bahan presentasi Mitsubishi tentang hasil pemeriksaan. Berdasarkan peninjauan anda atas proposal Mitsubishi, apakah menurut anda Mitsubishi telah menggunakan dalam beauty contest informasi yang ditemukan pada saat memeriksa/meninjau pekerjaan awal LNGI? (Mitsubishi)

Jawaban : Secara singkat jawabannya adalah **tidak**. Dan terlihat jelas bahwa **konsep teknik yang diajukan LNGI merupakan konsep teknik yang digunakan dalam bagian yang berbeda dari usaha LNGI. Ini merupakan bagian dari usaha LNG yang sama sekali berbeda. ...**"

227. Berdasarkan uraian-uraian di atas, kesimpulan dan tuduhan Termohon Kasasi yang menyatakan bahwa Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II telah memfasilitasi persekongkolan untuk

Hal. 431 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



mendapatkan informasi LNGEU/LNGInternational yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan tidak berdasar dan Putusan Termohon Kasasi dan Judex Factie sangat beralasan untuk dibatalkan.

ALASAN KESEBELAS: TIDAK ADA PERTIMBANGAN TENTANG DASAR PENGHUKUMAN, CARA DAN BESARNYA DENDA

228. Dalam butir 4 dan 5 Putusannya, Termohon Kasasi menjatuhkan denda kepada Pemohon Kasasi I sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) dan Pemohon Kasasi II sebesar Rp1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).
229. Sebagaimana telah diuraikan di atas bahwa dalam perkara aquo tidak terbukti adanya pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999. Disamping itu, setelah diperiksa dan dipelajari satu demi satu halaman pertimbangan Termohon Kasasi, tidak satu dasar pertimbangan pun mengapa Termohon Kasasi menjatuhkan denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) kepada Pemohon Kasasi I dan sebesar 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) kepada Pemohon Kasasi II.
230. Seharusnya Termohon Kasasi memberikan dasar pertimbangan yang cukup dan dasar perhitungan yang masuk akal berdasarkan alat-alat bukti menurut hukum mengapa denda sebesar Rp5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) kepada Pemohon Kasasi I dan sebesar Rp1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) kepada Pemohon Kasasi II. Pertanyaannya, mengapa denda minimum tidak diterapkan sebesar Rp1 miliar (seandainya benar – quod non melanggar Pasal 22 dan Pasal 23)?
231. Bahwa putusan yang tidak memberikan pertimbangan yang cukup, haruslah dibatalkan sesuai dengan Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 638 K/Sip/1969 yang mempertimbangkan:
“Mahkamah Agung menganggap perlu untuk meninjau keputusan Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri yang kurang cukup dipertimbangkan.”
232. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Putusan Termohon Kasasi patut dinyatakan batal demi hukum atau setidaknya harus dibatalkan.

IX. SEHUBUNGAN DENGAN PERTIMBANGAN JUDEX FACTI YANG TIDAK DAPAT MENERIMA KEBERATAN YANG DIAJUKAN OLEH

Hal. 432 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



PARA Pemohon KEBERATAN UNTUK TETAP MELAKUKAN PEMERIKSAAN TAMBAHAN DALAM MENDENGAR KETERANGAN AHLI KARENA HAL TERSEBUT TIDAK DIATUR LEBIH LANJUT SECARA TEGAS DALAM KETENTUAN HUKUM YANG BERLAKU

233. Judex Facti membenarkan tindakan Termohon Kasasi yang menolak melakukan pemeriksaan ahli-ahli dalam acara pemeriksaan tambahan. Walaupun ahli-ahli diajukan oleh Pertamina dan Mitsubushi, akan tetapi hasil pemeriksaan ahli tersebut berakibat langsung terhadap Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II.

ALASAN PERTAMA: PUTUSAN JUDEX FACTI TELAH SALAH MENERAPKAN HUKUM ACARA YANG MENGAKIBATKAN BATALNYA PUTUSAN TERSEBUT KARENA MEMBENARKAN TINDAKAN Termohon Kasasi YANG MENOLAK MELAKUKAN PEMERIKSAAN AHLI DALAM PEMERIKSAAN TAMBAHAN

234. Pada tanggal 24 Agustus 2011, Judex Facti telah membacakan Putusan No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST (selanjutnya disebut sebagai "Putusan Sela Pemeriksaan Tambahan") yang pada pokoknya secara tegas memerintahkan kepada Termohon Kasasi untuk melakukan pemeriksaan tambahan guna meminta Pendapat atau keterangan ahli Susanti Adi Nugroho yang diajukan oleh Mitsubushi dan Prof. Dr. Erman Radjagukguk SH., LLM oleh Pertamina.

235. Judex Facti mengeluarkan Putusan Sela Pemeriksaan Tambahan sehubungan permohonan pemeriksaan tambahan yang diajukan Pertamina dan Mitsubushi dan berdasarkan pertimbangan hukum pada halaman 4 (empat) Putusan Sela Pemeriksaan Tambahan, sebagai berikut:

- a. bahwa Prof. Dr. Erman Radjagukguk SH., LLM adalah ahli hukum dan penyusun UU No. 5/1999 dan oleh karena itu sudah pasti mengetahui esensi substansial UU No. 5/1999 terutama unsur-unsur Pasal 22 UU No.5/1999; dan
- b. bahwa Para Ahli tersebut belum pernah didengar pendapatnya karena KPPU tidak memberikan kesempatan yang layak kepada Para Ahli pada proses pemeriksaan di KPPU.

Selanjutnya:

Hal. 433 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



“Menimbang, bahwa setelah majelis membaca dan mempelajari putusan Termohon, majelis memandang perlu untuk memperoleh kejelasan lebih lanjut mengenai pendapat atau keterangan para ahli tersebut di atas yaitu Prof. Dr. ERMAN RADJAGUKGUK, SH.,L.LM dan IBU SUSANTI ADI NUGROHO

Menimbang, bahwa berdasarkan permohonan pemeriksaan tambahan tersebut di atas, Majelis Hakim memandang bahwa pihak-pihak yang disebutkan di dalam pemeriksaan tambahan yang dimohonkan oleh para Pemohon Keberatan tersebut di atas telah sesuai dengan kebutuhan majelis untuk mendapatkan fakta-fakta dan pendapat lebih lanjut mengenai hal-hal tersebut di atas;”

236. Pertimbangan hukum Judex Facti di atas menunjukkan bahwa Judex Facti secara tegas telah memerintahkan kepada Termohon Kasasi untuk melakukan pemeriksaan tambahan guna mendapatkan fakta-fakta dan pendapat lebih lanjut dari ahli-ahli tersebut mengenai penerapan unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999.

237. Namun, pada persidangan pemeriksaan tambahan pada tanggal 28 September 2011 dan 29 September 2011, Termohon Kasasi telah menolak untuk melakukan pemeriksaan tambahan sebagaimana diperintahkan dalam Putusan Sela Pemeriksaan Tambahan tersebut dengan alasan tidak ada daftar pertanyaan yang akan diajukan kepada ahli.

238. Terdapat kesalahan mendasar yang dilakukan oleh Termohon Kasasi yang dibenarkan oleh Judex Facti, yaitu:

238.1. Pertama: Tidak dilakukannya pemeriksaan tambahan terhadap ahli-ahli merupakan suatu kesalahan fatal atas penerapan hukum Pasal 6 ayat (2) Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU (“Perma No. 3/20005”), dan oleh karenanya putusan Judex Facti dan Putusan Termohon Kasasi sangat beralasan untuk dibatalkan.

Pasal 6 ayat (2) Perma No. 3/2005 hanya mempersyaratkan adanya kejelasan mengenai hal-hal yang harus diperiksa berserta alasannya, hal mana telah disebutkan dalam pertimbangan dalam Putusan Sela Pemeriksaan Tambahan.



Tidak terdapat ketentuan dalam Perma No. 3/2005 dan peraturan lainnya yang mengharuskan adanya suatu daftar pertanyaan spesifik dalam pemeriksaan tambahan dari majelis hakim kepada saksi ahli yang dimohonkan untuk diperiksa.

238.2. Kedua: Apabila Termohon Kasasi mempunyai itikad baik, dan apabila alasan penolakan pemeriksaan ahli adalah karena daftar pertanyaan tidak disebutkan dalam penetapan tersebut, maka Termohon Kasasi seharusnya memberitahukan hal ini kepada Judex Facti, tanpa harus memanggil para pihak ke hadapan Termohon Kasasi sekedar hanya untuk mempertontonkan itikad buruknya untuk memeriksa ahli-ahli tersebut.

238.3. Ketiga: Apabila Termohon Kasasi mempunyai itikad baik untuk mematuhi perintah Judex Facti dalam Putusan Sela Pemeriksaan Tambahan tersebut, maka Termohon Kasasi cukup menanyakan kepada ahli-ahli tentang (i) apakah unsur-unsur dari Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999, (ii) apakah proses pemilihan mitra investasi merupakan tender yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, dan (iii) apakah pertukaran informasi di antara para pelaku usaha berdasarkan suatu kesepakatan atau perjanjian yang sah yang mereka sepakati dapat dikategorikan sebagai persekongkolan mendapatkan informasi rahasia pesaingnya. Namun demikian, secara tidak berdasar Termohon Kasasi menolak untuk melakukan pemeriksaan tambahan tersebut. Alasan Termohon Kasasi sangat mengada-ada dan tidak berdasar.

238.4. Keempat: Judex Facti menyatakan bahwa sejak awal daftar pertanyaan tidak ada. Alasan tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan. Pasal 6 ayat (1) Perma No. 3/2005 telah menentukan bahwa "Dalam hal Majelis Hakim berpendapat perlu pemeriksaan tambahan, maka Majelis Hakim memerintahkan Termohon Kasasi untuk dilakukan pemeriksaan tambahan." Hal ini berarti bahwa daftar pertanyaan tersebut seharusnya dibuat dan disusun oleh Majelis Hakim Judex Facti untuk kepentingan dirinya dalam memeriksa perkara di hadapannya, karena

Hal. 435 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



pemeriksaan tambahan diperuntukkan bagi Majelis Hakim dalam memeriksa perkara di hadapannya.

Bahwa pemeriksaan tambahan diperuntukkan bagi kebutuhan Majelis Hakim Judex Facti telah dipertimbangkan oleh Judex Facti:

“ ... Majelis Hakim memandang bahwa pihak-pihak yang disebutkan di dalam pemeriksaan tambahan yang dimohonkan oleh para Pemohon Keberatan tersebut di atas telah sesuai dengan kebutuhan majelis untuk mendapatkan fakta-fakta dan pendapat lebih lanjut mengenai hal-hal tersebut di atas

Dalam hal Termohon Kasasi menolak untuk melakukan pemeriksaan tambahan, seharusnya Judex Facti mengeluarkan penetapan baru yang memerintahkan Termohon Kasasi untuk melakukan pemeriksaan tambahan karena kebutuhan majelis hakim untuk mendapatkan fakta-fakta dan pendapat lebih lanjut mengenai perkara ini dalam penetapan terdahulu tidak terpenuhi. Dengan demikian, Judex Facti sendiri mengingkari dan mengesampingkan kebutuhan dan penetapannya sendiri.

238.5. Kelima: Apabila alasannya adalah karena daftar pertanyaan tidak ada, ternyata Pertamina dan Mitsubishi telah mengajukan daftar pertanyaan dan kemudian meminta agar Judex Facti memerintahkan Termohon Kasasi untuk melakukan pemeriksaan tambahan tersebut berdasarkan surat-suratnya tanggal 13 Oktober 2011, tanggal 29 September 2011 dan tanggal 25 Oktober 2011. Namun, Judex Facti sama sekali tidak memberikan tanggapan apa-apa terhadap permohonan tersebut, dan tiba-tiba saja Judex Facti mengeluarkan putusan dalam pokok perkara. Seharusnya Judex Facti membuka persidangan terhadap permohonan tersebut. Judex Facti dalam putusannya menyatakan bahwa tidak ada ketentuan mewajibkan Judex Facti membuat penetapan baru dalam hal situasi seperti ini. Judex Facti terbukti telah melanggar Pasal 10 Undang-Undang

Hal. 436 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Kehakiman karena telah menolak mengadili perkara dengan alasan tidak ada ketentuan hukum yang mengatur, yang dikutip sebagai berikut:

“Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.”

Judex Facti telah melalaikan kewajibannya berdasarkan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Kehakiman yang mewajibkan Judex Facti untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Selain itu, Judex Facti telah melalaikan kewajibannya berdasarkan Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Kehakiman, yang mewajibkan Judex Facti untuk membantu para pencari keadilan dan berusaha mengatasi hambatan-hambatan dan rintangan dalam rangka mencapai peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan. Hal ini mengingat karena pemeriksaan tambahan tersebut sangat penting.

239. Berdasarkan uraian-uraian di atas, pertimbangan Judex Facti yang membenarkan tindakan Termohon Kasasi untuk memeriksa ahli-ahli dalam acara pemeriksaan tambahan sangat beralasan untuk dibatalkan.

ALASAN KEDUA: JUDEX FACTI TELAH MELANGGAR HUKUM ACARA KARENA TIDAK MENGIJINKAN Pemohon Kasasi I DAN Pemohon Kasasi II MEMERIKSA BERKAS/DOKUMEN Termohon Kasasi YANG DIJADIKAN DASAR UNTUK MENGHUKUM Pemohon Kasasi I DAN Pemohon Kasasi II

240. Pada persidangan pertama perkara ini di hadapan Judex Facti, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II telah mengajukan permintaan di hadapan Judex Facti agar Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II diperkenankan membaca/memeriksa dokumen-dokumen/berkas-berkas Termohon Kasasi yang dijadikan dasar untuk menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II. Permintaan yang sama juga diajukan oleh Pertamina dan Mitsubishi. Bahkan Mitsubishi telah mengajukan permintaan tertulis kepada Judex Facti dalam permohonannya

Hal. 437 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



yang mengajukan permohonan pemeriksaan tambahan untuk memeriksa ahli (Prof. Dr. Erman Rajagukguk, S.H.).

241. Judex Facti tidak mengijinkannya, tanpa alasan yang jelas sampai Judex Facti mengeluarkan putusannya. Penolakan Judex Facti jelas melanggar hukum acara dan hak asasi manusia, yang tidak mengijinkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II memeriksa bukti-bukti yang dijadikan dasar untuk menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II. Dalam keadaan bagaimana pun, seharusnya pengadilan mengijinkan pihak untuk membaca/memeriksa dokumen-dokumen/bukti-bukti yang dijadikan dasar untuk menghukumnya, dan pelanggaran terhadap hal itu merupakan alasan untuk membatalkan putusan yang mengabaikan hak-hak tersebut.
242. Judex Facti telah memihak kepada Termohon Kasasi dan berat sebelah yang tidak mengijinkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II untuk membaca/memeriksa dokumen-dokumen/bukti-bukti Termohon Kasasi yang dijadikan dasar untuk menghukum.
243. Ijin untuk membaca/memeriksa dokumen-dokumen/bukti-bukti Termohon Kasasi yang dijadikan dasar oleh Termohon Kasasi dan Judex Facti untuk menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sangat diperlukan, karena sebagaimana diutarakan di bawah nanti, ketika pemeriksaan perkara ini diperiksa oleh Termohon Kasasi, Termohon Kasasi tidak mengijinkan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II untuk memeriksa dokumen-dokumen/bukti-bukti yang dijadikan dasar oleh Termohon untuk menuduh dan menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, yang penolakannya tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.
244. Dengan demikian, mengingat Putusan Judex Facti dan Termohon Kasasi dibuat dengan melanggar hukum acara dan hak asasi manusia, maka putusan tersebut sangat beralasan dinyatakan batal demi hukum atau dibatalkan.

ALASAN KETIGA: JUDEX FACTI TIDAK MEMPERTIMBANGKAN FAKTA HUKUM BAHWA Termohon Kasasi TELAH MELAKUKAN PENYALAHGUNAAN KEKUASAAN (ABUSE OF POWER) DAN MELANGGAR ASAS DUE PROCESS OF LAW, SEHINGGA PUTUSAN

Hal. 438 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

YANG DEMIKIAN CACAT HUKUM DAN SUDAH SEPATUTNYA DIBATALKAN

245. Salah satu syarat sahnya suatu putusan adalah apabila putusan dibuat/diambil dengan menghormati asas hukum *due process of law* (proses hukum/acara yang layak). Ternyata *Judex Facti* sama sekali fakta hukum bahwa Termohon Kasasi telah melanggar asas hukum ini yang jelas sangat merugikan Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II dan mengakibatkan Putusan *Judex Facti* dan Termohon Kasasi batal demi hukum atau setidaknya harus dibatalkan. Hal ini telah ditegaskan oleh Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 209K/TUN/2004 tanggal 14 Oktober 2004.

246. Fakta-fakta hukum tentang kesewenang-wenangan Termohon Kasasi dan pelanggaran prinsip *due process of law* adalah sebagai berikut:

Fakta Hukum Pertama: Termohon Kasasi telah melakukan penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) dengan membuka kembali perkara ini untuk 3 (ketiga) kalinya walaupun telah dihentikan 2 (dua) kali oleh Termohon Kasasi sebelumnya.

246.1. Walaupun Termohon Kasasi berwenang melakukan pemeriksaan, tetapi kewenangan tersebut tidak dapat dipergunakan secara sewenang-wenang (*abusive*), dan hasil/putusan yang dibuat dari kesewenang-wenangan adalah batal demi hukum.

246.2. Sejak tanggal 28 Agustus 2008, Termohon Kasasi memanggil para pihak untuk menghadiri proses klarifikasi dan melakukan pemeriksaan atas dugaan pelanggaran Pasal 20 dan Pasal 21 UU No. 5/1999. Terhadap dugaan ini, pada tanggal 7 Januari 2009, Termohon Kasasi menghentikan pemeriksaannya, hal mana didapat dari informasi yang diperoleh dari media.

246.3. Kembali secara sewenang-wenang, Termohon Kasasi membuka lagi pemeriksaannya pada 29 Januari 2009 terkait dengan dugaan pelanggaran Pasal 20, Pasal 21 dan Pasal 22 UU No. 5/1999. Terhadap hal ini pun, Termohon Kasasi pada 9 Juni 2009 telah menghentikan kembali pemeriksaannya.

Hal. 439 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



246.4. Kembali lagi secara sewenang-wenang, untuk ketiga kalinya dan atas dasar inisiatifnya sendiri, Termohon Kasasi pada tanggal 24 Juni 2010 memulai lagi pemeriksaannya dengan tuduhan pelanggaran Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5/1999.

246.5. Penggunaan kekuasaan yang sewenang-wenang melanggar hukum, dan merupakan penyalahgunaan kekuasaan (abuse of power), dan putusan yang dilahirkan dari kesewenang-wenang haruslah dibatalkan.

Fakta Hukum Kedua: Termohon Kasasi telah melanggar hak Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II dalam proses pemeriksaan berkas perkara (inzage)

246.6. Faktanya, Termohon Kasasi telah melanggar due process of law terkait dengan proses inzage (pemeriksaan bukti-bukti/berkas perkara). Inzage tersebut hanya untuk memeriksa berkas-berkas yang diajukan oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II dan Berita Acara Pemeriksaan yang lain. Tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II tidak diperbolehkan memeriksa berkas-berkas/bukti-bukti lain yang dijadikan oleh Termohon sebagai dasar putusannya.

246.7. Termohon Kasasi tidak memberikan kesempatan melakukan inzage terhadap berkas perkara dan alat bukti pihak terlapor lain adalah sebatas “kebijakan Termohon Kasasi” karena dokumen yang bersifat rahasia (confidential). Termohon Kasasi telah keliru dalam memahami sifat kerahasiaan dari dokumen dan alat bukti yang diajukan oleh terlapor lain dalam perkara aquo. Kerahasiaan suatu dokumen adalah dimaksudkan agar pihak ketiga di luar perkara tidak memiliki akses kepada dokumen terkait namun bukan untuk terlapor lainnya. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II sebagai salah satu pihak terlapor seharusnya berhak untuk memeriksa berkas perkara dan alat bukti (inzage) pada setiap tingkat pemeriksaan tanpa terkecuali.



246.8. Perbuatan Termohon Kasasi yang melarang Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II untuk memeriksa berkas perkara dan alat bukti dalam berkas perkara secara menyeluruh merupakan bentuk pelanggaran berat atas ketentuan Pasal 53 dan Pasal 65 ayat (2) huruf (e) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2006 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU (yang disusun oleh Termohon Kasasi sendiri), yang menentukan bahwa untuk kepentingan penyampaian pendapat atau pembelaan dan dalam setiap tahapan pemeriksaan, terlapor berhak melakukan pemeriksaan alat-alat bukti dugaan pelanggaran yang dituduhkan kepadanya.

Fakta Hukum Ketiga: Termohon Kasasi telah memutus atas dasar peraturannya yang berlaku surut (retroaktif)

246.9. Berdasarkan azas hukum yang berlaku secara universal, suatu peraturan tidak dapat berlaku surut (non-retroaktif). Hal ini juga telah ditegaskan dalam Pasal 28 huruf I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945. Ketentuan tersebut juga telah ditentukan dalam Pasal 4 dan Pasal 18 ayat (2) UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Azasi Manusia dan Pasal 1 ayat (1) KUHPidana dengan asas nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali.

246.10. Termohon Kasasi mempergunakan Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999 ("Perkom No. 2/2010") untuk menghukum Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II. Peraturan ini baru berlaku sejak tanggal 6 Januari 2010. Sedangkan proses seleksi calon mitra yang dilakukan oleh Pertamina dan Pemohon Kasasi I terjadi pada bulan September s/d Desember tahun 2006, sehingga proses seleksi telah terjadi 4 tahun jauh sebelum berlakunya Perkom No. 2/2010, yaitu tanggal 6 Januari 2010.

246.11. Dengan demikian jelas terbukti bahwa Termohon Kasasi memutus atas dasar peraturannya yang berlaku surut (retroaktif), sehingga tuduhan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 haruslah batal demi hukum atau setidaknya tidaknya dibatalkan.



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

Fakta Hukum Keempat: Termohon Kasasi tidak memberikan waktu yang patut bagi Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II untuk mengajukan pembelaannya maupun pada saat pemanggilan pemeriksaan

246.12. Termohon Kasasi melanggar prinsip due process of law.

246.13. Termohon Kasasi telah memulai pemeriksaan perkara aquo sejak tahun 2008 dan Termohon Kasasi telah memiliki dokumen-dokumen dan informasi lainnya yang disampaikan oleh para Terlapor lainnya dan pihak ketiga yang dipanggil oleh Termohon Kasasi untuk diperiksa. Keadaan tersebut tidak dimiliki oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, sehingga pemeriksaan menjadi berat sebelah dan tidak seimbang, yang bertentangan dengan asas hukum audi et alteram partem.

246.14. Pengiriman Surat Pemberitahuan Termohon No. 1283/AK/KMK/XII/2010 tertanggal 16 Desember 2010 beserta lampiran-lampirannya (berkas Termohon Kasasi No. A98) diterima oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II pada hari berikutnya yaitu hari Jumat, tanggal 17 Desember 2010 setelah selesainya jam kerja. Berdasarkan isi surat tersebut, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II hanya mempunyai kesempatan selama 3 (tiga) hari kerja untuk mempersiapkan pembelaannya, terhitung setelah tanggal pemeriksaan berkas perkara (inzage), yang merupakan waktu sangat tidak pantas mengingat banyaknya berkas yang dimiliki oleh Termohon Kasasi yang seharusnya diperiksa oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II guna kepentingan pembelaannya.

246.15. Bukti lain tentang pelanggaran due process of law adalah berdasarkan Surat Panggilan Termohon Kasasi No. 130/KPPUTP-PL//KMK/VIII/2010 tertanggal 30 Agustus 2010, Termohon Kasasi memanggil Tim Evaluator Pemohon Kasasi I untuk didengar keterangannya sebagai saksi pada tanggal 1 September 2010 (berkas Termohon Kasasi No.A98). Panggilan ini kurang dari 3 (tiga) hari kalender sehingga menjadi sangat tidak patut dan terbukti bahwa Termohon Kasasi sama sekali tidak mengindahkan

Hal. 442 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



dan gagal menerapkan due process of law dalam proses pemeriksaannya.

246.16. Termohon Kasasi telah melanggar due process of law dengan telah melakukan pemanggilan-pemanggilan secara tidak patut. Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II selalu kooperatif dalam setiap tahap pemeriksaan. Upaya hukum permohonan Kasasi merupakan forum yang tepat bagi Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II untuk mengajukan keberatan dan mencari keadilan atas tindakan-tindakan Termohon Kasasi yang telah gagal menerapkan dan tidak mengindahkan due process of law dalam proses pemeriksaannya.

246.17. Termohon Kasasi bertindak sebagai penuntut, pemeriksa (seperti penyidik dalam perkara pidana) dan pemutus (hakim) sekaligus, sehingga Termohon Kasasi memiliki 3 fungsi sekaligus untuk perkara yang ditanganinya, yang membuktikan due process of law tidak ada.

Fakta Hukum Kelima: Anggota-Anggota Termohon Kasasi Absen dan Tidak Lengkap

246.18. Disamping itu, Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II telah hadir dalam pemeriksaan-pemeriksaan untuk memenuhi panggilan Termohon Kasasi. Akan tetapi dalam setiap pemeriksaan terhadap Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II, dari 5 (lima) anggota Termohon Kasasi, paling banyak hanya dihadiri oleh 3 (tiga) anggota Termohon Kasasi, dan paling sering hanya 2 (dua) orang saja, sehingga penjelasan-penjelasan yang disampaikan oleh Pemohon Kasasi I dan Pemohon Kasasi II jelas tidak didengarkan oleh para anggota Termohon Kasasi yang absen, halmana jelas dapat mengakibatkan tidak diperolehnya penjelasan yang utuh dan merugikan Pemohon Kasasi dan Pemohon Kasasi II (lihat berkas Termohon Kasasi No. B8, B9, B12, B13, B14, B19, B20, B28, B29, B30, B33, B35, B40, B42, B43).

246.19. Lagi pula adalah tidak pantas apabila para anggota Termohon Kasasi tidak semuanya hadir (paling sering hanya 2 orang dari 5 anggota majelis) untuk



mendengarkan keterangan dari pihak yang dituduhkan, padahal perkara yang sedang diperiksanya timbul karena inisiatifnya (bukan karena laporan), dan pemeriksaan sudah dijadwalkan sebelumnya secara sepihak oleh Termohon Kasasi. Hal ini membuktikan abuse of power.

Menimbang, bahwa terhadap keberatan-keberatan tersebut Mahkamah Agung berpendapat :

mengenai keberatan-keberatan Pemohon Kasasi I, II dan Pemohon Kasasi III :

Bahwa keberatan-keberatan tersebut dapat dibenarkan, oleh karena Judex Facti telah salah menerapkan hukum, dengan pertimbangan sebagai berikut :

- Bahwa kegiatan yang dilakukan oleh Pertamina dengan PT Medco adalah mencari partner usaha yang akan menanamkan investasi, dan kriteria yang ditetapkan sebagai mitra terbaik ditentukan dalam TOR, sehingga jelas dalam hal ini bukanlah tawaran harga Pemborongan Pekerjaan atau Pengadaan Barang/Jasa sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 ;
- Bahwa sesuai dengan penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, kegiatan tender melibatkan adanya tawaran harga dari peserta tender yang dituangkan dalam dokumen tender, dan tawaran tersebut dimaksudkan untuk memborong suatu pekerjaan, atau mengadakan barang atau menyediakan jasa yang dibutuhkan oleh panitia tender ;
- Bahwa berdasarkan hasil pemeriksaan di persidangan proses pemilihan partner dalam perkara a quo didasarkan pada sebuah proposal kerja sama usaha in casu Proposals for colaboration with Pertamina and Medco E & P, the Donggi-Senoro LNG Project yang di dalamnya memuat nilai investasi, bukan didasarkan tawaran harga pemborongan pekerjaan atau pengadaan barang/jasa sebagaimana layaknya tawaran harga dalam dokumen tender ;
- Bahwa penunjukkan Terlapor IV dalam perkara a quo adalah sebagai partner usaha bersama-sama dengan Terlapor I dan II untuk mendirikan sebuah perusahaan patungan in casu PT Donggi Senoro PNG bukan sebagai pemborong atau penyedia barang/jasa bagi Terlapor I dan II sehingga kegiatan para Terlapor dalam perkara a quo bukanlah kegiatan tender sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 ;
- Bahwa dalam memilih partner usaha seorang pelaku usaha memiliki kebebasan untuk menentukan metode pemilihan partner yaitu dengan cara



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

menggunakan metode tender (auction) atau metode lain seperti negosiasi langsung (direct negotiation) berdasarkan proposal-proposal bisnis yang diterimanya yang dikenal dengan Beauty Contest ;

- Bahwa apabila sistem tender yang digunakan maka ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 berlaku terhadap kegiatan tersebut sehingga diskusi atau negosiasi antara penyelenggara (panitia) dengan peserta tender tidak dapat dibenarkan ;
- Bahwa apabila Beauty Contest yang digunakan maka klarifikasi atau negosiasi antara pelaku usaha penyelenggara dengan calon partner berdasarkan proposal yang diterima oleh penyelenggara dapat dibenarkan karena hal tersebut diperlukan oleh kedua belah pihak yaitu bagi penyelenggaraan klarifikasi/negosiasi diperlukan untuk memastikan bahwa calon partner tersebut adalah pelaku usaha partner yang benar-benar memenuhi kriteria yang diinginkannya, dan sebaliknya bagi calon partner klarifikasi/negosiasi tersebut diperlukan untuk meyakinkan bahwa dirinya dapat memenuhi kriteria yang diinginkan oleh penyelenggara ;
- Bahwa terkait dengan pelanggaran Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999, Termohon Kasasi (KPPU) tidak menguraikan secara jelas dalam pertimbangannya mengenai data/informasi milik LNG International PTY Ltd yang dikategorikan sebagai informasi rahasia yang atas dasar informasi tersebut Terlapor IV dipilih oleh Terlapor I dan II sebagai partnernya, sehingga telah benar tidak terbukti bahwa Terlapor II, III dan IV telah melanggar ketentuan Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 ;
- Bahwa atas dasar pertimbangan tersebut di atas, maka para Pemohon Kasasi/para Terlapor tidak melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 ;
- Bahwa oleh karena Para Pemohon Keberatan tidak terbukti melanggar pasal 22 dan pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 maka putusan KPPU No. 35/KPPU-2/2010 tanggal 5 Januari 2011 harus dinyatakan tidak sah dan batal demi hukum;
- Bahwa keberatan Pemohon Kasasi mengenai putusan Provisi, oleh karena mengenai hal ini Judex Facti telah tidak salah menerapkan hukum, karena tidak adanya pemeriksaan tambahan maka tidak menyebabkan tidak sempurnanya suatu putusan, karena sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (1) Perma No. 3 Tahun 2005, pemeriksaan tambahan adalah pilihan bagi Hakim, sehingga apabila pemeriksaan perkara keberatan dilanjutkan tanpa

Hal. 445 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012

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. Namun dalam hal-hal tertentu masih dimungkinkan terjadi permasalahan teknis terkait dengan akurasi dan keterkinian informasi yang kami sajikan, hal mana akan terus kami perbaiki dari waktu ke waktu. 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)



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

adanya pemeriksaan tambahan, maka hal tersebut menunjukkan bahwa Hakim telah dapat memahami dengan jelas perkara a quo ;

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, terdapat cukup alasan untuk mengabulkan permohonan Kasasi dari para Pemohon Kasasi **PT PERTAMINA (Persero) dan kawan-kawan** tersebut dan membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST., tanggal 17 November 2011, serta Mahkamah Agung mengadili sendiri perkara ini dengan amar putusan sebagaimana yang akan disebutkan di bawah ini ;

Menimbang, bahwa oleh karena permohonan Kasasi dari para Pemohon Kasasi dikabulkan dan Pemohon Kasasi berada di pihak yang kalah, maka harus dihukum untuk membayar biaya perkara dalam semua tingkat peradilan ;

Memperhatikan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985, sebagaimana 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 ;

MENGADILI :

Mengabulkan permohonan Kasasi dari para Pemohon Kasasi : I. **PT PERTAMINA (Pesero)**, II. **MITSUBISHI CORPORATION**, III. **PT MEDCO ENERGI INTERNATIONAL,Tbk. dan PT MEDCO E & P TOMORI SULAWESI** tersebut ;

Membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/PDT.G/KPPU/2011/ PN.JKT.PST., tanggal 17 November 2011 dan Putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010, tanggal 5 Januari 2011 ;

MENGADILI SENDIRI :

Dalam Provisi :

- Menolak permohonan Provisi dari para Pemohon Kasasi/Terlapor I, II, III dan IV seluruhnya ;

Dalam Pokok Perkara :

- Mengabulkan permohonan keberatan dari para Pemohon Kasasi/para Pemohon Keberatan: I. Mitsubishi Corporation, II. PT. Pertamina (Pesero), III. PT. Medco Energi International,Tbk. dan IV. PT. Medco E&P Tomori Sulawesi untuk sebagian;
- Menyatakan para Pemohon Kasasi/para Pemohon Keberatan/Terlapor I, II, III dan IV tidak melanggar Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999;

Hal. 446 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012



Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia

putusan.mahkamahagung.go.id

- Menyatakan putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010, tanggal 5 Januari 2011 tidak sah dan batal demi hukum;
- Menolak permohonan keberatan dari para Pemohon Keberatan yang selebihnya;

Menghukum Termohon Kasasi/Pelapor untuk membayar biaya perkara dalam semua tingkat peradilan yang dalam tingkat Kasasi ini ditetapkan sebesar Rp500.000,00 (lima ratus ribu rupiah) ;

Demikianlah diputuskan dalam rapat permusyawaratan Mahkamah Agung pada hari Senin tanggal 30 Juli 2012, oleh Prof. Dr. Valerine J.L.K., SH., MA. Hakim Agung yang ditetapkan oleh Ketua Mahkamah Agung sebagai Ketua Majelis, Dr. Hj. Nurul Elmiyah, SH., MH. dan H. Syamsul Ma'arif, SH., LL.M., Ph.D. Hakim-Hakim Agung sebagai Anggota, dan diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum pada hari itu juga oleh Ketua Majelis dengan dihadiri oleh Hakim-Hakim Anggota tersebut serta dibantu oleh Endang Wahyu Utami, SH.,MH. Panitera Pengganti dengan tidak dihadiri oleh para pihak ;

Hakim-Hakim Anggota
ttd./

Dr. Hj. Nurul Elmiyah, SH.,MH.
ttd./

H. Syamsul Ma'arif, SH.,LLM.,Ph.D.

K e t u a
ttd./

Prof.Dr. Valerine J.L.K., SH.,MA.

Biaya-biaya :

| | |
|------------------------|---------------------|
| 1. Meterai | Rp 6.000,00 |
| 2. Redaksi | Rp 5.000,00 |
| 3. Administrasi Kasasi | <u>Rp489.000,00</u> |
| J u m l a h | Rp500.000,00 |

Panitera Pengganti
ttd./

Endang Wahyu Utami, SH.,MH.

Untuk Salinan
Mahkamah Agung RI
an. Panitera
Panitera Muda Perdata Khusus

Rahmi Mulyati, SH., MH.
NIP. 19591207.1985.12.2.002

Hal. 447 dari 446 hal. Put.No. 305 K/Pdt.Sus/2012