

BANKING LAW
LIABILITY (LAW)



LAPORAN PENELITIAN
DOSEN MUDA TAHUN ANGGARAN 2002

KKB
KK-2B
346.082
Jun
a

ASPEK TANGGUNG GUGAT BANK DALAM KONTRAK TRANSAKSI DERIVATIF

Oleh:

FIFI JUNITA, SH., CN.
GIANTO AL IMRON, SH.

3000 111033141

LEMBAGA PENELITIAN UNIVERSITAS AIRLANGGA

Dibiayai Oleh Bagian Proyek Peningkatan Kualitas Sumber Daya Manusia

DIP Nomor : 003/XXIII/1/--/2002 Tanggal 1 Januari 2002

Kontrak Nomor : 023/LIT/BPPK-SDM/IV/2002

Ditjen Dikti, Depdiknas

Nomor Urut : 15

FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA



September, 2002

3000111033141

IDENTITAS DAN PENGESAHAN
LAPORAN AKHIR HASIL PENELITIAN

I.a. Judul Penelitian : Aspek Tanggung Gugat Bank dalam Kontrak
Transaksi Derivatif.
b. Macam Penelitian : (V) Fundamental, () Terapan,
() Pengembangan, () Institusional

Kepala Proyek Penelitian

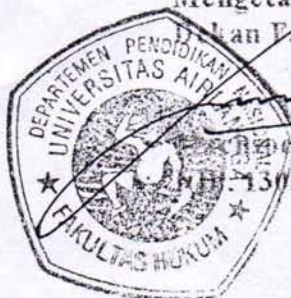
h. Nama lengkap dan Gelar : Fifi Junita, S.H., CN.
i. Jenis Kelamin : Perempuan
j. Pangkat/Golongan dan NIP : Penata Muda/IIIA/132305656
k. Jabatan sekarang : staf pengajar
l. Fakultas/Puslit/Jurusan : Hukum/Hukum Perdata
m. Univ/Inst./Akademi : Universitas Airlangga
n. Bidang Ilmu yang diteliti : Hukum Perdata

3. Jumlah Tim Peneliti : 2 (dua) orang
4. Lokasi Penelitian : Fakultas Hukum Universitas Airlangga
5. Kerjasama dengan inst. Lain :
a. Nama Instansi : -
b. Alamat : -
6. Jangka waktu penelitian : 5 bulan
7. Biaya yang diperlukan : 6.000.000,-

Surabaya, 15 Oktober 2002

Mengetahui :

Dean Fak./Puslit : Hukum



Prof. Dr. H. Sarmanu, MS.
NIP. 130355366

Ketua Peneliti,

Fifi Junita, S.H., CN.
NIP. 132205656

Mengetahui/Mengesahkan
a.n. Rektor
Ketua Lembaga Penelitian,



Prof. Dr. H. Sarmanu, MS.
NIP. 130 701 125.



RINGKASAN

ASPEK TANGGUNG GUGAT BANK DALAM KONTRAK TRANSAKSI DERIVATIF (Fifi Junita, Gianto Al Imron, 2002, 55 halaman)

Transaksi derivatif yang muncul sebagai akibat perkembangan sistem informasi dan komunikasi merupakan suatu bentuk transaksi yang berisiko tinggi (*high risk*) karena bersifat untung-untungan. Di dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR tentang Transaksi Derivatif telah ditetapkan rambu-rambu pelaksanaan transaksi derivatif. Namun hingga saat ini belum diikuti dengan pengaturan secara tegas tentang aspek tanggung gugat bank dalam pelaksanaan transaksi derivatif.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui aspek tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif dan juga untuk mengetahui upaya-upaya yang harus dilakukan oleh bank dalam rangka meminimalkan risiko dari transaksi derivatif.

Penelitian ini merupakan penelitian normatif dengan menggunakan pendekatan *statutory approach*, mengingat telaah terhadap permasalahan penelitian ini bersumber pada materi perundang-undangan. Untuk mendukung kajian tersebut, digunakan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan tentang perbankan, dan beberapa surat keputusan direksi Bank Indonesia. Sedangkan bahan hukum sekunder berupa berbagai bahan bacaan yang memuat materi yang relevan dengan bidang kajian ini. Bahan-bahan hukum yang berhasil dikumpulkan diinventarisasi dan identifikasi, selanjutnya melakukan sistematisasi terhadap keseluruhan bahan hukum yang ada. Pada akhirnya dianalisis dengan menggunakan penalaran deduktif disertai uraian deskriptif yang bersifat kritis analitis.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa belum terdapat perlindungan hukum secara maksimal terhadap nasabah dalam pelaksanaan transaksi derivatif. Meskipun

belum terdapat pengaturan secara khusus, namun pihak nasabah yang dirugikan akibat transaksi derivatif dapat menuntut ganti kerugian dengan mendasarkan pada hubungan kontraktual maupun atas dasar perbuatan melanggar hukum (*tort*) sebagaimana diatur di dalam Burgerlijk Wetboek (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Jika bank melakukan transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah dan kontrak transaksi derivatif ternyata mengandung unsur penipuan maupun penyalahgunaan keadaan, maka berdasar pasal 1321 Burgerlijk Wetboek dapat diajukan gugat pembatalan dan ganti rugi. Apabila kontrak transaksi derivatif dilakukan untuk kepentingan bank sendiri, maka bank atas dasar perbuatan melanggar hukum juga akan bertanggung gugat terhadap nasabah jika transaksi derivatif tersebut mengakibatkan kerugian terhadap nasabah bank sekalipun tidak terdapat hubungan kontraktual. Namun, kendala utama adalah aspek pembuktian, mengingat kurangnya pengetahuan nasabah tentang transaksi derivatif. Berdasarkan prinsip perwakilan, jika pelaksanaan transaksi derivatif mengandung unsur kesalahan, maka yang bertanggung gugat atas kerugian tersebut adalah bank sebagai badan hukum, para pengurus serta pemegang saham/pemilik bank secara bersama-sama/tanggung renteng (*joint liability*). Mengingat transaksi derivatif mengandung risiko tinggi (*high risk*), maka bank dalam melaksanakan transaksi derivatif harus didasarkan pada asas kehati-hatian (*prudential banking principles*) sebagaimana ditegaskan di dalam Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 dan Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992, serta rambu-rambu pelaksanaan transaksi derivatif sebagaimana diatur di dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR tentang Transaksi Derivatif dan Surat Edaran Bank Indonesia Nomer 28/15/UD.

Disarankan perlunya pengaturan aspek tanggung gugat bank secara tegas di dalam peraturan perundang-undangan (*legislation*), tidak hanya dalam bentuk surat keputusan Bank Indonesia (*regulation*) yang diikuti dengan kemudahan sistem pembuktian.

**(L.P. Jurusan Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Airlangga :
Nomer Kontrak : 690/J03.2/PG/2002, 30 Mei 2002)**

SUMMARY

THE LIABILITY OF THE BANK IN THE DERIVATIVE CONTRACT TRANSACTION

**Fifi Junita, Gianto Al Imron
Department of Law
Faculty of Law, Airlangga University**

Derivative transaction which arise as an impact of the sophisticated information and communication systems is a high risk transaction or zero sum bussiness. So, effort have to be done in order to increase a legal protection for the bank customer. Unfortunately, there have not been any act which obviously determine the liability of the bank in related to derivative transaction. The management board of Indonesian bank decree No. 28/119/KEP/DIR abaout derivative transaction only confirm about the prudential principles in carrying out derivative transaction.

The aim of this research is to know about the liability of the bank in derivative transaction.

This research is normative, method used in analyzing this problems is statutory approach that is refer to regulation such as : Burgerlijk Wetboek and banking act.

The result of this research shows that there is no maximal legal protection to the bank customer in carrying out the derivative transaction. However, if the bank customer being suffered by the implementation of derivative transaction of the bank, they still can ask the bank for his damages if it based on the contractual relationship or tortious liability. If the bank in carrying out the derivative transaction breach their fiduciary relationship (undue influence), the derivative contract could be claimed to be cancelled and the have to pay compensation for the customers. If the derivative transaction was conducted for the importance of the bank itself and it cause harmless, so the bank have to liable in the ground of tortious liability although there is not any contract between the bank and their customers. But the humpers to enforce tortious liability is the difficulties of verification. According to 'the piercing the corporate veil' and 'fiduciary duties' principles, if there is any tort that suffered the customer, so the bank itself as a corporate, board of bank management and also the shareholder jointly liable to compensate for the loss. According to derivative transaction as a high risk bussiness, so there are some guideline in conducting derivative transaction as being regulated in Banking Act No. 7/1992 jo. Banking Act No. 10/1998 and also the management board of Indonesian Bank's decree No. 28/119/KEP/DIR about the derivative transaction.

Finally, it suggested that the liability of the bank in the derivative transaction should be created in the form of legislation (act), not just in the form of Indonesian bank's decree.

KATA PENGANTAR

Puji syukur peneliti panjatkan kepada Allah SWT karena atas rahmat-Nya maka penelitian yang berjudul "Aspek Tanggung Gugat Bank dalam Kontrak Transaksi Derivatif" berhasil dilaksanakan.

Kami menyadari bahwa laporan penelitian ini masih banyak kelemahannya, sehingga peneliti mengharapkan adanya kritik dan saran guna penyempurnaan laporan penelitian ini. Peneliti berharap penelitian ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan pada umumnya dan proses belajar mengajar pada khususnya.

Pada akhirnya, peneliti menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada :

1. Yth. Direktur Pembinaan Penelitian dan Pengabdian pada Masyarakat Ditjen Dikti Depdiknas;
2. Yth. Rektor Universitas Airlangga;
3. Yth. Ketua Lembaga Penelitian Universitas Airlangga;
4. Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

Serta semua pihak yang telah membantu penyelesaian laporan penelitian ini.

Surabaya, September 2002

Penulis

DAFTAR ISI

	Halaman
Lembar Identitas dan Pengesahan	ii
Ringkasan dan Summary	iii
Kata Pengantar	v
BAB I PENDAHULUAN	1
1. Latar Belakang dan Rumusan Masalah	1
2. Rumusan Masalah	3
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	4
1. Transaksi Derivatif : Eksistensi, Definisi dan Jenis nya	4
2. Pengertian dan Ruang Lingkup Tanggung Gugat nya	9
BAB III TUJUAN DAN MANFAAT PENELITIAN	12
1. Tujuan Penelitian	12
2. Manfaat Penelitian	12
BAB IV METODE PENELITIAN	13
1. Pendekatan Masalah	13
2. Sumber Bahan Hukum	13
3. Prose Pengumpulan Bahan Hukum	13
4. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum	14

BAB V	HASIL DAN PEMBAHASAN	15
	1. Tanggung Gugat Bank dalam Kontrak Transaksi Derivatif	15
	A. Fungsi dan Peranan Strategis Perbankan	15
	B. Tanggung Gugat atas Dasar Perbuatan Melawan Hukum (Tort)	19
	C. Tanggung Gugat dalam Hubungan Kontraktual	30
	D. Konsep Tanggung Gugat Bank sebagai Badan Hukum dalam Kaitannya dengan Prinsip “Piercing The Corporate Veil” dan Prinsip “Fiduciary Duties”	38
	2. Upaya Bank untuk Meminimalkan Risiko dalam Kontrak Transaksi Derivatif	44
BAB VI	KESIMPULAN DAN SARAN	54
	1. Kesimpulan	54
	2. Saran	54

DAFTAR PUSTAKA

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang dan Rumusan Masalah

Dalam era globalisasi yang ditunjang dengan teknologi sistem informasi dan komunikasi yang semakin canggih, telah mendorong berkembangnya produk pasar finansial internasional, termasuk transaksi derivatif yang telah dipraktekkan di banyak negara.¹ Bisnis dalam bentuk transaksi derivatif ini sudah lazim dipraktekkan di forum internasional, baik di negara penganut sistem hukum anglo saxon maupun sistem kontinental.²

Kondisi ini didukung pula dengan adanya asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) sebagaimana dianut dalam pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang selanjutnya disebut Burgerlijk Wetboek (BW), yang memberikan peluang dan kemudahan bagi para pihak untuk menuangkan kehendaknya dalam bentuk perjanjian apapun. Pasal 1338 ayat (1) Burgerlijk Wetboek menyatakan bahwa "semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya."

Istilah 'semua' di dalamnya terkandung asas partij autonomie; *freedom of contract*; *contract vrijheid* – memang sepenuhnya menyerahkan kepada para pihak mengenai isi maupun bentuk perjanjian yang akan mereka buat, termasuk penguangan dalam bentuk kontrak standar.³



¹ *Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun XV, No 178, Juli, 2000, h. 55.

² *Ibid.*

³ Agus Yudha Hernoko, "Pengembangan Kontrak 'Win-Win' Di Dunia Bisnis, *Amrta*, Vol. 2, No. 1, Januari, 2000, h. 39.

Sejalan dengan pasal 1338 ayat (1) Burgerlijk Wetboek tersebut, lahirlah berbagai bentuk dan model kontrak guna menampung kebutuhan praktek para pelaku bisnis. Banyak sekali model kontrak baru dalam bentuk *onbenoemde contracten* (kontrak-kontrak tak bernama)⁴ yang timbul sebagai akibat kebutuhan praktek, antara lain : fidusia, *leasing* (sewa guna usaha), *sales and lease back*, termasuk pula transaksi derivatif.

Pengaturan hukum yang belum memadai mengenai transaksi derivatif sangat mengkhawatirkan. Mengingat transaksi ini di pasar uang dan valuta asing selain dapat memberikan keuntungan, juga mengandung resiko tinggi karena sifatnya spekulasi, sehingga bilamana melibatkan lembaga keuangan bank harus dilakukan dengan memperhatikan prinsip kehati-hatian (*prudential banking*).

Pelaku transaksi derivatif kini semakin banyak yang menuai bencana. Soalnya, belakangan hari ini, kasus-kasus gugatan, baik dari pihak bank maupun dari pihak nasabah, kian banyak memasuki ruang sidang pengadilan.⁵

Hal ini mengingat lembaga perbankan merupakan suatu lembaga intermediasi (*intermediary institution*), yakni : bank mengumpulkan dana dari masyarakat dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk fasilitas kredit.⁶ Oleh karena

⁴ Menurut pasal 1313 Burgerlijk Wetboek terdapat dua jenis kontrak, yakni : kontrak bernama (*benoemde contracten*) dan kontrak tidak bernama (*onbenoemde contracten*). Kontrak bernama adalah kontrak yang diatur secara khusus di dalam Burgerlijk Wetboek, seperti : kontrak jual beli. Sedangkan kontrak tidak bernama adalah berbagai macam kontrak yang tidak ada pengaturannya secara khusus di dalam Burgerlijk Wetboek. Akan tetapi, kontrak-kontrak tersebut harus memenuhi syarat-syarat keabsahan suatu kontrak yang tercantum di dalam pasal 1320 Burgerlijk Wetboek.

⁵ Anonim, "Menyoal Keabsahan Transaksi Derivatif", *Newsletter*, No. 37/X, Juni, 1999, h. 32.

⁶ Trisadini Prasastinah Usanti, *Perjanjian Pembiayaan Ijarah Di Lingkungan Bank Syariah*, tesis, Program Pascasarjana, Universitas Airlangga, Surabaya, 2001.

itu, bank merupakan lembaga yang dipercaya untuk menghimpun dana dari masyarakat dan mengalokasikan dana-dana tersebut secara bertanggung jawab.

Dalam kaitannya dengan kontrak transaksi derivatif yang dilakukan oleh bank untuk kepentingan nasabah, haruslah benar-benar didasarkan atas asas keterbukaan (*full and fair disclosure*), yang kesemuanya ini perlu ditegaskan dalam peraturan perundang-undangan. Namun, selama ini pengaturan hukum yang melandasi eksistensi transaksi derivatif dalam praktek dan sistem hukum di Indonesia masih pada tingkat regulasi. Akibatnya, kurang memberikan jaminan kepastian dan keadilan hukum bagi para pihak yang terlibat dalam kontrak transaksi derivatif.

RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan uraian tersebut di atas, permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini adalah :

1. Bagaimanakah tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif?
2. Bagaimanakah upaya bank untuk meminimalkan risiko dalam kontrak transaksi derivatif?

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

1. Transaksi Derivatif : Eksistensi, Definisi dan Jenisnya

Nasabah bank adalah pihak maupun badan/lembaga yang memperoleh jasa pelayanan bank dalam rangka bank menjalankan usahanya. Sejalan dengan perkembangan bisnis, kini bank tidak hanya memberikan fasilitas pembiayaan dalam bentuk perjanjian kredit. Dalam praktek bisnis yang semakin canggih, bank dapat memberikan bantuan (keuangan) atau permodalan dalam bentuk fasilitas-fasilitas transaksi derivatif. Sebagai contoh, fasilitas transaksi derivatif yang pernah diberikan oleh Bank Niaga Tbk. Terhadap PT Surya Mas Duta Makmur Tbk. dan PT Dharmala Agrifood Tbk.

Melalui fasilitas tersebut, perikatan antara bank dan nasabah terjadi karena nasabah memperoleh jasa pelayanan bank yang disepakati bersama, yaitu melakukan transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah dalam upaya mengembangkan pembiayaan usahanya. Di dalam pasal 1320 BW, terdapat beberapa persyaratan yang harus dipenuhi untuk menunjang keabsahan suatu perjanjian, yaitu : kesepakatan antara para pihak, kecakapan dari para pihak untuk membuat perjanjian, obyek/hal tertentu, serta sebab (causa) yang diperbolehkan. Perikatan antara bank dengan nasabah berdasarkan perjanjian antara para pihak berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya (pasal 1338 BW).

Jasa pelayanan bank dalam bentuk transaksi derivatif bagi kepentingan nasabah telah diakui oleh Mahkamah Agung dalam putusan peninjauan kembali

tanggal 6 April 1999 Nomer 02/PK/N/1999 dalam kasus antara PT Bank Niaga Tbk melawan PT Dharmala Agrifood Tbk.⁷ Dalam pertimbangannya, Mahkamah Agung mengakui eksistensi transaksi derivatif, mengingat :

1. Bank Indonesia sebagai otoritas keuangan dan moneter telah mengaturnya dalam perangkat hukum walau dalam tingkat regulasi, yaitu Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/Kep/Dir tanggal 29 Desember 1995 dan Surat Edaran Bank Indonesia Nomer 28/15/UD tanggal 8 Pebruari 1996;
2. Kalau transaksi derivatif dan transaksi bisnis lainnya harus diatur dengan undang-undang, maka pranata hukum akan selalu tertinggal dengan perkembangan instrumen bisnis yang senantiasa bergerak cepat.

Berdasarkan pasal 6 ayat (2) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/Kep/Dir tersebut ditegaskan : "Bank dilarang memberikan fasilitas kredit dan cerukan (overdraft) untuk keperluan transaksi derivatif kepada nasabah." Dalam Surat Edaran Bank Indonesia Nomer 28/15/UD tanggal 8 Pebruari 1996, yang memuat penjelasan tentang Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/Kep/Dir tanggal 29 Desember 1995, pada butir 11 dijelaskan bahwa : "yang dimaksud dengan fasilitas kredit dan cerukan dalam SK Direksi itu adalah pemberian kredit dari cerukan oleh bank dalam rangka kewajiban pemenuhan margin deposit dari nasabah".⁸ Dalam hal ini pertimbangan Bank Indonesia adalah agar bank-bank jangan memberi dana kredit untuk memberi kesempatan berspekulasi dengan uang pinjaman. Fasilitas kredit dan

⁷ Varia Peradilan, *op.cit.*, h. 55.

⁸ *Ibid.*

cerukan dalam rangka kewajiban pemenuhan margin deposit nasabah harus terjadi sebelum transaksi derivatif.

Pengertian transaksi derivatif tidak dapat dilepaskan dari Undang-Undang Nomer 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal. Di dalam undang-undang tersebut, yang dimaksud dengan efek adalah surat pengakuan surat berharga komersial, saham, obligasi, tanda bukti hutang, unit penyertaan kontrak investasi kolektif, kontrak berjangka atas efek dan setiap derivatif dari efek.

Derivatif dari efek adalah setiap turunan dari efek yang merupakan underlying asset dari efek yang bersangkutan. Derivatif adalah instrumen turunan, yang mana di pasar modal banyak sekali terdapat instrumen derivatif, yang terdiri dari : hak memesan efek terlebih dahulu atau yang biasa dikenal dengan pre-emptive right, warrant, obligasi konversi atau convertible bon, opsi terhadap index (index option) dan future option serta swaps.⁶

Yang dimaksud dengan transaksi derivatif adalah suatu kontrak (agreement) mengenai pembayaran yang nilainya merupakan turunan dari nilai instrumen yang mendasarinya, seperti nilai tukar, tingkat suku bunga, komoditi, ekuiti, indeks dan lain-lain, baik yang menyebabkan terjadinya pergerakan dana maupun yang tidak menimbulkan pergerakan dana/instrumen.⁷ Dengan demikian, transaksi derivatif dipertentangkan dengan transaksi atas produk pokok/*underlying asset*, seperti orang membeli saham/obligasi, USA dollar, barang komoditi, dan lain-lain.⁸

Sedangkan pengertian transaksi derivatif menurut Surat Keputusan Nomer 28/119/KEP/DIR tentang Transaksi Derivatif

⁶ Tim BPHN, dipimpin oleh Zulfa Djoko Basuki, "Pengkajian Hukum Tentang Masalah Hukum Dalam Transaksi Derivatif Perdagangan Saham", BPHN, Depkeh RI, 1996/1997, h. 7.

⁷ Munir Fuady, *Hukum Perbankan Modern*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h. 1-2.

⁸ *Ibid.*

adalah suatu kontrak atau perjanjian pembayaran yang nilainya merupakan turunan dari nilai instrumen yang mendasari seperti bunga, nilai tukar, komoditi, ekuiti dan indeks, baik yang diikuti dengan pergerakan atau tanpa pergerakan dana/instrumen.¹²

Kontrak transaksi derivatif dalam praktek perbankan diwujudkan dalam beberapa fasilitas, yaitu: (1) *interest swap facilities*, yang biasanya dituangkan dalam '*cross currency interest swap agreement*'.

Swaps adalah suatu perjanjian antara dua pihak untuk saling bertukar arus kas (*cashflows*) selama masa berlakunya kontrak tersebut dan kontrak itu mengikat kedua pihak terlepas apakah kontrak itu memberikan keuntungan pada salah satu pihak saja atau kedua pihak. *Interest swaps (fixed floating swaps)* adalah kontrak dimana salah satu pihak membayar dengan suku bunga mengambang atas jumlah yang sama.¹³

Sebagai contoh, misalnya nasabah C mempunyai hutang dalam US\$ sedangkan penghasilannya dalam rupiah, maka ia melakukan transaksi swap (US\$/rupiah) dengan bank Z sehingga pada tanggal dia mendapatkan pinjaman dollarnya, ia melakukan jual US\$ untuk mendapatkan rupiah yang diperlukan untuk operasi usahanya dan pada hari itu juga ia mematok kembali kurs beli US\$/rupiah untuk dibayarkan/diserahkan kembalib pada tanggal pengembalian pinjaman US\$-nya, misalnya 6 bulan kemudian.¹⁴ Dengan melakukan transaksi swap dan membayar *swap cost* tersebut, nasabah C dapat memastikan biaya usahanya karena ia tidak

¹² *Newsletter, op.cit.*, h. 33.

¹³ *Ibid.*, h. 8.

¹⁴ *Newsletter, op.cit.*, h. 33-34.

memikul resiko fluktuasi US\$/rupiah 6 bulan kemudian yang tidak dapat diperkirakan.¹⁵

Sedangkan dua fasilitas selebihnya yakni : (2) *forward sell* dan (3) *option facility*, yang dalam praktek dituangkan dalam dalam bentuk perjanjian (kontrak) '*foreign exchange facility agreement*'. Transaksi derivatif *forward* dapat dicontohkan misalnya :¹⁶ bank A menyetujui untuk menjual US\$ 1000 pada nasabah X dengan kurs US\$ = Rp 8.900 untuk diserahkan 3 (tiga) bulan kemudian. Bilamana pada tanggal penyerahan kurs meningkat menjadi Rp 9.500, maka nasabah X mendapatkan keuntungan per-US\$ sebesar Rp 600. Transaksi *call option* dapat dicontohkan sebagai berikut : Bank B bersedia menjual US\$ 1.000 pada nasabah Y dengan kurs US\$ 1 = 8.900 dan memberi hak opsi pada nasabah Y untuk melaksanakan opsi itu dalam batas waktu 3 (tiga) bulan dengan menerima premi tertentu. Dalam *call option* ini nasabah Y mempunyai pilihan untuk melaksanakan pembelian atau tidak, tentunya tergantung pada apakah menguntungkan atau tidak baginya. Selama berlangsungnya penawaran, maka bagi nasabah dikenai *option premium*, yakni "*the consideration paid to keep a contractual offer to buy or sell open for a specified period of time.*"¹⁷

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, fifth edition, west publishing Co., St. Paul Minn, USA, 1996.

Semua fasilitas tersebut adalah jenis-jenis transaksi derivatif, sehingga bisa mendatangkan keuntungan yang besar, dan di lain pihak merupakan transaksi beresiko tinggi (*high risk*) apabila tidak dilakukan dengan ekstra hati-hati dan estimasi yang betul-betul akurat (*reasonable investigation/ due diligence*).

Sekalipun transaksi derivatif merupakan transaksi yang berisiko tinggi, namun di lain pihak juga dapat memberikan keuntungan dan dapat dipakai sebagai sarana lindung nilai (*hedging*). Dalam situasi moneter yang bergejolak, seringkali diikuti pula dengan gejolak dan ketidakpastian nilai mata uang atau gejolak tingkat suku bunga sehingga posisi seorang peminjam menjadi tidak aman akibat berlakunya kurs yang mengambang. Oleh karena itu, dalam praktek sangat banyak dilakukan transaksi derivatif dengan tujuan sebagai salah satu cara untuk menghilangkan risiko dengan jalan lindung nilai (*hedging*), yang merupakan salah satu model *risk management*.¹⁸

Hingga kini, pengaturan mengenai transaksi derivatif masih pada tingkat regulasi, belum pada tingkat perundang-undangan (*legislation*). Seharusnya 'regulatory chain' itu dimulai dengan 'legislation', bukannya 'licensing' maupun 'implementation'.¹⁹ Padahal kontrak transaksi derivatif ini resiko kerugian yang mungkin timbul sangat besar, karena sifatnya spekulasi. Hal ini tentu saja sangat mengkhawatirkan bagi para pihak yang terlibat dalam kontrak tersebut. Khususnya mengenai aspek perlindungan hukum dan tanggung gugat para pihak dalam kontrak transaksi derivatif bilamana terjadi kerugian yang diderita oleh salah satu pihak peserta kontrak.

¹⁸ Munir Fuady, *op.cit.*, h. 12.

¹⁹ Rangkuti, Siti Sundari, Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan Nasional, edisi kedua, Airlangga University Press, Surabaya, 2000, h. 427.

2. Pengertian Tanggung Gugat (Liability)

Keterlibatan bank dalam transaksi derivatif yang sifatnya spekulatif dan berisiko tinggi ini tentunya memunculkan issue tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif. Istilah tanggung gugat (*liability*) adalah :

A person's present or perspective legal responsibility, duty, or obligation. Liability may arise by party entering contract or through tortious or statutory obligation wholly unknown to the party at the material time.²⁰

Dari definisi tanggung gugat (*liability*) tersebut di atas, nampak bahwa ruang lingkup tanggung gugat meliputi 2 (dua) hal, yakni :

1. tanggung gugat atas dasar hubungan kontraktual antara para pihak dalam kontrak;
2. tanggung gugat atas dasar perbuatan melanggar hukum (*tortious/statutory obligation*), yang dalam hal ini tidak disyaratkan adanya hubungan kontraktual.

Tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif khususnya menyangkut ada tidaknya *undue influence* oleh pihak bank terhadap nasabah dalam kontrak transaksi derivatif. Selain itu, mengingat transaksi derivatif merupakan transaksi yang berisiko tinggi (*high risk*), maka perlu adanya asas kehati-hatian bagi bank agar jangan sampai mengakibatkan kerugian bagi masyarakat (nasabah penyimpan dana).

Undue influence may be available as a defense where a person entered an unfair transaction induced by improper persuasion. A common basic for asserting an undue influence defense is breach of fiduciary relationship a fiduciary status may exist in any circumstances in which it can be found that one party has imposed trust and confidence in another and come to rely upon the judgment of that other person. If a contract between

²⁰ Butterworths, *Concise Australian Legal Dictionary*, 2nd edition, Butterworths, Australia, 1998.

fiduciaries is found to be unfair to the dependent person, it will be set aside on the ground of undue influence.²¹

Sebagai perwujudan hubungan kepercayaan (*fiduciary relationship*), bank yang menawarkan fasilitas kontrak transaksi derivatif harus benar-benar menekankan sikap keterbukaan (*full and fair disclosure*) mengenai kemungkinan resiko kerugian yang besar dalam kontrak transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah, mengingat sifat spekulatif dari transaksi tersebut. Hal ini merupakan pencerminan upaya perlindungan hukum bagi nasabah penyimpan dana dan masyarakat mengingat bank merupakan lembaga *intermediary*.

Di samping itu, di dalam Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 yang diubah dan diperbaharui dengan Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, khususnya dalam Bab II Pasal 2 ditentukan bahwa perbankan Indonesia dalam melakukan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan menggunakan prinsip kehati-hatian (*prudential banking*). Khususnya mengingat kontrak transaksi derivatif tersebut sifatnya spekulasi (mirip judi), sehingga tidak menutup kemungkinan mengakibatkan resiko kerugian yang besar bagi bank. Akibat lebih jauh, dapat mempengaruhi kesehatan dan kelangsungan kehidupan bank sebagai lembaga kepercayaan masyarakat.

²¹ D. Schaber, Gordon & Claude D. Rehwer, *Contract*, St. Paul Minn, 3th edition, 1990, h. 195.

BAB III

TUJUAN DAN MANFAAT PENELITIAN

1. TUJUAN PENELITIAN

Penelitian ini dilakukan untuk mengetahui dan menerangkan (menguraikan) bagaimana aspek tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif bagi kepentingan nasabahnya, serta untuk mengetahui upaya bank untuk meminimalkan risiko dalam kontrak transaksi derivatif, sehingga bank tidak terjerat telah melakukan *undue influence* terhadap nasabah sebagai rekan kontrak.

2. MANFAAT PENELITIAN

- (1) Hasil penelitian ini diharapkan dapat merupakan bahan sumbangan pemikiran dalam bidang hukum perdata, khususnya hukum perbankan, menyangkut aspek tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif;
- (2) Hasil penelitian ini dapat diharapkan merupakan bahan dan dasar penelitian hukum perbankan lebih lanjut;
- (3) Hasil penelitian ini diharapkan akan dapat menambah bahan bacaan di bidang hukum perbankan.
- (4) Hasil penelitian ini dapat menjadi bahan masukan bagi mereka yang ingin mendalami dan memahami tentang aspek tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif.

BAB IV

METODE PENELITIAN

1. Pendekatan Masalah

Penelitian ini merupakan penelitian normatif dengan menggunakan pendekatan *statutory approach*. Pemilihan pendekatan ini mengingat telaah terhadap permasalahan penelitian ini dilakukan dengan mendasarkan pada materi perundang-undangan, teori, maupun asas-asas hukum yang terkait.

2. Sumber Bahan Hukum

Sumber bahan hukum yang dipergunakan adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer mencakup peraturan perundang-undangan yang berlaku, yurisprudensi yang berkaitan dengan masalah tanggung gugat bank dalam kontrak transaksi derivatif, diantaranya : **kasus antara PT Bank Niaga vs. PT. Suryamas Duta Makmur**. Bahan hukum sekunder terdiri atas : kepustakaan, hasil-hasil penelitian, jurnal ilmiah, hasil seminar yang terkait dengan permasalahan yang diteliti.

3. Proses Pengumpulan Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum dilakukan melalui proses inventarisasi dan identifikasi bahan-bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder secara kritis. Untuk selanjutnya diklasifikasi secara logis sistematis sesuai dengan tema yang terumus dan tujuan penelitian ini.

4. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Apabila bahan-bahan hukum primer dan sekunder telah diperoleh, maka bahan hukum tersebut diperiksa kembali kelengkapannya dan konsistensinya satu sama lain, kemudian disistematisasi sesuai dengan permasalahan penelitian. Selanjutnya, baik bahan hukum primer maupun sekunder diolah secara kualitatif dengan melakukan identifikasi dan inventarisasi. Analisis bahan hukum dilakukan secara kualitatif, kemudian ditarik kesimpulan secara deskriptif analitis.

BAB V

PEMBAHASAN

I. TANGGUNG GUGAT BANK DALAM KONTRAK TRANSAKSI DERIVATIF

A. FUNGSI DAN PERANAN STRATEGIS PERBANKAN

Kegiatan utama dari suatu bank adalah menghimpun dana dari masyarakat dan menyalurkannya kembali dalam bentuk kredit kepada masyarakat. Hal ini sejalan dengan definisi bank sebagaimana tertuang di dalam pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 sebagai perubahan pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang menyatakan : “Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan/atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.” Dari definisi tersebut, jelaslah bahwa perbankan dalam menjalankan segala kegiatannya haruslah berorientasi untuk meningkatkan taraf hidup rakyat banyak. Hal ini mengingat bank merupakan bagian dari sistem moneter dan sistem pembayaran suatu negara dan mempunyai peranan yang sangat penting dalam kedua sistem tersebut.²² Hancurnya perbankan dapat mengakibatkan hancurnya sistem perekonomian nasional.

Bank bukan saja merupakan lembaga yang menerima tabungan masyarakat berupa berbagai bentuk simpanan, tetapi juga merupakan lembaga yang membiayai kebutuhan ekonomi dan pembangunan masyarakat. Di samping itu, bank juga merupakan lembaga yang menyelenggarakan lalu lintas pembayaran masyarakat. Fungsi bank yang demikian itu menempatkan sistem perbankan sebagai bagian dari sistem

²² Sutan Remy Sjahdeini, “Ketentuan-Ketentuan Pokok Perbankan Indonesia”, kumpulan tulisan, 2000, h. 2.

moneter dan sistem pembayaran negara. Bahkan merupakan bagian dari sistem pembayaran global. Hancurnya sistem perbankan nasional dapat membahayakan, bahkan menghancurkan pula sistem moneter dan sistem pembayaran nasional.²³

Dalam kerangka ini, maka perbankan Indonesia harus mempunyai misi sebagai *agent of development*, sehingga dalam melaksanakan segala kegiatannya harus berorientasi pada pembangunan nasional yang bertujuan untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat banyak.

Untuk menunjang peranan tersebut, perbankan harus dapat meningkatkan kemampuannya dalam mengerahkan dana dari masyarakat. Kemampuan bank untuk dapat mengerahkan dana berupa simpanan masyarakat sangat bergantung kepada tingkat kepercayaan masyarakat kepada bank tersebut. Makin tinggi tingkat kepercayaan masyarakat kepada bank, maka makin tumbuh dan berkembang bank itu. Kepercayaan masyarakat ini menyangkut beberapa hal, yaitu:²⁴

1. Bahwa bank dikelola oleh manajemen yang profesional, yang mampu menjaga tingkat kesehatan bank sebaik mungkin dari waktu ke waktu sehingga oleh karena itu bank setiap saat selalu dalam keadaan likuid dan solvent untuk mampu membayar kembali dana masyarakat yang disimpan kepadanya apabila sewaktu-waktu ditagih;

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

Bahwa bank dikelola dan dilaksanakan oleh anggota-anggota direksi dan komisaris serta pegawai-pegawai bank yang bukan saja berpengetahuan dan berketrampilan yang cukup untuk mengelola bank tetapi juga memiliki integritas yang tinggi yang dapat memberikan kepercayaan kepada masyarakat bahwa dana simpanan masyarakat itu tidak disalahgunakan;

2. Bahwa bank tersebut dapat menjaga kerahasiaan yang menyangkut keadaan keuangan nasabah yang disimpan pada bank tersebut.

Oleh karena itu, di dalam Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 telah memberikan asas bagi kegiatan perbankan yang meliputi :²⁵

1. Asas demokrasi ekonomi, sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 2 Undang-Undang Perbankan yang selengkapnya berbunyi : “Perbankan Indonesia dalam melakukan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi, dengan menggunakan prinsip kehati-hatian”;
2. Asas atau prinsip kehati-hatian (*prudential banking*) yaitu perbankan Indonesia dalam menjalankan kegiatannya harus didasarkan pada rambu-rambu kesehatan bank atau *prudential standards*;
3. Asas tujuan dan manfaat, sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 4 Undang-Undang Perbankan yang selengkapnya berbunyi : “Perbankan Indonesia bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional ke arah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak”;
4. Asas kerahasiaan;

²⁵ *Ibid.*, h. 4.

5. Asas transparansi, yaitu bank wajib mengumumkan neraca dan perhitungan rugi laba dalam waktu dan bentuk yang ditetapkan oleh Bank Indonesia;
6. Asas integritas, sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 49 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Perbankan;
7. Asas spesialisasi, sebagaimana diatur di dalam pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 yang menentukan sebagai berikut : “Setiap pihak yang melakukan kegiatan menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan wajib terlebih dahulu memperoleh izin usaha sebagai bank umum atau Bank Perkreditan Rakyat dari Pimpinan Bank Indonesia, kecuali apabila kegiatan menghimpun dana dari masyarakat dimaksud diatur dengan undang-undang tersendiri”;

Bank bukan saja merupakan lembaga yang menerima tabungan masyarakat berupa berbagai bentuk simpanan, tetapi juga merupakan lembaga yang membiayai kebutuhan ekonomi dan pembangunan masyarakat. Bahkan bank juga merupakan lembaga yang menyelenggarakan lalu lintas pembayaran masyarakat. Oleh karena kedudukan bank yang demikian itu, maka bank dalam melaksanakan kegiatan pemberian kredit dan melaksanakan lalu lintas pembayaran harus melaksanakannya dengan hati-hati dan tidak boleh dilakukan secara serampangan oleh bank yang diwujudkan melalui asas kehati-hatian (*prudential banking principles*).

B. TANGGUNG GUGAT ATAS DASAR PERBUATAN MELANGGAR HUKUM (TORT)

Istilah tanggung gugat seringkali dipergunakan oleh ahli hukum perdata untuk menterjemahkan istilah *aansprakelijkheid* atau *liability* untuk

membedakannya dari istilah *verantwoordelijkheid* atau *responsibility*, yaitu “tanggung jawab” yang lebih dikenal dalam hukum pidana.²⁶ Sehubungan tanggung gugat mengenai kerugian yang diperbuat terhadap orang lain dibedakan 3 (tiga) golongan tanggung gugat menurut Niewenhuis.²⁷

1. Tanggung gugat berdasarkan kesalahan (*Schuldaansprakelijkheid*), yang berarti penggugat wajib membuktikan kesalahan tergugat. Konsep ini tertuang di dalam pasal 1365 Burgerlijk Wetboek tentang perbuatan melawan hukum;
2. *Schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast* (tanggung gugat berdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik). Konsep ini termasuk tanggung gugat yang dipertajam (*verscherpe aansprakelijk*). Penggugat tidak perlu membuktikan bahwa tergugat tidak cukup berhati-hati tetapi sebaliknya tergugat untuk menghindari tanggung gugat wajib membuktikan bahwa dia cukup berupaya untuk berhati-hati, sehingga dia tidak dapat dipersalahkan. Konsep tanggung gugat ini tertuang dalam :
 - a. pasal 1367 ayat (2) jo ayat (5) Burgerlijk Wetboek tentang tanggung gugat orang tua dan wali;
 - b. pasal 1368 Burgerlijk Wetboek tentang tanggung gugat pemilik binatang.
3. *Risico aansprakelijkheid* (tanggung gugat berdasarkan risiko). Jenis tanggung gugat ini tertuang di dalam pasal 1367 ayat (3) Burgerlijk Wetboek tentang tanggung gugat majikan dan pasal 1369 Burgerlijk Wetboek tentang tanggung gugat pemilik gedung.

Dalam sistem hukum di Indonesia, pengaturan tanggung gugat yang bersumber dari perbuatan melanggar hukum tertuang di dalam pasal 1365

²⁶ Rangkuti, Siti Sundari, *Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan Nasional*, cet. I, Airlangga University Press, Surabaya, 1996, h. 262.

Burgerlijk Wetboek. Untuk mendapat ganti kerugian berdasarkan pasal 1365, harus dipenuhi persyaratan sebagai berikut :

- a. perbuatan yang menimbulkan kerugian itu bersifat melawan hukum;
- b. kerugian itu timbul sebagai akibat perbuatan tersebut;
- c. pelaku itu bersalah (unsur kesalahan);
- d. ada hubungan sebab akibat (hubungan kausal) antara perbuatan dengan kerugian.

Pada mulanya, pada sistem hukum common law pengertian melanggar hukum ditafsirkan secara sempit. Sebelum tahun 1919, yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum adalah perbuatan yang mengurangi atau melanggar hak orang lain dan perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku.²⁷ Dalam perkembangannya kemudian, melalui suatu landmark decision dalam kasus **Lidenbaum v. Cohen** yang diputuskan oleh Hoge Raad pada tanggal 31 Januari 1919, ukuran perbuatan melanggar hukum meluas. Di samping dua hal tersebut, termasuk pula ke dalam sifat perbuatan melanggar hukum adalah perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan dan perbuatan yang bertentangan dengan kecermatan yang seharusnya diindahkan dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri dan barang orang lain.²⁸ Dalam beberapa kasus, unsur kecermatan merupakan sangat berpengaruh terhadap keberhasilan gugatan akibat transaksi derivatif, diantaranya kasus **Bank Barings** yang diakibatkan oleh ketidakcermatan/tidak cukup berhati-hati (tidak cepatnya) pengambilan langkah penyelamatan untuk mengatasi kerugian potensial yang sudah jelas terlihat sehingga terjadi akumulasi

²⁷ *Ibid.*, h. 278-279.

²⁸ Y. Sogar Simamora, "Tanggung Gugat Produsen dalam Industri Real Estat", *Yuridika*, No. 2 dan 3, Tahun XII, Maret-Juni, 1997, h. 51.

²⁹ *Ibid.*

kerugian yang sangat besar, kasus **Kidder Peabody** yang menimbulkan kerugian secara tidak wajar karena lemahnya pengawasan terhadap transaksi derivatif oleh manajemen perusahaan.³⁰

Bentuk tanggung gugat yang dianut oleh pasal 1365 adalah tanggung gugat berdasarkan kesalahan (*schuld aansprakelijkheid* atau *liability based on fault*). Hal ini bisa dilihat dalam pasal 1365 yang mensyaratkan unsur kesalahan pada pelaku untuk sampai kepada keputusan apakah suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum. Tolok ukur adanya unsur kesalahan ini misalnya pihak bank bertindak tidak sesuai dengan prinsip kehati-hatian (*prudential banking principles*) atau rambu-rambu yang seharusnya ditaati dalam pembentukan kontrak transaksi derivatif sebagaimana tertuang di dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia sehingga menimbulkan kerugian secara tidak wajar bagi pihak ketiga (nasabah), sekalipun antara pihak nasabah dengan bank sebelumnya tidak pernah terdapat hubungan kontraktual.

Berdasarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR tertanggal 29 Desember 1995 tentang Transaksi Derivatif (yang mencabut peraturan terdahulu yakni Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 23/74/KEP/DIR tertanggal 28 Februari 1991), maka perbankan Indonesia pada hakekatnya diperbolehkan untuk melaksanakan transaksi derivatif. Sesuai dengan peraturan Bank Indonesia tersebut, menurut kepentingannya, transaksi derivatif yang boleh dilakukan bank ada dua, yaitu : (1) untuk kepentingan bank itu sendiri; dan (2) untuk kepentingan nasabah. Hal ini diatur di dalam pasal 2 Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR yang menyatakan

³⁰ Munir Fuady, *Op.cit.*, h. 62-64.

diri dan barang orang lain.²⁹ Dalam beberapa kasus, unsur kecermatan merupakan sangat berpengaruh terhadap keberhasilan gugatan akibat transaksi derivatif, diantaranya kasus **Bank Barings** yang diakibatkan oleh ketidakcermatan/tidak cukup berhati-hati (tidak cepatnya) pengambilan langkah penyelamatan untuk mengatasi kerugian potensial yang sudah jelas terlihat sehingga terjadi akumulasi kerugian yang sangat besar, kasus **Kidder Peabody** yang menimbulkan kerugian secara tidak wajar karena lemahnya pengawasan terhadap transaksi derivatif oleh manajemen perusahaan.³⁰

Bentuk tanggung gugat yang dianut oleh pasal 1365 adalah tanggung gugat berdasarkan kesalahan (*schuldaansprakelijkheid* atau *liability based on fault*). Hal ini bisa dilihat dalam pasal 1365 yang mensyaratkan unsur kesalahan pada pelaku untuk sampai kepada keputusan apakah suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum. Tolok ukur adanya unsur kesalahan ini misalnya pihak bank bertindak tidak sesuai dengan prinsip kehati-hatian (*prudential banking principles*) atau rambu-rambu yang seharusnya ditaati dalam pembentukan kontrak transaksi derivatif sebagaimana tertuang di dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia sehingga menimbulkan kerugian secara tidak wajar bagi pihak ketiga (nasabah), sekalipun antara pihak nasabah dengan bank sebelumnya tidak pernah terdapat hubungan kontraktual.

Berdasarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR tertanggal 29 Desember 1995 tentang Transaksi Derivatif (yang mencabut peraturan terdahulu yakni Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Munir Fuady, *Op.cit.*, h. 62-64.

bahwa : “Bank dapat melakukan transaksi derivatif baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah.”

Berdasarkan surat keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif, persyaratan bagi bank untuk dapat melakukan transaksi derivatif antara lain meliputi :

1. Kebijaksanaan pelaksanaan transaksi derivatif oleh bank harus tetap didasarkan pada rambu-rambu prinsip kehati-hatian (*prudential banking*). Hal ini ditegaskan di dalam pasal 2 ayat (2), (3) dan (4) yang berturut-turut selengkapnya berbunyi sebagai berikut :
 - (2) “Kebijakan tentang transaksi derivatif yang dilakukan oleh bank harus berdasarkan :
 - a. praktek perbankan yang sehat berdasarkan prinsip kehati-hatian; dan
 - b. persetujuan direksi dan dewan komisaris bank yang bersangkutan.”
 - (3) “Direksi bank bertanggung jawab untuk terlaksananya transaksi derivatif yang sehat dan atas risiko yang terjadi maupun risiko yang mungkin timbul.”
 - (4) “Dewan komisaris bertanggung jawab atas pengawasan kegiatan transaksi derivatif.”
2. Harus memiliki dan mematuhi pedoman pelaksanaan transaksi derivatif secara tertulis dalam bahasa Indonesia serta wajib disetujui oleh direksi dan komisaris bank. Pedoman pelaksanaan ini wajib disusun dengan mengacu pada Pedoman Penyusunan Kebijaksanaan Dan Prosedur Kegiatan Transaksi Derivatif yang terlampir pada Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia. Hal ini sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 3 ayat (1), (2) dan (3) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang selengkapnya berbunyi :
 - (1) Bank wajib memiliki pedoman pelaksanaan transaksi derivatif secara tertulis dalam bahasa Indonesia serta wajib disetujui oleh direksi dan dewan komisaris bank.



- (2) Pedoman pelaksanaan transaksi derivatif sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib disusun dengan mengacu pada Pedoman Penyusunan Kebijakan dan Prosedur Kegiatan Transaksi Derivatif yang terlampir bersama dengan Surat Keputusan ini.
 - (3) Bank wajib mematuhi pedoman pelaksanaan transaksi derivatif yang telah disusun sebagaimana dimaksud pada ayat (1).
3. Harus memiliki kemampuan dan pengetahuan untuk melakukan transaksi derivatif dan kemampuan untuk mengidentifikasi dan menghitung potensi risiko yang mungkin terjadi dari transaksi derivatif. Hal ini ditegaskan di dalam pasal 4 ayat (1) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang selengkapnya berbunyi :
- (1) Bank yang melakukan transaksi derivatif wajib memiliki :
 - a. kemampuan dan pengetahuan untuk melakukan transaksi derivatif, dan
 - b. kemampuan untuk mengidentifikasi dan menghitung potensi risiko yang mungkin terjadi dalam transaksi derivatif.
3. Harus melaporkan kesiapan dalam melakukan transaksi derivatif sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 4 ayat (2) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang berbunyi :
- (2) Bank wajib melaporkan mengenai kesiapannya dalam melakukan transaksi derivatif. Ketentuan ini berlaku, baik bagi bank yang sudah maupun yang belum melakukan transaksi derivatif.
4. Harus melakukan *marking to market* atas transaksi derivatif, sebagaimana diatur di dalam pasal 4 ayat (3) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang selengkapnya berbunyi :
- (3) Bank harus melakukan "marking to market" atas transaksi derivatif untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah.
5. Harus menyampaikan laporan mingguan kepada Bank Indonesia mengenai transaksi derivatif sesuai dengan Format Laporan Transaksi Derivatif Bank-Bank yang mencakup :

bahwa : “Bank dapat melakukan transaksi derivatif baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah.”

Berdasarkan surat keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif, persyaratan bagi bank untuk dapat melakukan transaksi derivatif antara lain meliputi :

1. Kebijakan pelaksanaan transaksi derivatif oleh bank harus tetap didasarkan pada rambu-rambu prinsip kehati-hatian (*prudential banking*). Hal ini ditegaskan di dalam pasal 2 ayat (2), (3) dan (4) yang berturut-turut selengkapnya berbunyi sebagai berikut :
 - (2) “Kebijakan tentang transaksi derivatif yang dilakukan oleh bank harus berdasarkan :
 - a. praktek perbankan yang sehat berdasarkan prinsip kehati-hatian; dan
 - b. persetujuan direksi dan dewan komisaris bank yang bersangkutan.”
 - (3) “Direksi bank bertanggung jawab untuk terlaksananya transaksi derivatif yang sehat dan atas risiko yang terjadi maupun risiko yang mungkin timbul.”
 - (4) “Dewan komisaris bertanggung jawab atas pengawasan kegiatan transaksi derivatif.”
2. Harus memiliki dan mematuhi pedoman pelaksanaan transaksi derivatif secara tertulis dalam bahasa Indonesia serta wajib disetujui oleh direksi dan komisaris bank. Pedoman pelaksanaan ini wajib disusun dengan mengacu pada Pedoman Penyusunan Kebijakan Dan Prosedur Kegiatan Transaksi Derivatif yang terlampir pada Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia. Hal ini sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 3 ayat (1), (2) dan (3) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang selengkapnya berbunyi :

- (1) Bank wajib memiliki pedoman pelaksanaan transaksi derivatif secara tertulis dalam bahasa Indonesia serta wajib disetujui oleh direksi dan dewan komisaris bank.
 - (2) Pedoman pelaksanaan transaksi derivatif sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib disusun dengan mengacu pada Pedoman Penyusunan Kebijakan dan Prosedur Kegiatan Transaksi Derivatif yang terlampir bersama dengan Surat Keputusan ini.
 - (3) Bank wajib mematuhi pedoman pelaksanaan transaksi derivatif yang telah disusun sebagaimana dimaksud pada ayat (1).
3. Harus memiliki kemampuan dan pengetahuan untuk melakukan transaksi derivatif dan kemampuan untuk mengidentifikasi dan menghitung potensi risiko yang mungkin terjadi dari transaksi derivatif. Hal ini ditegaskan di dalam pasal 4 ayat (1) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang selengkapnya berbunyi :
- (1) Bank yang melakukan transaksi derivatif wajib memiliki :
 - a. kemampuan dan pengetahuan untuk melakukan transaksi derivatif, dan
 - b. kemampuan untuk mengidentifikasi dan menghitung potensi risiko yang mungkin terjadi dalam transaksi derivatif.
3. Harus melaporkan kesiapan dalam melakukan transaksi derivatif sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 4 ayat (2) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang berbunyi :
- (2) Bank wajib melaporkan mengenai kesiapannya dalam melakukan transaksi derivatif. Ketentuan ini berlaku, baik bagi bank yang sudah maupun yang belum melakukan transaksi derivatif.
4. Harus melakukan *marking to market* atas transaksi derivatif, sebagaimana diatur di dalam pasal 4 ayat (3) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia yang selengkapnya berbunyi :
- (3) Bank harus melakukan "marking to market" atas transaksi derivatif untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah.

5. Harus menyampaikan laporan mingguan kepada Bank Indonesia mengenai transaksi derivatif sesuai dengan Format Laporan Transaksi Derivatif Bank-Bank yang mencakup :
 - a. kerugian/keuntungan baik secara riil (*realized*) maupun yang potensial (*unrealized*);
 - b. posisi transaksi derivatif baik untuk kepentingan bank sendiri maupun untuk kepentingan nasabah.

Hal ini ditegaskan di dalam pasal 10 ayat (1) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia, yang selengkapnya berbunyi :

6. Pelaksanaan transaksi derivatif haruslah mendapat persetujuan direksi dan dewan komisaris bank. Hal ini sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 2 ayat (2) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif.
7. Bank wajib memberikan penjelasan secara lengkap kepada nasabah terutama mengenai risiko yang timbul dari transaksi tersebut. Ketentuan ini sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 5 ayat (1) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif yang selengkapnya menyatakan :
 - (1) Bank wajib memberikan penjelasan secara lengkap kepada nasabah yang akan melakukan transaksi derivatif terutama mengenai risiko yang timbul dari transaksi tersebut.

Oleh karena itu, jika transaksi derivatif dilakukan untuk kepentingan nasabah, maka dalam guideline harus dimuat hal-hal sebagai berikut :

- a. penjelasan kepada nasabah tentang risiko;
- b. informasi yang lengkap yang dimuat dalam kontrak dengan nasabah;

c. kontrak ditandatangani oleh pejabat bank yang bertanggung jawab.

Yang dimaksud dengan penjelasan secara lengkap menurut SEBI No.28/15/UD antara lain mencakup penjelasan mengenai risiko kredit (*credit risk*), risiko penyelesaian (*settlement risk*), dan risiko pasar (*market risk*). Dalam pada itu, untuk setiap transaksi derivatif yang mewajibkan nasabah untuk memenuhi margin deposit perlu dijelaskan kemungkinan saldo margin deposit dapat menjadi nihil dan bahkan kewajiban nasabah kepada bank akan dapat bertambah besar. Sedangkan jika transaksi dilakukan bukan untuk nasabah, melainkan untuk bank sendiri, haruslah dipenuhi hal-hal sebagai berikut :

- a. memperhitungkan risiko yang timbul dengan modal bank sendiri;
- b. setiap jenis derivatif harus diukur risikonya dan menghitung secara terpisah terhadap risiko;
- c. transaksi derivatif yang dilakukan oleh cabang bank harus dihitung secara independen;
- d. Setiap posisi derivatif harus dilakukan *mark to market* (cara perhitungan yang didasarkan atas kurs pasar pada setiap akhir kerja bagi posisi yang masih terbuka untuk menentukan kerugian atau keuntungan. Hal ini berbeda dengan *historical rate*, yaitu cara perhitungan yang didasarkan atas kurs awal suatu transaksi untuk menentukan keuntungan atau kerugian transaksi) secara periodik;

- e. Harus dilakukan analisis terhadap situasi dan sentimen pasar untuk menghadapi segala kemungkinan yang paling buruk dari posisi transaksi derivatif yang masih terbuka;
 - f. Acuan dari pembatasan kerugian adalah kekuatan permodalan bank;
 - g. Perlu ditetapkan *global limit* untuk setiap transaksi derivatif manakala bank mempunyai lebih dari 1 unit kerja operasional (*dealing room*);
8. Transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah haruslah dilandasi atas kontrak; Hal ini sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 5 ayat (2) dan (3) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif yang menyatakan :
- (2) Transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah harus berdasarkan kontrak, yang sekurang-kurangnya mencakup :
 - a. pagu transaksi derivatif;
 - b. base currency yang digunakan;
 - c. jenis valuta/instrumen yang dipertukarkan;
 - d. penyelesaian transaksi derivatif (*settlement*);
 - e. pembukuan laba/rugi transaksi derivatif yang dilakukan;
 - f. pencatatan atas posisi laba/rugi yang potensial (*unrealized*);
 - g. metode atau cara transaksi derivatif;
 - h. besarnya komisi;
 - i. penggunaan kurs konversi;
 - j. advis dan konfirmasi transaksi derivatif;
 - k. kerahasiaan; dan
 - l. domisili dan hukum yang berlaku.
 - (3) Transaksi derivatif sebagaimana dimaksud pada ayat 92) yang dilakukan tanpa diikuti pergerakan dana/instrumen, kontraknya harus pula mencakup hal-hal sebagai berikut :
 - a. jumlah margin deposit;
 - b. *maintenance margin* yang ditentukan; dan
 - c. hak-hak dan kewajiban-kewajiban nasabah yang harus dicetak dalam ukuran huruf yang besar sehingga mudah dibaca.

9. Bank wajib untuk tidak memelihara posisi atas transaksi derivatif yang dilakukan oleh : nasabah, direksi, komisaris, pegawai dan pemilik bank yang bersangkutan. Hal ini ditegaskan di dalam pasal 6 ayat (1) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif yang menegaskan :

(1) Bank dilarang memelihara posisi atas transaksi derivatif yang dilakukan oleh nasabah grup dari bank, direksi, komisaris, pegawai atau pemilik bank yang bersangkutan.

10. Bank dilarang untuk memberikan fasilitas kredit dan cerukan (overdraft) untuk keperluan transaksi derivatif. Hal ini sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 6 ayat (2) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif yang menegaskan :

(2) bank dilarang memberikan fasilitas kredit dan cerukan (overdraft) untuk keperluan transaksi derivatif kepada nasabah.

Di dalam Surat Edaran Nomor 23/15/UD ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan fasilitas kredit atau cerukan yaitu pemberian kredit dan cerukan oleh bank dalam rangka kewajiban pemenuhan margin deposit nasabah. Menurut SK Nomer 28/119 sub (d) yang dimaksud dengan margin deposit adalah “dana yang khusus dicadangkan untuk menutup kerugian yang mungkin timbul karena transaksi derivatif.” Selanjutnya di dalam pasal 9 ayat (1) huruf a Surat Keputusan Direksi BI ditentukan bahwa transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah yang dilakukan tanpa diikuti pergerakan dana/instrumen harus memenuhi ketentuan bahwa nasabah harus memenuhi margin deposit sekurang-kurangnya 10 % (sepuluh persen) dari pagu transaksi derivatif, kecuali untuk transaksi derivatif lainnya yang maksimum

margin depositnya ditetapkan secara khusus. Dari sini jelas bahwa fasilitas kredit dan cerukan dalam rangka kewajiban pemenuhan margin deposit nasabah harus terjadi sebelum transaksi derivatif dilakukan, sebagai salah satu persyaratan untuk dapat terjadinya transaksi tersebut.

11. Bank hanya boleh melakukan transaksi derivatif yang berkaitan dengan :
valuta asing atau suku bunga. Sedangkan transaksi derivatif yang berkaitan dengan saham, hanya dapat dilakukan atas izin Bank Indonesia secara kasus per kasus. Hal ini ditegaskan di dalam pasal 7 ayat (1) dan (2) Surat Keputusan Direksi BI yang selengkapnya menyatakan :

- (1) Bank hanya dapat melakukan transaksi derivatif yang berkaitan dengan valuta asing dan suku bunga.
- (2) Transaksi derivatif yang berkaitan dengan saham, hanya dapat dilakukan atas izin Bank Indonesia secara kasus per kasus.

12. Kerugian bank (riil atau material) yang disebabkan oleh transaksi derivatif tidak boleh melebihi 10 % (sepuluh persen) dari modal bank. Manakala kerugian telah melebihi 10 % (sepuluh persen), maka bank tersebut wajib lapor ke Bank Indonesia dengan disertai tindakan penanggulangannya selambat-lambatnya pada hari kerja berikutnya. Hal ini ditegaskan di dalam pasal 8 ayat (1) dan (2) SK Direksi BI tentang Transaksi Derivatif.

Peraturan dalam bentuk Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia selaku Bank Sentral sebagaimana diuraikan diatas merupakan peraturan-peraturan administratif yang umumnya bersifat pengawasan dan preventif terhadap

kemungkinan kerugian yang dialami para pihak secara tidak wajar. Maksudnya, bahwa sekalipun transaksi derivatif merupakan transaksi yang berisiko tinggi, namun bank harus tetap berupaya untuk melakukan usaha-usaha yang diperlukan guna meminimalkan risiko. Oleh karena itu, jika transaksi derivatif dilakukan untuk kepentingan nasabah, tidak selamanya unsur kerugian di dalam transaksi derivatif dapat melahirkan tanggung gugat bagi bank, khususnya jika ada pihak yang dirugikan secara wajar, mengingat bisnis derivatif ini memang merupakan bisnis yang berisiko tinggi (*high risk*) dan merupakan bisnis kalah menang (*zero sum business*).

Hal ini dikarenakan transaksi derivatif ini merupakan suatu bentuk perjanjian untuk menjual atau membeli suatu jumlah asset tertentu (yang umumnya adalah komoditi atau instrumen keuangan tertentu) dengan tingkat harga tertentu yang ditentukan sekarang untuk dilaksanakan pada suatu saat di masa depan, maka hasil yang diharapkan diperoleh oleh para pihak dengan dibentuknya kontrak transaksi derivatif memang belum dapat dipastikan (didasarkan pada suatu keadaan yang belum pasti di masa mendatang), sehingga lebih bersifat untung-untungan. Selain itu, di dalam transaksi derivatif juga diakui adanya risiko pasar, yakni gejolak pasar yang tidak terduga yang mengakibatkan naik turunnya harga secara drastis yang berlawanan seperti yang diharapkan oleh pelaku transaksi. Unsur lainnya adalah pernyataan penerimaan risiko yang dinyatakan oleh pihak ketiga (nasabah) peserta kontrak transaksi derivatif.

Meski demikian, jika transaksi derivatif yang dilakukan untuk kepentingan nasabah pada akhirnya menimbulkan kerugian yang sangat besar dan membahayakan posisi nasabah penyimpan dana, maka bank tetap harus bertanggung gugat atas dasar perbuatan melanggar hukum sekalipun antara nasabah dan bank tidak terdapat hubungan kontraktual. Namun dalam kaitannya dengan transaksi derivatif yang dilakukan demi kepentingan bank, maka segala bentuk kerugian baik (wajar atau tidak wajar) pihak bank tetap harus bertanggung gugat atas dasar perbuatan melanggar hukum. Sekecil apapun bentuk kerugian tersebut, jika pada akhirnya akan mempengaruhi posisi nasabah penyimpan dana dalam rangka pengembalian dana yang telah dipercayakan kepada bank, maka pihak bank harus bertanggung gugat atas kerugian tersebut.

C. TANGGUNG GUGAT DALAM HUBUNGAN KONTRAKTUAL

Yang dimaksud dengan transaksi derivatif adalah suatu kontrak (*agreement*) mengenai pembayaran yang nilainya merupakan turunan dari nilai instrumen yang mendasarinya, seperti nilai tukar, tingkat suku bunga, komoditi, ekuiti, indeks, dan lain-lain, baik yang menyebabkan terjadinya pergerakan dana maupun yang tidak menimbulkan pergerakan dana/instrumen.³¹ Umumnya, suatu transaksi derivatif terdiri dari :

1. transaksi *forward*, yakni suatu pembelian/penjualan yang aktual terhadap sejumlah tertentu barang berupa komoditi, sekuriti, valuta asing, dan

³¹ *Ibid.*, h. 1.

instrumen finansial lainnya pada harga tertentu yang telah ditetapkan, tetapi penyerahan dari barang tersebut dilakukan pada saat tertentu kelak di kemudian hari;³²

2. transaksi *option*, yakni suatu hak, tetapi bukan kewajiban, untuk membeli atau menjual atau membeli dan menjual sekaligus atas suatu produk komoditi, produk finansial, produk ekuiti (saham) atau valuta asing, yang akan diserahkan dalam jumlah tertentu, dengan pembayaran pada harga tertentu pada suatu saat tertentu di kemudian hari;
3. transaksi *swap*, yakni pertukaran sesuatu dengan hutang finansial, yaitu suatu pertukaran timbal balik, baik mengenai suatu produk, aset perusahaan, tingkat suku bunga dengan suatu hutang finansial, atau mata uang, maupun mengenai produk, aset perusahaan, tingkat suku bunga dengan hutang finansial atau mata uang lain. Suatu transaksi derivatif dalam bentuk *swap* pada hakekatnya merupakan suatu kewajiban untuk saling menukar (tukar menukar) di mana yang dipertukarkan adalah kewajiban pembayaran (secara berkala), sehingga ketentuan dalam Burgerlijk Wetboek tentang tukar menukar tetap berlaku terhadap transaksi *swap* (pasal 1541 sampai 1546).³³

Dalam kerangka sistem hukum perjanjian di Indonesia, kontrak transaksi derivatif keabsahannya bergantung pada terpenuhinya syarat-syarat sebagaimana tertuang di dalam pasal 1320 Burgerlijk Wetboek, yaitu :

- a. adanya kesepakatan;

³² *Ibid.*, h. 30.

³³ *Ibid.*, h. 31.

- b. kecakapan;
- c. adanya hal tertentu;
- d. causa (sebab) yang halal.

Dari beberapa syarat tersebut, seringkali keabsahan kontrak transaksi derivatif terbentur pada unsur causa (sebab) yang halal. Hal ini mengingat transaksi derivatif dapat dikategorikan sebagai perjanjian untung-untungan sebagaimana diatur di dalam pasal 1774 sampai dengan pasal 1791.³⁴ Sebagian ada pula yang berpendapat bahwa :

transaksi derivatif pada hakekatnya merupakan perjanjian asuransi atau pertanggungan, karena merupakan suatu perjanjian di mana suatu pihak dengan menikmati suatu pembayaran mengikatkan diri kepada pihak lain, ikatan mana akan membebaskan pihak yang bersangkutan dari kerugian atau ketiadaan keuntungan yang diharapkan, yang akan dapat diderita olehnya karena suatu kejadian yang tidak pasti.³⁵

Menurut pasal 1774 Burgerlijk Wetboek, suatu perjanjian untung-untungan adalah suatu perbuatan yang hasilnya, mengenai untung ruginya, baik bagi semua pihak, maupun bagi sementara pihak, bergantung pada suatu kejadian yang belum pasti. Sekalipun transaksi derivatif termasuk perjanjian untung-untungan karena hasilnya bergantung pada suatu kejadian yang belum tentu, namun tidaklah termasuk ke dalam perjanjian perjudian.³⁶ Sebab jika transaksi derivatif dianggap sebagai perjudian, maka akan dianggap mengandung causa yang tidak halal padahal dalam praktek keberadaannya dan keabsahannya diakui dan akan

³⁴ *Ibid.*, h. 40.

³⁵ Newsletter, *Op.cit.*, h. 37.

³⁶ Munir Fuady, *Op.cit.*, h. 41.

menimbulkan konsekuensi hukum yang tidak sesuai dengan hakekat transaksi derivatif, yakni :

- a. kontrak yang terjadi dalam perjudian tidak dapat dipaksakan/dituntut secara hukum. Jadi, pemenuhannya hanya secara sukarela (pasal 1788 Burgerlijk Wetboek);
- b. manakala seseorang telah melaksanakan prestasinya, maka dia tidak boleh menuntut kembali apa yang telah dibayarnya itu (pasal 1791 Burgerlijk Wetboek).

Keberatan lainnya untuk mengkategorikan transaksi derivatif sebagai perjanjian perjudian adalah mengingat di dalam pelaksanaan transaksi tersebut dikenal konsep "*trading*".³⁷

Konsep *trading* inilah yang membedakan antara transaksi derivatif dengan dengan permainan judi. Dikutinya konsep *trading* ini menunjukkan bahwa transaksi derivatif tidak bersifat untung-untungan semata-mata, tetapi dapat diperhitungkan dan diprediksi secara rasional bahkan secara sistematis dan statistik, meskipun prediksinya dapat berubah-ubah. Untuk memperhitungkan pergerakan harga bahkan para pihak *trader* menggunakan analisis matematis (*mathematical charting analysis*). Konsep *trading* dalam transaksi derivatif antara lain mencakup elemen-elemen sebagai berikut :

1. strategi *trading*;
2. faktor perubahan harga;
3. analisis fundamental (prinsipnya berdasarkan *supply and demand*);
4. analisis teknik;
5. cara-cara mengatasi kerugian;
6. penentuan waktu (*timing*).³⁸

Sebagai perjanjian yang lebih bersifat untung-untungan dan digantungkan pada suatu keadaan tertentu di masa mendatang, maka bisnis transaksi derivatif

³⁷ *Ibid.*, h. 42.

³⁸ *Ibid.*

merupakan bisnis berisiko tinggi (*high risk*) dan merupakan bisnis kalah menang (*zero sum business*) sehingga tidak bisa lepas dengan kemungkinan terjadinya risiko kerugian.³⁹ Oleh karena itu, secara administratif transaksi derivatif telah diatur dengan peraturan-peraturan administratif, yakni peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh Bank Indonesia selaku Bank Sentral. Peraturan-peraturan dari Bank Indonesia ini umumnya bersifat pengawasan dan preventif terhadap kemungkinan kerugian yang dialami para pihak secara tidak wajar. Mengingat tingginya tingkat risiko yang akan dihadapi oleh customer bank dalam transaksi derivatif, maka pihak bank wajib memberikan penjelasan secara lengkap terutama mengenai risiko yang timbul dari transaksi tersebut (pasal 5 ayat (1) SK Direksi BI tentang Transaksi Derivatif).

Dalam hubungan antara bank dengan customer (nasabah) dalam kontrak transaksi derivatif seringkali dicantumkan tentang klausula standart yang tidak dapat ditarik kembali (*irrevocable instruction*) yang menyatakan bahwa "jika terdapat kerugian, maka kerugian tersebut akan ditanggung oleh pihak ketiga (nasabah)." Hal ini merupakan upaya bank untuk membebaskan dirinya dari tanggung gugat jika terjadi kerugian. Klausul standard semacam itu pada akhirnya akan memberikan peluang adanya penutupan kontrak transaksi derivatif atas dasar kekhilafan, paksaan, penipuan maupun penyalahgunaan keadaan. Oleh karena itu, secara kontraktual, pihak *customer* (nasabah) dapat mendasarkan pada dua alasan

³⁹ *Ibid.*, h. 39.

untuk dapat mengajukan tuntutan pembatalan dan ganti kerugian kepada bank, yakni :

1. adanya cacat kehendak berupa kesesatan (*dwaling*), paksaan (*dwang*), atau penipuan (*bedrog*) sebagaimana diatur di dalam pasal 1321 Burgerlijk Wetboek;
2. adanya unsur penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*).

Unsur penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*) juga merupakan salah satu bentuk cacat kehendak. Menurut Niewenhuis, syarat-syarat adanya unsur penyalahgunaan keadaan meliputi :⁴⁰

- a. keadaan-keadaan istimewa (*bijzondere omstandigheden*), seperti : keadaan darurat, ketergantungan, kecerobohan, jiwa yang kurang waras, dan tidak berpengalaman;
- b. suatu hal yang nyata (*kenbaarheid*), yakni disyaratkan bahwa salah satu pihak mengetahui atau semestinya mengetahui bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak (hatinya) untuk menutup suatu perjanjian;
- c. penyalahgunaan (*misbruik*), yakni salah satu pihak telah melaksanakan perjanjian itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa ia seharusnya tidak melakukannya;
- d. hubungan kausal (*causaal verban*), yakni bahwa tanpa menyalahgunakan keadaan itu maka perjanjian itu tidak akan ditutup.

⁴⁰ Henry P. Panggabean, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Sebagai Alasan (Baru) untuk Pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda)*, Liberty, Yogyakarta, 2001, h.40.

Van Dunne membedakan penyalahgunaan karena keunggulan ekonomis dan keunggulan kejiwaan, yaitu :⁴¹

a. persyaratan-persyaratan untuk penyalahgunaan keunggulan ekonomis :

1. satu pihak harus mempunyai keunggulan ekonomis terhadap yang lain;
2. pihak lain terpaksa mengadakan perjanjian.

b. Persyaratan untuk adanya penyalahgunaan keunggulan kejiwaan :

1. salah satu pihak menyalahgunakan ketergantungan relatif seperti : hubungan kepercayaan istimewa antara orang tua dan anak, suami isteri, dokter pasien.
2. salah satu pihak menyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti : adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah, kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainya.

Di dalam kontrak transaksi derivatif sangat dominan untuk timbulnya unsur penyalahgunaan keadaan, karena seringkali timbulnya kerugian diakibatkan oleh seorang *trader* derivatif yang ceroboh, kurang hati-hati, tidak cermat memperhitungkan risiko, kurang berpengalaman dan memanfaatkan kurangnya pengetahuan dari pihak lawan tentang risiko transaksi derivatif.

Pada sistem hukum common law, penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*) dikenal sebagai *undue influence*, yang menekankan pada adanya *fiduciary relationship*. Sebagai perwujudan hubungan kepercayaan (*fiduciary duties*), bank yang menawarkan fasilitas kontrak transaksi derivatif

⁴¹ *Ibid.*, h. 44.

harus benar-benar menekankan unsur itikad baik (*good faith*) dan sikap keterbukaan (*full and fair disclosure*), khususnya menyangkut risiko yang mungkin dihadapi oleh *customer* bank dalam kontrak transaksi derivatif.

Tanggung gugat pihak bank terhadap customer (pihak ketiga/nasabah) dalam kontrak derivatif akan sangat sulit jika ditelusuri melalui tuntutan ganti rugi atas dasar wanprestasi. Sebab di dalam yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 02 PK/N/1999 tanggal 6 April 1999, yang menyatakan bahwa transaksi derivatif bukan merupakan fasilitas pemberian kredit. Hal ini membawa konsekuensi bahwa di dalam kontrak transaksi derivatif tidak mengharuskan adanya kucuran dana/*cash flow* dari pihak bank kepada *customer* (nasabah). Sehingga kegagalan pihak bank untuk menyediakan fasilitas yang diperjanjikan tidak dapat dikatakan bahwa mereka wanprestasi. Sebab ini merupakan salah satu bentuk risiko kredit dalam transaksi derivatif, yakni risiko di mana salah satu pihak yang telah mengikatkan diri dalam kontrak gagal membayar kewajibannya kepada pihak lainnya, yaitu yang disebut dengan gagal serah atau gagal bayar. Sehingga pihak ketiga/*customer* yang telah menyadari risiko yang mungkin timbul tidak dapat menuntut untuk dipenuhinya fasilitas yang diperjanjikan atas dasar wanprestasi karena transaksi derivatif bukanlah fasilitas pemberian kredit. Hal ini dapat kita lihat di dalam kasus antara **PT Suryamas Duta Makmur Tbk. vs. PT Bank Niaga**. Dalam kasus ini, Mahkamah Agung membebaskan PT Bank Niaga dari tuntutan ganti rugi karena tidak terbukti telah melakukan perbuatan melawan hukum dengan pertimbangan bahwa :

- a. transaksi derivatif bukanlah merupakan perjanjian fasilitas kredit, sehingga tidak harus ada kucuran dana/*cash flow*. Terjadinya gagal serah/gagal bayar di dalam kontrak transaksi derivatif merupakan suatu risiko yang harus diterima oleh nasabah/customer.
- b. risiko kerugian telah diterima oleh pihak nasabah/customer sebagaimana tertuang di dalam surat instruksi yang tidak dapat dicabut kembali yang menyatakan bahwa **“if there are any losses, losses will be absorbed by PT Suryamas Duta Makmur”**;

D. KONSEP TANGGUNG GUGAT BANK SEBAGAI BADAN HUKUM DALAM KAITANNYA DENGAN PRINSIP “PIERCING THE CORPORATE VEIL” DAN PRINSIP “FIDUCIARY DUTIES”

Dalam rangka pembangunan Indonesia, perbankan Indonesia diberi peranan yang strategis sebagaimana ditegaskan di dalam penjelasan umum Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yakni sebagai salah satu sarana dalam menyasikan dan menyeimbangkan masing-masing unsur dari trilogi pembangunan, yaitu pemerataan pembangunan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional. Peranan ini ditegaskan pula di dalam pasal 4 Undang-Undang Perbankan yang selengkapnya menyatakan : “Perbankan Indonesia bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi, dan stabilitas nasional ke arah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak.” Sektor perbankan memiliki posisi

strategis sebagai lembaga intermediasi dan penunjang sistem pembayaran suatu negara. Perbankan menduduki posisi yang cukup penting dalam rangka pembangunan ekonomi suatu negara. Di dalam penjelasan Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 ditegaskan bahwa perkembangan ekonomi nasional dewasa ini menunjukkan arah yang semakin menyatu dengan ekonomi regional dan internasional yang dapat menunjang sekaligus dapat berdampak kurang menguntungkan. Sementara itu, perkembangan perekonomian nasional senantiasa bergerak cepat dengan tantangan yang semakin kompleks. Terlebih lagi dengan munculnya praktek-praktek transaksi derivatif sebagai suatu bentuk transaksi yang beresiko tinggi (*high risk*).

Perkembangan produk pasar finansial internasional dalam bentuk transaksi derivatif apabila tidak dilakukan dengan memperhatikan prinsip kehati-hatian pada akhirnya akan mendatangkan kerugian bagi nasabah. Padahal sebagaimana diketahui, kemauan masyarakat (nasabah) untuk menyimpan dananya di bank semata-mata dilandasi oleh kepercayaan bahwa uangnya akan diperoleh kembali pada waktunya dan disertai imbalan jasa berupa bunga. Pengalaman menunjukkan bahwa bank di Indonesia maupun di negara-negara lain terjadinya suatu peristiwa dimana bank yang mengalami kesulitan keuangan terpaksa harus ditutup sehingga merugikan masyarakat karena sebagian atau seluruh dananya tidak dapat diperoleh kembali. Apalagi dengan semakin berkembangnya

transaksi perbankan modern saat ini, seringkali terjadi kehancuran perbankan sebagai akibat kekalahan transaksi derivatif.

Kenyataan yang demikian menimbulkan permasalahan yang menyangkut tanggung gugat perbankan terhadap nasabahnya. Oleh karena itu, dalam rangka pelaksanaan transaksi derivatif telah ditentukan rambu-rambu yang harus ditaati oleh perbankan sebagaimana tertuang di dalam Surat Keputusan Direksi BI Nomer 28/119/KEP/DIR tertanggal 29 Desember 1995 tentang Transaksi Derivatif serta Surat Edaran Bank Indonesia Nomer 28/15/UD tertanggal 8 Februari 1996. Rambu-rambu tersebut pada hakekatnya juga merupakan pewujudan asas kehati-hatian bank (*prudential banking*) sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomer 7 Tahun 19902 tentang Perbankan jo. Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992.

Permasalahan tanggung gugat bank berkaitan erat dengan kedudukan bank sebagai suatu badan hukum. Sebagai suatu badan hukum, maka tindakannya akan senantiasa dilakukan oleh atau melalui pengurus. Hal ini berbeda dengan subyek hukum manusia sebagai pribadi yang dapat bertindak secara pribadi. Tindakan para pengurus tersebut dipertanggungjawabkan kepada badan hukum sehingga dapat dikatakan bahwa badan hukum terikat pada tindakan pengurus.⁴² Oleh karena itu di dalam pasal 16 ayat (2) jis pasal 17, pasal 38 serta pasal 39 Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 tentang Perbankan antara lain disebutkan bahwa

⁴² Tim BPHN, *Penelitian Hukum tentang Aspek Hukum Pertanggungjawaban Bank Terhadap Nasabah*, BPHN, Departemen Kehakiman Republik Indonesia, Jakarta, 1995, h. 57.

direksi dan dewan komisaris pada hakekatnya disebut sebagai pengurus dan disertai tugas untuk memimpin/mengurus bank, serta mempunyai tanggung jawab atas segala usaha yang dilakukan oleh bank. Sebagai wakil yang bertindak untuk dan atas nama bank, maka para pengurus dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya harus sesuai dengan undang-undang dan anggaran dasar bank sebagai perseroan.

Dalam hal terjadi kerugian yang diderita oleh pihak ketiga (nasabah), secara hukum bank akan bertanggung jawab dengan segala akibatnya. Dengan demikian perbuatan pengurus pada dasarnya adalah perbuatan perwakilan. Pada hakekatnya perwakilan adalah pengalihan tanggung jawab di mana bank sebagai pihak yang memberikan kuasa adalah suatu badan hukum sehingga berdasarkan prinsip ini bank harus bertanggung jawab dan terikat kepada tindakan pengurus.⁴³

Peranan pengurus di dalam perseroan modern, terutama peranan direksi, sangatlah penting karena seluruh kegiatan operasional perseroan berada di tangan direksi yang diawasi oleh komisaris.

Mengingat pengurus perseroan bukanlah pemegang saham atau setidaknya tidaknya pemegang saham mayoritas, maka terhadap anggota pengurus/direksi tidak saja dituntut harus memperhatikan kepentingan perseroan, tetapi juga dituntut untuk menjalankan tugasnya dengan baik dan penuh tanggung jawab. Di samping itu, setiap anggota pengurus dituntut pula untuk menjalankan tugasnya secara maksimal sesuai kemampuannya dan dengan dilandasi sikap kehati-hatian yang tinggi, guna menghindari terjadinya kemungkinan kerugian bagi perseroan (*duty of skill and care*).⁴⁴ (h. 240)

Dianutnya prinsip "*fiduciary duties*" sebagaimana ditegaskan di dalam pasal 85 jo. Pasal 98 Undang-Undang Perseroan Terbatas, maka apabila di dalam

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Muchyar Yara, "Prinsip-Prinsip Sistem Perseroan Terbatas menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995", *Hukum dan Pembangunan*, Universitas Indonesia, Jakarta, Nomor 3, Tahun XXV, Juni, 1975, h. 45.

menjalankan tugasnya ternyata pengurus perseroan terbukti telah melanggar salah satu atau beberapa rambu-rambu yang ditentukan dalam pelaksanaan transaksi derivatif, misalnya kemampuannya (*skill*) rendah/tidak memadai atau sembrono/kurang hati-hati di dalam melaksanakan transaksi derivatif, maka terhadap anggota pengurus yang bersangkutan dapat dituntut untuk bertanggung gugat sampai harta kekayaan pribadinya untuk menutupi kerugian yang dialami perseroan. (bank).

Oleh karena kedudukan bank sebagai suatu perseroan terbatas merupakan suatu badan hukum yang mempunyai hak dan kewajiban sebagaimana layaknya pribadi/perorangan (subyek hukum), maka pertanggungjawabannya terbatas dan ada pada bank sebagai badan hukum dan bukan pada pengurus/pemilik bank. Sistem pertanggungjawaban terbatas ini diatur di dalam pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomer 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, yang menegaskan bahwa pemegang saham perseroan tidak bertanggung jawab secara pribadi atas perikatan yang dibuat atas nama perseroan dan tidak bertanggung jawab atas kerugian perseroan melebihi nilai saham yang telah diambilnya.

Namun, dalam perkembangannya, prinsip tersebut tidak lagi bersifat mutlak. Dimana dalam keadaan-keadaan tertentu secara luas telah pula diterima prinsip "*piercing the corporate veil*", yang membuka kemungkinan pemegang saham perseroan dimintakan pertanggungjawabannya yang lebih besar daripada sekedar besarnya saham yang dimilikinya. Artinya disini pemegang saham perseroan dapat dimintakan pertanggungjawabannya secara pribadi/tanggung

renteng (*joint liability*) sampai harta kekayaan pribadinya atas kerugian yang diderita perseroan jika terpenuhi keadaan-keadaan tertentu yang ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Hal ini telah ditegaskan di dalam pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Perseroan Terbatas.

Sekalipun melalui prinsip “piercing the corporate veil” maupun prinsip “fiduciary duties” terbuka kemungkinan bagi pengurus maupun pemilik bank bertanggung jawab secara pribadi, namun hal ini tidak menghapuskan tanggung gugat bank itu sendiri sebagai badan hukum. Hal ini didasarkan pada pasal 1367 ayat (3) Burgerlijk Wetboek, yang menegaskan bahwa : majikan-majikan dan mereka yang mengangkat orang-orang lain untuk mewakili urusan-urusan mereka adalah bertanggung gugat atas kerugian yang diterbitkan oleh pelayan-pelayan atau bawahan-bawahan mereka dalam melakukan pekerjaan untuk mana orang-orang itu dipakainya. Konsep tanggung gugat berdasarkan pasal 1367 ayat (3) Burgerlijk Wetboek tersebut merupakan tanggung gugat berdasarkan risiko (*Risico aansprakelijkheid*).⁴⁵

Dapat disimpulkan bahwa bank sebagai suatu badan hukum yang berbentuk Perseroan Terbatas (PT) bertanggung gugat atas segala perikatan yang dibuat dengan pihak ketiga (nasabah), sekalipun apabila terjadi kesalahan pengurusan dari para pengurus. Jadi seluruh harta kekayaan perseroan dan harta kekayaan pribadi dapat dijadikan sumber pelunasan untuk pembayaran tuntutan ganti rugi pihak ketiga. Namun, terdapat batasan tanggung gugat pengurus dan

⁴⁵ Rangkuti, Siti Sundari, *Op.cit.*, h. 279, dikutip dari J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken Verbintenisrecht*, Kluwer-Deventer, 1974, h. 160.

pemilik bank, yakni bila perbuatan melawan hukum itu menyimpang dari anggaran dasar/anggaran rumah tangga maupun peraturan perundang-undangan (termasuk petunjuk teknis) yang berlaku, maka tanggung jawab pengurus/pemilik disamping modal yang disetor, juga sampai harta kekayaan pribadi (tanggung renteng/*joint liability*). Sebaliknya, jika perbuatan yang mengakibatkan kerugian tersebut tidak bertentangan dengan anggaran dasar/anggaran rumah tangga maupun peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka tanggung gugatnya terbatas hanya sebesar modal yang disetor ke dalam perusahaan. Pengurus dan pemilik bank dalam pelaksanaan transaksi derivatif yang melawan hukum/tidak sesuai dengan rambu-rambu yang telah ditetapkan di dalam peraturan perundang-undangan dapat pula dikenakan sanksi pidana dan sanksi administratif sebagaimana diatur di dalam pasal 49 ayat (2) huruf (b) jjs pasal 50, maupun pasal 50 A, dan pasal 52 Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992. Jadi berdasarkan prinsip perwakilan tersebut diatas, maka bila dalam proses pembentukan transaksi derivatif terjadi kekurangtelitian/kesalahan yang menyebabkan terjadinya kerugian, maka yang bertanggung jawab adalah bank sebagai badan hukum, para pengurus serta pemegang saham/pemilik bank secara tanggung renteng (*joint liability*).

II. UPAYA BANK UNTUK MEMINIMALKAN RISIKO DALAM KONTRAK TRANSAKSI DERIVATIF

Bisnis transaksi derivatif merupakan bisnis berisiko tinggi. Namun di lain pihak transaksi derivatif juga dapat memberikan keuntungan yang besar.

Terhadap jenis transaksi tertentu, transaksi derivatif bahkan sangat bermanfaat dan merupakan suatu kebutuhan dalam praktek, yaitu bagi para pihak yang akan melakukan transaksi derivatif untuk kepentingan lindung nilai (*hedging*), sehingga pihak tersebut dapat terhindar misalnya dari risiko fluktuasi mata uang atau fluktuasi tingkat suku bunga.⁴⁶

Mengingat transaksi derivatif berisiko tinggi, maka campur tangan sektor hukum sangat strategis dalam rangka meminimalkan risiko yang mungkin muncul dalam transaksi derivatif. Perlu adanya peraturan perundang-undangan untuk mengatur pelaksanaan bisnis transaksi derivatif. Beberapa risiko dari transaksi derivatif diantaranya :⁴⁷

- a. risiko hukum, diantaranya : kontrak tidak mempunyai kekuatan hukum.
- b. risiko pasar, sebab pasar juga menyimpan risiko yang sangat besar. Gejolak pasar yang tidak terduga yang mengakibatkan naik turunnya harga secara drastis yang berlawanan seperti yang diharapkan oleh pelaku transaksi;
- c. risiko operasional, yaitu risiko dalam transaksi derivatif yang terjadi pada saat pelaksanaan transaksi derivatif, seperti : *mismanagement*, tidak memadainya *manpower*, pengendalian intern yang tidak baik, dan lain-lain;
- d. risiko kredit.

⁴⁶ Munir Fuady, *op.cit.*, h. 43.

⁴⁷ *Ibid.*, h. 45.

Oleh karena itu, untuk meminimalkan risiko dalam transaksi derivatif, maka pihak bank harus bertindak berdasarkan prinsip kehati-hatian (*prudential banking principles*). Sebagai upaya untuk mewujudkan prinsip kehati-hatian, maka perbankan Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya harus menetapi rambu-rambu kesehatan bank (*prudential standards*), antara lain :⁴⁸

1. Pembatasan usaha bank, yaitu bank hanya diperkenankan untuk melakukan kegiatan-kegiatan usaha yang dirinci dalam pasal 6 dan pasal 7 Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998;
2. Bank dilarang melakukan penyertaan modal pada perusahaan bukan bank dan bukan perusahaan di bidang keuangan;
3. Bank dilarang melakukan usaha perasuransian (pasal 10 huruf b);
4. Dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank dan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank;
5. Bank dalam memberikan kredit harus melakukan analisis kredit berdasarkan pendekatan the five C's of Credit (pasal 8 ayat (1), yakni dalam memberikan kredit, bank wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atas itikad dan kemampuan serta kesanggupan nasabah debitor untuk

⁴⁸ *Ibid.*, h. 15.

melunasi hutangnya sesuai dengan yang diperjanjikan (analisis atas unsur-unsur *character, capital, capacity, conditions dan collateral*);

6. Bank dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah harus memberhatikan Analisis Mengenai Dampak Lingkungan (AMDAL) (Penjelasan pasal 8 ayat (1));
7. Bank wajib memiliki dan menerapkan pedoman perkreditan dan pembiayaan berdasarkan prinsip syariah (pasal 8 ayat (2), yang meliputi :
 - a. pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dibuat dalam bentuk perjanjian tertulis;
 - b. bank harus memiliki keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan nasabah debitor yang antara lain diperoleh dari penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha dari nasabah debitor;
 - c. kewajiban bank untuk menyusun dan menerapkan prosedur pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah;
 - d. kewajiban bank untuk memberikan informasi yang jelas mengenai prosedur dan persyaratan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah;
 - e. larangan bank untuk memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dengan persyaratan yang berbeda kepada nasabah debitor dan atau pihak-pihak terafiliasi;
 - f. penyelesaian sengketa.

8. Bank dalam memberikan kredit wajib mematuhi Batas Maksimum Pemberian Kredit (BMPK);
9. Bank tidak boleh melampaui batas Loan to Deposit Ratio (LDR) yang telah ditetapkan oleh Bank Indonesia;
10. Bank wajib memelihara kecukupan modalnya tidak kurang dari batas Capital Adequacy Ratio (CAR) atau kewajiban penyediaan modal minimum bank yang ditetapkan oleh Bank Indonesia;
11. Bank wajib memperhatikan batas posisi netto (Net Open Position) yang ditetapkan oleh Bank Indonesia;
12. Bank wajib memperhatikan ketentuan mengenai Batas Giro Wajib Minimum;
13. Bank diwajibkan untuk mengumumkan neraca dan perhitungan laba rugi dalam waktu dan bentuk yang ditetapkan oleh Bank Indonesia (pasal 35 dan 36 Undang-Undang Perbankan).

Selain itu, rambu-rambu pelaksanaan transaksi derivatif secara administratif telah ditentukan di dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR tentang Transaksi Derivatif dan Surat Edaran Bank Indonesia Nomer 28/15/UD. Prinsip kehati-hatian dalam pengendalian risiko dalam transaksi derivatif telah ditetapkan oleh Bank Indonesia, yang dilakukan dengan cara-cara sebagai berikut :⁴⁹

⁴⁹ *Ibid.*, h. 45.

- a. bank harus mempunyai pedoman terhadap transaksi derivatif, pedoman mana haruslah terlebih dahulu mendapat persetujuan dari direksi dan komisaris bank (pengawasan ganda);
- b. penentuan batas-batas kewenangan bank dalam melakukan transaksi derivatif;
- c. kewajiban memberikan laporan berkala (mingguan) kepada Bank Indonesia.

Sedangkan pengawasan/pengendalian risiko terhadap transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah, khususnya dalam hal transaksi yang tidak diikuti oleh pergerakan dana/instrumen, dilakukan dengan batasan-batasan yuridis sebagaimana diatur di dalam pasal 9 jo pasal 10 Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tentang Transaksi Derivatif, yaitu sebagai berikut :

- a. Margin deposit, yakni deposito wajib yang akan dipergunakan khusus untuk menutupi kerugian-kerugian yang mungkin timbul dalam transaksi margin trading atau suatu deposito yang disimpan oleh nasabah pada bank yang bersangkutan di mana setiap transaksi margin yang dilakukan oleh bank tersebut untuk nasabahnya harus berbasiskan deposito tersebut, yang besarnya minimal 10 % (sepuluh persen) dari pagu transaksi derivatif harus disediakan oleh nasabah;
- b. 50 % (lima puluh persen) dari *margin deposit* merupakan besarnya *maintenance margin*, yakni batas maksimum yang dapat dipergunakan oleh bank dalam melakukan transaksi derivatif dengan berpedoman pada besarnya margin deposit yang tersedia. Jika sudah sampai pada batas maksimum tersebut, maka bank harus melakukan margin call/pemberitahuan bahwa

- perdagangan margin telah sampai pada batas maksimum sehingga margin deposit harus ditambah agar bisa melanjutkan permainan transaksi margin. Apabila setelah dilakukan margin call, margin deposit tidak juga ditambah, maka pihak dealer yang melakukan transaksi akan mengakhiri transaksi margin.
- c. manakala margin deposit telah mencapai *maintenance margin*, maka bank yang bersangkutan harus melakukan *margin call* kepada nasabah;
 - d. penghentian kegiatan transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah manakala setelah dilakukan margin call, nasabah tidak melakukan setoran tambahan selambat-lambatnya pada hari kerja berikutnya, maka transaksi derivatif harus dihentikan dengan *cut loss*, yaitu suatu tindakan menghentikan transaksi derivatif karena sudah menderita kerugian sampai kepada batas tertentu dan sudah dimintakan penambahan margin deposit tetapi tidak ditambah oleh pihak nasabah;
 - e. laporan berkala (mingguan) oleh bank kepada nasabah mengenai posisi transaksi derivatif;
 - f. laporan khusus (*insidental*) oleh bank kepada nasabah manakala posisi nasabah dianggap cukup krusial.

Jadi dalam hal ini harus diupayakan adanya keterbukaan (*full and fair disclosure*) terhadap nasabah tentang risiko yang akan terjadi dari transaksi derivatif. Selain itu, dalam rangka mengelola dan mengendalikan risiko transaksi derivatif, setiap bank wajib mempunyai fungsi pengelolaan risiko sebagaimana diatur di dalam

Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR, yang meliputi kegiatan-kegiatan sebagai berikut :⁵⁰

- a. identifikasi dan kuantifikasi risiko, yaitu kenalilah dan hitunglah secara baik terhadap risiko yang mungkin timbul dalam transaksi derivatif yang akan dilakukan ;
- b. Pembatasan risiko;
- c. Prosedur kegiatan dan sistem informasi, yang meliputi : sistem informasi harus jelas, informasi disampaikan kepada manajemen secara rutin, tepat waktu dan akurat dan informasi mencakup rekomendasi seluruh transaksi yang dilakukan, status transaksi, pengecualian-pengecualian dari persyaratan atau pelanggaran terhadap kebijaksanaan atau terhadap prosedur transaksi derivatif.
- d. Sistem pemantauan risiko, yang dilakukan melalui proses evaluasi yang meliputi : evaluasi secara rutin terhadap potensi kerugian dan keuntungan, evaluasi mengenai kepatuhan terhadap ketentuan yang telah ditetapkan, hasil evaluasi disampaikan kepada direksi.
- e. Kontrol internal dan prosedur audit yang baik dan komprehensif, dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut :
 - 1. pemeriksaan internal harus dilakukan secara berkala, minimal setahun sekali;

⁵⁰ *Ibid.*, h.48.

2. prosedur pemeriksaan internal harus dibuat secara tertulis yang minimal berisi : ketaatan kepada ketentuan yang berlaku, ketaatan terhadap kelengkapan dokumen, kebenaran, ketepatan dan keakuratan laporan, keamanan penyimpanan dokumen, serta keamanan sistem operasional;
- f. Pelaporan, dengan standar minimal harus mencakup posisi harian per currency, volume dan jenis transaksi, serta laba rugi, baik yang telah efektif maupun yang potensial.

Selain itu, dalam rangka meminimalkan risiko akibat transaksi derivatif, bank juga harus membenahi hal-hal yang berkaitan dengan :

- a. struktur organisasi, yakni :
 1. unit kerja yang melakukan transaksi derivatif harus secara jelas dan formal tercantum dalam struktur organisasi bank;
 2. bank harus memiliki sarana yang memadai dalam menunjang transaksi derivatif dan sekaligus dapat menjamin keraliasiaan, kebenaran serta keamanan transaksi.
- b. sistem akuntansi, yakni bank harus memiliki sistem akuntansi yang memadai dan mengacu pada Standar Khusus Akuntansi Perbankan Indonesia (SKAPI) dan Pedoman Akuntansi Perbankan Indonesia (PAPI).
- c. Sumber daya manusia, yakni :
 - a. bank harus menetapkan secara jelas persyaratan jabatan bagi pelaksana transaksi derivatif. Pelaksana transaksi derivatif harus mempunyai

pengetahuan operasional dan pengalaman yang memadai serta memahami ketentuan-ketentuan di bidang transaksi derivatif,

- b. bank harus menetapkan rincian tugas, wewenang dan tanggung jawab pelaksana;
- c. bank harus selalu meningkatkan kemampuan dan wawasan sumber daya manusia.

Selanjutnya ditegaskan pula di dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia, bahwa jika transaksi derivatif dilakukan untuk kepentingan nasabah, maka dalam *guideline* (pedoman operasional) harus memuat :

- (1) penjelasan kepada nasabah tentang risiko (*risk statement disclosure*);
- (2) informasi yang lengkap yang dimuat dalam kontrak dengan nasabah;
- (3) kontrak ditandatangani oleh pejabat bank yang bertanggung jawab.

Sedangkan jika transaksi derivatif dilakukan bukan untuk nasabah, melainkan untuk bank sendiri, maka harus dipenuhi hal-hal yaitu :⁵¹

1. memperhitungkan risiko (kerugian) yang timbul dengan modal bank sendiri;
2. setiap jenis derivatif harus diukur risikonya;
3. transaksi derivatif yang dilakukan oleh cabang bank harus dihitung secara independen;
4. setiap posisi derivatif harus dilakukan *mark to market* secara periodik, berkesinambungan dan akurat. *Mark to market* adalah cara perhitungan yang

⁵¹ *Ibid.*

didasarkan atas kurs pasar pada setiap akhir hari kerja bagi posisi yang masih terbuka untuk menentukan kerugian atau keuntungan;

5. bank wajib melakukan analisis situasi dan sentimen pasar untuk menghadapi segala kemungkinan yang paling buruk dari posisi transaksi derivatif yang masih terbuka. Analisis tersebut harus dapat mengkuantifikasi besarnya kerugian potensial yang dapat timbul dari transaksi derivatif;
6. pembatasan risiko harus tercermin pada batasan kerugian yang ditentukan dengan mengacu pada seberapa jauh kemampuan modal bank untuk dapat menyerap kerugian yang timbul;
7. bank wajib menghitung posisi transaksi derivatif berdasarkan mark to market secara rutin berdasarkan nilai yang berlaku di pasar;
8. apabila bank mempunyai lebih dari satu unit kerja operasional, maka bank perlu menetapkan "global limit" untuk setiap transaksi derivatif yang dilakukan.

BAB VI

KESIMPULAN DAN SARAN

1. KESIMPULAN

- (a) Sistem tanggung gugat (*liability*) bank terhadap nasabah dalam kontrak transaksi derivatif dapat didasarkan pada hubungan kontraktual maupun atas dasar perbuatan melanggar hukum (*tort*). Berdasarkan prinsip perwakilan, jika pelaksanaan transaksi derivatif mengandung unsur kesalahan, maka yang bertanggung gugat atas kerugian tersebut adalah bank sebagai badan hukum, para pengurus serta pemegang saham/pemilik bank secara bersama-sama/tanggung renteng (*joint liability*).
- (b) Transaksi derivatif sebagai transaksi yang berisiko tinggi (*high risk*), maka bank dalam melaksanakan transaksi derivatif harus didasarkan pada asas kehati-hatian (*prudential banking principles*) sebagaimana ditegaskan di dalam Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 dan Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992, serta rambu-rambu pelaksanaan transaksi derivatif sebagaimana diatur di dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR dan Surat Edaran Bank Indonesia Nomer 28/15/UD.

2. SARAN

- (a) Pengaturan tentang transaksi derivatif dan ruang lingkup tanggung gugat bank terhadap nasabah dalam transaksi derivatif seharusnya tidak hanya dituangkan dalam bentuk Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia, tetapi harus dituangkan dalam bentuk undang-undang untuk lebih menjamin kepastian hukum dalam pelaksanaan transaksi derivatif.
- (b) Pengadilan seharusnya dalam memutuskan perkara berkenaan dengan transaksi derivatif tidak hanya berpijak pada adanya pernyataan penerimaan risiko dari pihak nasabah dalam kontrak transaksi derivatif, tetapi juga harus berpijak pada bagaimana terbentuknya pernyataan risiko tersebut, apakah mengandung unsur sebagaimana tertuang di dalam pasal 1321 Burgerlijk Wetboek, ataukah mengandung unsur penyalahgunaan keadaan (tidak didasarkan atas itikad baik/*good faith*).
- (c) Dalam hal transaksi derivatif dilakukan oleh bank demi kepentingan nasabah, maka pihak nasabah dituntut untuk bertindak hati-hati sebelum penandatanganan kontrak berdasarkan atas prinsip *due diligence*.

DAFTAR PUSTAKA

- Agus Yudha Hernoko, Pengembangan Kontrak "Win-Win" di Dunia Bisnis," *Amrta*, Vol. 2, No. 1, Januari, 2000.
- Butterworths Concise, *Australian Legal Dictionary*, 2nd edition, Butterworths, Australia, 1998.
- Muchyar Yara, "Prinsip-Prinsip Sistem Perseroan Terbatas menurut Undang-Undang Nomer 1 Tahun 1995", *Hukum dan Pembangunan*, Universitas Indonesia, Jakarta, Nomer 3, Tahun XXV, Juni, 1975.
- Munir Fuady, *Hukum Perbankan Modern*, cetakan I, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Newsletter, "Menyoal Keabsahan Transaksi Derivatif", *Newsletter*, No. 37/X/Juni, 1999.
- Panggabean, Henry P, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Sebagai Alasan Baru untuk Pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda)*, Liberty, Yogyakarta, 2002.
- Rangkuti, Siti Sundari, *Hukum Lingkungan dan Kebijaksanaan Lingkungan Nasional*, edisi kedua, Airlangga University Press, Surabaya, 2000.
- Schaber, D. Gordon & D. Rohwer, Claude, *Contracts*, St. Paul Minn, 3th edition, 1990.
- Sutan Remy Sjabdoeni, "Ketentuan-Ketentuan Pokok Perbankan Indonesia", *Kumpulan Tulisan*, 2000.
- Tim BPHN, dipimpin oleh Djoko Basuki, Zulfa, "Pengkajian Hukum tentang Masalah Hukum dalam Transaksi Derivatif Perdagangan Saham", BPHN, Depkeh RI, Jakarta, 1996/1997.
- , dipimpin oleh Arie Sundari, "Penelitian Hukum tentang Aspek Hukum Pertanggungjawaban Bank terhadap Nasabah", BPHN, Depkeh RI, Jakarta, 1995.
- Trisadini Prasastinah Usanti, *Perjanjian Pembiayaan Ijarah di Lingkungan Bank Syariah*, Tesis, Program Pascasarjana, Universitas Airlangga, Surabaya, 2001.

Varia Peradilan, Majalah Hukum, Tahun XV, No. 178, Juli, 2000.

Yohanes Sogar Simamora, "Tanggung Gugat Produsen dalam Industri Real Estat", *Yuridika*, No. 2 dan 3, Tahun XII, Maret-Juni, 1997.

Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Undang-Undang Nomer 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomer 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomer 28/119/KEP/DIR tertanggal 29 Desember 1995 tentang Transaksi Derivatif.

Surat Edaran Bank Indonesia Nomer 28/15/UD, tertanggal 8 Februari 1996.

PAMERAN

-1 MAY 2004