

**BAB 2**

**PEMBATALAN PERJANJIAN TRANSAKSI DERIVATIF SERTA  
PERANAN NOTARIS DALAM MEMINIMALISASI RISIKO  
PEMBATALAN PERJANJIAN TRANSAKSI DERIVATIF**

**2.1. Transaksi Derivatif dan Dokumentasi *International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*.**

**2.1.1. Pengertian Transaksi Derivatif**

Transaksi Derivatif menurut PBI No. 7/31/2005 yang sebagian ketentuannya telah diubah oleh PBI Nomor 10/38/PBI/2008 tentang *Perubahan atas PBI No.7/31/PBI/2005 tentang Transaksi Derivatif* (PBI No.10/ 38 /PBI/2008) adalah transaksi yang didasari oleh suatu kontrak atau perjanjian pembayaran yang nilainya merupakan turunan dari nilai instrumen yang mendasari seperti suku bunga, nilai tukar, komoditi, ekuiti dan indeks, baik yang diikuti dengan pergerakan atau tanpa pergerakan dana atau instrumen, namun tidak termasuk derivatif kredit.

Derivatif berasal dari kata *derivative* yang dalam Black's Law Dictionary, *derivative* diartikan sebagai "*Volatile financial instrument whose value depends on or is derived from the performance of a secondary source such as an underlying bond, currency, or commodity. Also termed derivative instrument.*"<sup>10</sup> (Instrumen keuangan yang nilainya bergantung pada atau dialihkan pada keberadaan aset lainnya seperti harga saham, nilai tukar, atau komoditi yang mendasarinya. Dikenal juga dengan instrumen derivatif.

Menurut Jacqueline ML Low-Senior Counsel Asia International Swaps and Derivatives Association Inc. (ISDA), secara sederhana derivatif diartikan sebagai "*Contract for the shifting of risks. Value derived from the value of an underlying asset. Underlying asset can be a currency, an interest rate, a company's stock or bond, a stock or other index, a physical*

---

<sup>10</sup> Bryan A. Garner, "*Black's Law Dictionary*", 7<sup>th</sup> ed., (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), p. 454.

*commodity, any other thing that has a market price or an independently determined level and a combination of one or more of the above.*"<sup>11</sup> (Kontrak untuk mengalihkan risiko. Nilai tersebut dialihkan kepada nilai suatu aset yang mendasarinya. Aset yang mendasarinya dapat berupa nilai tukar, nilai bunga, saham perusahaan, indeks, komoditi, dan aset lainnya yang mempunyai nilai pasar atau penggabungan satu atau lebih aset di atas).

Dari literatur transaksi derivatif umumnya dikatakan sebagai transaksi yang struktur dan nilainya didasarkan/bergantung pada, dan (karenanya) eksistensi atau keberadaannya merujuk pada, aset lain atau nilai aset lain tersebut. Penyelesaian (*settlement*) dari transaksi tersebut hampir keseluruhannya dilakukan dengan pembayaran tunai atas selisih nilai (*cash-settlement*), dan tidak dengan penyerahan secara fisik (*no physical delivery*), dari aset yang mendasari transaksi tersebut (*underlying asset*). Berdasarkan pengertian tersebut, dalam artian sempit, yang termasuk transaksi derivatif adalah *futures* atau *forward* dan *option*.<sup>12</sup>

Dari definisi transaksi derivatif di atas, maka yang dimaksud dengan transaksi derivatif adalah sebagai berikut:

- a. Transaksi derivatif merupakan suatu kontrak atau perjanjian pembayaran;
- b. Nilai pembayaran berdasarkan nilai aset tertentu seperti suku bunga, nilai tukar, komoditi, ekuiti dan indeks;
- c. Adanya pengalihan risiko nilai aset tertentu tersebut kepada nilai pembayaran.

### **2.1.1. Macam-Macam Transaksi Derivatif**

Dalam artian sempit, yang termasuk transaksi derivatif adalah *futures* atau *forward* dan *option*. Ketiga macam transaksi derivatif tersebut merupakan

---

<sup>11</sup>Jacqueline Low, "Derivatif Transactions and ISDA Documentation Architecture", (Makalah disampaikan pada Seminar Hukumonline – Peradi Hitam Putih Transaksi Derivatif: Anatomi Kontrak dan Peta Sengketa, Jakarta, 12 Agustus 2009), hal. 2.

<sup>12</sup>P.D.D. Dermawan, "Transaksi Swap Dan Derivatif Bentuk Perjanjian Dan Keabsahannya", *Jurnal Hukum Bisnis Volume 9*, (1999): 46-47.

suatu kontrak antara dua pihak pembeli dan penjual yang di dalam kontraknya berbagai hal telah disepakati bersama pada waktu yang disepakati, tetapi realisasinya atau pelaksanaan hal tersebut adalah nanti pada tanggal tertentu di masa yang akan datang (dalam kurun waktu tertentu di masa yang akan datang).

*Futures* atau *forward* adalah suatu perjanjian untuk menjual atau membeli suatu jumlah aset tertentu (yang umumnya adalah komoditi atau instrumen keuangan [*financial instrument*] tertentu) dengan tingkat harga tertentu yang ditentukan sekarang untuk dilaksanakan pada suatu saat di masa depan. Perbedaan antara *futures* dengan *forward* adalah bahwa *futures* hanya diperdagangkan di bursa yang diatur oleh suatu otoritas bursa (karenanya ketentuan-ketentuan *futures* tersebut adalah baku [*standard terms*]), sedangkan *forward* diperdagangkan di luar bursa, atau lebih sering kita dengan sebagai transaksi *Over-The-Counter* atau OTC (karenanya ketentuan-ketentuan *forward* tersebut biasanya merupakan hasil negosiasi antara para pihak). *Futures* juga umumnya hanya atas benda berwujud dan penyelesaian transaksi dilakukan melalui penyerahan secara fisik (kecuali *futures* yang berdasarkan indeks, di mana penyelesaian transaksinya dilakukan melalui pembayaran tunai), sedangkan *forward* dapat atas benda berwujud ataupun benda tak berwujud [*“intangible asset”*] dan penyelesaian transaksi selalu dilakukan melalui pembayaran tunai.<sup>13</sup>

Selain itu, sebagai kesepakatan pribadi antara dua pihak, *forward contracts* diatur secara khusus untuk memenuhi kebutuhan masing-masing pihak. Oleh karena sifatnya privat dalam arti bergantung pada pribadi kedua belah pihak. *Future contracts* berbeda dari *forward contracts*. *Futures contracts* sudah berstandar baku, sudah disekurisasi dan diperdagangkan di pasar tertentu, di tengah-tengah masyarakat. Kontrak tidak dilakukan secara pribadi oleh dua pihak, tetapi dilakukan melalui bursa yang terorganisir.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>*Ibid.*

<sup>14</sup>Hinsa Siahaan, *Seluk-Beluk Perdagangan Instrumen Derivatif Opsi Saham Call dan Put, Rights, Warrants, Convertible Bonds, Swap Tingkat Bunga, Indeks, dan Swap Valuta Asing*, cet.1, (Jakarta: Gramedia Jakarta, 2008), hal. 135.

*Option* adalah suatu pilihan yang merupakan suatu hak, dan bukan kewajiban untuk menjual (*put*) atau membeli (*call*) suatu benda berwujud ataupun benda tak berwujud yang diberikan dengan imbalan tertentu (umumnya dalam bentuk pembayaran premi).<sup>15</sup> Menurut Jacqueline ML Low-Senior Counsel Asia International Swaps and Derivatives Association Inc. (ISDA), *option buyer has the right (but not the obligation) to buy or sell a specified amount of an underlying asset at a specified price on a specified date. Option seller or writer, on the other hand, must buy or sell.*

- a. **Call** option buyer has the right to **buy**.
- b. **Put** option buyer has the right to **sell**.
- c. **Long** an option – **bought** an option.
- d. **Short** an option – **sold** an option.<sup>16</sup>

Pembeli opsi mempunyai hak (dan bukan kewajiban) untuk membeli atau menjual jumlah tertentu dari suatu aset yang mendasarinya pada harga dan tanggal tertentu.

- a. Penjual opsi sebaliknya harus membeli atau menjual.
- b. Pembeli opsi *call* mempunyai hak untuk membeli.
- c. Pembeli opsi *put* mempunyai hak untuk menjual.
- d. Memanjangkan opsi-membeli opsi
- e. Memendekkan opsi-menjual opsi.

Dengan kata lain, pembeli *call* atau pemilik *call* memiliki hak membeli aktiva tertentu pada harga tertentu pada tanggal tertentu di masa yang akan datang. Sebaliknya pembeli *put* atau pemilik *put* memiliki hak menjual aktiva tertentu pada harga tertentu pada tanggal tertentu di masa yang akan datang.<sup>17</sup>

Untuk menguraikan macam-macam transaksi derivatif tidak dapat dipisahkan dari aktiva yang menjadi induk atau aset yang mendasari transaksi derivatif yang bersangkutan. Aset tersebut dapat berupa benda berwujud, (seperti misalnya komoditi, logam berharga) ataupun benda tak berwujud,

<sup>15</sup>Dermawan, *loc.cit.*, hal. 47.

<sup>16</sup>Low, *op.cit.*, hal. 3.

<sup>17</sup>Siahaan, *op.cit.*, hal. 13.

(seperti hak untuk menerima pembayaran yang timbul dari sekuritas yang bersifat ekuitas maupun yang bersifat hutang). Yang terakhir ini umumnya disebut “*financial assets*”. Dalam tulisan ini, penulis spesifik akan membahas mengenai transaksi derivatif yang diperdagangkan di luar bursa atau OTC dengan mata uang sebagai aset yang mendasarinya. Mata uang di sini juga khusus untuk mata uang rupiah (Rp) dengan dolar AS (US\$).

### **2.1.2. Manfaat dan Risiko Transaksi Derivatif**

#### **a. Risiko Transaksi Derivatif**

Tidak diragukan lagi transaksi derivatif bermanfaat dalam aktivitas dunia bisnis, khususnya untuk keperluan lindung nilai yang mengurangi risiko. Risiko yang dihadapi tidak terbatas pada risiko kurs, tetapi juga meliputi risiko pergerakan harga komoditi, tingkat suku bunga, harga saham, serta risiko saling berhubungan antar berbagai risiko tersebut satu sama lain. Adanya instrumen derivatif memungkinkan berbagai partisipan (“*the end users*”) untuk melindungi nilai aktiva yang dimilikinya dari risiko kerugian akibat kemerosotan nilai hanya sampai pada batas toleransi yang diinginkannya atau direncanakannya. Instrumen derivatif memungkinkan para investor atau *hedger* memilah-milah risiko.<sup>18</sup> Risiko-risiko yang dapat ditemui dalam transaksi derivatif adalah sebagai berikut:

- 1) Risiko kredit, disebabkan karena nasabah gagal menyelesaikan kewajibannya;
- 2) Risiko penyelesaian (*settlement risk*);
- 3) Risiko pasar, timbul sebagai akibat dari menguat/melemahnya suatu mata uang atau naik/turunnya suatu tingkat suku bunga;
- 4) Kemungkinan saldo *Margin Deposit* dapat menjadi nihil dan bahkan negatif sehingga Bank dapat meminta nasabah untuk menambah

---

<sup>18</sup>*Ibid.*, hal.9.

*Margin Deposit* apabila nasabah akan melanjutkan atau menutup transaksi *Margin Trading*.<sup>19</sup>

b. Manfaat Transaksi Derivatif

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya, selain untuk keperluan lindung nilai transaksi derivatif mempunyai manfaat lainnya yakni sebagai berikut:<sup>20</sup>

- 1) Alih risiko (*risk transfer*). Dimungkinkannya pengalihan risiko (atau harga) dari suatu posisi keuangan, dan sekaligus lindung nilai terhadap berbagai risiko yang mungkin timbul dari fluktuasi harga (termasuk nilai tukar maupun tingkat suku bunga), misalnya kontrak berjangka (*futures* dan *forwards*), opsi (*option*), nilai tukar devisa dan/atau tingkat suku bunga (*currency and/or interest rate swaps*), termasuk pula kecenderungan sekarang ini pinjaman/tagihan yang dapat diperdagangkan (*tradeable loans*), sekuritisasi (*securitization*) dan derivatif kredit (*credit derivatives*);
- 2) Peningkatan likuiditas (*liquidity enhancement*). Dimungkinkannya peningkatan likuiditas atau perdagangan (*negotiability*) suatu produk finansial, misalnya efek yang dijual dengan disertai opsi untuk menjual (*put option*), berkembangnya pasar sekunder untuk perdagangan instrumen yang telah disekuritisasi;
- 3) Pelahiran kredit (*credit generation*). Dimungkinkannya perluasan penyediaan kredit, misalnya dengan memobilisasi aset tidur (tidak dimanfaatkan atau *dormant*) untuk mendukung suatu pinjaman dalam suatu transaksi *asset back securities* (efek beragun aset), dan/atau

---

<sup>19</sup>Rita Mirasari, “*Manfaat dan Risiko Transaksi Derivatif*”, (Makalah disampaikan pada Seminar Hukumonline – Peradi Hitam Putih Transaksi Derivatif: Anatomi Kontrak dan Peta Sengketa, Jakarta, 12 Agustus 2009), hal. 1.

<sup>20</sup>Arie Armand dan Tony Budidjaja, “*Anatomi Kontrak dan Peta Sengketa Transaksi Derivatif Perbankan: Pandangan Bank Indonesia Praktisi Hukum, dan Praktisi Perbankan*”, (Makalah disampaikan pada Seminar Hukumonline – Peradi Hitam Putih Transaksi Derivatif: Anatomi Kontrak dan Peta Sengketa, Jakarta, 12 Agustus 2009), hal. 1.

pemanfaatan penyediaan kredit yang sebelumnya tidak tersentuh dalam penerbitan sekuritas di pasar (uang) yang dalam keadaan normal tidak disentuh oleh emiten karena ia tidak menginginkan atau tidak dapat menggunakan mata uang ataupun jenis pembiayaan yang tersedia di pasar tersebut, misalnya dengan menggunakan tukar-menukar mata uang dan/atau tingkat suku bunga (*currency and/or interest rate swaps*);

- 4) Pelahiran ekuitas (*equity generation*). Dimungkinkannya perluasan pembiayaan melalui penerbitan efek yang bersifat ekuitas di pasar modal yang dalam keadaan normal tidak disentuh atau tidak tersentuh oleh emiten, misalnya dengan pengeluaran tanda penerimaan penyimpanan/Amerika (*Global Depository Receipts* atau *American Depository Receipts*).

Khusus mengenai transaksi derivatif yang diperdagangkan di luar bursa dengan mata uang sebagai aset yang mendasarinya (mata uang rupiah dengan dolar AS) atau lebih dikenal dengan transaksi mata uang/transaksi valas, terdapat beberapa manfaat yakni:<sup>21</sup>

- 1) *Additional market outlet* (menambah jalan masuk ke pasar);
- 2) *Balance trading strategies* (meningkatkan perdagangan strategis);
- 3) *Arbitrage possibilities* (kemungkinan membeli dan menjual aktiva yang sama secara simultan, pada saat yang sama, tetapi di dua pasar yang berbeda, untuk mendapatkan profit tanpa risiko [*riskless profit*]);
- 4) *Does not tie-up credit lines* (tidak mempengaruhi fasilitas kredit yang telah diperoleh);
- 5) *Settlements in one dollar account* (penyelesaian cukup dengan biaya kecil);
- 6) *Leverage* (kemungkinan melipatgandakan kapasitas keuangan);

---

<sup>21</sup>Siahaan, *op.cit.*, hal.141-142.

- 7) *Access to large pool of information* (akses kepada kumpulan informasi dalam jumlah besar);
- 8) *Not subject to capital adequacy constraints* (tidak membatasi/mengurangi tingkat kecukupan modal wajib);
- 9) *Cash market transactions in credit exposure to each and every counterparty* (pengaruhnya terhadap risiko kredit kedua belah pihak tidak sebesar pada transaksi tunai);
- 10) *Futures transactions are netted, and the Clearinghouse of the Exchange stands behind the trades* (*Clearinghouse* dan Bursa mendukung penyelesaian transaksi berjangka); dan
- 11) *Result: credit exposure is dramatically reduced* (bahaya risiko kredit berkurang secara dramatis).

Dari hal-hal di atas, terdapat tiga tujuan utama penggunaan transaksi kontrak berjangka. Tiga tujuan tersebut adalah untuk mendapatkan keuntungan dari spekulasi, untuk lindung nilai aktiva atau portofolio dari kemerosotan nilai karena perubahan harga, dan mendapatkan keuntungan tanpa risiko dengan cara arbitrase atau membeli dan menjual aktiva yang sama di dua pasar berbeda secara simultan.

### **2.1.3. Dokumentasi ISDA**

Pada permulaan tahun 1980-an perkembangan transaksi *swap* atau kemudian transaksi derivatif terhambat, karena tidak adanya istilah-istilah dan ketentuan-ketentuan yang secara umum dipahami semua pihak yang terlibat. Sampai kemudian pada permulaan tahun 1985, para pialang (*dealers*) yang banyak terlibat dalam transaksi *swap* mendirikan *International Swap Dealers Association, Inc. (ISDA)* yang bermarkas besar di New York.

ISDA kemudian menerbitkan '*Code of Standard Wording, Assumption and Provisions for Swap*', atau lebih dikenal sebagai *Swaps Code* (edisi pertama tahun 1985 dan edisi kedua tahun 1986). Tahun 1987, ISDA mengeluarkan format perjanjian baku pertama untuk '*Interest Rate and*



*Currency Exchange Agreement*’ dan *‘Interest Rate Swap Agreement*’ (yang terakhir hanya untuk dolar Amerika) dan juga 1987 *‘Interest Rate and Currency Exchange Definitions*’.

Ternyata format perjanjian baku ini pun masih membutuhkan negosiasi yang lama di antara para pihak untuk menyetujuinya, sementara itu mulai berkembang dan menjadi makin populer transaksi *Caps, Floors, Collars* dan *Option*, karenanya ISDA kemudian menerbitkan *‘Addendum to Schedule to Interest Rate Swap Agreement re. Interest Rate Caps, Collar and Floors*’ (pada bulan Mei 1989) dan *‘Addendum to Schedule to Interest Rate Swap Agreement re. Option*’ (pada bulan Juli 1989). ISDA kemudian juga mengeluarkan *‘1991 ISDA Definitions*’ (pada tahun 1991, yang antara lain, menggantikan Addenda tersebut di atas) dan *‘1992 ISDA FX and Currency Options Definitions*’ (pada tahun 1992).

Pada tahun 1992, ISDA mengeluarkan format perjanjian baku yang disebut *ISDA Master Agreement* dengan dua versi, satu untuk transaksi *swap* dengan beberapa mata uang dan bersifat lintas batas (*multicurrency-cross border*) dan satu untuk transaksi *swap* dengan mata uang lokal untuk satu yuridiksi (*local currency-single jurisdiction*). Format perjanjian baku *‘1992 ISDA Master Agreement*’ untuk (*multicurrency- cross border*) inilah yang paling populer di Indonesia.

Untuk memudahkan penggunaan format perjanjian baku tersebut, ISDA menerbitkan *‘User’s Guide to the 1992 ISDA Master Agreement*’ pada tahun 1993. Pada tahun yang sama, sesuai dengan perkembangan transaksi *swap* dan transaksi derivatif, ISDA yang semula adalah *International Swap Dealers Association Inc.*, berganti nama menjadi *‘International Swap and Derivatives Association. Inc.’*. Pada tahun yang sama ISDA menerbitkan *‘ISDA Commodity Derivatives Definitions*’.<sup>22</sup> Setelah itu, pada Januari 2003, ISDA menerbitkan *2002 ISDA Master Agreement* dan *The 2002 ISDA Equity*

---

<sup>22</sup>Dermawan, *loc.cit.*, hal. 48.

*Derivatives Definition*.<sup>23</sup> Ada sejumlah perubahan dibuat untuk menyesuaikan dengan perkembangan pasar, teknologi, kasus hukum dan peraturan. Perubahan ini juga dipengaruhi pengalaman akibat kesulitan pasar.<sup>24</sup>

Dokumentasi transaksi *swap* dan juga transaksi derivatif umumnya berdasarkan pendekatan *single agreement* (satu perjanjian) dalam bentuk satu perjanjian induk (*Master Agreement*) berikut lampiran (*Schedule to the Master Agreement*) yang kemudian dilengkapi oleh suatu dokumen untuk setiap transaksi yang dilakukan, yang disebut konfirmasi (*Confirmation*) yang memuat rincian mengenai transaksi tersebut. Karenanya batang tubuh *ISDA Master Agreement* menyebutkan bahwa semua transaksi yang dilakukan oleh para pihak berdasarkan kesadaran/kepercayaan bahwa *ISDA Master Agreement* dan semua *Confirmation* mengenai setiap transaksi tersebut merupakan satu perjanjian (*single agreement*). Jadi bentuk perjanjian suatu transaksi *swap* dan transaksi derivatif yang umumnya berlaku adalah *ISDA Master Agreement*, *Schedule to the Master Agreement*, dan *Confirmation*.

a. *2002 ISDA Master Agreement* (perjanjian induk)

Sesuai dengan namanya *ISDA Master Agreement* adalah perjanjian yang merupakan induk dari perjanjian-perjanjian yang akan menyusul kemudian. Oleh karenanya untuk efisiensi waktu dan biaya, perjanjian induk ditandatangani hanya satu kali. Perjanjian induk berisi syarat dan kondisi penting yang lazim dan harus ada dalam transaksi derivatif.

Perjanjian induk yang dikenal dengan *2002 ISDA Master Agreement* dibuat dengan alasan sebagai berikut:<sup>25</sup>

- 1) *To set out the legal rights and obligations of each party, particularly when things go wrong* (menyebutkan hak dan kewajiban masing-masing pihak);

<sup>23</sup><<http://www.encyclopedia.com/doc/1G1-96231769.html>>, diakses pada 6 April 2010.

<sup>24</sup>Francis Edwards, Jacqueline Low, dan Jeanne Ong, "*The 2002 ISDA Master Agreement*", (Makalah disampaikan pada Understanding The ISDA Master Agreements Conference, Jakarta, 2 April 2009), hal. 2.

<sup>25</sup>Jaqueline, *op.cit.*, hal.21.

- 2) *More crucial to have an agreement for derivative transactions than for loans as:*
  - a) *Being able to terminate derivative transactions quickly can make a critical difference to the amount of exposure the firm has to the counterparty (unlike a loan, where the principal amount outstanding cannot change) (transaksi derivatif dapat dihentikan secara cepat sehingga membuat perbedaan berarti bagi besarnya jumlah yang harus ditanggung pihak lainnya);*
  - b) *The manner in which the close-out amount is to be determined has to be set out (adanya close-out amount yang harus ditentukan);*
  - c) *The ability to set-off positive and negative values on the closed-out derivative transactions has to be set out (nilai perjumpaan utang positif atau negatif harus ditentukan dalam transaksi derivatif).*
- 3) *Standard market practice:* (adanya standarisasi dalam praktek di pasar)
  - a) *The parties' legal relationship is set out in a Master Agreement and it will usually take some time to agree to the terms (hubungan hukum para pihak ditentukan dalam perjanjian induk, dan biasanya memerlukan waktu untuk terjadi kesepakatan terhadap ketentuannya);*
  - b) *The economic terms of each trade are set out in a Confirmation and best market practice is to have the Confirmation agreed preferably on trade date (ketentuan komersial dari masing-masing perdagangan/transaksi ditentukan dalam konfirmasi dan praktek yang terbaik adalah adanya kesepakatan mengenai konfirmasi tersebut pada tanggal perdagangan).*

Format perjanjian baku 2002 *ISDA Master Agreement* terdiri dari batang tubuh yang memuat segala ketentuan-ketentuan baku dan terdiri dari 14 pasal. Batang tubuh *ISDA Master Agreement* memuat ketentuan-ketentuan sebagai berikut:<sup>26</sup>

- 1) Pembayaran sehubungan dengan setiap transaksi yang dilakukan (termasuk di dalamnya syarat bahwa pembayaran tidak dilakukan kepada pihak yang melanggar perjanjian [wanprestasi], ketentuan mengenai pembayaran bunga prestasi dan perlakuan atas pemotongan pajak atas pembayaran tersebut);

---

<sup>26</sup>Dermawan, *loc. cit.*, hal.48-49.

- 2) Representasi/pernyataan mengenai (i) status, kewenangan bertindak dan otorisasi dari para pihak, (ii) tidak adanya kejadian kelalaian ataupun perkara (litigasi) yang mempengaruhi *ISDA Master Agreement* pada saat dimulainya transaksi, (iii) akurasi dari informasi yang diberikan, dan (iv) akurasi dan kebenaran dari pernyataan-pernyataan mengenai status pajak dari para pihak;
- 3) Pernyataan kesanggupan para pihak untuk melaksanakan hal-hal tertentu selama perjanjian berlangsung (seperti untuk menyampaikan informasi yang diminta dan untuk mematuhi ketentuan hukum, khususnya perpajakan yang berlaku);
- 4) Kejadian kelalaian (*events of default*) dan kejadian pengakhiran (*termination events*), yang pertama memberikan hak kepada pihak yang tidak lalai (*nondefaulting party*) dan yang kedua memberikan hak kepada pihak yang tertimpa atau terpengaruh kejadian pengakhiran tersebut (*affected party*), untuk mengakhiri perjanjian;
- 5) Penyelesaian kewajiban para pihak dalam hal terjadi pengakhiran perjanjian;
- 6) Larangan bagi para pihak untuk mengalihkan hak dan/atau kewajibannya berdasarkan perjanjian atau tanpa persetujuan terlebih dahulu dari pihak lainnya (dan pengecualian terhadap larangan tersebut);
- 7) Mata uang yang diperjanjikan untuk digunakan dalam transaksi atau dalam hal dijatuhkannya putusan (*contractual currency*);
- 8) Hal-hal lain yang umumnya terdapat dalam suatu perjanjian seperti misalnya cara-cara penyampaian pemberitahuan, pilihan hukum dan pilihan yuridiksi.

Batang tubuh *ISDA Master Agreement* juga memuat definisi dari istilah-istilah yang digunakan dalam *ISDA Master Agreement*.

Sedangkan, Jacqueline ML *Low-Senior Counsel Asia International Swaps and Derivatives Association Inc.* (ISDA) membagi *ISDA Master Agreement* dalam 3 (tiga) bagian yakni sebagai berikut:<sup>27</sup>

- 1) *Sunny Side*, terdiri dari:
  - a) *Single agreement* (satu kesatuan perjanjian);
  - b) *Inconsistency* (inkonsistensi);
  - c) *Payments, deliveries and payment netting* (pembayaran, penyerahan dan *payment netting*);
  - d) *Tax* (pajak);
  - e) *Representations* (pernyataan-pernyataan);
  - f) *Agreements* (kesepakatan).
- 2) *Dark Side*, terdiri dari:
  - a) *Events of Default* (kejadian lalai);
  - b) *Termination Events* (kejadian pengakhiran);
  - c) *Designating an Early Termination Date* (perencanaan tanggal pengakhiran dini);
  - d) *Close-out netting*:
    - *Valuation* (penilaian/penghitungan);
    - *Aggregation* (penjumlahan);
    - *Payment* (pembayaran).
- 3) *Back Side*, terdiri dari:
  - a) *Legal boiler plate* (ketentuan hukum umum);
  - b) *Transfer* (pengalihan);
  - c) *Notices* (pemberitahuan-pemberitahuan);
  - d) *Multi-branch* (multi cabang);
  - e) *Governing Law and Jurisdiction* (hukum yang berlaku dan yuridiksi).

Untuk penjelasan lebih lanjut, berikut klausula-klausula dari *ISDA Master Agreement*:

---

<sup>27</sup>Jacqueline, *op.cit.*, hal. 27-29.

1) Klausula *Interpretation* (pasal 1)

Klausula ini terdiri dari 3 (tiga) sub klausula yakni (i) *Definitions* (yang nanti akan disebutkan pada pasal 14), (ii) *Inconsistency* yang mengatur apabila terdapat perbedaan (inkonsistensi) antara ketentuan *Master Agreement* dengan *Schedule*, maka yang akan digunakan adalah *Schedule*. Selain itu, apabila terdapat perbedaan (inkonsistensi) antara ketentuan *Schedule* dengan *Confirmation*, maka yang akan digunakan adalah *Confirmation*. (iii) *Single agreement*, mengatur bahwa *Master Agreement*, *Schedule* dan *Confirmation* adalah satu kesatuan perjanjian.

2) Klausula *Obligation* (pasal 2)

Klausula ini terdiri dari 4 (empat) sub klausula yakni (i) ketentuan umum (*general condition*), (ii) perubahan rekening (*account*), (iii) metode pembayaran pada tanggal dan kurs mata uang yang sama menjadi satu kali pembayaran (*netting of payment*), (iv) pengurangan pajak tidak berlaku dalam semua pembayaran di perjanjian ini kecuali ditentukan dalam peraturan yang berlaku (*deduction or withholding for tax*).

3) Klausula *Representation* (pasal 3)

Klausula ini terdiri dari 7 (tujuh) sub klausula yakni (i) pernyataan dasar (*basic representation*) yang mencakup status, kewenangan bertindak dan otorisasi dari para pihak, (ii) tidak adanya kejadian kelalaian (*absence of certain events*) (iii) tidak adanya perkara (litigasi) yang mempengaruhi *ISDA Master Agreement* pada saat dimulainya transaksi (*absence of litigation*), (iv) akurasi dari informasi yang diberikan (*accuracy of specified information*), (v) akurasi dan kebenaran dari pernyataan-pernyataan mengenai status pajak dari pembayar pajak (*payer tax representation*), (vi) dan yang harus dibayar (*payee tax representation*) serta (vii) bukan sebagai agen (*no agency*);

4) Klausula *Agreements* (pasal 4)

Klausula ini terdiri dari 5 (lima) sub klausula. Klausula ini pada dasarnya mengatur mengenai kesepakatan antara para pihak untuk (i) melengkapi informasi tertentu (*furnish specified information*), (ii) memelihara hubungan dengan pemerintah yang berwenang demi kelangsungan perjanjian (*maintain authorizations*), (iii) menaati peraturan perundang-undangan yang berlaku (*comply with laws*), (iv) memberi pernyataan berkaitan dengan pajak (*tax agreement*) dan (v) membayar bea materai (*payment of stamp tax*).

5) Klausula *Events of Default and Termination Events* (pasal 5)

Klausula ini mengenai kelalaian/wanprestasi dan kejadian pengakhiran. Klausula ini terdiri dari 5 (lima) sub klausula :

a) Kelalaian/wanprestasi (*event of default*). Sub klausula kelalaian ini mengatur yang dimaksud kejadian kelalaian adalah:

- Kegagalan pembayaran atau penyerahan (*failure to pay or deliver*);
- Pelanggaran dan/atau pembatalan perjanjian (*breach of agreement; repudiation of agreement*) dimana salah satu pihak tidak menaati atau tidak melakukan kewajiban dalam perjanjian;
- Kegagalan untuk mendapatkan kredit (*credit support default*);
- Penyampaian pernyataan yang keliru (*misrepresentation*);
- Kegagalan dalam transaksi tertentu yang tidak berdasarkan *ISDA Master Agreement* (*default under specified transactions*);
- Kegagalan salah satu pihak kepada pihak ketiga di luar perjanjian dimana diantara mereka terdapat perjanjian tersendiri (*cross-default*);
- Salah satu pihak dinyatakan pailit (*bankruptcy*);
- Perusahaan yang melakukan penggabungan tidak menerima kewajiban dalam perjanjian ini (*merger without assumption*).

- b) Kejadian Pengakhiran (*termination events*). Adanya pengakhiran transaksi jika:
- Transaksi menjadi illegal/melawan hukum berdasarkan peraturan yang berlaku (*illegality*);
  - Adanya keadaan memaksa (*force majeure event*);
  - Pembayaran pajak terjadi karena perubahan peraturan pajak atau terdapat pihak lain yang menginisiasi pihak yang terpengaruh dalam perjanjian untuk membayar pajak (*tax event*);
  - Timbulnya kewajiban pajak disebabkan penggabungan (*tax event upon merger*);
  - Timbulnya kejadian kredit akibat penggabungan (*credit event upon merger*);
  - Kejadian pengakhiran tambahan yang akan ditentukan dalam *Schedule* dan *Confirmation* (*additional termination event*).
- c) Hirarki kejadian (*hierarchy of events*)
- d) Penundaan pembayaran penyerahan dalam masa penundaan (*deferral of payments and deliveries during waiting period*)
- e) Ketidaksanggupan kantor pusat melaksanakan kewajiban kantor cabang (*inability of head or home office to perform obligations of branch*).
- 6) Klausula *Early Termination; Close Out Netting* (pasal 6)
- Klausula ini mengatur mengenai pengakhiran dini. Klausula ini terdiri dari 6 (enam) sub klausula yakni (i) hak mengakhiri transaksi oleh pihak yang tidak lalai kepada pihak yang lalai disebabkan kelalaian/wanprestasi (*right to terminate following event of default*), (ii) hak mengakhiri transaksi oleh pihak yang terpengaruh atau tertimpa kepada pihak yang tidak terpengaruh atau tidak tertimpa kejadian pengakhiran (*right to terminate following termination event*), (iii) penentuan keberlakuan (*effect of designation*), (iv)



perhitungan dan tanggal pembayaran (*calculations; payment date*),  
 (v) pembayaran jika terjadi pengakhiran dini (*payments on early termination*), disebabkan:

- a) Kelalaian/wanprestasi: Total pembayaran dalam rangka terjadinya pengakhiran awal yakni *close out amount* + (total yang belum dibayarkan pihak yang tidak lalai – total yang belum dibayarkan pihak yang lalai). *Close out amount* adalah jumlah yang diambil dari kuotasi pasar;
- b) Kejadian pengakhiran apabila salah satu pihak yang terpengaruh atau tertimpa maka perhitungannya sama dengan total pembayaran jika terjadi kelalaian. Jika terdapat 2 (dua) pihak yang terpengaruh atau tertimpa maka  $\frac{1}{2}$  dari *close out amount* + (total yang belum dibayarkan pihak yang jumlah hutangnya lebih besar – total yang belum dibayarkan pihak yang jumlah hutangnya lebih kecil);

Dan sub klausula terakhir adalah (vi) perjumpaan utang/kompensasi (*set-off*).

7) Klausula *Transfer* (pasal 7)

Klausula ini mengatur mengenai larangan bagi para pihak untuk mengalihkan hak dan/atau kewajibannya berdasarkan perjanjian atau tanpa persetujuan terlebih dahulu dari pihak lainnya berikut pengecualian terhadap larangan tersebut.

8) Klausula *Contractual Currency* (pasal 8)

Klausula ini mengatur mengenai mata uang yang diperjanjikan untuk digunakan dalam transaksi atau dalam hal dijatuhkannya putusan. Klausula ini terdiri dari 4 (empat) sub klausula yakni (i) pembayaran dengan mata uang yang telah disepakati (*payment in the contractual currency*), (ii) pembayaran dengan mata uang yang ditetapkan berdasarkan putusan pengadilan (*judgements*), (iii) indemnitas/ganti

kerugian yang terpisah (*separate indemnities*) dan (iv) bukti kerugian (*evidence of loss*).

9) Klausula *Miscellaneous* (pasal 9)

Klausula ini pada dasar mengenai ketentuan lain-lain. Klausula ini terdiri dari 8 (delapan) sub klausula yaitu (i) keseluruhan perjanjian (*entire agreement*), (ii) perubahan (*amendments*), (iii) kewajiban para pihak dalam hal pengakhiran transaksi (*survival of obligations*), (iv) upaya perbaikan yang kumulatif (*remedies cumulative*), (v) jumlah asli perjanjian dan konfirmasi (*counterparts and confirmations*), (vi) tidak melaksanakan suatu hak tidak dianggap sebagai pengenyampingan atas hak tersebut (*no waiver of rights*), (vii) judul dalam perjanjian (*headings*), (viii) perhitungan bunga dan penggantian kerugian dalam hal adanya pengakhiran awal (*interest and compensation*).

10) Klausula *Offices; Multibranch Parties* (pasal 10)

Klausula ini pada dasarnya mengatur mengenai alamat kantor para pihak. Alamat kantor yang tertera dalam lampiran harus sama dengan yang tertera dalam konfirmasi terkait. Perubahan alamat kantor salah satu pihak harus didahului dengan pemberitahuan tertulis kepada pihak lainnya.

11) Klausula *Expenses* (pasal 11)

Klausula ini pada dasarnya mengatur bahwa pihak yang lalai akan menanggung semua pengeluaran pihak lainnya (yang tidak lalai) dalam hal melindungi haknya termasuk tapi tidak terbatas pada biaya jasa hukum, biaya eksekusi dan biaya materai.

12) Klausula *Notices* (pasal 12)

Klausula ini pada dasarnya mengatur mengenai cara-cara penyampaian pemberitahuan. Dalam klausula ini terdapat 2 (dua) sub klausula yakni (i) efektivitas (*effectiveness*) dan (ii) perubahan

pada alamat, nomor, dan surel yang digunakan untuk korespondensi (*change of details*).

13) Klausula *Governing Law and Jurisdiction* (pasal 13)

Seperti halnya perjanjian pada umumnya, dalam perjanjian ini terdapat klausula mengenai pilihan hukum dan pilihan yuridiksi. Klausula ini terdiri dari 4 (empat) sub klausula yakni (i) pilihan hukum (*governing law*), (ii) pilihan yuridiksi (*jurisdiction*), (iii) penunjukan agen untuk somasi (*service of process*) dan (iv) pengenyampingan dari imunitas (*waiver of immunities*).

14) Klausula *Definitions* (pasal 14)

Klausula ini pada dasarnya berisikan seluruh definisi/pengertian kalimat yang terdapat dalam perjanjian.

b. *Schedule to the Master Agreement* (lampiran)

*Schedule to the Master Agreement* atau lampiran merupakan bagian yang menyatu dan tidak terpisahkan (integral dan *inseparable*) dari *ISDA Master Agreement*. *Schedule to the Master Agreement* ini harus dilengkapi oleh para pihak sebab tanpa *Schedule* ini, *ISDA Master Agreement* sebagai suatu perjanjian tidak dapat berjalan. Format baku *Schedule to the Master Agreement* ini memuat pilihan-pilihan yang wajib ataupun yang dapat dibuatkan para pihak. Bisa juga berisi ketentuan-ketentuan yang dapat ditambahkan oleh para pihak untuk melengkapi maupun mengesampingkan ketentuan-ketentuan umum yang terdapat dalam *ISDA Master Agreement*. Jadi apabila terdapat hal-hal yang perlu diubah atau ditambah dalam *Master Agreement* maka hal-hal tersebut dimasukkan dalam *Schedule to the Master Agreement* atau lampiran dari perjanjian induk.

*Schedule to the Master Agreement* terdiri dari 5 (lima) bagian. Bagian 1 adalah mengenai ketentuan-ketentuan pengakhiran (*termination provision*), dimana para pihak harus memilih untuk menerapkan ataupun tidak menerapkan ketentuan-ketentuan tertentu dalam *ISDA Master Agreement* (yaitu ketentuan *Section 5(a)(v)-Default under Specified Transactions*,

*Section 5(a)(vi)-Cross Default, Section 5(a)(vii)-Bankruptcy, Section 5(b)(iv)-Credit Event Upon Merger*), dan memilih penerapannya terhadap entitas atau badan hukum yang mana (*Specified Entity*). Ketentuan-ketentuan dalam Bagian 1 ini umumnya disebut sebagai *credit-related provisions* karena menyangkut kredibilitas dari pihak yang bersangkutan.

Bagian 2 memuat daftar dari mana masing-masing pihak dapat memilih pernyataan-pernyataan mengenai keadaan/status perpajakan mereka (*tax representation*) baik sebagai pihak pembayar (*payer representations*) maupun pihak penerima pembayaran (*payee representations*).

Bagian 3 memuat persetujuan suatu pihak untuk menyerahkan suatu dokumen (*Agreement to Deliver Documents*), baik dokumen yang berkaitan dengan pajak maupun dokumen lainnya, yang salah satu pihak ataupun kedua belah pihak akan meminta penyerahannya dari pihak lain dan penunjukan apakah dokumen tersebut juga termasuk atau tunduk pada pernyataan mengenai akurasi dan kebenaran informasi (sebagaimana termuat dalam *Section 3(d) ISDA Master Agreement*).

Bagian 4 memuat rincian hal-hal umum (*miscellaneous*) yang ada dalam suatu perjanjian. Misalnya alamat untuk penyampaian berbagai pemberitahuan (*address for notices*) dan pilihan hukum (*governing law*) yaitu apakah hukum Inggris atau hukum negara bagian New York, Amerika Serikat.<sup>28</sup> Menurut Sudargo Gautama, hukum yang dipilih oleh para pihak menentukan kaidah-kaidah memaksa manakah yang berlaku.<sup>29</sup> Oleh karena itu, pengaturan pilihan hukum dalam suatu perjanjian merupakan hal yang penting. Alasannya sebagai berikut:

- 1) Alasan bersifat falsafah. Pilihan hukum diperhatikan sebagai sesuatu yang menentukan jalannya hukum;<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup>Dermawan, *loc.cit.*, hal.49.

<sup>29</sup>S.Gautama, "Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia", cet.5, (Bandung: Binacipta, 1987), hal. 170.

<sup>30</sup>*Ibid.*, hal. 183.

- 2) Alasan bersifat praktis. Pilihan hukum adalah cocok sekali untuk mengetahui hukum mana yang paling berguna dan bermanfaat. Hal ini tentunya para pihak sendiri yang dapat menentukan sebaik-baiknya;<sup>31</sup>
- 3) Alasan kepastian hukum. Dengan adanya pilihan hukum ini maka akan ada kepastian hukum (*rechtszekerheid*), jika para pihak dari permulaan hubungan mereka sudah dapat memastikan hukum mana yang akan berlaku untuk kontrak itu;<sup>32</sup>
- 4) Alasan kebutuhan hubungan lalu lintas internasional. Pilihan hukum memenuhi suatu kebutuhan riil dalam hubungan lalu lintas internasional. Jika tidak dipenuhi kewajiban oleh salah satu pihak, para pihak mengetahui akibat-akibat hukum yang akan timbul dari perjanjian.<sup>33</sup>

Akhirnya, Bagian 5 dapat digunakan untuk memuat ketentuan-ketentuan lain (*other provisions*) yang ditambahkan para pihak untuk melengkapi atau mengesampingkan ketentuan-ketentuan umum yang terdapat dalam *ISDA Master Agreement*.<sup>34</sup>

c. *Confirmation* (konfirmasi)<sup>35</sup>

Jika *ISDA Master Agreement* berikut *Schedule to the Master Agreement* berisikan ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur hubungan/perikatan hukum para pihak, maka konfirmasi berisikan ketentuan-ketentuan komersial atau bisnis (ekonomi) dari setiap transaksi *swap* ataupun transaksi derivatif yang dilakukan oleh dan di antara para pihak. Ketentuan-ketentuan tersebut merupakan esensi dari transaksi *swap* ataupun transaksi derivatif yang bersangkutan, seperti:

---

<sup>31</sup>*Ibid.*

<sup>32</sup>*Ibid.*, hal. 184.

<sup>33</sup>*Ibid.*, hal. 184-185.

<sup>34</sup>Dermawan, *loc.cit.*, hal. 49.

<sup>35</sup>Dermawan, *loc.cit.*, hal. 49-50.

- 1) *Notional Amount/Calculation Amount* (jumlah kalkulasi) yaitu jumlah yang disetujui oleh para pihak untuk digunakan sebagai acuan dalam menghitung kewajiban pembayaran para pihak;
- 2) *Term* (periode) yaitu periode yang dimulai sejak *effective date* (tanggal efektif, yaitu tanggal/hari pertama periode transaksi) dan berakhir pada *termination date* (tanggal pengakhiran, yaitu tanggal/hari terakhir periode transaksi);
- 3) *Trade date* (tanggal perdagangan) yaitu tanggal pada saat mana para pihak masuk dalam transaksi *swap* ataupun transaksi derivatif (masuk dalam suatu transaksi berarti para pihak setuju/sepakat atas ketentuan-ketentuan komersial atau bisnis (ekonomi) dari transaksi yang bersangkutan, persetujuan/kesepakatan mana kemudian dituangkan dalam konfirmasi yang ditandatangani oleh para pihak. Persetujuan/kesepakatan tersebut dapat, dan memang umumnya, dicapai melalui percakapan langsung, telepon atau sistem pengiriman pesan elektronik lainnya (*other electronic messaging system*).

Konfirmasi dilakukan dalam bentuk suatu atau beberapa dokumen yang dipertukarkan di antara para pihak, yang mengkonfirmasikan semua ketentuan komersial atau bisnis (ekonomi) dari transaksi *swap* ataupun transaksi derivatif yang bersangkutan yang telah disetujui/disepakati para pihak.

Mengingat bentuk perjanjian transaksi *swap* ataupun transaksi derivatif ini terdiri dari tiga bagian yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan, maka *section 1(b) ISDA Master Agreement* secara tegas mengatur mengenai hal dimana terjadi inkonsistensi (*inconsistency*) di antara ketiga bagian dokumentasi transaksi *swap* ataupun transaksi derivatif, yaitu:

- 1) Jika terjadi perbedaan antara ketentuan *ISDA Master Agreement* dengan ketentuan *Schedule to the Master Agreement*, maka yang berlaku adalah ketentuan dalam *Schedule to the Master Agreement*;

- 2) Jika terjadi perbedaan antara ketentuan *ISDA Master Agreement* termasuk *Schedule to the Master Agreement* dengan ketentuan *Confirmation* maka yang berlaku adalah ketentuan dalam *Confirmation* sehubungan dengan transaksi yang bersangkutan.

Mengingat isi dari dokumentasi yang telah dipersiapkan oleh ISDA tersebut cukup rumit dan tidak mudah untuk dipahami oleh nasabah bank maka bank-bank di Indonesia umumnya berimprovisasi dengan melakukan modifikasi atas perjanjian baku ISDA tersebut. Improvisasi tersebut dilakukan dengan melakukan penyederhanaan atas bentuk dan isi perjanjian baku ISDA. Di samping penyederhanaan atas isi perjanjian baku ISDA, ada bank-bank yang sekaligus mencantumkan bahwa pilihan hukum jatuh pada hukum Indonesia dan pemilihan pengadilan pun dijatuhkan terhadap salah satu pengadilan di Indonesia. Dengan dipilihnya hukum Indonesia maka kaidah memaksa yang akan berlaku adalah kaidah hukum Indonesia. Pembahasan dalam tulisan ini dilakukan dalam konteks perjanjian-perjanjian atas transaksi derivatif yang memilih hukum Indonesia sebagai hukum yang berlaku dan mengatur atas isi perjanjian transaksi derivatif tersebut serta memilih pengadilan di Indonesia sebagai pengadilan yang berwenang untuk mengadili sengketa yang timbul dari perjanjian transaksi derivatif tersebut.<sup>36</sup> Walaupun perjanjian transaksi derivatif yang digunakan oleh bank-bank di Indonesia telah dimodifikasi dan disederhanakan namun prinsip dan karakteristik transaksi derivatif tetap sama.

---

<sup>36</sup>Wawancara dengan Bapak Mustika Kuwera, *Senior Vice President Legal The Hongkong Shanghai Bank Corporation* pada 12 Mei 2010.

## 2.2 Perjanjian dan Syarat Sah Perjanjian Menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

### 2.2.1. Perjanjian Secara Umum

Perjanjian, menurut rumusan pasal 1313 KUHPerdata, didefinisikan sebagai:<sup>37</sup>

*“Suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap orang lain atau lebih.”*

Menurut Prof. Subekti, S.H., suatu perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.<sup>38</sup> Kedua rumusan tersebut menyiratkan bahwa sesungguhnya dari suatu perjanjian lahirlah kewajiban atau prestasi dari satu atau lebih orang (pihak) kepada satu atau lebih orang (pihak) lainnya, yang berhak atas prestasi tersebut. Rumusan tersebut memberikan konsekuensi hukum bahwa dalam suatu perjanjian akan selalu dua pihak, dimana satu pihak adalah pihak yang wajib berprestasi (debitur) dan pihak lainnya adalah pihak yang berhak atas prestasi tersebut (kreditur). Masing-masing pihak tersebut dapat terdiri dari satu atau lebih orang, bahkan dengan berkembangnya ilmu hukum, pihak tersebut dapat juga terdiri dari satu atau lebih badan hukum.

Pasal 1314 KUHPerdata lebih jauh menyatakan bahwa atas prestasi yang wajib dilakukan oleh debitur dalam perjanjian tersebut, debitur yang berkewajiban tersebut dapat meminta dilakukannya, kontra prestasi dari lawan pihaknya tersebut. Ini berarti, pada dasarnya perjanjian dapat melahirkan perikatan yang bersifat sepihak (dimana hanya satu pihak yang wajib berprestasi) dan perikatan yang bertimbal balik (dengan kedua belah pihak saling berprestasi). Berdasarkan hal tersebut maka transaksi derivatif didasari oleh suatu perjanjian yang bertimbal balik karena, baik bank maupun nasabah, keduanya berkewajiban untuk memenuhi prestasi tertentu.

<sup>37</sup>Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, *op.cit.*, Ps. 1313.

<sup>38</sup>Subekti(b), *“Hukum Perjanjian”*, cet.19, (Jakarta: Intermasa, 2002), hal.1.



### 2.2.2. Syarat Sah Perjanjian

Menurut pasal 1320 KUHPdata, untuk sahnya perjanjian diperlukan empat syarat yaitu:<sup>39</sup>

- a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya. Sepakat tersebut mencakup pengertian tidak saja untuk mengikatkan diri tetapi juga sepakat untuk mendapatkan prestasi. Dalam perjanjian timbal balik, masing-masing pihak tidak saja mempunyai kewajiban, tetapi juga berhak atas prestasi yang telah diperjanjikan.<sup>40</sup> Menurut pasal 1321 KUHPdata, kesepakatan tidak sah apabila terdapat kekhilafan, paksaan ataupun penipuan. Kesepakatan merupakan perjumpaan atau kehendak dari para pihak. Kehendak tersebut terejewantahkan dalam pernyataan-pernyataan yang disampaikan oleh kedua belah pihak.<sup>41</sup> Pada umumnya pernyataan yang diberikan seseorang adalah sesuai dengan kehendak. Namun juga terbuka kemungkinan ada ketidaksesuaian antara kehendak dan pernyataan. Ini terjadi dalam tiga hal yaitu:

- 1) Pernyataan (sebenarnya) tidak diinginkan, dapat disebabkan beberapa hal yakni:
  - a) *Vis absoluta* atau paksaan. Paksaan dapat terjadi karena paksaan secara fisik ataupun psikis;
  - b) Gangguan kejiwaan;
  - c) Terlepas bicara atau salah menulis;
  - d) Keliru dalam menyampaikan berita;
  - e) Menandatangani suatu surat/akta yang tidak dimengerti/diketahui isinya. Di dalam kehidupan sehari-hari sering kali perjanjian dilakukan dengan model baku/standar. Perjanjian baku atau perjanjian standar seringkali ditandatangani tanpa dibaca atau diketahui isi keseluruhannya oleh penanda tangan. Walaupun

<sup>39</sup>Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, *op.cit.*, Ps. 1320.

<sup>40</sup> Herlien Budiono, "Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan", cet. 1, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009), hal.73.

<sup>41</sup>*Ibid.*, hal.75

pihak-pihak menandatangani akta yang tidak dibaca atau diketahui isinya, baik sebagian maupun seluruhnya, telah berkehendak dan sadar telah “menundukkan dirinya” atas isi akta dan akta tersebut berlaku bagi dirinya. Di sini dikatakan telah terjadi “penundukan atas kehendak sendiri secara umum” (*algemene wilsonderwerping*). Dalam hal ini dianggap tidak terjadi diskrepansi antara kehendak dan pernyataan; orang menghendaki apa yang dinyatakannya. Hampir selalu perjanjian baku/standar ditandatangani tanpa dibaca terlebih dahulu atau diketahui isinya. Namun kenyataannya, telah ditandatanganinya akta perjanjian baku menimbulkan kepercayaan pada pihak lawan bahwa penandatanganan betul mengetahui serta menghendaki apa yang telah dinyatakannya dengan ditandatangani aktanya.<sup>42</sup>

- 2) Pernyataan betul diinginkan, tetapi tidak dalam arti sebagaimana diterima (ditafsirkan) pihak lawan, dapat disebabkan beberapa hal, yakni:<sup>43</sup>
  - a) Pernyataan tidak cukup jelas atau disalahartikan;
  - b) Pernyataan diterima oleh orang yang berbeda dari yang dituju.
- 3) Pernyataan diinginkan sesuai dengan yang dimaksud oleh pihak lawan, tetapi akibat hukumnya tidak diinginkan, dapat disebabkan beberapa hal yakni:<sup>44</sup>
  - a) Maksud yang ditahan (*reservatio mentalis*);
  - b) Senda gurau yang tidak diketahui pihak lawan;
  - c) Perbuatan pura-pura (simulasi)

---

<sup>42</sup>*Ibid.*, hal 82-83

<sup>43</sup>*Ibid.*, hal. 84

<sup>44</sup>*Ibid.*, hal.85

- b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan. Pada dasarnya setiap orang cakap untuk membuat suatu perikatan. Ketentuan pasal 1329 KUHPerdato menyatakan hal serupa yakni:

*”Setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan, terkecuali ia oleh undang-undang dinyatakan tidak cakap”*

Menurut pasal 1330 KUHPerdato orang-orang yang tidak cakap secara hukum antara lain orang yang belum dewasa, mereka yang di bawah pengampuan, perempuan yang terikat perkawinan. Namun sejak adanya Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1963 tentang *Gagasan Menganggap Burgerlijk Wetboek Tidak Sebagai Undang-Undang* maka perempuan yang terikat perkawinan cakap melakukan perbuatan hukum sendiri;<sup>45</sup>

- c. Suatu hal tertentu, artinya apa yang diperjanjikan dalam suatu perjanjian, haruslah suatu hal atau suatu barang yang cukup jelas atau tertentu. Syarat ini perlu, untuk dapat menetapkan kewajiban si berhutang, jika terjadi perselisihan. Barang yang dimaksudkan dalam perjanjian, paling sedikit harus ditentukan jenisnya.<sup>46</sup> Dasar hukumnya adalah pasal 1332 sampai dengan 1334 KUHPerdato;
- d. Suatu sebab yang halal. Ketentuan pasal 1335 KUHPerdato menyatakan sebagai berikut:

*“Suatu perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena suatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan (hukum). Dengan kata lain, batal demi hukum.”*

<sup>45</sup>Indonesia (c), *Undang-Undang Tentang Perkawinan*, UU No. 1, LN No. 12 Tahun 1975, TLN No.301, Ps. 31 ayat (1) jo. ayat (2).

<sup>46</sup>Subekti (a), *op.cit.*, hal. 136.

Sebab yang palsu dapat terjadi jika suatu sebab yang tidak sesuai dengan keadaan sebenarnya atau sebab yang disimulasikan. Kemungkinan juga telah terjadi kekeliruan terhadap sebabnya. Dengan demikian yang penting adalah bukan apa yang dinyatakan sebagai sebab, melainkan apa yang menjadi sebab yang sebenarnya. Suatu perjanjian dilakukan dengan sebab yang dilarang jika sebab bertentangan, baik dengan norma-norma dari hukum yang tertulis maupun yang tidak tertulis.<sup>47</sup> Berkenaan dengan ini, ketentuan pasal 1337 KUHPerdara menyatakan suatu sebab adalah terlarang jika melanggar undang-undang, kesusilaan baik dan ketertiban umum. Dasar hukum pasal 1335 sampai dengan pasal 1337 KUHPerdara.

Keempat syarat sah perjanjian tersebut dapat dibedakan menjadi syarat subjektif (sepakat dan kecakapan) dan syarat objektif (suatu hal tertentu dan sebab yang halal). Jika salah satu syarat subjektif tidak dipenuhi maka salah satu pihak mempunyai hak untuk meminta perjanjian dibatalkan oleh hakim.<sup>48</sup> Perjanjian tersebut tetap mengikat para pihak selama tidak dibatalkan oleh hakim, atas permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan.<sup>49</sup> Jika salah satu syarat objektif tidak dipenuhi maka perjanjian batal demi hukum. Artinya, dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan. Tujuan para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut untuk melahirkan suatu perikatan hukum adalah gagal. Dengan demikian, maka tiada dasar untuk saling menuntut di depan hakim.<sup>50</sup>

### 2.2.3. Prestasi dan Wanprestasi

Sebagaimana disebutkan sebelumnya bahwa dari suatu perjanjian lahirlah prestasi dari satu atau lebih orang (pihak) kepada satu atau lebih orang (pihak)

<sup>47</sup>Budiono, *op.cit.*, hal. 111.

<sup>48</sup>Subekti (b), *op.cit.*, hal. 20.

<sup>49</sup>Marianna Sutadi, "Kontrak Berbahasa Asing? Menurut Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009", (Makalah yang disampaikan pada Seminar Hukumonline Pembatalan Kontrak Berbahasa Asing, Jakarta, 16 Desember 2009), hal. 7.

<sup>50</sup>Subekti (b), *op.cit.*, hal. 20.

lainnya. Untuk itu jika salah satu pihak (debitur) tidak memenuhi prestasinya kepada pihak yang lain (kreditur) maka debitur tersebut dapat dikatakan wanprestasi. Pasal 1236 KUHPerdara mengatakan:

*“Si berhutang adalah wajib untuk memberikan biaya, rugi dan bunga kepada si berpiutang, apabila ia telah membawa dirinya dalam keadaan tidak mampu untuk menyerahkan bendanya atau telah tidak merawat sepatutnya guna menyelamatkannya”.*

Ketentuan ini sebenarnya merupakan konsekuensi lebih lanjut dari pasal 1235 KUHPerdara yang berbicara tentang kewajiban debitur pada perikatan untuk memberikan sesuatu, sehingga kalau kita menafsirkan pasal tersebut kita harus menghubungkannya dengan pasal 1235 itu. Pasal 1236 mengatur tentang akibat dari tidak dipenuhinya kewajiban debitur seperti yang ditentukan dalam pasal sebelumnya, kalau sampai terjadi ada kerugian bagi kreditur.<sup>51</sup> Dengan tidak dipenuhi kewajiban dan/atau prestasinya maka debitur dianggap melakukan kesalahan. Kesalahan di sini adalah terjemahan dari kata *schuld* yang dalam arti luas meliputi kesengajaan (*opzet*) dan kelalaian (*onachtzaamheid*).<sup>52</sup>

a. Kesengajaan

Dalam hal ada kesengajaan, maka timbulnya kerugian memang dikehendaki, bahwa di sini orang melakukan suatu tindakan atau mengambil sikap yang menimbulkan kerugian, memang diniati dan dikehendaki.<sup>53</sup> Pada prinsipnya orang bertanggung jawab atas kerugian yang timbul karena salahnya (pasal 1365 dan 1366). Bahkan orang bertanggung jawab atas kerugian yang timbul karena kesalahan orang bawahannya (lihat pasal 1391) dan orang yang menjadi tanggung jawabnya (pasal 1367).<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup>J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Pada Umumnya*, cet.3., (Bandung: PT Alumni, 1999), hal. 89.

<sup>52</sup>*Ibid.*

<sup>53</sup>*Ibid.*, hal.95.

<sup>54</sup>*Ibid.*, hal. 96.

b. Kelalaian

Salah satu kemungkinan dimana salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya adalah karena ia lalai. Dalam hukum, kelalaian merupakan faktor yang membawa akibat hukum yang penting.<sup>55</sup> Seseorang dikatakan lalai apabila ia tidak memenuhi kewajibannya atau terlambat memenuhinya atau memenuhinya tetapi tidak seperti yang telah diperjanjikan.<sup>56</sup> Lantas kapan seseorang dapat dikatakan telah lalai?

1) Pada perikatan murni (tanpa ketentuan waktu)

Pada dasarnya saat pelaksanaan prestasi itu harus tertentu atau dapat ditentukan, sebab kalau waktu itu tidak tertentu atau dapat dibuat tidak tertentu oleh debitur, maka kapan bisa dikatakan debitur wanprestasi? Kalau tidak dapat ditentukan maka hal itu sama dengan bahwa perikatan-perikatan itu setiap kali bisa dibatalkan oleh debitur. Karenanya kreditur harus diberikan kesempatan untuk menetapkan waktu pemenuhan prestasi, kalau sebelumnya tidak telah ditentukan dalam perjanjian yang bersangkutan. Jadi di sini pada prinsipnya, sebelum kreditur menetapkan kapan prestasi harus diserahkan, maka debitur setiap saat boleh berprestasi atau tinggal diam sampai ada pemberitahuan dari kreditur.

2) Pada perikatan dengan ketetapan waktu

Pada perikatan dengan ketetapan waktu pada umumnya orang berpendapat, bahwa perikatan itu sudah lahir/ada pada saat perjanjian yang melahirkannya ditutup, hanya daya kerjanya saja yang ditunda. Dalam hal di dalam suatu perjanjian telah ditetapkan suatu batas waktu, yang dimaksudkan sebagai batas akhir (*verbal termijn*), maka lewatnya waktu itu saja sudah menjadikan debitur wanprestasi. Adanya maksud untuk menganggap ketentuan waktu sebagai batas

---

<sup>55</sup>*Ibid.*, hal. 100.

<sup>56</sup>Subekti (b), *op.cit.*, hal. 147.

akhir, dapat ditafsirkan dari adanya janji denda untuk setiap hari keterlambatan prestasi, dihitung dari batas waktu yang ditentukan dalam perjanjian. Kalau kreditur menuntut debitur agar ia memenuhi kewajiban prestasinya, maka kreditur menuntut debitur berdasarkan perikatan yang ada antara mereka. Karena dasar tuntutan adalah perikatan yang ada antara mereka. Karena dasar tuntutan adalah perikatan yang sudah ada antara mereka, maka untuk menuntut pemenuhan perikatan, kreditur tidak perlu untuk mendahuluinya dengan suatu somasi.<sup>57</sup> Namun dalam hal perikatan tersebut timbul dari suatu perjanjian timbal balik sehingga pada kedua belah pihak ada kewajiban prestasi dari yang satu kepada yang lain maka sebelum kreditur dapat menuntut debitur atas dasar wanprestasi harus dipenuhi syarat lebih dahulu, yaitu kreditur sendiri harus memenuhi kewajibannya terhadap lawan janjinya.<sup>58</sup>

Menurut Prof. Subekti, yang dapat dituntut dari seorang debitur yang lalai adalah sebagai berikut:<sup>59</sup>

- 1) Pertama, ia (kreditur) dapat meminta pelaksanaan perjanjian, meskipun pelaksanaan ini sudah terlambat;
- 2) Kedua, ia dapat meminta penggantian kerugian saja, yaitu kerugian yang dideritanya, karena perjanjian tidak atau terlambat dilaksanakan, atau dilaksanakan tetapi tidak sebagaimana mestinya;
- 3) Ketiga, ia dapat menuntut pelaksanaan perjanjian disertai dengan penggantian kerugian yang diderita olehnya sebagai akibat terlambatnya pelaksanaan perjanjian;
- 4) Keempat, dalam hal suatu perjanjian yang meletakkan kewajiban timbal balik, kelalaian satu pihak memberikan hak kepada pihak yang lain untuk meminta kepada hakim supaya perjanjian dibatalkan, disertai dengan permintaan penggantian kerugian. Hak ini diberikan

---

<sup>57</sup>Satrio, *op.cit.*, hal. 133.

<sup>58</sup>*Ibid.*, hal.134.

<sup>59</sup>Subekti (a), *op.cit.*, hal. 147-148.

oleh pasal 1266 KUHPerdara yang menentukan bahwa setiap perjanjian bilateral selalu dianggap telah dibuat dengan syarat, bahwa kelalaian salah satu pihak akan mengakibatkan pembatalan perjanjian. Pembatalan tersebut harus dimintakan kepada hakim. Dalam hubungan ini, telah dipersoalkan apakah perjanjian itu sudah batal karena kelalaian pihak debitur ataukah harus dibatalkan oleh hakim. Menurut pendapat yang paling banyak dianut, bukanlah kelalaian debitur yang menyebabkan batal tetapi putusan hakim yang membatalkan perjanjian, sehingga putusan itu bersifat *constitutief* dan tidak *declaratoir*. Malahan hakim mempunyai suatu kekuasaan *discretionir*. Artinya ia berwenang untuk menilai wanprestasi debitur. Apabila kelalaian itu dianggap terlalu kecil, hakim berwenang untuk menolak pembatalan perjanjian meskipun ganti rugi yang diminta harus diluluskan. Tentu saja kedua pihak yang berkontrak dapat juga mengadakan ketentuan bahwa pembatalan ini tidak usah diucapkan oleh hakim, sehingga perjanjian dengan sendirinya akan hapus manakala salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya.

#### 2.2.4. Asas-Asas Umum dalam Perjanjian

##### a. Asas kebebasan berkontrak

Salah satu asas dalam hukum kontrak adalah asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*). Artinya para pihak bebas membuat dan mengatur sendiri isi kontrak tersebut, sepanjang memenuhi ketentuan sebagai berikut:

- 1) Memenuhi syarat sebagai suatu kontrak, dan
- 2) Tidak dilarang oleh undang-undang, dan
- 3) Sesuai dengan kebiasaan yang berlaku, dan
- 4) Sepanjang kontrak tersebut dilaksanakan dengan itikad baik.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup>Munir Fuady, “*Hukum Kontrak Sebagai Parsial dari Hukum Perikatan*”, cet.2, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 29.



Secara umum, kalangan ilmuwan hukum menghubungkan dan memperlakukan ketentuan sebagaimana diatur dalam pasal 1320 KUHPerdara jo. pasal 1338 (1) KUHPerdara tersebut sebagai asas kebebasan berkontrak dalam hukum perjanjian.

b. Asas konsensualitas

Asas konsensualitas merupakan pengejawantahan dari sistem terbuka Buku III KUHPerdara. Hukum perjanjian memberikan kesempatan seluas-luasnya kepada para pihak untuk membuat perjanjian yang akan mengikat mereka sebagai undang-undang, selama dan sepanjang dapat dicapai kesepakatan oleh para pihak. Suatu kesepakatan lisan di antara para pihak telah mengikat para pihak yang bersepakat secara lisan tersebut. Oleh karena ketentuan umum mengenai kesepakatan lisan diatur dalam pasal 1320 KUHPerdara, maka rumusan pasal 1320 KUHPerdara dianggap sebagai dasar asas konsensualitas dalam hukum perjanjian.<sup>61</sup>

c. Asas personalia

Selain kebebasan berkontrak dan konsensualitas, masih ada asas yang merupakan dasar dari hukum perjanjian, yaitu asas personalia. Asas personalia merujuk pada sifat perseorangan Buku III KUHPerdara.

Asas personalia ini dapat kita temui dalam rumusan pasal 1315 KUHPerdara yang dipertegas lagi oleh ketentuan pasal 1340 KUHPerdara. Dari kedua rumusan tersebut dapat kita ketahui bahwa pada dasarnya perjanjian hanya akan melahirkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban di antara para pihak yang membuatnya. Pada dasarnya seseorang tidak dapat mengakibatkan dirinya untuk kepentingan maupun kerugian pihak ketiga, kecuali dalam hal terjadinya peristiwa penanggungan. Ini berarti perjanjian

---

<sup>61</sup>*Ibid.*, hal. 83.

yang dibuat oleh para pihak tersebut demi hukum hanya akan mengikat para pihak yang membuatnya.<sup>62</sup>

d. Asas itikad baik

Asas itikad baik ini dapat kita temukan dalam rumusan pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara. Ketentuan ini pada dasarnya merupakan penegasan lebih lanjut dari suatu perjanjian yang telah dibuat secara sah. Terpenuhinya syarat sahnya perjanjian tidak begitu saja menghilangkan hak dari salah satu pihak dalam perjanjian untuk tetap meminta pembatalan dalam hal perjanjian telah dilaksanakan tidak dengan itikad baik oleh pihak lainnya dalam perjanjian.<sup>63</sup>

### 2.3. Peraturan Bank Indonesia Terkait dengan Transaksi Derivatif

Dalam penulisan tesis ini, penulis fokus pada transaksi derivatif di luar bursa dimana aset turunannya adalah mata uang (rupiah dengan dolar AS). Berdasarkan hal itu, maka transaksi derivatif semacam itu diatur oleh Bank Indonesia melalui Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia, Peraturan Bank Indonesia (PBI), dan Surat Edaran Bank Indonesia (SEBI).

#### 2.3.1. PBI No. 7/31/PBI/2005 tentang *Transaksi Derivatif* (PBI No. 7/31/PBI/2005)

Sebelum PBI No. 7/31/PBI/2005 ini dikeluarkan, definisi transaksi derivatif terdapat dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No. 28/119/KEP/DIR tanggal 29 Desember 1995 yakni sebagai berikut:

*"Suatu kontrak atau perjanjian pembayaran yang nilainya merupakan turunan dari nilai instrumen yang mendasari seperti suku bunga, nilai tukar, komoditi, ekuiti, dan indeks yang diikuti dengan pergerakan atau tanpa pergerakan dana/instrumen"*

---

<sup>62</sup>*Ibid.*

<sup>63</sup>*Ibid.*, hal. 84.

Namun sejak 13 September 2005, peraturan yang mengatur mengenai transaksi derivatif adalah PBI No. 7/31/PBI/2005. Dengan PBI tersebut dilakukanlah pembatasan dimana derivatif hanya boleh terhadap valas dengan valas dan tidak boleh *margin trading*. PBI ini juga memberikan definisi atas istilah transaksi derivatif. Berdasarkan pasal 1 ayat (2), maka transaksi derivatif adalah transaksi yang didasari oleh suatu kontrak pembayaran yang nilainya merupakan turunan dari nilai instrumen yang mendasari seperti suku bunga, nilai tukar, komoditi, ekuiti, dan indeks, baik dengan pergerakan atau tanpa pergerakan dana (*notional*). Tidak termasuk derivatif kredit (*credit derivatif*).

*Margin trading* berdasarkan pasal 1 ayat (3) adalah transaksi derivatif tanpa pergerakan dana pokok (*notional amount*), sehingga yang bergerak hanya margin yang merupakan hasil perhitungan *notional amount* dengan selisih kurs dan atau selisih suku bunga, baik dengan atau tanpa margin deposit.

Dalam PBI No. 7/31/PBI/2005 diatur bahwa bank dapat melakukan transaksi derivatif baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah. Lebih lanjut dalam pasal 7 diatur bahwa bank hanya dapat melakukan transaksi derivatif yang nilainya merupakan turunan dari valuta asing dan atau suku bunga, seperti :

- a. Valuta Asing seperti *forward, swap, option, currency futures*, dan *today – tomorrow synthesis* ;
- b. Suku Bunga seperti *Interest Rate Swap (IRS), Interest Rate Option, Forward Rate Agreement (FRA)* dan *Interest Rate Futures*.

Selain itu, dalam PBI No. 7/31/PBI/2005 diatur pula mengenai pelarangan bank terkait dengan transaksi derivatif yaitu:

- a. Bank dilarang memelihara posisi transaksi derivatif yang dilakukan oleh pihak terkait dengan bank (pasal 5). Dianggap memelihara posisi atas transaksi derivatif yang dilakukan pihak terkait dengan bank, yaitu apabila bank tidak meneruskan (*pass-on*) transaksi derivatif tersebut pada waktu dan jumlah yang sama secara simultan kepada bank lain

yang bukan pihak terkait. Definisi pihak terkait mengacu kepada ketentuan pasal 1 huruf 8 Peraturan Bank Indonesia Nomor 11/13/PBI/2009 tentang *Batas Maksimum Pemberian Kredit Bank Perkreditan Rakyat*, yaitu: perseorangan atau perusahaan yang memiliki hubungan pengendalian dengan bank, langsung maupun tidak langsung, melalui hubungan kepemilikan, kepengurusan, dan atau keuangan, namun tidak termasuk kantor pusat dan kantor cabang lainnya dari kantor cabang bank asing di Indonesia;

- b. Bank dilarang memberikan fasilitas kredit dan atau cerukan untuk keperluan transaksi derivatif, termasuk untuk pemenuhan *margin deposit* (pasal 6). Hal ini disebabkan kredit ditujukan untuk sektor riil.
- c. Bank dilarang melakukan *margin trading* valuta asing terhadap rupiah baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah dan melakukan transaksi derivatif di luar transaksi (pasal 7 ayat (3)).
- d. Bank dilarang melakukan transaksi derivatif baru dalam hal kerugian bank atas transaksi derivatif lebih dari 10% dari modal bank (pasal 8 ayat (3)). Termasuk pelarangan meskipun transaksi derivatif tersebut dimaksudkan untuk mengurangi kerugian.

Dalam PBI No. 7/31/PBI/2005, diatur pula mengenai kewajiban Bank dalam rangka transaksi derivatif yakni:

- a. Transaksi derivatif wajib dilakukan *mark to market* (pasal 2 ayat (2)). *Mark to market* adalah cara perhitungan yang didasarkan atas kurs pasar yang telah disepakati pada setiap akhir hari kerja secara konsisten bagi posisi terbuka untuk menentukan kerugian atau keuntungan (pasal 1 ayat (9));
- b. Bank wajib memberikan penjelasan secara lengkap kepada nasabah yang akan melakukan transaksi derivatif, meliputi *credit risk*, *settlement risk*, *market risk*, kemungkinan *margin deposit* menjadi nihil (pasal 4);

c. Transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah wajib berdasarkan kontrak. Kontrak sebagaimana dimaksud pada ayat (3) wajib mencakup paling sedikit:

- 1) Pagu transaksi derivatif;
- 2) *Base currency* yang digunakan;
- 3) Jenis valuta atau instrumen yang dipertukarkan;
- 4) Penyelesaian transaksi derivatif;
- 5) Pembukuan laba atau rugi transaksi derivatif yang dilakukan;
- 6) Pencatatan atas posisi laba atau rugi;
- 7) Metode atau cara transaksi derivatif;
- 8) Besarnya komisi;
- 9) Penggunaan kurs konversi;
- 10) Advis dan konfirmasi transaksi derivatif;
- 11) Kerahasiaan; dan
- 12) Domisili dan hukum yang berlaku.

**2.3.2. PBI No. 10/ 38 /PBI/2008 tentang Perubahan Atas PBI No.7/31/PBI/2005 tentang Transaksi Derivatif (PBI No.10/ 38 /PBI/2008)**

Penyempurnaan PBI No. 7/31/PBI/2005 dengan PBI No.10/ 38 /PBI/2008 dilatarbelakangi oleh beberapa hal, namun salah satunya adalah bahwa pengaturan yang terkait dengan upaya stabilisasi nilai tukar (pelarangan transaksi *margin trading* valuta asing terhadap rupiah, pelarangan pemberian kredit dan/atau cerukan/*overdraft* untuk transaksi derivatif) diatur tersendiri dalam ketentuan Bank Indonesia mengenai transaksi valuta asing terhadap rupiah.

Pasal 6 PBI No. 7/31/PBI/2005 menyatakan bahwa bank dilarang memberikan fasilitas kredit dan atau cerukan (*overdraft*) untuk keperluan transaksi derivatif kepada nasabah termasuk pemenuhan *margin deposit* dalam rangka transaksi *margin trading*. Dalam PBI No. 7/31/PBI/2005, pasal 6

tersebut dihapus dan diatur lebih lanjut dalam PBI No.10/37/PBI/2008. Selain itu, pasal 7 PBI No. 7/31/PBI/2005 diubah menjadi:

- a. Bank hanya dapat melakukan transaksi derivatif yang merupakan turunan dari nilai tukar, suku bunga, dan/atau gabungan nilai tukar dan suku bunga;
- b. Transaksi di atas diperkenankan sepanjang bukan merupakan *structured product* yang terkait dengan transaksi valuta asing terhadap rupiah.

Sedangkan ayat (3) pasal 7 PBI No. 7/31/PBI/2005 mengenai pelarangan *margin trading* valas terhadap rupiah dihapus, dan diatur lebih lanjut dalam PBI No.10/37/PBI/2008.

### **2.3.3. PBI No.10/37/PBI/2008 tentang *Transaksi Valuta Asing Terhadap Rupiah* (PBI No.10/37/PBI/2008)**

Latar belakang PBI ini dikeluarkan adalah untuk (i) pengembangan pasar valuta asing domestik yang maju dan sehat, dalam rangka mencapai stabilitas nilai rupiah, serta mendukung kegiatan perekonomian secara keseluruhan, (ii) Bank Indonesia perlu melakukan penyempurnaan peraturan yang terkait dengan aktivitas transaksi valuta asing di pasar domestik dengan pendekatan yang strategis dan komprehensif, dan (iii) sejalan dengan upaya meminimalkan transaksi valuta asing terhadap rupiah yang bersifat spekulatif namun tetap mendukung aktivitas di sektor rill.<sup>64</sup> Dalam PBI ini terdapat beberapa definisi yang penting untuk diketahui yakni:

- a. Transaksi valuta asing terhadap rupiah adalah transaksi jual beli valuta asing terhadap rupiah dalam bentuk :
  - 1) Transaksi *spot*, termasuk transaksi yang dilakukan dengan valuta *today* dan/atau valuta *tomorrow*;

---

<sup>64</sup> Agus Santoso, “*Sosialisasi Penyempurnaan PBI No. 7/31/PBI/2005 Tentang Transaksi Derivatif*”, (Makalah disampaikan pada Seminar Hukumonline – Peradi Hitam Putih Transaksi Derivatif: Anatomi Kontrak dan Peta Sengketa, Jakarta, 12 Agustus 2009), hal.4.

- 2) Transaksi derivatif valuta asing terhadap rupiah yang standar (*plain vanilla*) dalam bentuk *forward*, *swap*, *option*, dan transaksi lainnya yang dapat dipersamakan dengan itu;
- b. Cerukan adalah saldo negatif pada rekening giro Nasabah yang tidak dapat dibayar lunas pada akhir hari.

Dalam pasal 2 dan pasal 3 PBI No. 10/37/PBI/2008 terdapat pengaturan mengenai transaksi bahwa bank dapat melakukan transaksi valuta asing terhadap rupiah dan/atau terhadap valuta asing lainnya untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah atas dasar suatu kontrak. Dalam melakukan transaksi valuta asing terhadap rupiah tersebut, bank wajib memiliki pedoman internal secara tertulis. Sedangkan untuk melakukan transaksi valuta asing terhadap rupiah dengan nasabah bukan bank, bank wajib menggunakan kuotasi harga (kurs) valuta asing terhadap rupiah yang ditetapkan oleh bank.

Selain itu, dalam PBI ini juga diatur mengenai kewajiban pengembalian dana pokok secara penuh dimana transaksi valuta asing terhadap rupiah wajib diselesaikan dengan pemindahan dana pokok secara penuh. Namun ketentuan ini memiliki beberapa pengecualian yakni:

- a. Transaksi valuta asing terhadap rupiah yang dilakukan oleh bank dan/atau nasabah yang mengalami keadaan memaksa (*force majeure*), berdasarkan penilaian bank dan didukung dengan bukti dokumen yang memadai;
- b. Perpanjangan transaksi valuta asing terhadap rupiah untuk keperluan lindung nilai atas:
  - 1) Kegiatan ekspor/impor yang mengalami *force majeure*, apabila jangka waktu transaksi valuta asing terhadap rupiah tersebut paling singkat 1 (satu) bulan dan dapat diperpanjang dengan frekuensi perpanjangan dan jangka waktu yang sesuai dengan kondisi yang dihadapi;

- 2) Dana usaha, modal disetor, laba ditahan, dan pinjaman sub-ordinasi bank yang diperhitungkan dalam kewajiban pemenuhan modal minimum bank:
  - a) jangka waktu transaksi valuta asing terhadap rupiah tersebut paling singkat 3 bulan;
  - b) dapat diperpanjang dengan frekuensi perpanjangan dan jangka waktu yang sesuai dengan kondisi yang dihadapi.
- 3) Penyertaan langsung di sektor riil dengan jangka waktu paling singkat 1 (satu) tahun yang sumber dananya dalam valuta asing:
  - a) jangka waktu transaksi valuta asing terhadap rupiah tersebut paling singkat 3 (tiga) bulan;
  - b) dapat diperpanjang dengan frekuensi perpanjangan dan jangka waktu yang sesuai dengan kondisi yang dihadapi;
- 4) Pinjaman luar negeri dalam valuta asing dengan jangka waktu paling singkat 1 (satu) tahun:
  - a) jangka waktu transaksi valuta asing terhadap rupiah tersebut paling singkat 3 (tiga) bulan;
  - b) dapat diperpanjang dengan frekuensi perpanjangan dan jangka waktu yang sesuai dengan kondisi yang dihadapi.
- 5) Surat Utang Negara (SUN), saham dan obligasi korporasi yang telah dimiliki paling singkat 3 (tiga) bulan:
  - a) jangka waktu transaksi valuta asing terhadap rupiah tersebut paling singkat 3 (tiga) bulan;
  - b) dapat diperpanjang dengan frekuensi perpanjangan dan jangka waktu yang sesuai dengan kondisi yang dihadapi.



Dalam PBI ini pun terdapat pengaturan mengenai pelarangan penerbitan *Structured Product*.<sup>65</sup> Selain pelarangan penerbitan *Structured Product*, bank juga dilarang untuk melakukan transaksi valuta asing terhadap rupiah apabila transaksi atau potensi transaksi tersebut terkait dengan *structured product*. Ketentuan tersebut berlaku bagi bank sebagai penerbit *structured product* maupun bank sebagai agen penjual *structured product* (*selling agent*).

Lebih lanjut, PBI ini juga mengatur mengenai pelarangan pemberian kredit dalam valuta asing dan/atau dalam rupiah kepada nasabah untuk kepentingan transaksi derivatif valuta asing terhadap rupiah. Pelarangan pemberian kredit valuta asing dan/atau rupiah tersebut dikecualikan untuk transaksi derivatif valuta asing terhadap rupiah yang dilakukan dalam rangka kegiatan ekspor/impor. Namun ketentuan ini bagi pihak asing tidak berlaku.

Dalam pasal 7 PBI ini, bank juga dilarang memberikan cerukan atau fasilitas lain yang dapat dipersamakan kepada nasabah dalam rangka transaksi valuta asing terhadap rupiah.

Selain itu, PBI No. 10/37/PBI/2008 mengatur mengenai ketentuan peralihan bagi transaksi valas terhadap rupiah yang telah dilakukan sebelum berlakunya PBI tersebut. Ketentuan peralihan ini kemudian diubah oleh PBI No. 11/14/PBI/2009 tentang *Perubahan Terhadap PBI No.10/37/PBI/2008 tentang Transaksi Valas Terhadap Rupiah* yang menyatakan sebagai berikut:

- a. Setiap transaksi valas terhadap rupiah (termasuk didalamnya transaksi *structured product* yang terkait dengan transaksi valas terhadap rupiah) yang dilakukan sebelum berlakunya PBI No. 10/37/PBI/2008 dapat diteruskan hingga jatuh waktu kontrak.
- b. Transaksi di atas yang masih *outstanding* dalam suatu kontrak yang jatuh waktu setelah berlakunya PBI No. 10/37/PBI/2008 dapat diselesaikan tanpa pergerakan dana pokok antara lain melalui:

---

<sup>65</sup> Pasal 1 ayat (2) PBI Nomor 11/26/PBI/2009 Tentang *Prinsip Kehati-hatian Dalam Melaksanakan Kegiatan Structured Product Bagi Bank Umum*, *Structured Product* adalah produk Bank yang merupakan penggabungan antara 2 (dua) atau lebih instrumen keuangan berupa instrumen keuangan non derivatif dengan derivatif atau derivatif dengan derivatif.

- 1) Percepatan penyelesaian (*early termination*) atau penghentian (*unwind*) transaksi valas terhadap rupiah;
- 2) Penyelesaian transaksi melalui restrukturisasi kontrak transaksi valas terhadap rupiah;
- 3) Penyelesaian transaksi dengan menggunakan dana pinjaman dari bank;
- 4) Penyelesaian transaksi tersebut di atas dapat dilakukan sepanjang terdapat kesepakatan tertulis antara pihak yang bertransaksi;
- 5) Penyelesaian transaksi sedapat mungkin dilakukan menggunakan rupiah;
- 6) Penyelesaian transaksi tidak dapat dilakukan dengan menggunakan transaksi *structured product*;

**2.3.4. PBI Nomor 11/26/PBI/2009 tentang Prinsip Kehatihan Dalam Melaksanakan Kegiatan Structured Product Bagi Bank Umum (PBI No. 11/26/PBI/2009)**

PBI ini yang ditetapkan 1 Juli 2009 menegaskan bahwa bank umum dalam melaksanakan kegiatan *structured product* harus menerapkan prinsip kehati-hatian. Menurut pasal 1 ayat (2) PBI No. 11/26/PBI/2009, *structured products* adalah produk bank yang merupakan penggabungan antara 2 (dua) atau lebih instrumen keuangan berupa instrumen keuangan non derivatif dengan derivatif, atau derivatif dengan derivatif, dan paling kurang memiliki karakteristik sebagai berikut:

- a. Nilai atau arus kas yang timbul dari produk tersebut dikaitkan dengan satu atau kombinasi variabel dasar seperti suku bunga, nilai tukar, komoditi dan/atau ekuitas; dan
- b. Pola perubahan atas nilai atau arus kas produk bersifat tidak reguler apabila dibandingkan dengan pola perubahan variabel dasar sebagaimana dimaksud pada huruf a sehingga mengakibatkan perubahan nilai atau arus kas tersebut tidak mencerminkan keseluruhan perubahan

pola dari variabel dasar secara linear (*asymmetric payoff*), yang antara lain ditandai dengan keberadaan:

- 1) *Optionality*, seperti *caps, floors, collars, step up/step down* dan/atau *call/put features*;
- 2) *Leverage*;
- 3) *Barriers*, seperti *knock in/knock out*; dan/atau
- 4) *Binary* atau *digital ranges*.

Pengertian derivatif dalam pengaturan ini mencakup derivatif melekat (*embedded derivatives*). Ketentuan-ketentuan pokok yang mengatur *structured product* adalah bank hanya dapat melakukan kegiatan *structured product* setelah memperoleh persetujuan prinsip untuk melakukan kegiatan *structured product* dan pernyataan efektif untuk penerbitan setiap jenis *structured product* dari Bank Indonesia. Pengajuan permohonan pernyataan efektif dapat diajukan apabila bank telah memperoleh persetujuan prinsip dari Bank Indonesia. Kewajiban permohonan pernyataan efektif ini dikecualikan untuk *structured product* yang diterbitkan oleh bank yang disertai dengan proteksi penuh atas pokok dalam mata uang asal pada saat jatuh tempo. Lalu, pasal 11 ayat (1) PBI No. 11/26/PBI/2009 mensyaratkan, bank wajib memiliki dan mengimplementasikan kebijakan dan prosedur untuk kegiatan *structured product*. Kebijakan dan prosedur paling kurang mencakup kebijakan penilaian tingkat risiko *structured product* (*structured product risk level assessment*), kebijakan penilaian profil risiko nasabah (*customers risk profile assessment*) dan kebijakan kesesuaian tingkat risiko *structured product* (*structured product risk level assessment*) dengan profil risiko nasabah (*customers risk profile assessment*). Dalam PBI itu juga diatur bahwa bank wajib mengungkapkan informasi yang lengkap, benar, transparan, tidak menyesatkan serta memberikan informasi yang berimbang antara potensi

manfaat dan risiko yang mungkin timbul kepada nasabah mengenai *structured product*.<sup>66</sup>

Sebenarnya mengenai transparansi informasi produk bank, Bank Indonesia telah mengeluarkan aturannya pada tahun 2005 yakni dalam PBI No. 7/6/PBI/2005 tentang *Transparansi Informasi Produk Bank dan Penggunaan Data Pribadi* (PBI No.7/6/PBI/2005). Pasal 4 ayat (1) PBI itu menyebut, bank wajib menyediakan informasi tertulis dalam bahasa Indonesia secara lengkap dan jelas mengenai karakteristik setiap produk bank. Lebih lanjut, Surat Edaran Bank Indonesia No. 7/25/DPNP tentang *Transparansi Informasi Produk Bank dan Penggunaan Data Pribadi* (SEBI No. 7/25/DPNP) yang merupakan penjelasan dari PBI No. 7/6/PBI/2005 itu mengatur, bank wajib melakukan transparansi informasi dan mengungkapkan karakteristik produk bank secara memadai, terutama mengenai manfaat, risiko, dan biaya-biaya yang melekat pada produk bank tersebut. Tak berhenti di situ, usai menyampaikan informasi, bank meminta nasabah menandatangani formulir yang memuat klausul pernyataan telah memahami atau menyetujui segala persyaratan pemanfaatan produk bank, termasuk manfaat, risiko dan biaya-biaya yang melekat pada produk bank dimaksud.<sup>67</sup>

Pasal 15 ayat (2) PBI Nomor 11/26/PBI/2009 tersebut menyatakan bahwa dalam melakukan kegiatan *structured product* bank wajib menetapkan klasifikasi nasabah. Klasifikasi nasabah terdiri dari: (a) nasabah profesional; (b) nasabah *eligible*; dan (c) nasabah retail. Nasabah digolongkan sebagai nasabah profesional menurut pasal 15 ayat (3) adalah apabila nasabah tersebut memiliki pemahaman terhadap karakteristik, fitur, dan risiko dari *structured product* yang terdiri dari:

---

<sup>66</sup> “Aturan BI Perketat Produk Derivatif Dinilai Positif”, <<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol22636/aturan-bi-perketat-produk-derivatif-dinilai-positif>>, 22 Juli 2009.

<sup>67</sup> “Menyoal Bahasa Dalam Kontrak Derivatif”, <<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol22583/menyoal-bahasa-dalam-kontrak-derivatif>>, 22 Juli 2009.

- a. Perusahaan yang bergerak dibidang keuangan, yang terdiri dari:
  - 1) Bank;
  - 2) Perusahaan efek;
  - 3) Perusahaan pembiayaan; atau
  - 4) Pedagang kontrak berjangka, sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku di bidang perbankan, pasar modal, lembaga pembiayaan dan perdagangan berjangka komoditi yang berlaku.
- b. Perusahaan selain perusahaan sebagaimana dimaksud pada huruf a yang memenuhi persyaratan sebagai berikut:
  - 1) memiliki modal paling kurang lebih besar dari Rp20 miliar atau ekuivalennya dalam valuta asing; dan
  - 2) telah melakukan kegiatan usaha paling kurang 36 (tiga puluh enam) bulan berturut-turut.
- c. Pemerintah Republik Indonesia atau pemerintah negara lain;
- d. Bank Indonesia atau bank sentral negara lain;
- e. Bank atau lembaga pembangunan multilateral.

Sedangkan untuk nasabah yang digolongkan sebagai nasabah *eligible* adalah nasabah tersebut memiliki pemahaman terhadap karakteristik, fitur, dan risiko dari *structured product* dan terdiri dari:

- a. Perusahaan yang bergerak dibidang keuangan berupa:
  - 1) Dana pensiun; atau
  - 2) Perusahaan perasuransian, sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan di bidang dana pensiun dan usaha perasuransian yang berlaku.
- b. Perusahaan selain perusahaan sebagaimana dimaksud pada huruf a yang memenuhi persyaratan sebagai berikut:
  - 1) Memiliki modal paling kurang Rp5 miliar atau ekuivalennya dalam valuta asing; dan

- 2) Telah melakukan kegiatan usaha paling kurang 12 (dua belas) bulan berturut-turut; dan
- 3) Nasabah perorangan yang memiliki portofolio aset berupa kas, giro, tabungan, dan/atau deposito paling kurang Rp5 miliar rupiah atau ekuivalennya dalam valuta asing (pasal 15 ayat (4)).

Dalam ayat (5) pasal 15, nasabah digolongkan sebagai nasabah retail sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c apabila nasabah tersebut tidak memenuhi kriteria sebagai nasabah profesional dan nasabah *eligible*. Lebih lanjut pasal 16 PBI Nomor 11/26/PBI/2009 tersebut menyatakan bank wajib melakukan pengkinian terhadap klasifikasi nasabah sebagaimana dimaksud dalam pasal 15 apabila terdapat hal-hal yang dapat mengakibatkan perubahan klasifikasi yang telah ditetapkan terhadap nasabah dimaksud.

Menurut Mustika Kuwera dalam Seminar Hukumonline yang bertajuk "Hitam Putih Transaksi Derivatif" yang diselenggarakan di Jakarta pada 12 Agustus 2009, pada prinsipnya nasabah dibedakan menjadi nasabah yang *sophisticated* dan nasabah yang *unsophisticated*. Nasabah yang *sophisticated* dianggap (a) dari awal perjanjian bersepakat dengan bank untuk masuk dalam perjanjian derivatif dengan bersedia menanggung segala risiko yang mungkin timbul (b) memahami isi dan karakteristik dari produk derivatif, dan (c) memahami konsep *trading* dalam transaksi derivatif yang meliputi elemen-elemen strategi trading, faktor perubahan harga, analisis fundamental, analisis teknik, cara-cara mengatasi kerugian, dan penentuan waktu.

Perlindungan harus diberikan kepada nasabah yang *unsophisticated* mengingat jenis nasabah ini mungkin kurang memahami produk dan risiko dari suatu transaksi derivatif. Sedangkan nasabah yang *sophisticated* seharusnya sudah siap menerima dan memikul risiko yang mungkin akan timbul dari suatu transaksi derivatif. Dalam praktek, sering ditemukan nasabah-nasabah besar yang melakukan bisnis ekspor impor dalam skala besar dan sudah sering melakukan transaksi derivatif dengan beberapa bank, tetapi jenis nasabah ini dengan serta merta menyatakan bahwa mereka tidak mengerti isi perjanjian

derivatif, terutama mengenai risiko, ketika bank meminta mereka melakukan kewajiban pembayaran kepada bank berdasarkan transaksi derivatif yang sudah mereka tanda tangani bersama dengan bank.<sup>68</sup>

#### **2.4. Peranan Notaris dalam Suatu Perjanjian Menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang *Jabatan Notaris* (UU Nomor 30 Tahun 2004)**

Notaris merupakan salah satu profesi yang menjalankan pelayanan hukum kepada masyarakat luas. Notaris memiliki tanggung jawab berkenaan dengan alat bukti otentik berupa surat-surat, akta-akta ataupun dokumen yang dibuatnya secara tertulis atas berbagai perbuatan hukum. Berdasarkan UU Nomor 30 Tahun 2004, Notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta otentik dan kewenangan lainnya sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini.<sup>69</sup>

Dalam Pasal 1866 KUHPerdara, urutan pertama alat bukti disebut bukti tulisan (*schriftelijke bewijs, written evidence*). Dalam Hukum Acara Perdata, bukti tulisan merupakan alat bukti yang penting dan paling utama dibanding yang lain. Adapun pengertian tulisan dari segi yuridis dalam kaitannya sebagai bukti adalah sebagai berikut.

- a. Tanda bacaan, berupa aksara, yaitu tulisan atau surat terdiri dari tanda bacaan dalam bentuk aksara. Semua aksara diakui dan sah sebagai aksara yang berfungsi sebagai tanda bacaan untuk mewujudkan bentuk tulisan atau surat sebagai alat bukti.
- b. Disusun berupa kalimat sebagai pernyataan. Agar aksara dapat berbentuk menjadi tulisan atau surat atau akta, harus disusun berbentuk kalimat sebagai ekspresi atau pernyataan cetusan pikiran atau kehendak

---

<sup>68</sup>Mustika Kuwera, "Kisruh Seputar Transaksi Produk Derivatif Suatu Catatan & Harapan", (Makalah disampaikan pada Seminar Hukumonline – Peradi Hitam Putih Transaksi Derivatif: Anatomi Kontrak dan Peta Sengketa, Jakarta, 12 Agustus 2009), hal.4.

<sup>69</sup>Indonesia (a), *Undang-Undang Jabatan Notaris*, UU No. 30 Tahun 2004, LN Tahun 2004 No. 117, TLN No. 4432, Ps. 1 ayat (1).

orang yang menginginkan pembuatannya dan rangkaian kalimat itu sedemikian rupa susunan dan isinya, dapat dimengerti dengan jelas oleh yang membacanya sesuai dengan apa yang dikehendaki dalam surat itu.

- c. Ditulis pada bahan tulisan. Bahan tulisan paling umum adalah kertas, namun tidak tertutup kemungkinan tulisan ditulis pada bahan lain di luar kertas.
- d. Ditandatangani pihak yang membuat. Kalau suatu tulisan tersebut merupakan pernyataan sepihak, harus ditandatangani oleh orang yang membuat pernyataan, dan apabila merupakan kesepakatan dua belah pihak, harus ditandatangani oleh kedua pihak.
- e. Foto dan peta bukan tulisan. Foto dan peta tidak termasuk surat atau akta, karena bukan aksara yang berfungsi sebagai tanda bacaan.
- f. Mencantumkan tanggal. Meskipun secara yuridis surat yang tidak bertanggal tidak kehilangan fungsinya sebagai alat bukti, namun dapat dianggap sebagai cacat yang melemahkan eksistensinya sebagai alat bukti, sebab menimbulkan kesulitan dalam menentukan kepastian pembuatan dan penandatanganannya sehingga memberi peluang besar bagi pihak lawan untuk menyangkal kebenaran pembuatannya.<sup>70</sup>

Dalam hukum pembuktian, tulisan atau akta mempunyai beberapa fungsi yaitu:

- a. Formalitas sebab. Maksudnya, surat atau akta tersebut berfungsi sebagai syarat atas keabsahan suatu tindakan hukum yang dilakukan;
- b. Alat bukti. Tujuan utama membuat akta diperuntukkan dan dipergunakan sebagai alat bukti. Dalam transaksi jual-beli para pihak menuangkannya dalam bentuk akta dengan maksud sebagai alat bukti tertulis tentang perjanjian itu. Apabila timbul sengketa, sejak semula telah tersedia akta untuk membuktikan kebenaran transaksi;

---

<sup>70</sup>M. Yahya Harahap, "Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan", cet. 3, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), hlm. 559-560.



- c. *Probationis Causa*. Maksudnya, surat atau akta yang bersangkutan merupakan satu-satunya alat bukti yang dapat dan sah membuktikan suatu hal atau peristiwa. Jadi keperluan atau fungsi akta itu merupakan dasar untuk membuktikan suatu hal atau peristiwa tertentu.<sup>71</sup>

Wewenang Notaris diatur dalam pasal 15 UU Nomor 30 Tahun 2004. Berdasarkan pasal tersebut, salah satu wewenang Notaris adalah membuat akta. Akta Notaris adalah akta otentik yang dibuat oleh atau di hadapan Notaris menurut bentuk dan tata cara yang ditetapkan dalam undang-undang ini.<sup>72</sup> Akta Notaris sebagai akta otentik mengandung beberapa unsur, yaitu:

- a. Akta itu harus dibuat oleh (*door*) atau di hadapan (*tenoverstaan*) seorang pejabat umum;
- b. Akta itu harus dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang;
- c. Pejabat umum oleh atau di hadapan siapa akta itu dibuat, harus mempunyai wewenang untuk membuat akta itu.<sup>73</sup>

Sebagai produk dari Pejabat Umum, akta otentik mempunyai kekuatan pembuktian hukum yang sempurna.<sup>74</sup> Kedudukan akta tersebut sama dengan undang-undang, apabila di dalamnya tidak memuat suatu penuturan belaka.<sup>75</sup> Dengan demikian akta Notaris sebagai alat bukti tertulis mempunyai kekuatan pembuktian sempurna. Setiap produk yang dihasilkan oleh Notaris sebagai Pejabat Umum dapat dijamin kepastian dan kebenaran isinya. Dalam hukum pembuktian (perdata), suatu akta otentik adalah suatu alat bukti tertulis yang sempurna sehingga, akta Notaris sebagai akta otentik adalah alat bukti tertulis yang mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna. Salah satu sifat kesempurnaan suatu akta otentik adalah bahwa “dia” dapat “menjawab” semua “pertanyaan yang diajukan kepadanya”. Dengan membaca sebuah akta otentik,

<sup>71</sup>*Ibid.*, hal. 563-565.

<sup>72</sup>Indonesia (a), *op. cit.*, Ps. 1 ayat (7).

<sup>73</sup>G.H.S. Lumban Tobing, “*Peraturan Jabatan Notaris*”, (Jakarta: Erlangga, 1980), hlm. 48.

<sup>74</sup>Kitab Undang-undang Hukum Perdata, *op. cit.*, Ps. 1870.

<sup>75</sup>*Ibid.*, Ps. 1871 ayat (1).

tidak ada lagi keraguan atas segala sesuatu yang tertulis pada suatu akta otentik bagi siapa saja yang membacanya. Namun hal tersebut berbeda dengan akta bawah tangan. Akta bawah tangan bukanlah alat bukti yang sempurna. Akta bawah tangan merupakan alat bukti yang cukup apabila diakui oleh para pihak. Akan tetapi jika akta bawah tangan yang telah dibuat oleh para pihak penandatangananannya dilakukan di hadapan Notaris maka Notaris menjamin keabsahan tanda tangan dari para pihak yang dilegalisir tanda tangannya, dan pihak yang bersangkutan tidak bisa menyangkal dan mengatakan bahwa yang bersangkutan tidak mengerti isi dari akta tersebut karena telah dijelaskan sebelumnya oleh Notaris.<sup>76</sup> Namun, Notaris tidak bertanggungjawab terhadap isi aktanya. Kekuatan pembuktian akta otentik terdiri dari 3 (tiga) macam yakni:<sup>77</sup>

- a. Kekuatan pembuktian formil. Membuktikan antara para pihak bahwa mereka sudah menerangkan apa yang ditulis dalam akta tersebut. Kekuatan pembuktian formil dijelaskan pasal 1871 KUHPerdara, bahwa segala keterangan yang tertuang didalamnya adalah benar diberikan dan disampaikan penanda tangan kepada pejabat yang membuatnya. Oleh karena itu, segala keterangan yang diberikan penanda tangan dalam akta otentik dianggap benar sebagai keterangan yang dituturkan dan dikehendaki yang bersangkutan. Tidak hanya membuktikan secara formil tetapi juga bahwa apa yang diterangkan para pihak adalah benar seperti yang ditegaskan dalam Putusan Mahkamah Agung No. 3917 K/Pdt/1986.<sup>78</sup>
- b. Kekuatan pembuktian materiil. Membuktikan antara para pihak bahwa benar-benar peristiwa yang tersebut dalam akta itu telah terjadi;
- c. Kekuatan mengikat. Membuktikan antara para pihak dan pihak ketiga, bahwa pada tanggal yang tersebut dalam akta yang bersangkutan telah

---

<sup>76</sup>Irma Devita, "Legalisasi atau Waarmerking?", < <http://irmadevita.com/2008/legalisasi-dan-waarmerking>>, 17 Januari 2008.

<sup>77</sup>Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata, "Hukum Acara Perdata Dalam Teori dan Praktek", cet. 8, (Bandung: Mandar Maju, 1997), hal. 67-68.

<sup>78</sup>Yahya, *op.cit.*, hal. 567.

menghadap kepada pegawai umum tadi dan menerangkan apa yang ditulis dalam akta tersebut.

Selain berwenang untuk membuat akta, Notaris berdasarkan pasal 15 ayat (2) UU Nomor 30 Tahun 2004, berwenang pula:

- a. Mengesahkan tanda tangan dan menetapkan kepastian tanggal surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus;
- b. Membukukan surat-surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus;
- c. Membuat kopi dari asli surat-surat di bawah tangan berupa salinan yang memuat uraian sebagaimana ditulis dan digambarkan dalam surat yang bersangkutan;
- d. Melakukan pengesahan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya;
- e. Memberikan penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta;
- f. Membuat akta yang berkaitan dengan pertanahan; atau membuat akta risalah lelang.

Selain kewenangan tersebut, Notaris mempunyai kewajiban dalam menjalankan jabatannya yang diatur dalam pasal 16 UU Nomor 30 Tahun 2004. Dalam proses pembuatan akta, Notaris memiliki kewajiban yakni Notaris wajib membacakan akta di hadapan penghadap dengan dihadiri oleh paling sedikit 2 (dua) orang saksi dan ditandatangani pada saat itu juga oleh penghadap, saksi, dan Notaris.<sup>79</sup> Namun kewajiban pembacaan akta tersebut terdapat pengecualian yakni jika penghadap menghendaki agar akta tidak dibacakan karena penghadap telah membaca sendiri, mengetahui, dan memahami isinya, maka pembacaan akta tidak wajib dilakukan namun terdapat ketentuan mengenai hal tersebut yakni Notaris harus menyatakannya dalam penutup akta serta pada setiap halaman minuta akta diparaf oleh penghadap, saksi, dan Notaris.<sup>80</sup> Lebih lanjut, dijelaskan dalam ayat (8) pasal 16 UU Nomor 30 Tahun 2004 yakni jika salah satu syarat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf 1 dan ayat (7) tidak

---

<sup>79</sup>Indonesia (a), *op.cit.*, Ps. 16 ayat (1) huruf 1.

<sup>80</sup>Indonesia (a), *op.cit.*, Ps. 16 ayat (7)

dipenuhi, akta yang bersangkutan hanya mempunyai kekuatan pembuktian sebagai akta di bawah tangan.

## **2.5. Resume Kasus-Kasus Pembatalan Perjanjian Transaksi Derivatif**

Seperti yang telah disebutkan pada Bab I, dalam tulisan ini, penulis akan menjabarkan beberapa putusan dimana Majelis Hakim membatalkan beberapa perjanjian transaksi derivatif yakni Putusan Nomor 24/Pdt.G/2009/PN.Jkt.Sel antara PT Permata Hijau Sawit dengan Citibank, N.A. cabang Jakarta, Putusan Nomor 671/Pdt.G/2009/PN.JKT.Sel antara PT Esa Kertas Nusantara dengan PT Bank Danamon Tbk. dan Putusan Nomor 81/Pdt.G/2009/PN.JKT.PST antara PT Nubika Jaya dengan Standard Chartered Bank.

### **2.5.1. Putusan Nomor 24/Pdt.G/2009/PN.Jkt.Sel (PT Permata Hijau Sawit dengan Citibank, N.A. cabang Jakarta)**

#### **a. Duduk Perkara**

Diawali dengan penawaran suatu produk dari Citibank, N.A. (Tergugat) kepada PT Permata Hijau Sawit (Penggugat). Produk ini dikenal dengan nama *Callable Forward*. *Callable Forward* ini merupakan salah satu macam transaksi derivatif yang bertujuan untuk lindung nilai. Transaksi derivatif didasari oleh perjanjian yakni *2002 ISDA Master Agreement* dan *Schedule* yang ditandatangani oleh para pihak tertanggal 18 Mei 2001 serta *Confirmation* yang ditandatangani 5 September 2008. *ISDA Master Agreement*, *Schedule* dan *Confirmation* disajikan dalam Bahasa Inggris.

Dalam *Confirmation* tersebut dinyatakan bahwa transaksi akan dilakukan setiap minggu selama 52 minggu yaitu sejak tanggal 4 September 2008 sampai dengan 27 Agustus 2009. Selain itu juga dinyatakan bahwa selama transaksi pertama sampai ke-6, Tergugat akan menjamin untuk membeli dolar AS yang diserahkan Penggugat diharga Rp9.800 per dolar AS, periode ini dikenal dengan *guaranteed period*. Sedangkan untuk transaksi ke-7 sampai ke-52, Tergugat akan membeli dolar AS milik

Penggugat diharga Rp9.600 per dolar AS. Harga Rp9.600 tersebut dikenal dengan istilah *strike rate*. Transaksi ke-7 sampai dengan transaksi ke-52 merupakan transaksi yang tidak dijamin (bukan *guaranteed period* lagi) maka jumlah dolar AS yang diserahkan Penggugat kepada Tergugat dapat bervariasi yaitu apabila nilai 1 dolar AS di pasaran lebih rendah dari Rp9.600 (di bawah *strike rate*) maka Penggugat akan menyerahkan dolar AS sebanyak 1.000.000. Sedangkan apabila nilai 1 dolar AS di pasaran lebih tinggi dari Rp9.600 (di atas *strike rate*) maka Penggugat wajib menyerahkan dolar AS sebanyak 2.000.000. Sebelum menandatangani *Confirmation* tersebut, Penggugat juga telah dikirimkan *termsheet* oleh Tergugat yang menjelaskan ketentuan-ketentuan *Callable Forward* (karakteristik transaksi derivatif, risiko dengan membuat asumsi). Selain itu, Tergugat mempunyai hak untuk mengakhiri dini (*early termination*) perjanjian setelah *guaranteed period*. Hak untuk pengakhiran dini (*early termination*) Tergugat terdapat dalam *ISDA Master Agreement* dan *Schedule* yang telah ditandatangani 18 Mei oleh kedua belah pihak.

Setelah transaksi ke-8, tepatnya 3 November 2008, Penggugat tidak lagi menjual dolar AS kepada Tergugat sebagaimana tertuang dalam *Confirmation* atau dengan kata lain Penggugat gagal bayar. Berdasarkan hal tersebut, Tergugat meminta sejumlah pembayaran kepada Penggugat akibat pengakhiran dini (*early termination*). Jumlah tersebut diatur dalam *ISDA Master Agreement* pasal 6(e)(i)(3) mengenai *Early Termination Amount*. Kemudian, Tergugat mencairkan *Standby Letter of Credit* tanpa pemberitahuan kepada Penggugat. Selain itu, Tergugat juga melakukan perjumpaan hutang (*set-off*) atas dana milik Penggugat di bank secara sepihak. Perjumpaan hutang tersebut sejalan dengan ketentuan *Schedule to the Master Agreement* pasal 6(f).

b. Putusan Hakim (Pokok Perkara)

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian;

- 2) Menyatakan Tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum, disebabkan Tergugat terbukti melakukan perbuatan melawan hukum karena bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku (kewajiban hukum Tergugat) yaitu dengan tidak memberikan penjelasan terperinci dan jelas mengenai kemungkinan risiko yang dihadapi oleh nasabah (dalam hal ini Penggugat) berdasarkan PBI No. 7/6/2005 tentang *Transparansi Informasi Produk Bank dan Penggunaan Data Pribadi* jo PBI No. 7/31/PBI/2005 tentang *Transaksi Derivatif*. Selain itu Tergugat juga melanggar hak subjektif orang lain (Penggugat) yaitu hak untuk mendapatkan informasi secara terperinci, lengkap dan benar;
- 3) Menyatakan *Confirmation Letter* batal demi hukum dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala konsekuensi hukumnya disebabkan transaksi *Callable Forward* tersebut menentukan bahwa apabila nilai rupiah terus di bawah *strike rate* maka Tergugat dapat membatalkan atau tidak melanjutkan transaksi berikutnya secara sepihak sementara Penggugat tidak dibenarkan untuk membatalkan transaksi apabila nilai rupiah terus melemah bahkan selalu di atas nilai *strike rate* sehingga demikian secara yuridis perjanjian tersebut tidak seimbang karena risiko rugi terbesar akan selalu berada pada nasabah (Penggugat). Untuk itu posisi Tergugat superior dibanding dengan Penggugat. Dan dengan lahirnya PBI Nomor 10/28/PBI/2008 serta Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/42/DPD (walaupun pada saat itu, perjanjian dibuat sebelum dilarang) hanya mempertegas bahwa *Callable Forward* yang merupakan *Structured Product* itu mengganggu sebab yang tidak halal sehingga tidak terpenuhi syarat objektif;

- 4) Menyatakan batal demi hukum segala transaksi *Callable Forward* disebabkan transaksi *Callable Forward* antara Penggugat dan Tergugat bersifat spekulatif karena bertujuan untuk mendapatkan tambahan *income (return enhancement)* sehingga dapat menimbulkan ketidakstabilan rupiah dan secara sepihak dapat merugikan nasabah dengan demikian Tergugat juga bertentangan dengan kepatutan, ketelitian dan sikap hati-hati;
- 5) Menghukum Tergugat untuk mengembalikan dana milik Penggugat sebesar 10.000.0000 dolar AS dan memerintahkan Penggugat mengembalikan dana milik Tergugat sebesar Rp97.200.000.000;
- 6) Menghukum Tergugat mengembalikan uang Penggugat sebesar 545.525,25 dolar AS yang berada pada rekening Penggugat di Tergugat;
- 7) Menghukum Tergugat memulihkan nama baik Penggugat di Bank Indonesia.

#### **2.5.2. Putusan Nomor 671/Pdt.G/2009/PN.JKT.Sel antara PT Esa Kertas Nusantara dengan PT Bank Danamon Tbk.**

##### a. Duduk Perkara

Diawali dengan penawaran produk derivatif oleh PT Bank Danamon Tbk. (Tergugat) kepada PT Esa Kertas Nusantara (Penggugat). Akhirnya, Penggugat dan Tergugat sepakat untuk melakukan dan menandatangani transaksi derivatif. Tidak hanya satu transaksi saja, melainkan 17 transaksi derivatif yakni:

- 1) *USD Selling Forward with Window Knock Out (Option-1)*;
- 2) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-1)*;
- 3) *USD Selling Forward with Window Knock Out (Option-2)*;
- 4) *USD Selling Forward with Window Knock Out (Option-3)*;
- 5) *Cross Currency Swap (CCS-1)*;
- 6) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-2)*;

- 7) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-3);*
- 8) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-4);*
- 9) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-5);*
- 10) *Cross Currency Swap (CCS-2);*
- 11) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-6);*
- 12) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-7);*
- 13) *USD Selling Target Redemption Forward (TRF-8);*
- 14) *USD Selling Cancelled Forward Transaction (CFT-1);*
- 15) *USD Selling Cancelled Forward Transaction (CFT-2);*
- 16) *USD Selling Cancelled Forward Transaction (CFT-3);*
- 17) *USD Selling American Knock Out.*

Fasilitas transaksi derivatif tersebut didasarkan oleh suatu *Master Agreement For Foreign Exchange Transaction (FX Master Agreement)*, *ISDA Master Agreement* berikut *Schedule* dan lampiran-lampirannya. Tanggal penandatanganan pada *FX Master Agreement* tersebut adalah 9 Oktober 2007, akan tetapi secara faktual *FX Master Agreement* tersebut ditandatangani tanggal 15 Februari 2008. Sama halnya dengan *ISDA Master Agreement* yang secara faktual ditandatangani tanggal 17 Oktober 2008, namun tanggal yang tertera di dalam perjanjian tersebut adalah 14 April 2008. Menurut Penggugat penandatanganan perjanjian tersebut dilakukan secara *back dated*, namun menurut Tergugat hal tersebut tidak dikategorikan sebagai *back dated* disebabkan tanggal yang tercantum dalam kedua *Master Agreement* tersebut merupakan tanggal perjanjian yang telah disepakati kedua belah pihak pada tanggal 9 Oktober 2007 sesuai dengan akta perjanjian kredit nomor 10.

Menurut Penggugat transaksi derivatif sebagaimana disebutkan sebelumnya, dijelaskan oleh tergugat merupakan transaksi jual dolar AS biasa selain bersifat lindung nilai yang tidak mengandung risiko kerugian tidak terbatas dan tanpa biaya penutupan sehingga Penggugat menggunakan transaksi-transaksi yang ditawarkan Tergugat tersebut. Berdasarkan



pengetahuan itulah maka Penggugat sepakat melakukan semua transaksi derivatif yang ditawarkan Tergugat. Namun dalil tersebut dibantah oleh Tergugat, menurutnya Tergugat telah memberikan penjelasan tentang produk derivatif melalui presentasi dan *email*. Selain itu Penggugat pun telah menandatangani *Risk Disclosure Statement* (pernyataan pengungkapan risiko) pada tanggal 19 Oktober 2007 dan 14 April 2008.

Karena ketidaktahuan Penggugat akan risiko transaksi tersebut, maka Penggugat mengalami kerugian yang sangat besar. Sehingga pada tanggal 16 Desember 2008 Penggugat mengirim surat kepada Tergugat yang intinya Penggugat berniat menghentikan transaksi-transaksi derivatif tersebut (5 transaksi derivatif yang masih berjalan). Kemudian Tergugat membalas surat tersebut yang isinya menjelaskan kepada Penggugat bahwa pembatalan transaksi-transaksi tersebut akan dikenakan *unwinding cost* berdasarkan pasal 5 dan pasal 6 *ISDA Master Agreement*.

b. Putusan Hakim (Dalam Pokok Perkara)

- 1) Menerima dan mengabulkan gugatan Penggugat untuk sebagian;
- 2) Menyatakan bahwa Penggugat adalah Penggugat yang beritikad baik;
- 3) Menyatakan secara hukum bahwa Tergugat telah terbukti melakukan perbuatan melawan hukum dengan pertimbangan bahwa:
  - a) **Tergugat tidak memberikan informasi secara terperinci mengenai produk-produk derivatif kepada Penggugat sehingga melanggar PBI Nomor 7/6/PBI/2005 tentang *Transparansi Informasi Produk Bank dan Penggunaan Data Pribadi Nasabah* serta PBI Nomor 7/31/PBI/2005 tentang *Transaksi Derivatif*. Dalam perbuatan melawan hukum termasuk kriteria yang bertentangan dengan kewajiban hukum di pelaku (kewajiban hukum Tergugat) serta**

**melanggar hak subjektif orang lain (*in casu* hak subjektif Penggugat) untuk mendapatkan informasi secara terperinci, lengkap dan benar;**

- b) Bentuk transaksi derivatif yang ditawarkan ternyata bersifat spekulatif karena merupakan kombinasi suatu aset dengan derivatif dari mata uang valuta asing terhadap mata uang rupiah dengan tujuan mendapatkan tambahan *income (return enhancement)* sehingga dapat menimbulkan ketidakstabilan rupiah dan secara pihak merugikan nasabah (karena Tergugat sewaktu-waktu dapat membatalkan secara sepihak transaksi tersebut).
- 4) Menyatakan secara hukum bahwa kontrak :
  - a) *Forward With American Knock Out Confirmation Letter*;
  - b) *Forward With Window Knock Out Confirmation Letter*;
  - c) *Cancelable Forward Confirmation Letter*;
  - d) *Cross Currency Swap Transaction Trade Confirmation*;
  - e) *Master Agreement For Foreign Exchange Transaction* berikut *Schedule* dan lampiran-lampirannya;
  - f) *ISDA Master Agreement* berikut *Schedule* dan lampiran-lampirannya;

**antara Tergugat dan Penggugat batal demi hukum dengan segala akibat hukumnya dengan pertimbangan bahwa kontrak-kontrak tersebut melanggar syarat objektif yakni sebab yang halal dimana transaksi-transaksi derivatif tersebut bersifat spekulatif (dikategorikan *structured product*) dan kedudukan serta posisi antara para pihak dalam perjanjian tidak seimbang (posisi Tergugat superior dibandingkan dengan posisi Penggugat. Tergugat dapat sewaktu-waktu menghentikan transaksi dan menagih biaya pengakhiran dini kepada**

**Penggugat). Hal ini pun dipertegas dalam PBI Nomor 10/28/PBI/2008 yang melarang *structure product*.**

- 5) Menghukum Tergugat untuk membayar kerugian Materiil secara tunai dan sekaligus.

### **2.5.3. Putusan Nomor 81/Pdt.G/2009/PN.JKT.PST antara PT Nubika Jaya dengan Standard Chartered Bank.**

#### a. Duduk Perkara

Diawali dengan ditandatanganinya Perjanjian *Target Redemption Forward* (TRF) pada 19 Agustus 2008 antara PT Nubika Jaya (Penggugat) dan Standard Chartered Bank (Tergugat). Dalam perjanjian TRF tersebut para pihak menyepakati bahwa Penggugat akan menyerahkan/menjual dolar AS kepada Tergugat setiap minggu selama 25 minggu, berdasarkan ketentuan (i) transaksi pertama sampai dengan ke-5 Penggugat akan menyerahkan/menjual dolar AS kepada Tergugat diharga Rp9.500 per dolar AS. Selanjutnya (ii) transaksi ke-6 sampai dengan ke-25 Penggugat akan menyerahkan/menjual dolar AS kepada Tergugat diharga Rp9.370 per dolar AS. Harga patokan tersebut dikenal dengan *strike rate*. Namun untuk jumlah dolar AS yang harus diserahkan/dijual Penggugat telah ditentukan apabila nilai 1 dolar AS di pasar lebih rendah dari *strike rate* maka Penggugat harus menyerahkan/menjual sejumlah 1.000.000. Sebaliknya jika nilai 1 dolar AS di pasar lebih tinggi dari *strike rate* maka Penggugat harus menyerahkan/menjual sejumlah 2.000.000. Selain itu, Tergugat mempunyai hak untuk membatalkan transaksi bila telah memenuhi *Target Value* sebesar 1.500 poin. Sebelum sengketa terjadi, Penggugat dan Tergugat telah melaksanakan 9 (sembilan) transaksi berdasarkan perjanjian TRF, namun pada transaksi ke-10 Penggugat tidak menyerahkan/menjual dolar AS kepada Tergugat disebabkan kerugian besar yang diderita Penggugat. Kerugian tersebut disebabkan kondisi perekonomian yang sedang dilanda krisis yang mengakibatkan harga rupiah mencapai level 13.000. Oleh karena

itu, Tergugat melakukan penagihan pembayaran atas penghentian transaksi lebih awal.

b. Putusan Hakim (Pokok Perkara)

- 1) Mengabulkan Gugatan Penggugat sebagian;
- 2) Menyatakan Tergugat telah melakukan Perbuatan Melawan Hukum, disebabkan **Tergugat terbukti melakukan perbuatan melawan hukum karena bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku (kewajiban hukum Tergugat) yaitu dengan tidak memberikan penjelasan terperinci dan jelas mengenai kemungkinan risiko yang dihadapi oleh nasabah (dalam hal ini Penggugat) berdasarkan PBI No. 7/6/2005 tentang *Transparansi Informasi Produk Bank dan Penggunaan Data Pribadi* jo PBI No. 7/31/PBI/2005 tentang *Transaksi Derivatif*. Selain itu Tergugat juga melanggar hak subjektif orang lain (Penggugat) yaitu hak untuk mendapatkan informasi secara terperinci, lengkap dan benar;**
- 3) Menyatakan perjanjian TRF batal demi hukum dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala konsekuensi hukumnya disebabkan syarat sah ke-4 perjanjian yakni sebab yang halal tidak terpenuhi karena perbuatan hukum berupa perjanjian antara Penggugat dan Tergugat tentang TRF mengandung ketidakseimbangan dimana Tergugat berada dalam posisi yang superior dibandingkan dengan Penggugat (Tergugat mempunyai mekanisme *exit* saat mengalami kerugian sedangkan Penggugat tidak). **Transaksi TRF juga dapat dikategorikan sebagai *structured product*;**
- 4) Menyatakan batal demi hukum segala transaksi TRF disebabkan transaksi TRF tersebut berdasarkan perjanjian TRF yang tidak memenuhi syarat sah perjanjian;

- 5) Menghukum Tergugat untuk mengembalikan dana milik Penggugat sebesar 13.000.000 dolar AS dan memerintahkan Penggugat mengembalikan dana milik Tergugat sebesar Rp122.460.000.000;
- 6) Menghukum Tergugat membayar ganti rugi materiil;
- 7) Menghukum Tergugat memulihkan nama baik Penggugat di Bank Indonesia.

## 2.6. Analisa Putusan-Putusan Sengketa Transaksi Derivatif

Dalam putusan-putusan tersebut, terdapat beberapa persamaan yang penting untuk digarisbawahi yakni:

- a. Sengketa-sengketa transaksi derivatif tersebut muncul disebabkan Penggugat (nasabah) tidak melaksanakan kewajibannya, dalam hal ini Penggugat tidak menjual dolar AS-nya kepada Tergugat (bank) seperti yang telah diperjanjikan sebelumnya, atau Penggugat gagal bayar. Penggugat gagal bayar dilatarbelakangi adanya krisis ekonomi dunia yang menyebabkan kurs mata uang menjadi fluktuatif (nilai tukar 1 dolar AS ke rupiah mencapai Rp13.000). Dengan adanya gagal bayar tersebut, Tergugat mendalilkan bahwa Penggugat telah melakukan wanprestasi sehingga Tergugat dapat melakukan pengakhiran dini secara sepihak dan meminta pembayaran sejumlah uang berdasarkan metode penghitungan tersendiri. Metode perhitungan tersebut lebih dikenal dengan *close out amount*. Selain *close out amount*, terdapat pula pengaturan mengenai perjumpaan utang.
- b. Tuntutan Penggugat adalah perbuatan melawan hukum bukan wanprestasi. Dalam pertimbangan Majelis Hakim, Tergugat memenuhi unsur perbuatan melawan hukum disebabkan karena bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku (kewajiban hukum Tergugat) yaitu tidak memberikan penjelasan terperinci dan jelas mengenai kemungkinan risiko yang dihadapi oleh nasabah (dalam hal ini Penggugat). Selain itu Tergugat juga melanggar hak subjektif orang lain

- (Penggugat) yaitu hak untuk mendapatkan informasi secara terperinci, lengkap dan benar;
- c. Dalam putusan-putusan tersebut Majelis Hakim memutuskan bahwa semua perjanjian transaksi derivatif diantara para pihak adalah batal demi hukum;
  - d. Dibatalkannya perjanjian transaksi derivatif disebabkan syarat sah ke-4 perjanjian yakni sebab yang halal tidak terpenuhi karena perbuatan hukum berupa perjanjian transaksi derivatif antara Penggugat dan Tergugat mengandung ketidakseimbangan dimana Tergugat berada dalam posisi yang superior dibandingkan dengan Penggugat. Selain itu, transaksi-transaksi derivatif yang bersangkutan dikategorikan dalam *structured products*.

Untuk itu terdapat beberapa hal yang harus dianalisis lebih lanjut dikaitkan dengan teori-teori yang telah dibahas dalam sub bab sebelumnya.

#### **2.6.1. Perjanjian Transaksi Derivatif Dikaitkan dengan Syarat Sah Perjanjian.**

Dalam putusan-putusan di atas, disebutkan bahwa transaksi derivatif yang dilakukan dan ditandatangani oleh kedua belah pihak berdasarkan suatu perjanjian. Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya perjanjian transaksi derivatif yang berlaku di Indonesia atau digunakan bank-bank di Indonesia adalah perjanjian baku ISDA yang telah dimodifikasi dan disederhanakan atas bentuk dan isi perjanjian tersebut. Dalam perjanjian yang telah dimodifikasi tersebut dicantumkan pula bahwa pilihan hukum jatuh pada hukum Indonesia dan pemilihan pengadilan pun dijatuhkan terhadap salah satu pengadilan di Indonesia.

Dengan berlakunya hukum Indonesia dalam perjanjian tersebut maka perjanjian transaksi derivatif harus memenuhi peraturan perundang-undangan di Indonesia. Tidak hanya peraturan yang khusus mengenai transaksi derivatif,

namun juga tunduk pada ketentuan umum mengenai perjanjian yakni Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Perjanjian transaksi derivatif berlaku dengan adanya asas kebebasan berkontrak dimana para pihak bebas membuat dan mengatur sendiri isi kontrak tersebut. Menurut Munir Fuady (dalam butir 2.2.4. huruf a di atas) jika perjanjian telah memenuhi keempat persyaratan maka perjanjian tersebut sah menurut hukum Indonesia, sehingga berdasarkan pasal 1338 KUHPerdata maka perjanjian tersebut merupakan undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.

Menurut pasal 1313 KUHPerdata, perjanjian merupakan suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap orang lain atau lebih. Dalam perjanjian transaksi derivatif, bank dan nasabah mengikatkan dirinya satu sama lain. Pengikatan diri antara bank dan nasabah ditujukan bahwa mereka saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal (prestasi). Dalam kasus-kasus di atas, bank dan nasabah berjanji bahwa:

- a. Nasabah akan menjual dolar AS-nya kepada bank; dan
- b. Bank akan menyetorkan rupiah kepada nasabah dalam jumlah dan harga tertentu (sesuai kesepakatan).

Menurut pasal 1320 KUHPerdata (dalam butir 2.2.2. di atas) sahnya suatu perjanjian jika memenuhi keempat syarat yakni:

- a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.

Menurut pasal 1321 KUHPerdata kesepakatan tidak sah apabila terdapat kekhilafan, paksaan ataupun penipuan. Jadi apabila tidak terdapat kekhilafan, paksaan ataupun penipuan maka para pihak dianggap sepakat. Dalam kasus-kasus di atas, dijelaskan bahwa nasabah tidak mengetahui dan mengerti secara benar isi (risiko) dari perjanjian transaksi derivatif yang telah ditandatanganinya. Untuk itu, jika hal tersebut dihubungkan dengan pasal 1321 KUHPerdata maka:

1) Kekhilafan.

Menurut pasal 1322 KUHPerdara, apabila kekhilafan mengenai hakikat barang yang menjadi pokok perjanjiannya maka perjanjian dapat dibatalkan. Namun jika hakikat barang yang menjadi pokok perjanjian telah dijelaskan secara benar dan lengkap berikut risiko yang menyertainya, maka hal tersebut tidak dapat diasumsikan sebagai kekhilafan. Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, jika bank telah memberikan penjelasan dan/atau informasi mengenai transaksi derivatif berikut risiko yang menyertainya, dan setelah penjelasan tersebut nasabah menandatangani dan melaksanakan transaksi derivatif maka dapat diasumsikan bahwa para pihak sepakat. Kesepakatan merupakan perjumpaan atau kehendak dari para pihak yang diejawantahkan dalam pernyataan-pernyataan dan terkadang antara kehendak dan pernyataan tidak sesuai. Dalam kasus-kasus di atas disebutkan bahwa pernyataan nasabah (sebenarnya) tidak diinginkan karena nasabah menandatangani suatu surat/akta yang tidak dimengerti/diketahui isinya (butir 2.2.2. huruf a angka 1 e di atas). Namun hal tersebut tidak dapat dijadikan alasan tidak adanya kesepakatan karena dengan telah ditandatanganinya suatu perjanjian menimbulkan kepercayaan pada bank bahwa penandatanganan (nasabah) telah mengetahui serta menghendaki apa yang telah dinyatakannya.

2) Paksaan.

Paksaan terhadap seorang yang membuat suatu perjanjian atau keluarga dari seorang tersebut, dapat menjadi alasan batalnya suatu perjanjian. Paksaan telah terjadi apabila perbuatan tersebut dapat menakutkan seorang yang berpikiran sehat atau menimbulkan ketakutan pada orang tersebut bahwa dirinya atau kekayaannya terancam dengan suatu kerugian yang terang dan nyata. Namun ketakutan karena hormat kepada orang tua atau sanak keluarga lain



tanpa disertai kekerasan tidaklah dapat membatalkan suatu perjanjian. Dikaitkan dengan kasus maka kedua belah pihak, tidak terpaksa melakukan perjanjian tersebut. Nasabah menandatangani dan melakukan perjanjian tersebut disebabkan ia ingin meminimalisir risiko akibat fluktuasi kurs mata uang dolar AS dengan rupiah. Hal ini disebabkan nasabah merupakan perusahaan yang bergerak dalam bidang ekspor-impor dimana pendapatannya dalam dolar AS sedangkan pengeluarannya dalam rupiah. Oleh karena itu, transaksi derivatif penting dilakukan oleh nasabah.

### 3) Penipuan.

Menurut pasal 1328 KUHPerdata, penipuan merupakan suatu alasan untuk membatalkan perjanjian, apabila tipu muslihat yang dipakai oleh salah satu pihak, adalah sedemikian rupa hingga terang dan nyata bahwa pihak yang lain tidak telah membuat perikatan itu jika tidak dilakukan tipu-muslihat tersebut. Lebih lanjut, penipuan itu tidak dipersangkakan tetapi harus dibuktikan. Dikaitkan dengan kasus, nasabah mendalilkan bahwa informasi yang diberikan bank keliru dan menyesatkan. Bank pada saat penawaran dan/atau presentasinya hanya memberikan informasi mengenai manfaat dan keuntungan produk derivatif sedangkan risikonya tidak dijelaskan secara terperinci. Padahal dalam segala dokumentasi derivatif yang diberikan kepada nasabah seperti perjanjian induk, lampiran, konfirmasi, *term sheet* serta *risk disclosure statement* dijelaskan mengenai risiko-risiko tersebut walaupun semua dokumentasi derivatif tersebut disajikan dalam Bahasa Inggris. Pemberian informasi dan/atau penjelasan mengenai produk bank kepada nasabah merupakan salah satu kewajiban bank yang telah diatur dalam beberapa ketentuan yakni: (i) pasal 4 PBI No. 7/31/PBI/2005, (ii) pasal 4 ayat (1) PBI No.7/6/PBI/2005, (iii) SEBI No. 7/25/DPNP. Terkait dengan pemberian informasi, Bank Indonesia

telah membuat pengklasifikasian nasabah dalam PBI Nomor 11/26/PBI/2009. Mustika Kuwera pun juga melakukan pengklasifikasian nasabah. Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas maka nasabah-nasabah tersebut merupakan nasabah profesional atau *eligible* tergantung modal dasar perusahaan tersebut atau nasabah *sophisticated*, karena nasabah dalam kasus merupakan perusahaan ekspor-impor yang sudah sering melakukan perjanjian-perjanjian perbankan yang sejenis sehingga dianggap telah mengetahui risiko dan memahami konsep *trading* dari transaksi derivatif. Namun pada prakteknya, pengklasifikasian nasabah ini tidak menjadi dasar pembedaan cara pemberian informasi bank kepada nasabahnya. Semua nasabah akan diberikan penjelasan dan informasi selengkapny mengenai produk derivatif yang ditawarkan walaupun nasabahnya telah sering melakukan perjanjian sejenis.<sup>81</sup> Sebelumnya telah dijelaskan bahwa perjanjian baku atau perjanjian standar seringkali ditandatangani tanpa dibaca atau diketahui isi keseluruhannya oleh penanda tangan. Namun dengan telah ditandatanganinya perjanjian baku tersebut menimbulkan kepercayaan pada pihak lainnya, bahwa penandatangan betul mengetahui serta menghendaki apa yang telah dinyatakannya dengan ditandatanganinya aktanya. Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, walaupun nasabah seringkali tidak membaca atau mengetahui isi keseluruhan perjanjian namun bank telah memenuhi kewajiban transparansi informasi produknya maka bank tidak dapat dipersalahkan karena hal tersebut. Lebih lanjut, dengan ditandatanganinya suatu perjanjian maka perjanjian tersebut berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup>Wawancara dengan Mustika Kuwera sebagai *Senior Vice President Legal The Hongkong Shanghai Bank Corporation* pada 12 Mei 2010.

<sup>82</sup>Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, *op.cit.*, Ps. 1338.

b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.

Menurut pasal 1329 KUHPdata setiap orang pada dasarnya cakap menurut hukum selain mereka yang memenuhi pasal 1330 KUHPdata. Jika para pihak adalah Perusahaan Terbatas (PT) maka menurut Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang *Perseoran Terbatas* yang berhak mewakili PT adalah Direksi,<sup>83</sup> namun Direksi tersebut dapat memberikan kuasa tertulis kepada pegawainya untuk melaksanakan perbuatan hukum tertentu untuk dan atas nama Perseroan.<sup>84</sup> Dikaitkan dengan kasus maka para pihak cakap mewakili perusahaan masing-masing untuk menandatangani perjanjian transaksi derivatif.

c. Suatu hal tertentu.

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, prestasi dari perjanjian transaksi derivatif dalam kasus-kasus di atas adalah bahwa nasabah akan menjual dolar AS-nya kepada bank, dan bank akan menyetorkan rupiah kepada nasabah dalam jumlah dan harga tertentu (sesuai kesepakatan). Jadi dalam kasus, syarat suatu hal tertentu terpenuhi disebabkan jumlah dan harga dolar AS berikut rupiahnya akan ditentukan sesuai kesepakatan sebelum perjanjian dilaksanakan.

d. Suatu sebab yang halal.

Suatu perjanjian harus didasarkan oleh suatu sebab atau tujuan yang halal. Menurut pasal 1335 KUHPdata, perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena suatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan (hukum). Dengan kata lain, batal demi hukum. Lebih lanjut dalam pasal 1337 KUHPdata menyatakan suatu sebab adalah terlarang jika melanggar undang-undang, kesusilaan baik dan ketertiban umum.

---

<sup>83</sup>Indonesia (b), *Undang-Undang Tentang Perseroan Terbatas*, UU No. 40, LN No. 106 tahun 2007, TLN. No. 4756, Ps. 98 ayat (1).

<sup>84</sup>*Ibid.*, Ps. 103.

Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, perjanjian transaksi derivatif merupakan perjanjian yang bertujuan untuk melakukan lindung nilai suatu aset (mata uang) dari kemerosotan nilai karena perubahan harga (fluktuasi kurs). Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, lindung nilai ini sangat berguna dalam dunia bisnis khususnya bagi perusahaan eskpor-impor yang mana mempunyai penghasilan dalam dolar AS dan pengeluarannya rupiah untuk meminimalisasi perubahan harga mata uang tersebut akibat fluktuasi kurs.

Transaksi derivatif pun tidak melanggar Undang-Undang disebabkan dalam PBI No. 7/31/PBI/2005 diatur bahwa bank dapat melakukan transaksi derivatif baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah, dan transaksi derivatif yang dapat bank lakukan adalah transaksi yang nilainya merupakan turunan dari valuta asing dan atau suku bunga. Dalam kasus-kasus di atas, transaksi derivatif yang dilakukan adalah transaksi derivatif untuk kepentingan nasabah yang nilainya merupakan turunan dari valuta asing seperti *forward*, *option* dan *swap*. Selain itu, perjanjian transaksi derivatif tidak melanggar PBI No. 10/37/PBI/2008 disebabkan perjanjian transaksi derivatif dalam kasus telah ditandatangani sebelum berlakunya PBI tersebut (PBI No. 10/37/PBI/2008 berlaku Desember 2008). Lebih lanjut, ketentuan peralihan PBI No. 10/37/PBI/2008 yang kemudian diubah oleh PBI No. 11/14/PBI/2009, menyatakan bahwa setiap transaksi valas terhadap rupiah (termasuk didalamnya transaksi *structured product* yang terkait dengan transaksi valas terhadap rupiah) yang dilakukan sebelum berlakunya PBI No. 10/37/PBI/2008 dapat diteruskan hingga jatuh waktu kontrak. Jadi, sejauh memenuhi keempat syarat tersebut di atas maka perjanjian transaksi derivatif merupakan perjanjian yang sah menurut hukum Indonesia. Namun perlu diketahui bahwa pada 9 Juli 2009 Pemerintah mengundang Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang *Bendera, Bahasa dan Lambang Negara serta Lagu Kebangsaan* (UU Nomor 24 Tahun 2009). UU tersebut salah satunya mengatur mengenai kewajiban penggunaan Bahasa Indonesia dalam nota kesepahaman dan perjanjian yang melibatkan lembaga negara, instansi Pemerintah, lembaga swasta Indonesia atau

perseorangan Warga Negara Indonesia (WNI).<sup>85</sup> Dalam penjelasannya, yang dimaksud dengan perjanjian adalah termasuk perjanjian internasional. Jika dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, memang UU ini belum berlaku pada saat perjanjian transaksi derivatif ditandatangani oleh para pihak, namun UU ini mempertegas bahwa perjanjian transaksi derivatif wajib menggunakan Bahasa Indonesia. Tujuan UU ini adalah melindungi masyarakat supaya tidak terjebak pada suatu penafsiran yang keliru sehingga merugikan salah satu pihak.<sup>86</sup>

### 2.6.2. Perbuatan Melawan Hukum (PMH) dengan Wanprestasi

Dengan berlakunya hukum Indonesia dan pemilihan pengadilan di Indonesia sebagai pengadilan yang berwenang untuk mengadili sengketa yang timbul dari perjanjian transaksi derivatif maka apabila terjadi sengketa antara kedua belah pihak maka salah satu pihak dapat mengajukan tuntutan kepada pihak lainnya berdasarkan (i) PMH atau (ii) wanprestasi. Dalam kasus-kasus tersebut, nasabah sebagai Penggugat selalu mendasarkan tuntutan bahwa bank sebagai Tergugat telah melakukan PMH dengan memenuhi ketentuan pasal 1365 KUHPerdara. Dalil Penggugat tersebut akhirnya disetujui oleh Majelis Hakim Pengadilan Negeri dengan memutuskan bahwa Tergugat telah melakukan PMH. Namun jika ditelaah lebih lanjut dengan menghubungkan kepada prinsip-prinsip transaksi derivatif berikut ketentuan hukum yang tertera dalam dokumentasi ISDA, maka sengketa tersebut timbul berdasarkan suatu perjanjian transaksi derivatif. Berdasarkan doktrin, jika dasar dari sengketa adalah perjanjian maka dasar tuntutan Penggugat adalah wanprestasi /lalai.

Dalam kasus-kasus di atas, nasabah sebagai Penggugat melakukan wanprestasi/lalai karena Penggugat gagal bayar sesuai waktu yang telah ditentukan dalam perjanjian. Menurut Munir Fuady, pada perikatan dengan ketetapan waktu (butir 2.2.3. huruf b angka 2 di atas) maka jika dikaitkan dengan

---

<sup>85</sup>Indonesia (d), *Undang-Undang Tentang Bendera, Bahasa dan Lambang Negara serta Lagu Kebangsaan*, UU No. 24, LN No.109 Tahun 2009, TLN No. 5035, Ps. 31 ayat (1).

<sup>86</sup>Suhariyono, A.R., "*Implikasi Hukum Kewajiban Kontrak Berbahasa Indonesia Dalam Dunia Usaha*", (Makalah disampaikan pada Seminar Hukumonline Implikasi Hukum Kewajiban Kontrak Berbahasa Indonesia Dalam Dunia Usaha, Jakarta, 8 Oktober 2009), hal. 3.

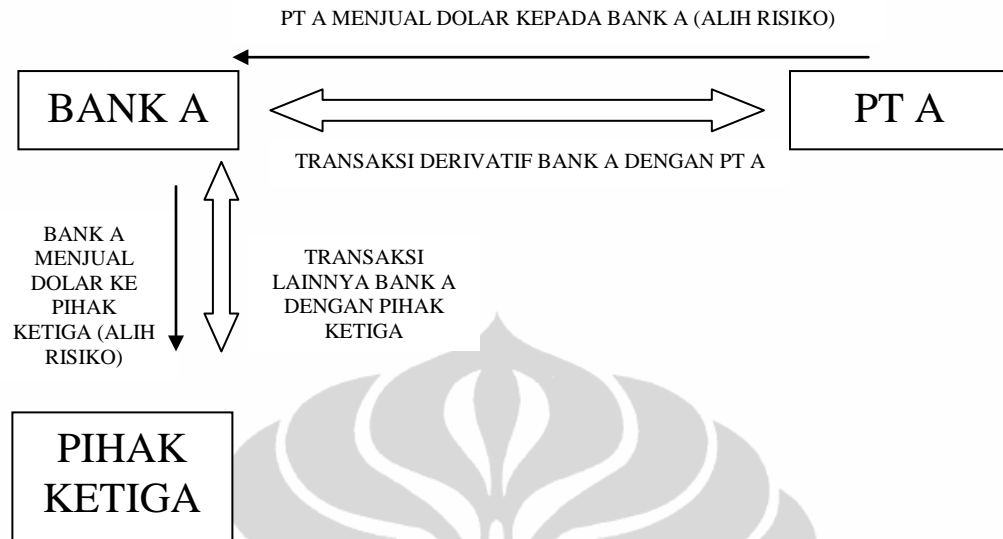
kasus, bank sebagai kreditur telah memenuhi kewajibannya terhadap nasabah sebagai debitur dengan menyerahkan/membayar sejumlah rupiah, kemudian menetapkan bahwa nasabah wanprestasi/lalai karena tidak menyerahkan/membayar sejumlah dolar AS kepada bank. Selain itu, bank sebagai kreditur juga dapat menuntut penggantian kerugian kepada nasabah selaku debitur yang lalai. Ketentuan mengenai tuntutan ganti kerugian ini terdapat dalam pasal 5 (a) (i) *Master Agreement* (klausula *event of default – failure to pay or deliver*) yang mengatur bahwa salah satu kejadian yang dikategorikan sebagai wanprestasi/lalai adalah salah satu pihak gagal bayar. Disebabkan salah satu pihak tersebut gagal bayar maka pihak yang lainnya mempunyai hak untuk mengakhiri dini transaksi yang bersangkutan berdasarkan pasal 6 (a) *Master Agreement* (*right to terminate following event of default*). Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, sesuai dengan prinsip atau karakteristik transaksi derivatif maka bank memang mempunyai hak untuk melakukan pengakhiran dini jika nasabah melakukan wanprestasi dalam hal ini gagal bayar dan meminta penggantian kerugian. Penggantian kerugian ini terdapat dalam pasal 6 (e) (i) (*payments on early termination – events of default*). Penjelasan lebih lanjut pasal 6 (e) (i) akan dibahas dalam sub bahasan selanjutnya “Akibat Wanprestasi Yang Dilakukan Nasabah”.

### **2.6.3. Akibat Wanprestasi Yang Dilakukan Nasabah**

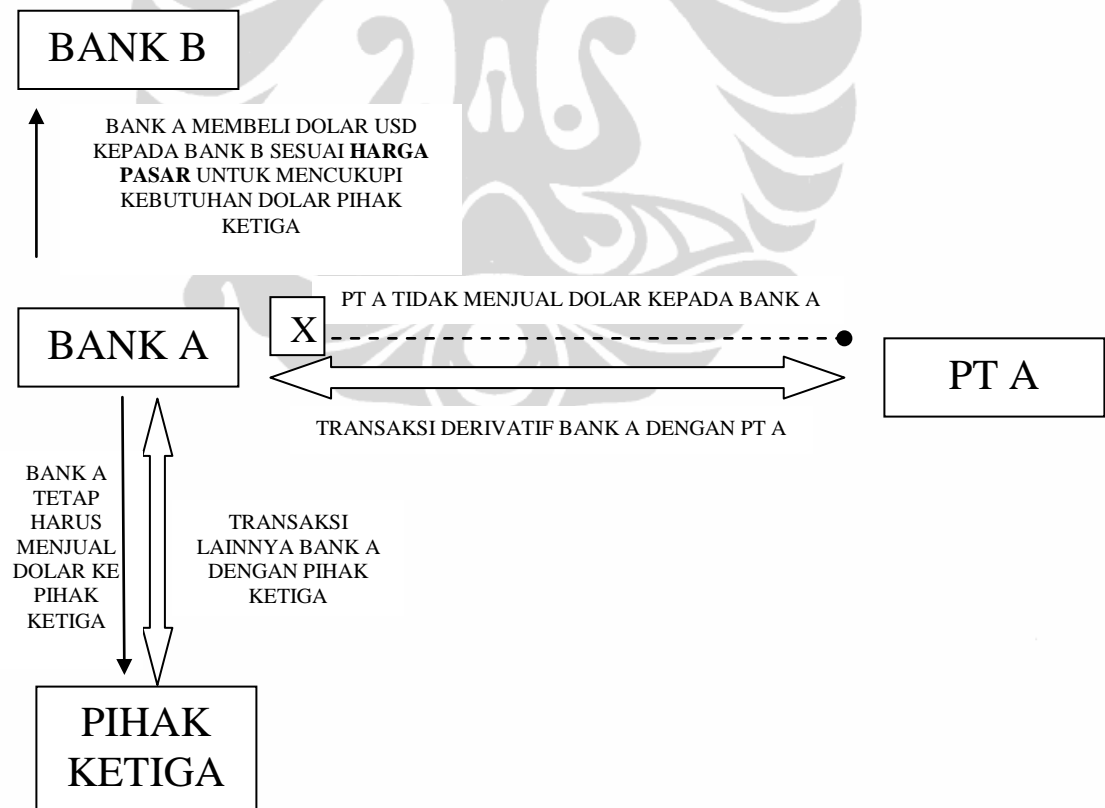
Transaksi derivatif adalah transaksi yang dilakukan untuk keperluan lindung nilai yang bertujuan mengurangi atau meminimalisasi risiko seperti sebelumnya telah dijelaskan dalam butir 2.1.3. huruf a di atas. Meminimalisasi risiko bukan berarti menghilangkan risiko. Oleh karena itu, transaksi derivatif tetap memiliki risiko. Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, terjadinya sengketa antara kedua belah pihak dilatarbelakangi oleh kondisi perekonomian dunia yang sedang dilanda krisis. Bahwa dalam krisis ekonomi dunia tersebut mengakibatkan jatuhnya harga-harga saham di bursa efek, jatuhnya nilai kurs rupiah sampai ke level Rp13.000 per dolar AS yang mana hal tersebut diikuti

oleh turunnya permintaan atas barang-barang ekspor Indonesia. Dalam transaksi derivatif biasanya nasabah sepakat untuk menjual dolar AS dalam jumlah tertentu ( $X$ ) di harga tertentu dalam rupiah ( $RpY$ ) atau dikenal dengan *strike rate* kepada bank. Kemudian jika harga dolar AS di pasar di bawah harga  $RpY$  maka nasabah akan menyerahkan dolar AS sejumlah  $X$ . Namun jika harga dolar AS di pasar di atas harga  $RpY$  maka nasabah akan menyerahkan dolar AS sejumlah  $2X$ . Dalam kasus-kasus di atas, nasabah mengalami wanprestasi pada saat dolar AS di atas harga *strike rate* dimana nasabah harus menyerahkan jumlah dolar dua kali lipat dan pada saat itu pula kenaikan kurs mata uang jauh di atas harga *strike rate*. Dalam keadaan tersebut, nasabah tidak lagi melakukan kewajibannya sesuai yang diperjanjikan. Hal ini menimbulkan akibat yang besar terhadap bank. Nasabah yang tidak lagi menjual dolar kepada bank mengakibatkan bank harus membeli dolar pada bank lain untuk menutupi kekosongan tersebut (akibat nasabah tidak lagi menyetorkan dolar). Bank pun harus membeli dolar seharga harga pasar pada saat itu, yakni Rp13.000 per dolar AS. Adanya suatu transaksi lainnya selain transaksi antara bank dan nasabah bertujuan membatasi bank melakukan transaksi yang berisiko. Untuk itulah bank harus mengalihkan risiko yang ada akibat transaksi derivatif ke pihak lainnya. Tindakan tersebut dilakukan agar bank tidak *kolaps*. Bank harus selalu berhati-hati melakukan segala transaksi disebabkan terdapat dana masyarakat dalam bank tersebut. Kondisi ini dapat digambarkan dalam suatu ilustrasi:

Ilustrasi I (Nasabah tidak melakukan wanprestasi):



Ilustrasi II (Nasabah wanprestasi):





Dilihat dari ilustrasi tersebut maka, selain nasabah, bank juga mempunyai risiko dalam melakukan suatu transaksi derivatif. Selain itu, jika kurs mata uang tidak fluktuatif biasanya nasabah mendapatkan keuntungan. Dengan telah terjadinya wanprestasi oleh nasabah dan pengakhiran dini oleh bank maka terdapat penghitungan kerugian. Metode penghitungan kerugian dalam transaksi derivatif secara umum telah berlaku dalam praktek transaksi derivatif. Pengaturannya terdapat dalam *ISDA Master Agreement* pasal 6(e)(i), yang dikenal dengan *Early Termination Amount*, berikut rumusan penghitungannya:

*Early Termination Amount* = *Close Out Amount* + (hutang yang belum dibayarkan oleh pihak yang wanprestasi kepada pihak yang tidak wanprestasi – hutang yang belum dibayarkan oleh pihak yang tidak wanprestasi kepada pihak yang wanprestasi).

*Close out amount* adalah jumlah yang ditawarkan bank-bank lain apabila bank akan membeli dolar AS dari bank-bank tersebut guna mengganti dolar AS yang seharusnya dibeli bank dari nasabah melalui transaksi yang telah diperjanjikan antara bank dan nasabah (Ilustrasi II). Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas maka penghitungan kerugian yang ditetapkan oleh bank merupakan praktek yang umum dalam transaksi derivatif. Bank dalam menentukan *Early Termination Amount* berdasar pada perjanjian transaksi derivatif. Selain itu, jika nasabah menolak untuk membayar sejumlah uang tersebut maka biasanya bank akan melakukan perjumpaan utang. Ketentuan mengenai perjumpaan utang ini pun dikenal dalam transaksi derivatif pada umumnya. *ISDA Master Agreement* mengatur perjumpaan utang ini dalam pasal 6(f) (klausula *set-off*). Perjumpaan utang dikenal dalam KUHPerduta. Pasal 1436 KUHPerduta mengatur apabila kedudukan sebagai debitur dan kreditur berkumpul pada satu orang, maka terjadilah demi hukum suatu perjumpaan utang dengan mana piutang dihapuskan. Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, nasabah dalam hal ini mempunyai hutang dan piutang terhadap bank dan begitupun sebaliknya dengan bank. Sesuai pasal 1436 KUHPerduta, demi hukum (otomatis) berlakulah

perjumpaan utang.<sup>87</sup> Jadi penghitungan kerugian dan perjumpaan utang yang dilakukan oleh bank kepada nasabah berdasarkan pada prinsip umum transaksi derivatif dan KUHPerduta (diatur pula dalam perjanjian derivatif bersangkutan).

#### **2.6.4. Peranan Notaris Dalam Meminimalisasi Risiko Pembatalan Perjanjian Transaksi Derivatif**

Penandatanganan perjanjian transaksi derivatif pada umumnya dilakukan hanya antara bank dengan nasabah. Perjanjian transaksi derivatif tersebut dapat digolongkan sebagai perjanjian bawah tangan karena tidak dibuat oleh dan/atau di hadapan pejabat yang berwenang. Walaupun demikian menurut pasal 1338 KUHPerduta, perjanjian tersebut merupakan undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Namun dalam perjanjian bawah tangan ini, para pihak masih mempunyai celah untuk tidak mengakui bahwa perjanjian tersebut dibuat olehnya. Menurut pasal 1877 KUHPerduta,<sup>88</sup> hal tersebut harus dibuktikan di depan pengadilan.

Berbeda halnya dengan akta otentik. Akta otentik memiliki kekuatan pembuktian sempurna.<sup>89</sup> Para pihak sulit mencari celah untuk tidak mengakui akta otentik tersebut. Sebagaimana telah dijelaskan pada sub bab lalu, akta otentik memiliki kekuatan pembuktian formil, kekuatan pembuktian materiil dan kekuatan mengikat. Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, seluruh perjanjian transaksi derivatif dibuat secara bawah tangan atau tidak dibuat oleh dan/atau dihadapan Notaris. Majelis Hakim membatalkan seluruh perjanjian transaksi derivatif disebabkan Tergugat telah terbukti melakukan perbuatan melawan hukum karena bertentangan dengan kewajiban hukumnya yaitu dengan tidak memberikan penjelasan terperinci dan jelas mengenai kemungkinan risiko yang

---

<sup>87</sup> Asser, C. “*Pedoman Untuk Pengajian Hukum Perdata Jilid Tiga Hukum Perikatan Bagian Pertama-Perikatan*” [Handleiding Tot de Beoefening an het Nederlands Burgelijk Recht], diterjemahkan oleh Sulaiman Binol, cet.3, (Jakarta: Dian Rakyat,1967), hal. 592.

<sup>88</sup>Jika seseorang memungkiri tulisan atau tandatangannya, ataupun jika para ahli warisnya atau orang-orang yang mendapat hak daripadanya menerangkan tidak mengakuinya, maka hakim harus memerintahkan supaya kebenaran dari tulisan atau tanda tangan tersebut diperiksa di muka Pengadilan.

<sup>89</sup>Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, *op.cit.*, Ps. 1870.

dihadapi oleh Penggugat. Selain itu Tergugat juga melanggar hak subjektif Penggugat yaitu hak untuk mendapatkan informasi secara terperinci, lengkap dan benar.

Berdasarkan hal tersebut maka peranan Notaris diperlukan di dalam pembuatan perjanjian transaksi derivatif. Jika perjanjian transaksi derivatif dibuat dalam bentuk akta otentik (dalam hal ini akta Notaris) maka para pihak sulit mencari celah untuk tidak mengakui perjanjian tersebut. Hal ini juga dapat dikaitkan dengan kewajiban Notaris bahwa Notaris wajib membacakan perjanjian tersebut (pasal 16 ayat (1) huruf l dan ayat (7) UU Nomor 30 Tahun 2004). Dengan telah dibacakan perjanjian tersebut kepada para pihak dan saksi-saksi, maka diasumsikan bahwa para pihak telah mengetahui isi perjanjian dan sepakat untuk melaksanakan perjanjian tersebut. Lebih lanjut, Notaris merupakan pihak yang mempunyai kewajiban untuk bersikap netral. Artinya, Notaris sebagai Pejabat Umum diwajibkan untuk tidak memihak salah satu pihak dalam perjanjian transaksi derivatif yang bersangkutan. Dengan telah dibacakan dan/atau dijelaskan akta tersebut oleh Notaris kepada para pihak dan saksi-saksi maka salah satu pihak sulit untuk mendalilkan bahwa ia tidak mengetahui isi perjanjian yang ditandatanganinya sehingga berakibat pembatalan terhadap perjanjian transaksi derivatif.<sup>90</sup> Namun dalam UU Nomor 30 Tahun 2004, Notaris memang tidak mempunyai kewajiban menjelaskan isi perjanjian/akta kepada para pihak.

Dengan akta Notaris pun perjanjian transaksi derivatif akan dibuat dalam Bahasa Indonesia<sup>91</sup> atau jika salah satu pihak tidak mengerti bahasa yang digunakan maka Notaris wajib menerjemahkan atau menjelaskan isi akta itu

---

<sup>90</sup>Dengan asumsi apabila pada saat pembacaan akta oleh Notaris ada hal yang tidak dapat dipahami oleh penghadap/salah satu pihak, maka pihak tersebut dapat menanyakan kepada Notaris. Selain itu pada akhir akta yang bersangkutan akan terdapat kalimat “Para pihak dengan ini menjamin akan kebenaran identitas para pihak sesuai tanda pengenal yang disampaikan kepada saya, Notaris dan bertanggung jawab sepenuhnya atas hal tersebut dan selanjutnya para pihak juga menyatakan telah mengerti dan memahami isi akta ini”.

<sup>91</sup>Indonesia (a), *op.cit.*, Ps. 43 ayat (1)

dalam bahasa yang dimengerti oleh pihak tersebut.<sup>92</sup> Dengan demikian setidaknya tidaknya perjanjian akan dibuat dalam dua bahasa. Dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, maka para pihak atau salah satu pihak tidak dapat lagi mendalilkan bahwa ia tidak mengerti isi perjanjian karena perjanjian transaksi derivatif disajikan dalam Bahasa Inggris.

Dalam prakteknya, perjanjian transaksi derivatif sulit dibuat dalam bentuk akta Notaris. Adanya alasan biaya merupakan faktor utama dimana para pihak urung membuat perjanjian transaksi derivatif dalam bentuk akta notaris.<sup>93</sup> Hal ini disebabkan honorarium dari Notaris sudah ditentukan persentasenya. Menurut pasal 36 ayat (2) UU Nomor 30 Tahun 2004 honorarium Notaris didasarkan nilai ekonomis transaksi yang bersangkutan. Jika dikaitkan dengan kasus-kasus di atas, nilai transaksi derivatif bisa mencapai puluhan juta dolar AS sehingga biaya Notaris menjadi relatif mahal. Biaya tersebut pun dikenakan pada nasabah yang biasanya tidak menginginkan tambahan biaya tersebut.

Lebih lanjut, jika hal ini diterapkan dalam praktek timbul suatu pertanyaan. Apakah peranan Notaris dalam perjanjian transaksi derivatif sepadan dengan besarnya risiko yang melekat pada transaksi tersebut sehingga mengakibatkan pembatalan perjanjian transaksi derivatif yang bersangkutan? Dengan adanya pembatalan perjanjian transaksi derivatif oleh Majelis Hakim maka hal tersebut menempatkan Notaris yang bersangkutan setidaknya tidaknya menjadi saksi di persidangan sengketa transaksi derivatif.

Selain akta Notaris, para pihak juga dapat melakukan legalisasi pada akta/perjanjian yang telah dibuat di bawah tangan. Akta yang dilegalisasi adalah akta yang biasa dibuat di bawah tangan (isinya bukan dibuat oleh Notaris) yang dibawa dan dibacakan/dijelaskan serta ditandatangani di depan Notaris dan kemudian dicatatkan dalam buku daftar dengan memberi nomor. Dalam hal ini Notaris tidak bertanggungjawab terhadap isi aktanya, Notaris hanya menjamin tanggal dan orang/pihak yang menandatangani adalah orang yang cakap dan

---

<sup>92</sup>*Ibid.*, Ps. 43 ayat (2)

<sup>93</sup>Wawancara dengan Mustika Kuwera sebagai *Senior Vice President Legal The Hongkong Shanghai Bank Corporation* pada 12 Mei 2010.

berwenang.<sup>94</sup> Legalisasi dalam pengertian sebenarnya adalah membuktikan bahwa dokumen yang dibuat oleh para pihak itu memang benar-benar di tanda tangani oleh para pihak yang membuatnya. Oleh karena itu diperlukan kesaksian seorang Pejabat Umum yang diberikan wewenang untuk itu yang dalam hal ini adalah Notaris untuk menyaksikan penandatanganan tersebut pada tanggal yang sama dengan waktu penandatanganan itu.<sup>95</sup>

Dengan demikian legalisasi merupakan suatu pilihan bagi para pihak untuk meminimalisasi risiko pembatalan perjanjian transaksi derivatif. Hal ini disebabkan karena perjanjian transaksi derivatif yang dibuat dibawah tangan oleh para pihak (nasabah dan bank) tersebut pun dibacakan oleh Notaris dan ditandatangani di hadapan Notaris. Dengan pembacaan oleh Notaris serta keinginan/kehendak untuk menandatangani perjanjian dari para pihak maka dapat disimpulkan bahwa para pihak telah sepakat dan perjanjian tersebut berlaku sebagai UU bagi para pihak yang membuatnya. Dengan konsekuensi hukum tersebut maka para pihak tidak dapat seenaknya mendalilkan bahwa ia tidak mengetahui isi perjanjian sehingga berakibat pembatalan perjanjian.

---

<sup>94</sup>Hendri Samin, “*Beda Akta Notariil, Legalisasi dan Waarmerk*”, <<file:///G:/beda-akta-notariil-legalisasi-dan.html>>, 1 Februari 2009.

<sup>95</sup>Teja Buwana, “*Legalisasi, Waarmerking, dan Pencocokan Fotocopy*”, <<file:///G:/legalisasi-waarmerking-dan-pencocokan.html>>, 28 Juni 2009.