

2-11-2022

PERKEMBANGAN DAN PEMBATASAN PENGGUNAAN BANK GARANSI SEBAGAI JAMINAN PELAKSANAAN OLEH PEMERINTAH DAN PERUSAHAAN BUMN DALAM PELAKSANAAN PERJANJIAN

AZHAR RAHADIYAN ANWAR

Faculty of Law University of Indonesia, azhar.rahadiyan@ui.ac.id

Follow this and additional works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/telj>



Part of the [Banking and Finance Law Commons](#)

Recommended Citation

ANWAR, AZHAR RAHADIYAN (2022) "PERKEMBANGAN DAN PEMBATASAN PENGGUNAAN BANK GARANSI SEBAGAI JAMINAN PELAKSANAAN OLEH PEMERINTAH DAN PERUSAHAAN BUMN DALAM PELAKSANAAN PERJANJIAN," *Technology and Economics Law Journal*: Vol. 1 : No. 1 , Article 3. Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/telj/vol1/iss1/3>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in *Technology and Economics Law Journal* by an authorized editor of UI Scholars Hub.

PERKEMBANGAN DAN PEMBatasan PENGGUNAAN BANK GARANSI SEBAGAI JAMINAN PELAKSANAAN OLEH PEMERINTAH DAN PERUSAHAAN BUMN DALAM PELAKSANAAN PERJANJIAN

AZHAR RAHADIYAN ANWAR

Mahasiswa Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Indonesia

korespondensi azhar.rahadiyan@ui.ac.id

kata Kunci :

*Bank Garansi,
Perbankan, Bank,
Persaingan Usa-
ha, Perkembangan
dan Penggunaan
Bank Garansi di
Indonesia, Instansi
Pemerintah, Badan
Usaha Milik Negara
(BUMN)*

ABSTRAK

Tujuan Perbankan di Indonesia adalah untuk mendukung perkembangan dan stabilitas perekonomian Indonesia. Untuk mencapai hal itu, Bank memiliki 2 (dua) fungsi utama yaitu menghimpun dana dari warga dan menyalurkan dana kepada warga. Fungsi semacam ini disebut sebagai fungsi intermediasi Bank. Salah satu produk Bank mengenai penyaluran dana kepada masyarakat yang diwujudkan dalam Bank Garansi. Bank Garansi adalah produk Bank yang bertujuan untuk memberikan jaminan kepada penerima bahwa prinsipal yang meminta Bank Garansi kepada Bank akan melaksanakan pekerjaan sesuai dengan kewajiban kontraktual antara penerima dan prinsipal. Pada tahun 2013, Pemerintah Indonesia mencanangkan program “Sinergi Badan Usaha Milik Negara (BUMN)” dengan tujuan untuk memaksimalkan efisiensi dan pemberdayaan BUMN sehingga Kerjasama antara Instansi Pemerintah dan BUMN menjadi prioritas dalam menjalankan kegiatan usaha termasuk kegiatan Perbankan atau segala kegiatan yang berhubungan dengan Perbankan. Salah satu kegiatan Perbankan yang tidak jarang ditemukan dan berkaitan dengan kegiatan bisnis adalah penggunaan Bank Garansi sebagai performance bond. Dalam penelitian ini, topik yang akan dibahas adalah perkembangan dan pembatasan penggunaan Bank Garansi oleh Instansi Pemerintah & BUMN di Indonesia berkaitan dengan sinergi BUMN.

I. PENDAHULUAN

Perbankan di Indonesia dibangun dengan tujuan untuk menunjang pemerataan pertumbuhan dan stabilitas perekonomian di Indonesia guna meningkatkan kesejahteraan masyarakat Indonesia.¹ Definisi dari Perbankan diatur dalam Pasal 1 angka 1 Undang – Undang nomor 7 tahun 1992 sebagaimana diubah dengan Undang – Undang nomor 10 tahun 1998 tentang Perbankan (“UU Perbankan”) yang menyebutkan bahwa perbankan adalah segala sesuatu yang menyangkut dengan Bank, mencakup dengan kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatannya. Dengan demikian subyek atau pelaksana dari kegiatan Perbankan di Indonesia adalah Bank. Yang dimaksud dengan Bank menurut Pasal 1 angka 2 UU Perbankan adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkan dana tersebut kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan/atau bentuk lainnya.

Guna memenuhi tujuan dari pembentukan Perbankan yakni menunjang pemerataan pertumbuhan dan stabilitas perekonomian, Bank berdasarkan Pasal 3 UU Perbankan memiliki fungsi utama sebagai penghimpun dana dan penyalur dana masyarakat. Hal yang demikian membuat Bank dikenal sebagai lembaga intermediasi.² Bank sendiri dalam melaksanakan tugas dan kegiatannya diawasi oleh suatu otoritas independen yang dikenal dengan nama Otoritas Jasa Keuangan (OJK) sebagaimana diamanatkan oleh Peraturan Perundang-Undang Indonesia. Sebelum OJK terbentuk, pengawasan atas kegiatan Bank dilakukan oleh Bank Indonesia (BI). Selanjutnya, salah satu produk yang diperbolehkan oleh UU Perbankan bagi Bank dalam penyaluran dana adalah pemberian jaminan kepada Nasabah dalam bentuk Bank Garansi.

Dalam perkembangannya, bank garansi sering digunakan oleh perusahaan – perusahaan untuk menjamin bahwa kontraktor akan melaksanakan pekerjaan sesuai dengan spesifikasi sebagaimana diatur dalam Perjanjian atau Kontrak.³ Penggunaan dari bank garansi pada praktiknya tidak hanya terbatas pada perusahaan – perusahaan swasta saja, bahkan pemerintah termasuk Badan Usaha Milik Negara (BUMN) maupun instansi – instansi di dalamnya dewasa ini menggunakan bank garansi sebagai jaminan pelaksanaan bagi kontraktornya untuk melaksanakan pekerjaan yang telah disepakati oleh dan antara pemerintah dengan kontraktor.⁴

Namun demikian, di dalam kontrak – kontrak antara Pemerintah atau BUMN dengan kontraktor secara tersirat dapat diketahui bahwa terdapat penguasaan atau dominasi penggunaan bank garansi sebagai jaminan pelaksanaan dengan mewajibkan kontraktornya untuk menggunakan Bank Garansi yang diterbitkan oleh Bank BUMN dan Lembaga Pembiayaan Ekspor Indonesia. Perlakuan yang diberikan oleh BUMN dan Pemerintah tersebut berpotensi memberikan dampak yang negative terhadap perkembangan sektor perbankan di Indonesia terutama bagi perusahaan swasta.

METODE PENELITIAN

Metode penelitian yang digunakan dalam penulisan ini adalah Metode penelitian hukum normatif atau doctrinal. Metode ini dilakukan melalui studi kepustakaan atau studi dokumen karena hanya akan mengacu kepada peraturan tertulis maupun bahan hukum lainnya. Penelitian ini bersifat deskriptif yang mana untuk memberikan data guna menjelaskan dan mempertegas hipotesa – hipotesa dengan tujuan utama untuk memperkuat teori – teori lama.⁵

Teori yang akan digunakan untuk membahas penulisan ini adalah *The Pure Theory Of Law*. Teori ini dicetuskan oleh Hans Kelsen pada tahun yang pada intinya menyatakan bahwa hukum yang berlaku atau yang ada saat ini hukum yang bukan hukum yang seharusnya ada⁶ Oleh karenanya, dalam penulisan ini akan disesuaikan antara praktik yang dilakukan dengan peraturan yang mengatur mengenai praktik tersebut.

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*) yakni dilakukan dengan menelaah regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang ditangani. Penelitian ini yang dilaksanakan adalah penelitian hukum normatif sehingga analisa data bersifat kualitatif dan tidak berbentuk angka.

II. PEMBAHASAN

1. Perkembangan Penggunaan Bank Garansi Oleh Pemerintah dan BUMN di Indonesia

Bank garansi sendiri berasal dari kata *guarantee* dalam Bahasa Inggris atau *garantie* dalam Bahasa Belanda yang berarti jaminan. Adapun garansi menurut Bank Indonesia diatur dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia nomor 23/88/KEP/DIR tahun 1991 tentang Pemberian Garansi oleh Bank menyatakan bahwa garansi adalah sebagai berikut:⁷

“Garansi adalah:

1. Garansi dalam bentuk warkat yang diterbitkan oleh bank yang mengakibatkan kewajiban membayar terhadap pihak yang menerima garansi apabila pihak yang dijamin cidera jani (*wanprestatie*);

³ Ade Hari Siswanto, *Karakteristik Hukum dan Pelaksanaan Bank Garansi Dalam Jaminan Kontrak Jasa Konstruksi*, Lex Jurnalica Vol. 14 No. 1 (April 2017) hlm. 27

⁴ Irina Anindita, *Fungsi Bank Garansi Sebagai Jaminan Pelaksanaan (Performance Bond) Kontrak Bagi Hasil Kegiatan Hulu Migas di Indonesia*, Skripsi, Universitas Indonesia, 2011, h.8.

⁵ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, cet.8 (Jakarta:PT Raja Grafindo Persada, 2004) hlm. 4.

⁶ Hans Kelsen, *Pure Theory Of Law Translation From Second (Revised and Enlarged) German Edition*, diterjemahkan oleh Max Knight, (New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd.,2005), hlm 1.

⁷ Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No. 23/88/KEP/DIR tanggal 18 Maret 1991, Pasal 1 ayat (3).

2. *Garansi dalam bentuk penandatanganan kedua dan seterusnya atas surat – surat berharga seperti aval dan endosemen dengan hak regres yang dapat menimbulkan kewajiban membayar bagi bank apabila pihak yang dijamin cidera janji (wanprestatie);*
3. *Garansi lainnya yang terjadi karena perjanjian bersyarat sehingga dapat menimbulkan kewajiban finansial bagi bank*

Dengan demikian secara tersirat dapat diketahui bahwa pengertian dari Bank Garansi ialah jaminan Bank. Bank Garansi menurut *Hermansyah* dalam bukunya mengartikan sebagai berikut:⁸

“Bank garansi adalah jaminan yang diberikan oleh bank, dalam arti Bank menyatakan suatu pengakuan tertulis yang isinya menyetujui mengikatkan diri kepada penerima jaminan dalam jangka waktu tertentu dan syarat – syarat tertentu apabila dikemudian hari ternyata si terjamin tidak memenuhi kewajibannya kepada si penerima jaminan.”

Bank Garansi juga dapat diartikan sebagai jaminan yang diberikan oleh Bank dengan syarat nasabah menyediakan jaminan lawan (*counter guarantee*) yang memiliki nilai paling tidak sama dengan nilai yang tertuang di dalam Bank Garansi yang diterbitkan oleh Bank.⁹ Adapun jenis jaminan yang diberikan oleh nasabah kepada Bank untuk penerbitan Bank Garansi adalah uang tunai, giro yang dibekukan, sertifikat deposito, surat berharga, sertifikat tanah, dan jaminan bentuk lainnya yang dinilai oleh Bank memiliki nilai yang sama dengan Bank Garansi yang akan diterbitkan.¹⁰

Berangkat dari uraian sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, dapat diketahui bahwa terdapat beberapa pihak yang terlibat dalam proses terbitnya suatu Bank Garansi yakni (1) Penjamin atau *Borgtocht* adalah Bank, (2) Pihak Terjamin, adalah nasabah pengguna Bank Garansi, dan (3) Pihak Penerima Jaminan atau pihak ketiga, dalam hal ini adalah Pemerintah atau pemberi kerja (*bowheer*).¹¹ Menurut Djumaldi (1995), Bank Garansi merupakan salah satu bentuk Penanggungan / *Borgtocht* / *Guarantee*, yang berarti menajmin atau jaminan. Sesuai dengan pemisahan dalam jaminan yakni Jaminan Kebendaan dan Jaminan Perorangan maka Bank Garansi selaku *Borgtocht* ini termasuk dalam jenis Jaminan Perorangan. Dengan memperhatikan konstruksi hukum tersebut, dasar hukum pelaksanaan Bank Garansi yang biasa digunakan sebagai acuan di Indonesia adalah ketentuan Pasal 1820 sampai dengan Pasal 1850 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata (“**KUHPerdata**”) tentang Penanggungan. Jaminan perorangan secara singkat merupakan suatu perjanjian antara kreditur dengan pihak ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban debitur.¹² Selain itu di dalam KUHPerdata, *borgtocht* dijelaskan sebagai perjanjian yang memiliki sifat asesoir bukan perjanjian utama atau pokok, secara tidak langsung menyatakan bahwa Perjanjian antara Penjamin dan Terjamin yakni berupa Bank Garansi terpisah dengan Perjanjian antara Terjamin dengan Penerima Jaminan.¹³

Tujuan atau maksud dari pemberian Bank Garansi oleh nasabah kepada pemerintah selaku pemberi kerja adalah sebagai berikut:¹⁴

1. Memberikan bantuan Fasilitas dan kemudahan dalam memperlancar transaksi nasabah dengan pemberi kerja;
2. Bagi pemegang/penerima jaminan Bank Garansi adalah untuk memberikan jaminan dan keyakinan bagi pemegang jaminan Bank Garansi tidak akan dirugikan apabila pihak yang ditunjuk untuk melaksanakan pekerjaan atau pihak yang dijaminakan melalaikan kewajibannya;
3. Menumbuhkan kepercayaan antara pihak terjamin dengan pihak penerima jaminan;
4. memberikan rasa aman dalam berusaha;
5. sebagai sarana bagi Bank untuk menyalurkan dana kepada masyarakat dan menarik keuntungan

⁸ Hermansyah, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2005), h. 87

⁹ O.P Simorangkir, *Seluk Beluk Bank Komersial*, (Jakarta:PT Aksara Persada Indonesia,1988) h, 134

¹⁰ Kasmir, *Manajemen Perbankan*, cet.13, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2015) h.149-150 (untuk selanjutnya akan disebut sebagai “Kasmir I”)

¹¹ *Ibid*, h.147

¹² Letezia Tobing, *Tentang Borgtocht*, Hukum Online, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt5175201097ce4/ten-tang-borgtocht/>, dikunjungi pada tanggal 17 Maret 2021.

¹³ Lihat Pasal 1821 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata.

¹⁴ Kasmir, *Dasar – Dasar Perbankan*, cet.14, (Jakarta:PT Raja Grafindo Persada, 2016), h. 225 (untuk selanjutnya akan disebut sebagai “Kasmir II”)

gan atas pelaksanaan kegiatan tersebut melalui biaya – biaya yang wajar.

Dengan demikian Bank Garansi secara umum dimaksudkan atau digunakan sebagai bukti bahwa nasabah terkait memiliki itikad baik untuk melaksanakan pekerjaan atau proyek yang telah diberikan oleh Pemerintah dan nasabah tersebut memiliki modal yang dipersyaratkan dalam melaksanakan pekerjaan tersebut.¹⁵ Adapun Bank Garansi hanya dapat digunakan untuk tujuan spesifik yang berarti 1 (satu) Bank Garansi hanya dapat digunakan hanya untuk 1 (satu) transaksi saja. Bank garansi dapat diterbitkan dalam 2 (dua) jenis mata uang yakni mata uang Rupiah atau mata uang asing.¹⁶

Dalam pelaksanaan dan tujuannya, Bank Garansi terbagi dalam beberapa jenis yakni sebagai berikut:¹⁷

1. Bank Garansi untuk penangguhan bea masuk, merupakan Bank Garansi yang diberikan kepada kantor bea cukai untuk kepentingan pemilik barang guna penaggihan pembayaran bea masuk atau barang yang dikeluarkan oleh Pelabuhan.
2. Bank Garansi untuk pita cukai tembakau, merupakan Bank Garansi yang diberikan kepada kantor bea cukai untuk kepentingan yang dijamin dalam hal ini adalah pengusahaan pabrik rokok guna penangguhan pembayaran pita cukai tembakau atas rokok – rokok yang akan dikeluarkan pabrik.
3. Bank Garansi untuk tender dalam negeri, merupakan Bank Garansi yang diberikan kepada *bouwheer* atau pemberi kerja untuk kepentingan nasabah yang akan mengikuti tender dalam negeri yang diinginkan.
4. Bank Garansi untuk pelaksanaan pekerjaan, merupakan Bank Garansi yang diberikan kepada *bouwheer* untuk menjamin pelaksanaan pekerjaan.
5. Bank Garansi untuk uang muka pekerjaan, merupakan Bank Garansi yang diberikan kepada *bouwheer* untuk menerima pembayaran uang muka dari pemberi kerja kepada nasabah atau penerima kerja untuk pelaksanaan pekerjaan.
6. Bank Garansi untuk tender luar negeri, merupakan Bank Garansi yang diberikan untuk kepentingan kontraktor yang akan mengikuti tender dengan status *bouwheer* berada di luar negeri.
7. Bank Garansi untuk perdagangan
8. Bank Garansi untuk penyerahan barang, merupakan Bank Garansi yang diberikan kepada nasabah yang akan melakukan penyerahan barang.
9. Bank Garansi untuk mendapatkan keterangan pemasukan barang yang L/C atau *Letter of Credit*nya belum dibayar penuh oleh importir.

Tata cara mengenai penerbitan bank garansi itu sendiri mengacu kepada aturan dari masing – masing bank dengan tetap mengacu kepada standar yang ditetapkan oleh Bank Indonesia. Adapun standar komposisi yang harus ada dan tercantum di dalam sebuah Bank Garansi adalah sebagai berikut:¹⁸

1. Judul “Garansi Bank” atau “Bank Garansi”
2. Nama dan alamat Bank pemberi garansi;
3. Tanggal penerbitan Garansi Bank;
4. Transaksi antara Pihak yang dijamin dengan penerima garansi;
5. Jumlah uang yang dijamin oleh bank;
6. Penegasan batas waktu pengajuan claim;
7. Pernyataan bahwa Penjamin (Bank) akan memenuhi pembayaran dengan terlebih dahulu

¹⁵ *Ibid*, h. 221.

¹⁶ Hermansyah, *Op.Cit*, h.88

¹⁷ Kasmir II, *Op.Cit*, hlm 227-228

¹⁸ Lihat Pasal 2 Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia nomor 23/88/KEP/DIR tahun 1991 tentang Pemberian Garansi oleh Bank.

menyita dan menjual benda – benda si berutang untuk melunasi hutangnya sesuai dengan Pasal 1831 KUHPerdara, atau pernyataan bahwa penjamin (bank) melepaskan hak istimewa untuk menuntut supaya benda – benda si berutang lebih dahulu disita dan dijual untuk melunasi hutang – hutangnya sesuai dengan Pasal 1832 KUHPerdara;

Penerbitan Bank Garansi atau *Standby Letter Of Credit* (Standby L/C) tunduk pada ketentuan *Uniform Customs and Practice for Documentary Credit* (UCP) yang diterbitkan oleh *International Chamber Of Commerce* (ICC). Selanjutnya mengenai persyaratan khusus bagi Bank yang diperbolehkan untuk menerbitkan Bank Garansi tidak secara spesifik diatur dalam UU Perbankan sehingga dapat diartikan setiap Bank yang didirikan dengan mengacu kepada UU Perbankan serta Peraturan Bank Indonesia diperbolehkan untuk menerbitkan Bank Garansi sebagai bentuk penyaluran dana kepada masyarakat.¹⁹

Pemerintah dalam memenuhi tujuannya untuk meningkatkan pertumbuhan serta stabilitas perekonomian nasional memiliki peran sebagai produsen, konsumen, dan pengendali²⁰ perekonomian sehingga tidak tertutup kemungkinan bahwa pemerintah dapat membuat perikatan dengan pihak lain melalui proses pengadaan barang dan/atau jasa yang lebih dikenal dengan istilah *tender*. Yang dimaksud dengan kegiatan Pengadaan Barang dan/atau jasa adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dilaksanakan oleh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD guna memenuhi kebutuhan dari Kementerian atau Lembaga terkait yang prosesnya dan pengajuannya harus disetujui terlebih dahulu oleh Pejabat Pembuat Komitmen (PPK).²¹ Salah satu tugas PPK adalah untuk menentukan Harga Perkiraan Sendiri (HPS) serta Jaminan yang harus diberikan oleh Calon Kontraktor kepada Pemerintah.²² Adapun penyerahan jaminan yang diberikan oleh Calon Kontraktor kepada Pemerintah dapat berupa Bank Garansi atau *surety bond* yang diterbitkan oleh Perusahaan Asuransi. Bentuk yang dipersyaratkan oleh pemerintah kepada Calon Kontraktor atas Bank Garansi atau *surety bond* yakni (1) tidak bersyarat, (2) mudah untuk dicairkan, dan (3) harus dapat dicairkan oleh penerbit jaminan paling lambat 14 (empat belas) hari kerja setelah surat perintah pencairan dari pemerintah.

Selain Pemerintah dapat secara langsung membuat suatu perikatan dengan pihak lain, pemerintah juga dapat terlibat secara tidak langsung dalam suatu kegiatan bisnis dengan cara melakukan penyertaan modal kepada perusahaan yang ditentukan atau dikenal sebagai Badan Usaha Milik Negara (BUMN). BUMN adalah Badan Usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan. Tujuan dibentuknya BUMN sendiri adalah untuk menyediakan barang dan/atau jasa yang berdaya saing kuat dan mengejar keuntungan atau *profit*.²³

Dalam usahanya untuk mengejar keuntungan dan mengingat BUMN merupakan “perpanjangan tangan” atau bagian dari kekayaan negara dikarenakan sumber dari anggaran BUMN berasal dari APBN, maka untuk memenuhi kebutuhannya BUMN diwajibkan untuk mematuhi peraturan perundang – undangan berkenaan dengan Pengadaan Barang dan/atau Jasa untuk menjaga akuntabilitas dan kompetensi dari BUMN itu sendiri. Pengaturan mengenai pemberian jaminan dari Calon Kontraktor kepada BUMN memiliki perbedaan yang mendasar dengan Pemerintah. Hal ini dikarenakan menurut Peraturan Menteri Badan Usaha Milik Negara nomor Per-08/MBU/12/2019 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Badan Usaha Milik Negara, penentuan pemberian, spesifikasi, dan detail jaminan yang harus diserahkan oleh calon kontraktor kepada BUMN mengacu kepada Pedoman yang dibuat dan disepakati oleh Direksi masing – masing BUMN dengan tetap memperhatikan prinsip – prinsip persaingan usaha yang berlaku di Indonesia. Akan tetapi, terdapat persamaan pengaturan mengenai tidak dibatasinya Bank Penerbit Bank Garansi yang digunakan sebagai jaminan kepada Pemerintah maupun BUMN.

¹⁹ Lihat Pasal 3 sampai dengan Pasal 5 Peraturan Bank Indonesia Nomor 14/26/PBI/2012 tentang Kegiatan Usaha dan Jaringan Kantor Berdasarkan Modal Inti Bank.

²⁰ Kompas.com, *Peran Pelaku Ekonomi dalam Kegiatan Ekonomi* <https://www.kompas.com/skola/read/2020/10/09/160942269/peran-pelaku-ekonomi-dalam-kegiatan-ekonomi?page=all>, terakhir dikunjungi pada tanggal 18 Maret 2021.

²¹ Lihat Pasal 25 Peraturan Presiden Nomor 12 tahun 2021 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 16 tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

²² *Ibid.*

²³ Lihat Pasal 12 Undang – Undang Nomor 19 tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara.

Seiring dengan berkembangnya proses bisnis yang dilakukan oleh BUMN dan guna meningkatkan efisiensi biaya operasional untuk kegiatan bisnis yang menjadi bidangnya serta mengantisipasi era keterbukaan pasar ASEAN yang dikenal dengan Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) yang diinisiasi oleh para pemimpin ASEAN dalam Konferensi Tingkat Tinggi (KTT) pada Desember 1997 dan telah terealisasi pada tahun 2015 silam.²⁴ Pemerintah Indonesia mulai menggunakan konsep “Sinergi BUMN” dengan tujuan untuk melakukan proses pengadaan secara cepat, fleksibel, kompetitif, efisien, dan efektif tanpa menyebabkan adanya kehilangan momentum bisnis sehingga mengakibatkan kerugian bagi perusahaan.²⁵ Dengan demikian setiap industry BUMN memiliki *headstart* atau berada satu langkah lebih maju dibandingkan dengan perusahaan swasta yang bergerak di bidang yang sama.

Headstart tersebut tidak hanya terjadi pada sektor pengadaan barang dan/atau jasa saja melainkan juga terjadi di sektor perbankan termasuk di dalamnya adalah Bank Garansi. Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya bahwa Perjanjian Bank Garansi merupakan Perjanjian yang terpisah dengan Perjanjian Pokok antara Nasabah/Terjamin/Calon Kontraktor dengan *Bouwheer*/Pemberi Kerja. Sehingga seyogyanya terdapat kebebasan bagi Pihak Calon Kontraktor untuk menentukan Bank mana yang akan digunakan sebagai Penjamin dalam pelaksanaan Perjanjian dengan Pemberi Kerja. Namun, dalam kenyataannya banyak ditemukan bahwa dalam Surat Penunjukan Pemenang atas *tender* serta kontrak yang diterbitkan oleh BUMN atau Pemerintah menyatakan bahwa pemberian Jaminan Pelaksanaan atau Bank Garansi oleh Calon Kontraktor wajib diterbitkan oleh Bank Pemerintah atau Lembaga Pembiayaan Ekspor Indonesia (“LPEI”) dengan contoh sample klausula Perjanjian sebagai berikut:²⁶

“Penerbit Jaminan Pelaksanaan. Kontraktor harus mendapatkan jaminan pelaksanaan tersebut dari suatu Bank BUMN atau dari Lembaga Pembiayaan Ekspor Indonesia (“LPEI”) yang beroperasi di Negara Republik Indonesia dan tidak masuk dalam kategori bank yang bermasalah dalam pencairan jaminan di Perusahaan, yang memenuhi semua kriteria berikut ini:

1. Penerbit bersedia untuk membuat suatu surat pernyataan yang menjamin kesanggupannya untuk membayar nilai jaminan.
2. Penerbit bersedia untuk menerbitkan suatu jaminan tak bersyarat (*unconditional bond*) yang berisi ketentuan-ketentuan yang secara substansi sama dengan model jaminan pelaksanaan Perusahaan.

Dari persyaratan tersebut sangat terlihat adanya *barrier* atau pembatasan produk Bank Garansi yang harus digunakan oleh Calon Kontraktor hanya dari Bank BUMN atau LPEI. Dalam hal Calon Kontraktor memberikan Bank Garansi yang diterbitkan selain oleh Bank BUMN maupun LPEI baik Bank tersebut adalah Bank Swasta maupun Bank Asing, maka Calon Kontraktor sangat berpotensi dikenai *Wanprestatie* atau Cidera Janji yang memberikan hak bagi BUMN/Pemerintah selaku pemberi kerja untuk melakukan pemutusan Perjanjian. Pembatasan ini dapat menciderai komitmen Indonesia terhadap *World Trade Organization* (WTO) yang diatur di dalam *Schedule of Commitment on Banking Subsector* di tahun 1994.

Selain pembatasan atas penggunaan Bank Garansi, idealnya suatu Bank Garansi diserahkan setelah Perjanjian pokok ditandatangani oleh para pihak dikarenakan Bank Garansi di Indonesia disamakan dengan konsep penagguhan atau *borgtocht* yang secara sifatnya adalah bersifat asesoir. Namun dalam praktiknya, penyerahan Bank Garansi wajib diserahkan oleh Calon Kontraktor kepada BUMN/Pemerintah sebelum Perjanjian pokok ditandatangani dengan jangka waktu Bank Garansi melebihi jangka waktu Perjanjian pokok.

Hal ini kemungkinan dapat juga dipengaruhi karena banyaknya Investor asing yang melakukan investasi secara FDI di Indonesia yang menggunakan konsep Bank Garansi sebagai jaminan pelaksanaan merupakan suatu transaksi independent yang tidak bergantung kepada perikatan yang menyebabkan Pihak yang bersangkutan mengajukan permohonan Bank Garansi kepada Bank.²⁷ Alasan tersebut berdasar

²⁴ Bappeda, *MEA dalam Perspektif Perencanaan Pembangunan Daerah*, <https://bappeda.belitungkab.go.id/mea-dalam-perspektif-perencanaan-pembangunan-daerah/>, terakhir dikunjungi pada tanggal 18 Maret 2021.

²⁵ Anna Maria Tri Anggraini, *Sinergi BUMN Dalam Pengadaan Barang Dan/Atau Jasa Dalam Perspektif Persaingan Usaha*, Mimbar Hukum Vol.25 No. 3, Oktober 2013. h.447

²⁶ Contoh salah satu Klausul Perjanjian yang diterapkan oleh Kontraktor Kontrak Kerja Sama (KKK3/K3S) dan BUMN di Indonesia kepada seluruh Penyedia Jasa atau vendornya.

²⁷ Aleksandar Lukic, *The Role and Importance Of Bank Demand Guarantees in International Trade*, International Journal Of Economics and Research Vol. 5, Issue. 3 (Mei – Juni 2014) hlm. 6-7

pada argumentasi bahwa pencairan Bank Garansi mengacu kepada kontrak atau perjanjian tersendiri antara Bank dengan Pemohon Bank Garansi bukan mengacu kepada Perjanjian Pokok antara Pemohon Bank Garansi (*Principal*) dengan Penerima Bank Garansi (*Beneficiary*).²⁸ Selain itu nominal yang dapat dicairkan oleh *Beneficiary* apabila *Principal* melakukan *wan prestatie* hanya senilai nominal yang ditunjukkan dalam Bank Garansi tersebut.

Dengan menganggap Bank Garansi merupakan transaksi yang terpisah dari Perjanjian Pokoknya juga melindungi Bank dari adanya pencairan Bank Garansi yang semena – mena dikarenakan pencairan Bank Garansi dapat dilakukan tanpa adanya syarat atau tidak perlu menunjukkan bukti bahwa *Principal* tidak melakukan atau terlambat menyelesaikan pekerjaan yang diperjanjikan dengan pihak *Beneficiary*. Perlindungan preventive atas pencairan semena – mena tersebut dapat dilakukan dengan cara Bank dapat melakukan evaluasi atas setiap permohonan pencairan Bank Garansi dengan mengacu kepada Perjanjian Bank Garansi yang dibuat antara Bank dan *Principal*. Selain itu, jika terdapat suatu pertentangan antara ketentuan dalam Bank Garansi dan Perjanjian Pokok, disini pengadilan dapat turut serta untuk memutuskan ketentuan pencairan mana yang dipakai dan apakah alasan yang digunakan oleh *Beneficiary* dalam melakukan proses pencairan dapat dibenarkan atau tidak.²⁹

Dengan demikian identifikasi bahwa Bank Garansi tergolong sebagai salah satu bentuk perjanjian jaminan perorangan atau penanggungan yang bersifat “asesoir” akan menjadi kurang memadai. sebagaimana telah diketahui, bahwa Indonesia memiliki potensi untuk menjadi primadona bagi Investor asing yang mana akan berakibat pada kerjasama antara investor asing oleh Indonesia dan salah satu instrument yang sangat diminati oleh investor asing untuk menjamin pelaksanaan kerjasama adalah Bank Garansi / *Bank Guarantee* / *Demand Guarantee*. Oleh karenanya, diperlukan adanya pembaharuan aturan mengenai Bank Garansi dan alangkah lebih baik apabila terdapat aturan tersendiri yang mengatur secara terperinci perihal Bank Garansi untuk mengakomodir perkembangan terkait dengan pelaksanaan dan pembuatan suatu Bank Garansi.

2. Pembatasan penggunaan Bank Garansi Bank BUMN oleh Pemerintah dan BUMN

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa pemberian garansi oleh Bank kepada seseorang dapat dilakukan melalui Perjanjian atau Kontrak yang mana menyebabkan Bank memiliki kewajiban finansial untuk melakukan pembayaran dalam hal seseorang telah melakukan *wanprestatie* atau cidera janji kepada *bowheer*. Adapun Pasal 1313 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata (“selanjutnya akan disebut KUHPerdata”) memberikan acuan mengenai apa itu yang disebut sebagai Kontrak atau Perjanjian. Yang dimaksud dengan suatu Perjanjian atau Kontrak adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Menurut Subekti³⁰, Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji pada orang lain atau di mana 2 (dua) orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Sedangkan menurut Niewenhuis,³¹ Perjanjian *obligatoir* merupakan sarana utama bagi para pihak untuk mengatur hubungan hukum antara mereka secara mandiri. Dengan demikian dapat diketahui bahwa Perjanjian atau Kontrak melahirkan suatu hak dan kewajiban bagi Para Pihak yang menyepakatinya. Hal ini ditekankan juga pada Pasal 1233 KUHPerdata yang mana suatu perikatan bersumber dari Perjanjian atau Kontrak dan Peraturan Perundang-undangan. KUHPerdata tidak memberikan atau menjelaskan secara definitive mengenai apa yang disebut sebagai suatu perikatan.

Definisi perikatan menurut para ahli sebagaimana disebutkan oleh Agus Yudha Hernoko dalam bukunya yang berjudul Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial adalah:³²

“Hubungan hukum dalam bidang harta kekayaan di antara 2 (dua) orang (atau lebih), di mana pihak yang satu (debitur) wajib melakukan suatu prestasi, sedangkan pihak yang lain (kreditor) berhak atas prestasi itu.”

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Thanuja Rodrigo, *Toward Fairness in The Guarantee Market : The Rationale for Expanding Interventions from fraud to Unconscionability in The Enforcement Of Demand Guarantees*, International Trade and Business Law Review 16 (2013) hlm 225-227.

³⁰ Subekti, *Hukum Perjanjian* Cet.XVI (Jakarta:Intermasa, 1996) h. 1

³¹ J.H. Niewenhuis, *Pokok – Pokok Hukum Perikatan*, (Terjemahan Djasadin Saragih, Surabaya, 1985) h. 1

³² Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, (Jakarta:Kencana, 2010) h. 19

Pada dasarnya isi dari suatu Perjanjian itu tidak dibatasi. Namun demikian, tidak semua Perjanjian yang dibuat oleh para pihak dinyatakan sah secara hukum. Dengan demikian dapat diartikan bahwa masih terdapat batasan – batasan yang harus diperhatikan oleh para pihak pembuat Perjanjian agar suatu Perjanjian dapat dinyatakan sah secara hukum. Syarat sahnya suatu Perjanjian di Indonesia sebagai dasar timbulnya suatu perikatan secara singkat diatur di dalam Pasal 1320 KUHPerdara yang berbunyi sebagai berikut:

a. Kesepakatan para pihak yang membuat Perjanjian

Kesepakatan dalam konteks ini adalah kehendak dari salah satu pihak yang dituangkan dalam suatu Perjanjian telah bersesuaian dengan kehendak pihak lainnya. Kesesuaian tersebut tidak harus dinyatakan secara tegas dalam suatu Perjanjian namun dapat juga ditunjukkan dari tingkah laku atau Tindakan dari para pihak itu sendiri yang mengungkapkan kehendak dari para pihak.³³

Suatu kesepakatan yang mengandung pernyataan kehendak dari para pihak dapat dilihat dari 2 unsur yakni adanya unsur penawaran (*offer*) dan unsur penerimaan (*acceptance*).³⁴ Adapun terdapat beberapa teori yang berkaitan dengan pernyataan kehendak yakni sebagai berikut:³⁵

- Teori kehendak, menyatakan bahwa keterikatan kontraktual baru ada ketika sudah terdapat pernyataan yang bersesuaian dengan kehendak itu. Adapun yang menjadi kendala atas teori ini adalah sulitnya secara hukum untuk memastikan bahwa suatu pernyataan yang dibuat telah sesuai dengan kehendak dari orang yang membuatnya.
- Teori pernyataan, menyatakan bahwa seseorang itu terikat dengan pernyataan yang ia sampaikan. Kelemahan dari teori ini adalah terdapat pernyataan yang tidak sesuai dengan kehendak.
- Teori kepercayaan merupakan teori yang menjadi pelengkap dari kedua teori sebelumnya. Teori ini menyatakan bahwa pernyataan yang mengikat secara kontraktual adalah pernyataan yang secara sifatnya menimbulkan suatu kepercayaan bahwa hal itu sesuai dengan keputusan kehendak yang membuatnya.

Penerapan kesepakatan dalam syarat sahnya suatu Perjanjian merupakan cerminan dari Asas konsensualisme, dimana dengan adanya kata sepakat maka pada saat yang sama kontrak itu lahir.

b. Kecakapan dari para pihak

Kecakapan yang dimaksud dalam persyaratan ini adalah apakah para pihak yang terikat dalam suatu perjanjian berhak untuk menyetujui perjanjian tersebut atau tidak. ukuran dari cakap atau tidaknya subjek hukum untuk melakukan perbuatan hukum terbagi menjadi 2 (dua) yakni:

- *Natural Person* (Perorangan secara Individu), diukur dari standar usia kedewasaan. Adapun salah satu indicator usia kedewasaan dapat dilihat dari Undang – Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan;
- *Recht Person / Legal Person* (Badan Hukum), diukur dari standar kewenangan yang diterapkan oleh Badan Hukum yang bersangkutan. Hal ini dapat diketahui dengan mengacu kepada Undang – Undang Nomor 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dan Anggaran Dasar dari Badan Hukum yang bersangkutan.

c. Untuk suatu hal tertentu

Yang dimaksudkan dengan suatu hal tertentu adalah obyek yang diperjanjikan oleh para pihak yang membuatnya harus bersifat spesifik. Hal ini untuk mempersempit dan memastikan kewajiban dari para pihak itu bersifat spesifik dan tidak terlalu luas.

Pengertian atau penjelasan dari apa yang dimaksud dengan suatu hal tertentu dijelaskan dalam ketentuan Pasal 1332 sampai dengan Pasal 1334 KUHPerdara yakni sebagai berikut:

³³ *Ibid*, h.162

³⁴ *Ibid*.

³⁵ *Ibid*, h. 165 - 166

Pasal 1332 KUHPerdara menyatakan bahwa:

Pasal 1332

Hanya barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi pokok persetujuan.

Pasal 1333 KUHPerdara menyatakan bahwa:

Pasal 1333

Suatu persetujuan harus mempunyai pokok berupa suatu barang yang sekurang-kurangnya ditentukan jenisnya. Jumlah barang itu tidak perlu pasti, asal saja jumlah itu kemudian dapat ditentukan atau dihitung.

Pasal 1334 KUHPerdara menyatakan bahwa

Pasal 1334

Barang yang baru ada pada waktu yang akan datang, dapat menjadi pokok suatu persetujuan. Akan tetapi seseorang tidak diperkenankan untuk melepaskan suatu warisan yang belum terbuka, ataupun untuk menentukan suatu syarat dalam perjanjian mengenai warisan itu, sekalipun dengan persetujuan orang yang akan meninggalkan warisan yang menjadi pokok persetujuan itu, hal ini tidak mengurangi ketentuan pasal-pasal 169, 176, dan 178.

d. Sebab atau kausa yang diperbolehkan atau dihalalkan

Hoge Raad (Mahkamah Agung) pada saat masa pemerintahan Belanda ditahun 1916 melalui *Arrest* atau Putusannya menyatakan yang dimaksud dengan kausa suatu Perjanjian adalah apa yang menjadi tujuan bersama Para Pihak yaitu apa yang dituju oleh Para Pihak dengan menutup Perjanjian tersebut.³⁶

Adapun dari keempat syarat tersebut terbagi menjadi 2 (dua) jenis persyaratan yakni *Pertama*, unsur kesepakatan dan kecakapan digolongkan menjadi syarat subyektif dimana ketika syarat tersebut tidak dipenuhi oleh para pihak dalam pembuatannya maka akibat hukum berupa "Dapat dibatalkannya" perjanjian tersebut. *Kedua*, unsur persyaratan untuk suatu hal tertentu dan kausa yang diperbolehkan atau dihalalkan digolongkan sebagai syarat obyektif yang mana ketika syarat tersebut disimpangi oleh para pihak maka akibat hukum atas perjanjian tersebut adalah "Batal Demi Hukum" atau dengan kata lain perjanjian ini tidak diakui secara hukum atau dianggap tidak pernah ada.³⁷

Seperti yang telah diuraikan sebelumnya bahwa pemberian suatu Bank Garansi dari Bank kepada seorang debitur yang memiliki suatu kewajiban Perjanjian yang harus ia penuhi biasanya melalui suatu Perjanjian. Yang menjadi permasalahan disini adalah sering kali Instansi Pemerintah maupun Perusahaan BUMN dalam klausula Perjanjiannya telah menentukan Bank Garansi terbitan Bank mana saja yang dapat diterima sebagai suatu Jaminan Pelaksanaan dan yang menjadi sorotan disini adalah Bank dengan status sebagai BUMN, apabila Kontraktor/debitur tidak dapat memenuhi hal tersebut maka Instansi Pemerintah maupun BUMN berhak untuk melakukan pemutusan lebih awal atas Perjanjian yang telah disepakati.

Tentunya dengan adanya hal yang demikian, maka persaingan Produk Bank Garansi dari Bank Konvensional maupun Syariah Swasta domestic maupun Bank Asing menjadi lebih sulit dan berpotensi

³⁶ Marilang, *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, (Makassar:Indonesia Prime, 2017), hlm. 189

³⁷ *Ibid*, hlm. 189

melahirkan suatu persaingan yang tidak sehat dan tidak *fair* (adil). Untuk menentukan hal tersebut maka perlu melihat ketentuan yang diatur di dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (“Untuk selanjutnya disebut sebagai **UU Persaingan Usaha**”). Definisi Perjanjian sendiri secara spesifik juga diatur dalam UU Persaingan Usaha dalam Pasal 1 angka 7 yang kurang lebih memiliki maksud yang sama dengan Perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1313 KUHPerdara, hanya saja terdapat penekanan bahwa yang dimaksud Perjanjian dapat diartikan dalam bentuk tertulis maupun tidak tertulis.

Dalam UU Persaingan Usaha setidaknya – tidaknya mengatur 2 kategori hal yang dilarang yakni Perjanjian yang dilarang dan Kegiatan yang dilarang. Dalam pembahasan ini akan membahas lebih spesifik kepada kategori Perjanjian yang dilarang. Perjanjian yang dilarang sendiri menurut UU Persaingan Usaha terbagi menjadi beberapa yakni sebagai berikut:

- a. Oligopoli, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 4 UU Persaingan Usaha yang pada intinya melarang pelaku usaha untuk membuat suatu perjanjian dengan pengusaha lain dengan sengaja untuk menguasai penjualan, produksi, dan/atau pemasaran barang atau jasa. Hal ini dapat diindikasikan dengan lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu dimiliki oleh para pelaku usaha yang bersangkutan yang berdampak timbulnya persaingan usaha yang tidak sehat. Hakikatnya, pasar bersifat Oligopoli ini hanya berada satu langkah sebelum pasar sempurna yang mana terdapat beberapa penjual yang masing – masing memiliki kekuatan untuk menentukan pasar. Hanya saja Oligopoli terbentuk dikarenakan para Penjual tersebut tidak bersaing melainkan berkolusi untuk menentukan harga dan produksi yang bisa berdampak kepada ketersediaan barang dan/atau jasa menjadi semakin sedikit dan harga yang dibayar oleh pembeli semakin mahal.³⁸
- b. Penetapan Harga, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 5 sampai dengan Pasal 6 UU Persaingan Usaha yang pada intinya menyatakan bahwa Pelaku Usaha dilarang untuk membuat suatu perjanjian guna menetapkan harga atas barang dan/atau jasa pada satu pasar yang sama. Penetapan harga tersebut terbagi menjadi 3 (tiga) kategori yakni menetapkan harga agar antar konsumen mendapat harga yang berbeda, menetapkan harga dibawah harga pasar, dan membuat suatu perjanjian yang isinya tidak akan memasok atau menjual kembali barang dengan harga yang lebih rendah dari harga yang diperjanjikan yang berdampak timbulnya persaingan usaha yang tidak sehat
- c. Pembagian wilayah, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 9 UU Persaingan Usaha yakni antar pelaku usaha dilarang untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi barang dan/atau jasa yang berdampak timbulnya persaingan usaha yang tidak sehat
- d. Pemboikotan, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 10 UU Persaingan Usaha yang pada intinya menyatakan bahwa para pelaku usaha dilarang untuk membuat Perjanjian dengan tujuan agar pelaku usaha lain tidak dapat melakukan usaha yang sama.
- e. Kartel, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 11 UU Persaingan Usaha yakni pelaku usaha dilarang untuk membuat suatu perjanjian dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk mempengaruhi harga jual suatu produk dengan cara mengatur jumlah dan/atau pemasaran suatu barang yang berdampak timbulnya persaingan usaha yang tidak sehat
- f. Trust, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 12 UU Persaingan Usaha yakni pelaku usaha dilarang untuk membentuk gabungan perusahaan yang lebih besar (menggabungkan perusahaan) tanpa membubarkan atau menonaktifkan perusahaan asal dengan tujuan untuk menguasai dan mengendalikan produksi serta pemasaran atas suatu barang dan/atau jasa yang berdampak timbulnya persaingan usaha yang tidak sehat

g. Oligopsoni, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 13 UU Per-

³⁸ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Jakarta:Kencana, 2012) hlm.118

saingan Usaha yakni Usaha yang pada intinya melarang pelaku usaha untuk membuat suatu perjanjian dengan pengusaha lain dengan sengaja untuk menguasai pembelian dan/atau penerimaan barang atau jasa. Hal ini dapat diindikasikan dengan lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu dimiliki oleh para pelaku usaha yang bersangkutan yang berdampak timbulnya persaingan usaha yang tidak sehat

- h. Integrasi Vertikal, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 14 UU Persaingan Usaha yakni pelaku usaha tidak diperkenankan untuk membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain dengan tujuan untuk menguasai jumlah produksi suatu produk yang merupakan salah satu komponen dalam rangkaian produksi barang dan/atau jasa tertentu secara langsung maupun tidak langsung yang berdampak timbulnya persaingan usaha yang tidak sehat
- i. Perjanjian tertutup, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 15 UU Persaingan Usaha yakni antar pelaku usaha dilarang untuk membuat suatu perjanjian yang menyatakan sebuah komitmen yang bersifat tetap seperti melakukan pembelian terus – menerus kepada pihak yang sama sedangkan dalam pasar terdapat beberapa pelaku usaha lain.
- j. Perjanjian dengan Pihak Luar Negeri, ketentuan yang mengatur mengenai hal ini dapat dilihat dalam Pasal 16 UU Persaingan Usaha.

dari unsur – unsur yang disebutkan dalam pasal – pasal tersebut diatas dapat diketahui bahwa secara garis besar Perjanjian yang dilarang menurut UU Persaingan Usaha adalah ketika Perjanjian yang demikian dibuat oleh dan antara Pelaku Usaha yang bergerak dalam bidang atau bisnis yang sama dan/atau berkaitan sehingga Konsumen tidak mendapatkan harga yang kompetitif atas suatu barang dan/atau jasa. Selain itu, untuk menganalisa dan mengetahui bahwa Pelaku Usaha telah melakukan atau membuat Perjanjian yang dilarang adalah dari pembuatan Perjanjian yang demikian menyebabkan Persaingan Usaha yang tidak sehat. Dalam UU Persaingan Usaha sendiri dikenal 2 (dua) jenis pembuktian yakni pembuktian secara *per se illegal* dan *rule of reason*.³⁹

Yang dimaksud dengan pendekatan *Rule Of Reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh otoritas pengawas persaingan usaha (dalam hal ini di Indonesia adalah Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)) untuk melakukan evaluasi atas suatu tindakan atau kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha menyebabkan persaingan usaha yang tidak sehat atau tidak. Dalam UU Persaingan Usaha di Indonesia, hal ini dirumuskan dengan suatu frasa yang berbunyi “yang dapat mengakibatkan” dan/atau “patut diduga” yang menyiratkan diperlukan adanya penelitian lebih lanjut yang harus dilakukan oleh KPPU untuk menentukan apakah tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha menghambat kegiatan bisnis lain atau berdampak negative bagi perekonomian umum.⁴⁰ Pendekatan ini juga mengisyaratkan adanya suatu kausalitas antara tindakan dan akibat yang diberikan bagi perekonomian nasional. Dalam pendekatan ini dimungkinkan adanya suatu tindakan anti persaingan usaha namun memberikan keuntungan bagi konsumen maupun perekonomian nasional pada umumnya.⁴¹

Sedangkan, pendekatan *Per Se Illegal* lebih bersifat positivis dibandingkan dengan pendekatan *Rule Of Reason*. Dalam artian bahwa apabila pelaku usaha telah melakukan perbuatan atau tindakan anti persaingan usaha maka pada saat itu juga dia dinyatakan bersalah telah melanggar ketentuan UU Persaingan Usaha. Hal ini tercermin dari penerapan frasa “Dilarang” dan tidak mengisyaratkan ada frasa “yang mengakibatkan terjadinya praktik usaha yang tidak sehat”.⁴²

Secara garis besar ketentuan yang mengatur mengenai Perjanjian yang dilarang dalam UU Persaingan Usaha dapat dikategorikan bahwa terdapat 3 jenis Perjanjian yakni Penetapan Harga, Pemboikotan, dan Perjanjian tertutup yang menggunakan pendekatan *Per Se Illegal* dan 7 jenis Perjanjian yang dila-

³⁹ *Ibid*, hlm. 693

⁴⁰ Sirait, Ningrum Natasya, dan Sebastian Pompe, *Ikhtisar Ketentuan Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: The National Legal Reform Program (NLRP), 2010) hlm. 272

⁴¹ Ade Hari Siswanto, *Karakteristik Hukum dan Pelaksanaan Bank Garansi Dalam Jaminan Kontrak Jasa Konstruksi*, *Lex Jurnalica* Vol. 14 No. 1 (April 2017), hlm.379

⁴² Susanti Adi Nugroho, *Op.Cit*, hlm. 701.

rang menggunakan pendekatan *Rule Of Reason*. Namun demikian, untuk membahas lebih lanjut mengenai pembatasan penggunaan Bank Garansi oleh Pemerintah dan BUMN maka perlu diperhatikan juga apakah terdapat pengecualian yang diberikan oleh UU Persaingan Usaha kepada BUMN. Pengecualian atas pengaturan UU Persaingan Usaha dituangkan dalam ketentuan Pasal 50 dan Pasal 51 UU Persaingan Usaha yang pada intinya bahwa pelaksanaan tindakan anti persaingan tersebut menyangkut hak eksklusif (HAKI), menyangkut hajat hidup orang banyak yang diamanatkan kepada BUMN dan Instansi Pemerintah, melaksanakan undang-undang atau peraturan lainnya, dan pelaksana kegiatan tersebut merupakan pengusaha kecil.

Berdasarkan ketentuan pengecualian tersebut didapati bahwa BUMN dan Instansi Pemerintah dikecualikan “**apabila monopoli atau tindakan anti persaingan tersebut dilakukan untuk hajat hidup orang banyak**” sedangkan terkait Bank Garansi sendiri adalah murni untuk kegiatan bisnis untuk menjamin pelaksanaan kewajiban Kontraktor sebagaimana tertuang dalam Kontrak. Sehingga, pembatasan yang demikian tidak termasuk dalam hal yang dikecualikan dalam UU Persaingan Usaha. Selanjutnya berkaitan dengan 10 jenis Perjanjian yang dilarang, menurut Penulis hal ini tidak dapat dikategorikan sebagai hal yang melanggar atau mengindikasikan suatu Perjanjian yang dilarang sebagaimana diatur dalam UU Persaingan Usaha. Hal ini dikarenakan antara bisnis utama dari BUMN dan Instansi Pemerintah tidak atau bukan merupakan satu rangkaian product (*supply chain*) dari Bank Garansi. Meskipun pembatasan ini tidak melanggar ketentuan UU Persaingan Usaha, alangkah baiknya apabila Pemerintah Indonesia sebagai anggota atau subjek hukum masyarakat Internasional juga memperhatikan komitmen yang Indonesia berikan kepada Negara – Negara lain berkaitan dengan Perbankan.

Berdasarkan uraian singkat di atas, dalam menentukan apakah pembatasan yang dilakukan oleh Pemerintah dan BUMN kepada Kontraktornya untuk secara khusus menggunakan Bank Garansi BUMN sebagai suatu jaminan pelaksanaan atas pelaksanaan kontrak, maka perlu dilihat kembali apakah dalam Perjanjian antara Pemerintah dan BUMN dengan Kontraktornya mengandung unsur – unsur sebagaimana disebutkan dalam UU Persaingan Usaha atau tidak. Suatu Perjanjian terkait pembatasan penggunaan Bank Garansi dapat dikatakan telah melanggar UU Persaingan Usaha Apabila (1) di dalam Perjanjian antara Pemerintah atau BUMN dengan Kontraktornya mengandung unsur – unsur sebagaimana disebut dalam UU Persaingan Usaha dan (2) Pelaku Usaha yang bergerak di bidang penerbitan Bank Garansi yang dalam hal ini adalah antar Bank BUMN telah membuat kesepakatan bersama untuk menentukan/ menetapkan harga Bank Garansi secara spesifik dengan tujuan agar Pemerintah dan BUMN lebih memilih produk yang diterbitkan oleh Bank BUMN tanpa melihat kisaran harga yang ditentukan oleh Bank selain Bank BUMN.

III. KESIMPULAN & SARAN

Dari pembahasan diatas dapat disimpulkan hal – hal sebagai berikut:

- a. Bank Garansi di Indonesia masih dikenal sebagai suatu Perjanjian yang bersifat *Assesoir* yang mana hanya bisa lahir apabila telah ada Perjanjian Induk. Salah satu fungsi dari Bank Garansi yang digunakan oleh Instansi Pemerintah dan BUMN adalah sebagai suatu Jaminan Pelaksanaan atas pelaksanaan Perjanjian. Namun dalam praktik dan pelaksanaannya, kedudukan *Assesoir* dari Bank Garansi mulai bergeser dengan dibuktikan dalam Jangka Waktu suatu Bank Garansi lebih lama dibandingkan Perjanjian Induk yang telah ditandatangani oleh Para Pihak dan Bank Garansi wajib diserahkan terlebih dahulu oleh Kontraktor sebelum Instansi Pemerintah dan BUMN menyerahkan Perjanjian Induk kepada Kontraktor.
- b. Bahwa Tindakan berupa pembatasan penggunaan Bank Garansi yang diterbitkan oleh Bank BUMN oleh Instansi Pemerintah dan BUMN kepada Kontraktor sebagai suatu Jaminan Pelaksanaan berpotensi dapat digolongkan telah melanggar UU Persaingan Usaha dalam hal ditemukannya ada kesepakatan tersendiri antara Pemerintah, BUMN, dan Bank BUMN yang berisikan adanya komitmen untuk selalu saling menunjuk atas penggunaan produk dari masing – masing Pihak dan hal tersebut diindikasikan menyebabkan Persaingan Usaha yang tidak sehat di Indonesia.

- c. Dengan adanya perkembangan yang terjadi dalam praktik penggunaan Bank Garasi sebagai Jaminan Pelaksanaan Perjanjian antara Instansi Pemerintah dan BUMN, saran dan rekomendasi yang dapat diberikan penulis untuk pejabat dan otoritas pembentuk peraturan dan pengawas dibidang perbankan adalah agar dapat menerbitkan suatu peraturan tersendiri yang mengatur mengenai produk bank termasuk di dalamnya adalah Bank Garansi secara detail sehingga antara Peraturan dan Praktiknya berkesinambungan. Pembentukan aturan ini juga diperlukan untuk memberikan perlindungan hukum kepada Bank sebagai penerbit Bank Garansi dan rambu – rambu bagi Bank apabila hendak menerbitkan suatu Bank Garansi mengingat Bank juga dikategorikan dalam beberapa Buku (Buku I – Buku IV).

DAFTAR REFERENSI

Buku

- Hermansyah, Hukum Perbankan Nasional Indonesia (Jakarta: Kencana, 2005)
- Hernoko, Agus Yudha. Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial, (Jakarta:Kencana, 2010)
- Kasmir, *Manajemen Perbankan*, cet.13, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2015)
- , *Dasar – Dasar Perbankan*, cet.14, (Jakarta:PT Raja Grafindo Persada, 2016)
- Kelsen, Hans. *Pure Theory Of Law Translation From Second (Revised and Enlarged) German Edition*, diterjemahkan oleh Max Knight, (New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd.,2005)
- Marilang, Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian, (Makassar:Indonesia Prime, 2017)
- Niewenheuis, J.H. Pokok – Pokok Hukum Perikatan, diterjemahkan oleh Djasadin Saragih, Surabaya, 1985.
- Nugroho, Susanti Adi. *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Jakarta:Kencana, 2012)
- Simorangkir, O.P. *Seluk Beluk Bank Komersial*, (Jakarta:PT Aksara Persada Indonesia,1988)
- Sirait, Ningrum Natasya, dan Sebastian Pompe. *Ikhtisar Ketentuan Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: The National Legal Reform Program (NLRP), 2010)
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif*, cet.8 (Jakarta:PT Raja Grafindo Persada, 2004)
- Subekti, Hukum Perjanjian Cet.XVI (Jakarta:Intermasa, 1996)
- Usanti, Trisadini Prasastinah dan Nurwhajuni. *Model Penyelesaian Kredit Bermasalah* (Surabaya: Revka Pertra Media, 2014)
- Usanti, Trisadini P dan Abd. Shomad. *Hukum Perbankan* (Jakarta: Kencana, 2016)

Jurnal

- Anggraini, Anna Maria Tri. *Sinergi BUMN Dalam Pengadaan Barang Dan/Atau Jasa Dalam Perspektif Persaingan Usaha*, Mimbar Hukum Vol.25 No. 3 (Oktober 2013)
- Ibrahim, Johannes, Rahel Octora, dan Yohanes Hermanto Sirait, *Peranan Bank Penerbit Bank Garansi Sebagai Penjamin Pelaksanaan Pekerjaan Konstruksi Pembangunan Rumah Susun Dalam Meningkatkan Perlindungan Hak Konsumen*, Dialogia Iuridica Jurnal Hukum Bisnis dan Investasi Vol. 7 No. 2 (Mei 2017).
- Jemarut, Wihelmus. *Pendekatan Rule Of Reason dan Per Se Illegal dalam Perkara Persaingan Usaha*, Widya Yuridika:Jurnal Hukum Vol. 3 No. 2 (Desember 2020)
- Knezevic, Mirjana& Aleksandar Lukic. *The Importance Of Bank Guarantees in Modern Business (Business Environment in Serbia)*, Investment Management and Financial Innovations, Vol. 13, Issue 3 (2016).
- Koul R.L& Meenakshi Kaul, *Essence of Bank Guarantees in Performance Of Contractual Obligation*, International Journal Of English Language Literature in Humanities (IJELLH), Vol. V, Issue IX (September 2017).
- Lukic, Aleksandar. *The Role and Importance Of Bank Demand Guarantees in International Trade*, International Journal Of Economics and Research Vol. 5, Issue. 3 (Mei – Juni 2014)
- Rodrigo, Tanuja. *Toward Fairness in The Guarantee Market : The Rationale for Expanding Interventions from fraud to Unconscionability in The Enforcement Of Demand Guarantees*, International Trade and Business

Siswanto, Ade Hari. *Karakteristik Hukum dan Pelaksanaan Bank Garansi Dalam Jaminan Kontrak Jasa Konstruksi*, Lex Journalica Vol. 14 No. 1 (April 2017)

Skripsi

Anindita, Irina. *Fungsi Bank Garansi Sebagai Jaminan Pelaksanaan (Performance Bond) Kontrak Bagi Hasil Kegiatan Hulu Migas di Indonesia*, Skripsi, Universitas Indonesia, 2011.

Peraturan Perundang – Undangan.

Indonesia, *Kitab Undang – Undang Hukum Perdata.*

Indonesia, *Undang – Undang Perbankan*, Undang – Undang nomor 10 Tahun 1998 LN No. 182 Tahun 1998 TLN No. 3790.

Indonesia, *Undang – Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 LN No. 33 Tahun 1999 TLN No. 3817

Indonesia, *Undang-Undang Bank Indonesia*, Undang – Undang Nomor 23 Tahun 1999, LN No. 66 Tahun 1999 TLN No. 3843

Indonesia, *Perubahan Undang – Undang Bank Indonesia*, Undang – Undang Nomor 3 Tahun 2004, LN No. 7 Tahun 2004.

Indonesia, *Perubahan Kedua Undang – Undang Bank Indonesia*, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang – Undang Nomor 2 Tahun 2008, LN No 142 Tahun 2008 TLN No. 4901

Indonesia, *Penetapan Perubahan Kedua Undang – Undang Bank Indonesia*, Undang – Undang Nomor 6 Tahun 2009, LN No.7 Tahun 2009 TLN No. 4962.

Indonesia, *Undang – Undang Otoritas Jasa Keuangan*, Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2011, LN No. 111 Tahun 2011 TLN No.

Bank Indonesia, *Surat Keputusan tentang Pemberian Garansi oleh Bank*, SK Direksi Bank Indonesia nomor 23/88/KEP/DIR tahun 1991.

Bank Indonesia, *Peraturan Bank Indonesia tentang Bank Umum*, PBI No.11/1/PBI/2009, LN No. 27 Tahun 2009 TLN No. 4976

Bank Indonesia, *Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia tentang Bank Umum*, PBI Nomor 13/27/PBI/2011, LN No.147 Tahun 2011 TLN No. 5267.

Otoritas Jasa Keuangan, *Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Tentang Kegiatan Usaha dan Jaringan Kantor Berdasarkan Modal Inti Bank*, POJK Nomor 6/POJK.03/2016. LN No. 18 Tahun 2016, TLN No. 5842.

Website

Bappeda, *MEA dalm Perspektif Perencanaan Pembangunan Daerah*, <https://bappeda.belitungkab.go.id/mea-dalam-perspektif-perencanaan-pembangunan-daerah/>

Tobing, Letizia. *Tentang Borgtocht*, Hukum Online, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt5175201097ce4/tentang-borgtocht/>, dikunjungi pada tanggal 17 Maret 2021.

Kompas.com, *Peran Pelaku Ekonomi dalam Kegiatan Ekonomi* <https://www.kompas.com/skola/read/2020/10/09/160942269/peran-pelaku-ekonomi-dalam-kegiatan-ekonomi?page=all>,