

**KARAKTERISTIK
PERJANJIAN BANGUN GUNA SERAH¹**
Oleh : Mercy Maria Magdalena Setlight²

ABSTRAK

Tujuan penulisan ini adalah untuk mengetahui karakteristik hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer Contract/BOT*) kaitannya dengan keberadaan Pemerintah sebagai salah satu kontrak. Penulisan ini menggunakan metode normatif dengan melakukan kajian pustaka. penelitian ini dilakukan terhadap asas hukum dan aturan hukum yang berlaku dalam perjanjian BOT. Hasil penelitian menunjukkan bahwa Karakteristik Perjanjian BOT adalah perjanjian hybrid karena merupakan percampuran antara hukum publik dan hukum privat, selain itu Perjanjian BOT merupakan perjanjian kebijakan karena merupakan perjanjian yang dilaksanakan oleh pemerintah daerah yang berasal dari kewenangan yang diberikan oleh undang-undang dalam bertindak bebas dalam batas kepentingan dan perlindungan kepada rakyat.

ABSTRACT

The objective is to determine the legal characteristics Agreement To Deliver Build (Build Operate and Transfer Contract / BOT) related to the presence of the Government as one of parties to the contract.

This writing method by normative literature. research was conducted on the principle of the rule of law and the applicable law in BOT agreement.

The results showed that the characteristics of the BOT Agreement is an agreement hybrid because mixture of public law and private law, in addition to the BOT Agreement is an agreement for a treaty policies implemented by local governments from the authority granted by law to act

¹ Artikel

² Dosen Fakultas Hukum Unsrat

*freely within the interest and protection to the people.*¹

PENDAHULUAN

Indonesia merupakan negara berkembang yang melakukan pembangunan dengan tujuan mewujudkan masyarakat adil dan makmur sebagaimana tujuan Negara Indonesia yang termaktub dalam alenia keempat Pembukaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945). Indonesia sebagai negara berkembang dengan kepadatan dan kebutuhan penduduk terus bertambah menuntut penambahan sarana dan prasarana untuk kepentingan umum (infrastruktur). Pengadaan infrastruktur membutuhkan dana yang sangat besar dan akan berat apabila hanya dibebankan pada Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara dan Daerah (APBN dan APBD). Melihat keterbatasan pemerintah melalui APBN maupun APBD dalam penyediaan dana untuk pembangunan infrastruktur ini, maka dituntut adanya model-model baru pembiayaan proyek pembangunan. Dalam pengadaan infrastruktur di daerah, tak jarang sebagai alternatif pendanaan, pemerintah melibatkan pihak swasta (nasional-asing) dalam proyek-proyeknya.

Partisipasi swasta ini dapat diarahkan pada proyek yang membutuhkan dana besar, seperti pembangunan jalan tol, migas, bendungan, pembangunan mall, perluasan bandara, maupun pembangkit listrik dan dapat juga diarahkan pada proyek infrastruktur yang tidak membutuhkan dana yang terlalu besar, seperti renovasi pasar, terminal, pangkalan truk, *rest area*, *resort* dan lain-lain.³ Salah satu cara pembiayaan proyek dapat dilakukan dengan mengajak pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan

³ Soleh, Ridwan., 2009. *Kajian Tentang Kerja Sama Pembiayaan Dengan Sistem Build Operate And Transfer (Bot) di Kabupaten Pekalongan*. Universitas Diponegoro : Semarang.

proyek pemerintah dengan sistem BOT (*Build Operate and Transfer*) atau Perjanjian Bangun Guna Serah (selanjutnya disingkat Perjanjian BOT). Pembiayaan proyek dengan Perjanjian BOT mencakup studi kelayakan, pengadaan barang, pembiayaan, sampai dengan pengoperasian.⁴ Di sini pelaksana proyek mendapat hak konsesi untuk jangka waktu tertentu guna mengambil manfaat ekonominya dan pada akhirnya mengembalikan semua aset tersebut pada pemerintah pada saat berakhirnya masa konsesi.

Kerjasama jenis Perjanjian BOT ini telah lama dipraktikkan oleh negara-negara maju, misalnya pada proyek Anglo-French Channel Tunnel.⁵ Negara-negara berkembang juga mulai banyak melaksanakan perjanjian model ini, misalnya proyek jembatan dan bandara di HongKong, energi dan jalur kereta api di Cina, jalan raya dan bandara di Malaysia, telekomunikasi di Thailand, energi di Filipina, proyek energi thermal di Pakistan, dan sebagainya.⁶ Perjanjian BOT merupakan bentuk perjanjian kerja sama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian BOT dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada

pemegang hak atas tanah setelah jangka waktu perjanjian berakhir.⁷

Perjanjian BOT merupakan suatu konsep di mana proyek dibangun atas biaya sepenuhnya dari perusahaan swasta, beberapa perusahaan swasta atau kerjasama dengan BUMN dan setelah dibangun, dioperasikan oleh kontraktor dan setelah tahapan pengoperasian selesai sebagaimana ditentukan dalam perjanjian BOT, kemudian dilakukan pengalihan proyek kepada pemerintah selaku pemilik proyek.⁸

Perjanjian BOT melibatkan pemerintah dan sektor swasta. Perjanjian BOT merupakan kontrak yang di dalamnya di samping terkandung hukum privat juga terkandung hukum publik karena salah satu pihak bertindak sebagai penguasa (pemerintah). Di samping dalam tahapan pembentukan, terutama menyangkut prosedur dan kewenangan pejabat publik, elemen hukum publik juga terdapat dalam fase pelaksanaan dan penegakan kontrak. Daya kerja hukum publik berlaku dalam semua tahapan ini.

Dominannya nuansa publik dalam perjanjian BOT menjadi alasan bahwa aturan dalam hukum perjanjian konvensional tidak sesuai dalam hubungan kontraktual antara pemerintah dengan individu maupun perusahaan swasta. Perjanjian BOT tetaplah dikategorikan sebagai perjanjian bukan peraturan. Namun, terdapat beberapa hal yang berbeda antara perjanjian BOT dengan bentuk perjanjian lainnya antara lain karena pemerintah menjadi salah satu pihak dalam perjanjian sehingga perjanjian BOT mengandung aspek hukum publik.⁹

⁴ Bambang Pujiyanto ., dkk., 2005. *Analisis Potensi Penerapan Kerjasama Pemerintah Swasta Dalam Pengembangan Infrastruktur Transportasi Di Perkotaan*. Universitas Diponegoro : Semarang.

⁵Taryana Soenandar. 2004, *Prinsip-Prinsip Unidroit Sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Sengketa Bisnis Internasional*. Sinar Grafika. Jakarta. Hlm. 76

⁶Ridwan Khairandi. 2007. *Mekanisme Penulisan Dokumen Hukum & Akta Perjanjian Kerjasama Perusahaan dengan Pihak Lain*, disampaikan dalam Workshop Legal Drafting Perusahaan, tanggal 21 Februari 2007.

⁷Ima Oktorina. 2010. *Kajian Tentang Kerjasama Pembiayaan dengan Sistem BOT dalam Revitalisasi Pasar Tradisional*. Universitas Diponegoro : Semarang. Hlm. 12.

⁸*Ibid*. Hlm. 1.

⁹Ridwan Soleh . 2009. *Kajian Tentang Kerja Sama Pembiayaan Dengan Sistem Build Operate And*

Oleh karena itu, dalam perjanjian BOT, para pihak tidak semata-mata hanya mempertimbangkan kehendak para pihak akan tetapi harus pula mempertimbangkan kepentingan masyarakat. Karakteristik Perjanjian BOT yang melibatkan aspek hukum publik dan hukum privat ini yang mendasari penulis untuk melakukan penelitian yang memiliki tujuan untuk mengetahui karakteristik hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer Contract/BOT*) kaitannya dengan keberadaan Pemerintah sebagai salah satu kontraktan.

METODE PENELITIAN

Penelitian ini dilakukan terhadap asas hukum dan aturan hukum yang berlaku dalam perjanjian BOT sehingga tipe penelitian ini adalah tipe penelitian normatif. Penelitian ini menggunakan data-data sekunder yang meliputi bahan-bahan hukum baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan, asas-asas dan hasil-hasil penelitian terkait dengan perjanjian BOT. Bahan hukum sekunder berupa dokumen-dokumen dan literatur/bacaan yang mencakup dasar-dasar teoretik atau doktrin yang relevan dengan perjanjian BOT termasuk bahan hukum yang diperoleh dari internet, hasil seminar, simposium dan hasil lokakarya yang terkait dengan perjanjian BOT. Bahan Hukum tertier yakni penjelasan atau informasi yang diperoleh dari kamus-kamus yang membantu menerjemahkan berbagai istilah hukum yang dipergunakan dalam pembahasan terutama kamus hukum.

HASIL PENELITIAN

Perjanjian BOT sebagai bentuk perjanjian yang melibatkan pemerintah dalam hal ini pemerintah daerah sebagai

salah satu pihak menyebabkan timbulnya percampuran antara hukum publik dan hukum privat dalam perjanjian ini. Kedudukan pemerintah sebagai kontraktan menyebabkan kekhasan dalam perjanjian ini karena terdapat unsur hukum publik dalam perjanjian tersebut.¹⁰ Daya kerja hukum publik berada di semua fase perjanjian sehingga kerap kali perjanjian BOT tampak sebagai perjanjian yang tidak menempatkan para pihak pada kedudukan yang seimbang.

Perjanjian BOT belum dapat mewujudkan tujuan pemerintah dalam mengambil kebijakan sehingga memberikan dampak pada masyarakat dan keuangan negara. Hal ini akan menyebabkan timbulnya illegitimasi rakyat terhadap pemerintah sehingga akan melahirkan bentuk-bentuk pertanggungjawaban politik dari pemerintah kepada rakyat. Perjanjian BOT tidak hanya berbicara sebatas perjanjian dengan pembatasan-pembatasan dan persyaratan-persyaratan sebagaimana dalam pengaturan perjanjian privat pada umumnya. Perjanjian BOT dilihat dari sudut pandang negara hukum dapat dilihat sebagai sebuah tindakan pemerintah yang didasari oleh kewajiban memberikan perlindungan hukum kepada rakyat serta menjamin hak-hak asasi rakyatnya.

PEMBAHASAN

Perjanjian BOT timbul karena beberapa hal yang saling berkait yakni 1) ketidakcukupan infrastruktur yang diperlukan publik terutama di negara-negara berkembang, 2) Kekurangan dana yang berujung pada adanya kebijakan untuk membatasi penggunaan dana untuk membangun infra struktur tersebut, dan 3) keengganan untuk mendanai infrastruktur tersebut melalui peminjaman pada

Transfer (BOT) di Kabupaten Pekalongan. Universitas Diponegoro : Semarang. Hlm. 43.

¹⁰ Bernanrd L Tanya., dkk. 2006. *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia, Lintas Ruang dan Generasi*. Ikapi.

organisasi-organisasi keuangan seperti IMF. Karena itu timbul idea untuk menggunakan pihak swasta (*private*) untuk membangun infra struktur tersebut dengan dana yang mereka sediakan sendiri.¹¹

Jeffrey Delmon¹² mengemukakan bahwa Perjanjian BOT merupakan bentuk perjanjian dalam rangka penyediaan infrastruktur yang memindahkan tanggung jawab atas biaya, pembangunan dan operasional ke pihak swasta dan diakhir proyek pihak pemerintah akan menerima penyerahan kembali atas asset yang telah digunakan oleh pihak swasta termasuk infrastruktur yang telah dibangun dan dioperasionalkan selama jangka waktu tertentu.

Perjanjian BOT adalah kontrak antara instansi pemerintah dan badan usaha/swasta (*special purpose company*) dalam membangun infrastruktur publik yang bertujuan untuk meningkatkan pertumbuhan infrastruktur tanpa pengeluaran dana dari pemerintah, di mana pihak swasta (badan usaha) bertanggung jawab atas desain akhir, pembiayaan, konstruksi, operasi dan pemeliharaan sebuah proyek investasi bidang infrastruktur selama beberapa tahun, biasanya dengan transfer aset pada akhir masa kontrak.¹³ Pihak swasta mendapatkan *revenue* dari pengoperasian fasilitas infrastruktur tersebut selama periode konsesi berlangsung. Umumnya, masa kontrak berlaku antara 10 sampai 30 tahun.¹⁴

¹¹Jefrey Delmon. 2000. *BOO/BOT Project s: A Commercial and Contractual Guide*. Sweet and Maxwell, London. Hlm.1.

¹² *Ibid*. Hlm.2.

¹³Tatiek Sri. Djatmiati, 2004. *Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia. Disertasi*. Program Pascasarjana Universitas Airlangga : Surabaya.Hlm. 75

¹⁴Budi Santoso dalam Ima Oktorina.2010. *Kajian Tentang Kerjasama Pembiayaan dengan Sistem BOT dalam Revitalisasi Pasar Tradisional*. Universitas Diponegoro : Semarang.Hlm.113.

Perjanjian BOT, merupakan perjanjian yang melibatkan pemerintah dengan investor namun akan memberikan manfaat kepada pihak ketiga yaitu masyarakat. Sebagai perjanjian yang berada dalam ranah hukum publik dan hukum privat dengan adanya kemamfaatan bagi masyarakat sebagai variabel penting yang harus diperhatikan kedua belah pihak dalam pelaksanaan perjanjian maka dalam perjanjian BOT prinsip pertanggungjawaban yang lebih cocok untuk diterapkan adalah prinsip tanggung jawab berdasarkan unsur kesalahan. Prinsip ini tidak menitikberatkan kesalahan pada salah satu pihak, pihak manapun yang memenuhi unsur dalam Pasal 1365 KUHPdata menentukan bahwa "tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut, dapat digugat. Jadi dalam hal ini baik pihak investor maupun pihak pemerintah dapat digugat dengan syarat ada perbuatan melanggar hukum, ada kerugian dan ada hubungan kausalitas antara perbuatan melanggar hukum dengan kerugian.

Dalam Perjanjian BOT, prinsip transparansi dapat digunakan sebagai upaya untuk melakukan kontrol terhadap pembentukan dan pelaksanaan kontrak dan sekaligus berfungsi sebagai perlindungan. Dalam fungsi kontrol, transparansi tidak saja berlaku bagi pemasok/kontraktor tetapi juga bagi agen pemerintah. Hal ini disebabkan karena fungsi kontrak di dalam bisnis adalah untuk mengamankan transaksi.¹⁵

Anjar Pacta Wirana¹⁶ menyebut prinsip proporsionalitas dengan istilah

¹⁵ Lili Rasjidi. 2003. *Hukum Sebagai Suatu Sistem*. Mandar Maju : Jakarta. Hlm.68.

¹⁶Andjar Pacht Wirana. 1994. *Aspek Hukum Perjanjian Build, Operate and Transfer*. Penelitian BPHN : Jakarta. Hlm. 21.

"*equatability contract*" dengan unsur *justice* serta *fairness*. Makna "*equatability*" menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (*fair*), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar. Dengan merujuk pada asas *aequitas praestacionis*, yaitu asas yang menghendaki jaminan keseimbangan dan ajaran *justum pretium*, yaitu kepatutan menurut hukum. Tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika masuk ke dalam kontrak berada dalam keadaan yang tidak sama. Akan tetapi ketidaksetaraan tersebut tidak boleh dimanfaatkan oleh pihak yang dominan untuk memaksakan kehendaknya secara tidak memadai kepada pihak lain. Dalam situasi semacam inilah asas proporsionalitas bermakna *equatability*.

Pelaksanaan fungsi-fungsi pemerintah untuk perlindungan terhadap keuangan negara dan kepentingan publik yang mewarnai pelaksanaan perjanjian BOT dalam pandangan peneliti merupakan tanggung jawab pemerintah sebagai badan hukum publik namun demikian, perjanjian BOT sebagai perjanjian dalam lapangan hukum privat tetap harus pula menempatkan tanggung jawab perdata pada pemerintah sebagai pihak dalam perjanjian sehingga dalam hal perjanjian tersebut menimbulkan kerugian bagi pihak lainnya, pemerintah tetap memiliki tanggungjawab kepada pihak investor.

Perjanjian dalam lapangan privat pada umumnya hanya melahirkan tanggung jawab hukum dan tanggung jawab moral namun untuk Perjanjian BOT peneliti melihat bahwa perjanjian ini memiliki dimensi pertanggungjawaban selain hukum dan moral.¹⁷ Dimensi pertanggungjawaban tersebut adalah tanggung jawab politik.

¹⁷ Bernanrd L Tanya ., dkk. 2006. *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia, Lintas Ruang dan Generasi*. Ikapi.

Politik dalam pandangan Miriam Budiarmo¹⁸ merupakan suatu sistem yang berfungsi untuk menyelenggarakan fungsi-fungsi tertentu dalam masyarakat yaitu membuat keputusan, kebijaksanaan yang mengikat mengenai alokasi dan nilai yang diarahkan pada tercapainya tujuan masyarakat.

Ciri khas dari Perjanjian BOT adalah tanggung jawab hukum pidana akibat tindak pidana korupsi yang merugikan negara dalam pelaksanaan perjanjian. Hal ini tidak akan ditemukan dalam perjanjian privat murni. Penggunaan kekayaan negara dalam perjanjian BOT merupakan dasar bagi penggunaan instrumen hukum tindak pidana korupsi dalam pelaksanaan perjanjian ini.¹⁹

Perjanjian BOT sebagai sebuah bentuk perjanjian kebijakan yang dilaksanakan oleh pemerintah dalam pelaksanaan fungsi dalam pencapaian tujuan negara merupakan perjanjian yang melibatkan ranah hukum publik dan ranah hukum privat yang menimbulkan sebuah karakteristik khas bagi perjanjian ini sebagai sebuah perjanjian campuran atau *hybrid contract* dengan prosedur, tujuan dan pertanggungjawaban yang berbeda dengan kontrak privat lainnya.

KESIMPULAN DAN SARAN

Kesimpulan

Karakteristik Perjanjian BOT adalah perjanjian hybrid karena merupakan percampuran antara hukum publik dan hukum privat, selain itu Perjanjian BOT merupakan perjanjian kebijakan karena merupakan perjanjian yang dilaksanakan oleh pemerintah daerah yang berasal dari kewenangan yang diberikan oleh undang-undang dalam bertindak bebas dalam batas kepentingan dan perlindungan kepada rakyat.

¹⁸ Miriam Budiarmo. 1991. *Dasar-dasar Ilmu Politik*. Gramedia. Jakarta. Hlm. 48 dan 49

¹⁹ Johannes Sogar Simamora., 2009. *Hukum Perjanjian*. Laksbang : Jakarta

Saran

Klausula perjanjian BOT seharusnya memuat klausula yang mempertimbangkan kepentingan rakyat sehingga harus memuat mengenai tanggung jawab sosial dari pihak investor terhadap masyarakat daerah misalnya dengan mencantumkan klausula tentang tenaga kerja lokal dan pemeliharaan lingkungan hidup.

dan Penyelesaian Sengketa Bisnis Internasional, Sinar Grafika, Jakarta
Tatiek Sri. Djatmiati, 2004. *Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia. Disertasi*. Program Pascasarjana Universitas Airlangga : Surabaya.
Yohannes Sogar Simamora., 2009. *Hukum Perjanjian*. Laksbang : Jakarta

REFERENSI

- Andjar Pachta Wirana. 1994. *Aspek Hukum Perjanjian Build, Operate and Transfer*. Penelitian BPHN : Jakarta.
- Bernanrd L Tanya., dkk. 2006. *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia, Lintas Ruang dan Generasi*. Ikapi.
- Bambang Pujiyanto ., dkk., 2005. *Analisis Potensi Penerapan Kerjasama Pemerintah Swasta Dalam Pengembangan Infrastruktur Transportasi Di Perkotaan*. Universitas Diponegoro : Semarang.
- Ima Oktorina.2010. *Kajian Tentang Kerjasama Pembiayaan dengan Sistem BOT dalam Revitalisasi Pasar Tradisional*. Universitas Diponegoro : Semarang.
- Jefrey Delmon. 2000. *BOO/BOT Project s: A Commercial and Contractual Guide*. Sweet and Maxwell, London.
- Lili Rasjidi. 2003. *Hukum Sebagai Suatu Sistem*. Mandar Maju : Jakarta.
- Miriam Budiarjo. 1991. *Dasar-dasar Ilmu Politik*. Gramedia. Jakarta.
- Ridwan Khairandi. 2007. *Mekanisme Penulisan Dokumen Hukum & Akta Perjanjian Kerjasama Perusahaan dengan Pihak Lain*, disampaikan dalam Workshop Legal Drafting Perusahaan, tanggal 21 Februari 2007.
- Ridwan Soleh . 2009. *Kajian Tentang Kerja Sama Pembiayaan Dengan Sistem Build Operate And Transfer (BOT) di Kabupaten Pekalongan*. Universitas Diponegoro : Semarang.
- Taryana Soenandar., 2004, *Prinsip-Prinsip Unidroit Sebagai Sumber Hukum Kontrak*