

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Perekonomian Indonesia pada beberapa tahun terakhir mengalami peningkatan yang cukup signifikan. Kesejahteraan masyarakat masih menjadi fokus utama pemerintah dalam mewujudkan cita-cita bangsa Indonesia sebagaimana yang tertuang dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) alinea keempat yang menyatakan bahwa salah satu tujuan negara Indonesia adalah memajukan kesejahteraan umum. Secara garis besar tujuan tersebut menggambarkan cita-cita hukum (*rectitude*) negara Indonesia yang menganut paham negara kesejahteraan (*welfare state*). Pemerataan kesejahteraan hidup masyarakat Indonesia menjadi tanggung jawab bersama sebagaimana yang telah diamanatkan pada Pasal 28 huruf h UUD 1945. Salah satu unsur pokok dalam mewujudkan kesejahteraan masyarakat adalah penyediaan perumahan. Lebih lanjut pemerintah melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2011 (UU 1/2011) Tentang Perumahan dan Kawasan Permukiman menegaskan peran sertanya dalam mengembangkan dan pemeratakan pembangunan perumahan. Hal tersebut tercantum dalam konsideran UU 1/2011 yang menyatakan bahwa negara bertanggung jawab melindungi segenap bangsa melalui penyelenggaraan perumahan dan kawasan permukiman agar masyarakat

mampu bertempat tinggal serta menghuni rumah yang layak dan terjangkau di dalam rumah yang sehat, aman, harmonis dan berkelanjutan di seluruh wilayah Indonesia.

Permasalahan yang tengah terjadi di Indonesia saat ini adalah kurang meratanya pendapatan masyarakat. Akibatnya kemampuan masyarakat terutama kalangan menengah kebawah untuk membeli rumah juga ikut terpengaruh. Pasal 43 Ayat (2) UU 1/2011 menyebutkan pemilikan rumah dapat difasilitasi dengan Kredit Pemilikan Rumah (KPR). Fasilitas KPR merupakan salah satu perwujudan dari asas keterjangkauan dan kemudahan yang terkandung dalam UU 1/2011. Asas tersebut memberikan landasan agar hasil pembangunan dapat dijangkau oleh seluruh lapisan masyarakat, serta mendorong terciptanya iklim perekonomian yang kondusif dengan memberikan kemudahan bagi Masyarakat Berpenghasilan Rendah (MBR) untuk memiliki rumah, sehingga cita-cita yang diamanatkan dalam UUD 1945 yaitu setiap warga negara Indonesia mampu memenuhi kebutuhan dasar akan perumahan dan permukiman bisa terpenuhi. Kemudahan yang diberikan melalui fasilitas KPR bisa menjadi harapan baru bagi setiap orang untuk memiliki rumah. Hal tersebut dikarenakan sistem pembayarannya yang bisa diangsur sehingga lebih meringankan terutama bagi MBR.

Bank adalah lembaga keuangan yang mempunyai peranan strategis dalam pembangunan sebuah negara. Jika dilihat dari fungsinya bank merupakan lembaga intermediasi yang artinya menghimpun dana dari

masyarakat dan kemudian menyalurkan lagi kepada masyarakat. Salah satu bentuk penyaluran dana kepada masyarakat yang dilakukan oleh bank adalah melalui penyaluran KPR. KPR pada umumnya berbentuk kredit jangka panjang yang masa jatuh tempo pembayarannya antara 10 (sepuluh) tahun hingga 20 (dua puluh) tahun, sedangkan tabungan, deposito dan giro umumnya memiliki jangka waktu jatuh tempo 1 (satu) bulan hingga 12 (dua belas) bulan¹. Apabila bank menerbitkan KPR secara terus menerus dengan pembiayaan bersumber pada dana jangka pendek, menimbulkan kesenjangan antara sumber dan penggunaan dana (*mismatch funding*). Untuk menjamin ketersediaan dana jangka panjang, diperlukan pengembangan pada sektor pembiayaan perumahan sekunder perumahan melalui lembaga pembiayaan sekunder Perumahan sebagai fasilitator untuk mengalirkan dana dari pasar modal ke sektor pembiayaan perumahan. Beranjak dari permasalahan tersebut, pemerintah memperkenalkan Fasilitas Pembiayaan Sekunder Perumahan atau *Secondary Mortgage Facility* (SMF).

Fasilitas Pembiayaan Sekunder (SMF) mempertemukan dua kepentingan, yakni di satu sisi perbankan membutuhkan *cash flow* berupa dana jangka panjang untuk membiayai KPR tetapi umumnya dana yang tersedia jangka pendek. Di lain pihak investor mempunyai dana jangka panjang yang ditempatkan pada investasi berjangka pendek. Pemerintah telah mengeluarkan aturan perundang-undangan tentang sistem

¹ Dyah Rahayu, "Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan Dalam Rangka Mengembangkan Pasar Pembiayaan Sekunder Perumahan", *Tesis*, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2013, h.2

Pembiayaan Sekunder Perumahan melalui Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2005 (Perpres 19/2005) yang disempurnakan dengan Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 (Perpres 1/2008) tentang perubahan Perpres 19/2005. Sebagai tindak lanjut terhadap dikeluarkannya aturan perundang-undangan tersebut pemerintah mendirikan PT Sarana Multigriya Finansial (PT. SMF) yang bergerak di bidang Pembiayaan Sekunder Perumahan dengan tujuan untuk meningkatkan kapasitas dan kesinambungan pembiayaan perumahan (*multiplier*) serta mengatasi kesenjangan jangka waktu (*maturity mismatch*). PT. SMF bertugas memobilisasi dana jangka panjang. Melalui PT. SMF diharapkan dapat mengatasi kesenjangan waktu antara sumber dana untuk pembiayaan sekunder yang berjangka panjang serta inefisiensi akibat adanya kesenjangan risiko antara sumber dan penggunaan dana. Untuk mencapai tujuan diatas, PT. SMF dapat memberikan fasilitas likuiditas dalam pembiayaan dan memfasilitasi pelaksanaan transaksi sekuritisasi tagihan KPR untuk memperoleh dana jangka panjang dari sektor pasar modal².

Fasilitas Pembiayaan Sekunder (SMF) mempunyai tugas untuk membangun dan mengembangkan pasar melalui sekuritisasi, penyaluran pinjaman kepada bank dan atau lembaga keuangan. Sekuritisasi adalah penerbitan surat berharga oleh penerbit Efek Beragun Aset yang didasarkan pada pengalihan aset keuangan dari kreditor asal yang diikuti

² Lihat Kajian Akademik Penerbitan Efek Beragun Aset (EBA) Berbentuk Surat Partisipasi, h.7

dengan pembayaran yang berasal dari penjualan efek beragun aset kepada pemodal. Sekuritisasi merupakan teknik mitigasi yang dilakukan oleh bank dalam mengatasi risiko seiring meningkatnya kompleksitas usahanya. Melalui sekuritisasi, bank dapat mengelola risiko kredit dengan lebih baik yang berimplikasi pada penyertaan modal minimum. Selain itu bank juga dapat meningkatkan kemampuan likuiditasnya. Untuk membangun pasar pembiayaan perumahan melalui sekuritisasi, PT. SMF membeli aset keuangan dari Bank Penyalur KPR yang kemudian diterbitkan Efek Beragun Aset (EBA) bagi Investor. EBA yang diterbitkan berupa Surat Partisipasi. Dimaksud EBA-Surat Partisipasi adalah efek beragun aset yang diterbitkan oleh penerbit yang portofolionya berupa kumpulan piutang dan merupakan bukti kepemilikan secara proporsional atas kumpulan piutang yang dimiliki bersama oleh sekumpulan pemegang EBA-Surat Partisipasi. Pembelian aset keuangan dari Bank Penyalur KPR oleh PT. SMF merupakan proses awal dalam sekuritisasi EBA-Surat Partisipasi, tujuan utamanya ialah mengalihkan hak milik atas aset keuangan yang terdiri dari kumpulan piutang KPR yang sebelumnya dimiliki Bank Penyalur KPR kepada PT. SMF, untuk selanjutnya diterbitkan EBA-Surat Partisipasi untuk para Investor.

PT. Sarana Multigriya Finansial (PT. SMF) yang bergerak di bidang pembiayaan sekunder perumahan melakukan sekuritisasi dengan diawali perjanjian jual beli aset keuangan Bank Penyalur KPR. Dimaksud aset keuangan adalah piutang yang diperoleh dari penerbitan KPR beserta

jaminan yang melekatnya. Jaminan yang dimaksud adalah jaminan dalam bentuk hak tanggungan sesuai yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (UU 4/1996). Sebagai produk perbankan, KPR merupakan jenis kredit yang paling populer untuk dijadikan aset keuangan bagi Bank Penyalur KPR sebagai sumber pendanaan melalui proses sekuritisasi. Pembelian aset keuangan yang dilakukan PT. SMF setinggi tingginya 80% pihak Bank Penyalur KPR. Perjanjian jual beli aset keuangan Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF dilakukan berdasarkan hukum positif Indonesia. Adapun perjanjian jual beli yang dilakukan terdapat ciri-ciri khusus mengingat sekuritisasi merupakan produk *Common Law*.

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dan latar belakang di atas dapat dirumuskan permasalahan yang akan dibahas adalah sebagai berikut :

- a. Apa karakteristik perjanjian pengalihan aset keuangan Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF pada transaksi awal sekuritisasi EBA-Surat Partisipasi?
- b. Apa akibat hukum pada tagihan milik Bank Penyalur KPR setelah pengalihan aset keuangannya kepada Investor?

3. Tujuan Penelitian

- a. Menganalisa karakteristik perjanjian pengalihan aset keuangan Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF menurut hukum perdata Indonesia
- b. Menganalisa akibat hukum dari perjanjian pengalihan piutang Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF pada tagihan milik Bank Penyalur KPR

4. Manfaat Penelitian

Melalui penelitian ini diharapkan dapat memberikan penjelasan lebih mendalam tentang karakteristik perjanjian pengalihan piutang Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF dalam sekuritisasi EBA-Surat Partisipasi. Selain itu juga menjelaskan tentang akibat hukum pada tagihan milik Bank Penyalur KPR setelah pengalihan aset keuangannya kepada investor. Secara teoritis, penelitian ini dapat digunakan untuk melengkapi karya ilmiah yang membahas tentang aspek perjanjian dalam proses sekuritisasi EBA-Surat Partisipasi.

Sedangkan untuk kebutuhan praktisi, diharapkan akan memberikan panduan bagi para pihak yang terlibat dalam pengalihan aset KPR yang merupakan mekanisme awal proses sekuritisasi. Selain itu penelitian ini juga diharapkan dapat dijadikan pedoman bagi penegak hukum apabila terjadi sengketa yang diakibatkan dari proses pengalihan aset KPR.

5. Kerangka Teori

5.1. Perjanjian

Sesuai ketentuan Pasal 1233 BW menyebutkan sumber perikatan berasal dari perjanjian dan undang-undang. Mencermati 2 (dua) sumber perikatan sebagaimana diuraikan dalam Pasal 1233 BW, maka dalam kenyataannya keterikatan satu pihak dengan pihak lain sebagian besar bersumber dari atau terjadi karena perjanjian³. Pasal 1313 BW memberikan definisi perjanjian yaitu suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Menurut **Subekti**⁴ Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seseorang berjanji kepada seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu. Dari peristiwa ini, timbulah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian dan perikatan merupakan dua hal yang berbeda, namun keduanya memiliki keterkaitan dan hubungan yang erat. Sedangkan **KRHMT Tirtodinngrat**⁵ memberikan definisi perjanjian adalah suatu perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat di antara dua orang atau lebih untuk menimbulkan akibat – akibat hukum yang dapat dipaksakan oleh undang – undang.

Dalam bahasa Indonesia Istilah kontrak sama pengertiannya dengan perjanjian. Namun, istilah kontrak lebih menunjukkan pada nuansa bisnis

³ Leonora Bakarbesy, Sri Handajani, Bambang Sugeng, Nanik Endang Wrediningsih, Gianto Al Imron, *Buku Ajar Hukum Perikatan, Universitas Airlangga, Surabaya, 2011, h. 66*

⁴ Subekti, *Hukum Perjanjian Cetakan keenam, Intermedia, Jakarta, 1979, h.1*

⁵ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proposionalitas dalam Kontrak Komersial, Kencana Prenada Group, Jakarta, 2013, h. 15-16*

atau komersial dalam hubungan hukum yang dibentuk⁶. Sedangkan istilah perjanjian cakupannya lebih luas. Dengan demikian perbedaan dua istilah bukan pada bentuknya⁷. Dari definisi perjanjian atau kontrak yang sudah dijelaskan sebelumnya. Dapat ditarik kesimpulan ada beberapa unsur yang terdapat dalam perjanjian⁸ :

1. Ada para pihak
2. Ada kesepakatan yang membentuk perjanjian
3. Kesepakatan ditujukan untuk menimbulkan akibat hukum
4. Ada objek tertentu

Dikaitkan dengan sistem hukum perjanjian Indonesia, unsur-unsur perjanjian tersebut dapat diklasifikasikan dalam tiga klasifikasi, yaitu unsur *essentialia*, unsur *naturalia* dan unsur *accidentalia*⁹. Menurut **J. Satrio**¹⁰ unsur-unsur itu lebih hanya diklasifikasikan dalam dua klasifikasi saja, yaitu unsur *essentialia* dan bukan unsur *essentialia*.

Unsur *essentialia* adalah unsur yang harus ada dalam suatu perjanjian. Unsur ini merupakan sifat yang ada dalam perjanjian. Sifat ini yang menentukan atau mengakibatkan suatu perjanjian tercipta

⁶ Peter Mahmud Marzuki, “*Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*”. *Yuridika*, Vol. 18 No. 3 Mei 2003, h. 196 dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proposionalitas dalam Kontrak Komersial*, Surabaya, 2013, h.14

⁷ Yohanes Sogar Simamora, *Hukum Kontrak Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Kantor Hukum Wins & Partners, Surabaya, 2013, h. 23-24

⁸ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Prespektif Perbandingan*, FH UII PRESS, Yogyakarta, 2013, h.66

⁹ *ibid*

¹⁰ J. Satrio, *Hukum Perikatan Perikatan yang Lahir dari Perjanjian Buku I*, Citra Adhya Bakti, Bandung, 1995, h. 27

(*constructieve oordeel*)¹¹. Tanpa adanya unsur ini, maka tidak ada perjanjian. Unsur *naturalia* adalah unsur perjanjian yang dapat dikesampingkan oleh para pihak. Bagian ini merupakan sifat alami perjanjian secara diam-diam melekat pada perjanjian, seperti penjual wajib menjamin bahwa barang tidak cacat (*vrijwaring*)¹². Sedangkan unsur *accidentalia* adalah unsur yang merupakan sifat pada perjanjian yang secara tegas diperjanjikan oleh para pihak. Misalnya di dalam suatu perjanjian jual beli tanah, ditentukan bahwa jual beli ini tidak meliputi tanaman atau pohon yang ada di atasnya¹³.

Salah satu persoalan penting di dalam hukum perjanjian adalah penentuan keabsahan suatu perjanjian. Pasal 1320 BW merupakan instrumen pokok untuk menguji keabsahan kontrak yang dibuat oleh para pihak. Dalam Pasal 1320 terdapat empat syarat yang harus dipenuhi untuk sahnyanya suatu kontrak, yaitu¹⁴ :

- a. Sepakat mereka mengikatkan dirinya
- b. Kecakapan untuk membuat perikatan
- c. Suatu hal tertentu
- d. Suatu sebab yang diperbolehkan

Sehubungan dengan keempat syarat di atas terdapat penjelasan lebih lanjut terkait dengan konsekuensi tidak dipenuhinya masing-masing

¹¹ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung, 1994, h.25 dikutip dari Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Prespektif Perbandingan*, FH UII PRESS, Yogyakarta, 2013, h. 67

¹² *ibid*

¹³ Ridwan Khairandy, *Op.cit*, h. 67

¹⁴ Agus Yudha Hernoko, *Op. cit*, h. 157

syarat-syarat yang dimaksud. Pertama, syarat kesepakatan dan kecakapan, merupakan unsur subjektif karena berkenaan dengan diri orang atau subjek yang membuat kontrak. Apabila kontrak tersebut lahir karena adanya cacat kehendak atau ketidakcakapan. Maka akibat hukumnya adalah kontrak dapat dibatalkan. Kedua, syarat objek tertentu dan causa yang diperbolehkan merupakan unsur objektif. Apabila terdapat kontrak yang memenuhi syarat objek tertentu atau tidak mempunyai causa atau causanya tidak diperbolehkan. Maka akan berakibat kontrak batal demi hukum¹⁵.

Didalam praktik dikenal 2 (dua) bentuk kontrak, yaitu pertama, *standard contract* atau perjanjian baku adalah perjanjian yang hampir seluruhnya dibakukan dan dibuat dalam bentuk formulir, yang kedua adalah kontrak bebas, dasar hukum kebebasan berkontrak ini yaitu Pasal 1338 BW. namun mengingat dalam Pasal 1338 ayat (3) BW tentang kepatutan, kebiasaan serta undang-undang, maka pada prinsipnya kebebasan berkontrak itu masih memperhatikan asas kepatutan, kebiasaan dan ketentuan undang-undang yang berlaku. Ketiga adalah kontrak tertulis dan tidak tertulis¹⁶. Selanjutnya perjanjian atau kontrak juga diklasifikasikan ke dalam sejumlah tipe berdasarkan pembentukan hubungan, kewajiban para pihak dan pelaksanaan kontrak. **Ridwan Khairandy**¹⁷ mengelompokkan kontrak atau perjanjian dengan uraian sebagai berikut :

¹⁵ *ibid*, h.160-161

¹⁶ Syahmin A.K, *Hukum Kontrak Internasional*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, h. 22-23

¹⁷ Ridwan Khairandy, *Op.cit*, h.72

a. Kontrak konsesual dan kontrak riil

Kontrak konsesual pada kontrak yang dibentuk semata-mata berdasarkan konsesus para pihak. Di dalam tipe kontrak ini, kontrak telah ada sejak adanya kata sepakata dari para pihak. Sedangkan kontrak riil adalah kontrak yang pembentukannya tidak hanya didasarkan pada kesepakatan para pihak, tetapi juga mensyaratkan adanya atau penyerahan yang menjadi objek kontrak.

b. Kontrak timbal balik dan kontrak sepihak

Di dalam kontrak timbal balik terdapat prestasi yang bersifat timbal balik. Di dalam tipe kontak ini para pihak satu sama lain memiliki kewajiban dan hak. Kontrak sepihak adalah kontrak membebaskan kewajiban untuk melaksanakan kontrak pada salah satu pihak saja.

c. Kontrak eksplisit dan kontrak implisit

Suatu kontrak disebut eksplisit apabila isi kontrak secara penuh dan tegas dinyatakan baik tertulis maupun lisan. Sedangkan kontrak yang bersifat implisit dapat ditafsirkan dari perbuatan para pihak. Tipe kontrak semacam ini berbeda dengan kontrak yang eksplisit, kesepakatan para pihak tidak secara tegas dinyatakan dengan kata-kata baik tertulis maupun lisan, tetapi ditafsirkan dari perbuatan para pihak.

d. Kontrak bernama dan kontrak tidak bernama

Di dalam *civil law* dikenal kontrak bernama dan kontrak tidak bernama. Kontrak bernama adalah kontrak-kontrak atau perjanjian-perjanjian yang namanya telah telah ditentukan secara pasti oleh

kodifikasi (Kitab Undang-Undang). Di Indonesia kontrak bernama diatur dalam BAB V sampai BAB XVIII BW. di luar BW tumbuh dan berkembang berbagai macam kontrak dan itulah yang dimaksud kontrak tidak bernama. Misalnya, perjanjian kredit

e. Kontrak obligatoir dan kontrak kebendaan

Kontrak obligatoir adalah kontrak dimana para pihak bersepakat mengikatkan dirinya bahwa salah satu pihak melakukan penyerahan benda kepada pihak lainnya. Dalam BW jual beli termasuk masuk dalam kategori kontrak obligatoir. Kontrak kebendaan adalah kontrak yang bertujuan mengalihkan hak milik atas suatu benda. Kontrak ini berkaitan erat dengan kontrak obligatoir di mana seorang menyerahkan hak milik atas suatu benda kepada pihak lain.

f. Kontrak pokok dan kontrak tambahan

Kontrak pokok atau perjanjian pokok adalah kontrak yang memiliki karakter independen. Kontrak pokok merupakan kontrak yang dapat berdiri sendiri dan tidak bergantung pada kontrak lainnya. Sedangkan kontrak tambahan atau perjanjian tambahan adalah kontrak yang mengikuti kontrak pokok. Kontrak tambahan ini merupakan kontrak yang tidak berdiri sendiri, tetapi bergantung pada kontrak pokoknya. Jika kontrak pokoknya berakhir maka kontrak tambahannya juga akan berakhir.

Menurut **Peter Mahmud Marzuki**¹⁸ aturan-aturan hukum yang menguasai kontrak sebenarnya penjelmaan dari dasar-dasar filosofis yang terdapat pada asas-asas hukum secara umum. Asas hukum sebagai landasan norma menjadi alat uji bagi norma hukum yang ada, dalam arti norma hukum tersebut pada akhirnya harus dapat dikembalikan pada asas hukum yang menjiwainya. **Yohanes Sogar Simamora**¹⁹ juga menjelaskan bahwa asas hukum mempunyai fungsi sangat penting dalam sistem hukum. Prinsip hukum itu mempengaruhi sistem hukum positif dan menjelma dalam sistem yang dibentuk.

Terkait dengan asas-asas hukum kontrak para sarjana memberi porsi perhatian yang berbeda, namun dalam beberapa hal terdapat persamaan. Dari berbagai asas hukum yang terdapat dalam hukum kontrak terdapat empat asas yang dianggap sebagai saka guru hukum kontrak, yaitu²⁰ :

a. Asas kebebasan berkontrak

Kebebasan berkontrak pada dasarnya merupakan perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia yang perkembangannya dilandasi semangat liberalism yang mengagungkan kebebasan individu. Dalam BW asas kebebasan berkontrak dalam Pasal 1338 (1) BW. Menurut **R. Subekti**²¹, cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak adalah dengan menekankan pada perkataan “semua” yang

¹⁸ Agus Yudha Hernoko, *Op.cit*, h.102

¹⁹ Yohanes Sogar Simamora, *Op. cit*, h.29

²⁰ Agus Yudha Hernoko, *Op. cit*, h.107

²¹ Subekti, *Aneka Perjanjian Cetakan Keenam*, Alumni, Bandung, 1995, h.4-5

ada di muka perkataan “perjanjian” yang terkandung dalam 1338 (1) BW.

b. Asas konsesualisme

Asas konsesualisme sebagaimana terdapat dalam Pasal 1320 BW (angka 1) dimana menurut asas ini perjanjian itu telah lahir cukup dengan adanya kata sepakat²². **Subekti**²³ menyatakan asas ini merupakan puncak peningkatan martabat manusia yang tersimpul dari pepatah belanda “*een man een man, een word een word*”. Sebuah kesepakatan tidak perlu ditaati apabila di dalamnya mengandung cacat kehendak yang berasal dari salah satu pihak.

c. Asas *pacta sunt servanda*

Asas *pacta sunt servanda* mengharuskan seseorang untuk mematuhi janjinya. Dikaitkan dengan perjanjian para pihak yang membuat perjanjian harus melaksanakan atau perjanjian yang mereka buat. Menurut asas ini kesepakatan para pihak itu mengikat sebagaimana layaknya undang-undang bagi para pihak yang membuatnya²⁴.

d. Asas itikad baik

Itikad baik merupakan salah satu bentuk kewajiban hukum yang harus dipatuhi dalam keseluruhan proses kontrak. Dalam BW prinsip ini tertuang dalam Pasal 1338 (3) yang menekankan adanya keharusan bagi para pihak untuk melaksanakan kontrak dengan itikad baik.

Sejalan dengan perkembangan zaman, ketentuan itu ditafsir secara

²² Agus Yudha Hernoko, *Op. cit*, h. 121

²³ Subekti, *Aspek – Aspek Hukum Perikatan Nasional*, Alumni, Bandung, 1986, h.17

²⁴ Ridwan Khairandy, *Op.cit*, h. 91

luas yang kemudian menghasilkan ketentuan bahwa itikad baik tidak hanya berlaku pada tahap pelaksanaan, tetapi juga pada tahap penandatanganan dan tahap sebelum ditutupnya perjanjian²⁵.

5.2. Sekuritisasi

Sekuritisasi sebagai salah satu teknik keuangan (*structure finance*) yang menggunakan konsep pemanfaatan risiko kredit karena sekuritisasi merupakan suatu transformasi aset keuangan kreditor yang tidak likuid menjadi likuid yang berupa surat berharga dan selanjutnya dapat diperdagangkan investor. Dengan demikian, perusahaan akan mendapatkan dana dengan menyerahkan aset keuangan yang dimilikinya dan kemudian diterbitkan suatu surat berharga.

Pada hakikatnya sekuritisasi adalah suatu proses transformasi aset yang tidak likuid menjadi aset yang likuid. Sekuritisasi merupakan suatu instrumen yang dijadikan jembatan bagi pihak yang membutuhkan aliran dana dari pasar modal dengan investor yang ada di pasar modal. Saat ini praktik sekuritisasi di Indonesia dilakukan oleh Bank Penyalur KPR dimana Bank Penyalur KPR memanfaatkan salah satu jenis sekuritisasi yaitu sekuritisasi EBA. Kegiatan sekuritisasi melibatkan beberapa pihak yang terbagi dalam 3 (tiga) pasar yang meliputi pasar primer, pasar sekunder dan pasar modal. Pihak-pihak yang terlibat sebagaimana diatur dalam Perpres 19/2005 diantaranya :

²⁵ Yohanes Sogar Simamora, *Op. cit*, h. 33-34

a. Kreditor awal

Setiap bank atau lembaga keuangan yang mempunyai aset keuangan. Kreditor awal merupakan pihak yang mengalihkan aset keuangannya kepada investor sehingga seluruh hak dan risiko yang melekat pada aset keuangan tersebut beralih investor secara kolektif dimana aset keuangan tersebut diperoleh pihak yang bersangkutan karena pemberian pinjaman, penjualan dan/atau pemberian jasa lain yang berkaitan dengan usahanya

b. *Special Purpose Vehicle* (SPV)

Perseroan terbatas yang ditunjuk oleh lembaga keuangan yang khusus didirikan untuk membeli aset keuangan dan menerbitkan EBA.

c. Kustodian

Pihak yang memberikan jasa penitipan efek dan harta lain yang berkaitan dengan efek serta jasa lain, termasuk menerima deviden, bunga, dan hak-hak lain, menyelesaikan transaksi efek, dan mewakili pemegang rekening yang menjadi nasabahnya

d. Wali amanat

Pihak yang mewakili pemegang efek yang bersifat utang

e. Penerbit

Pihak yang melakukan penerbitan EBA dalam rangka sekuritisasi

f. Pendukung Kredit

Pihak yang memberikan fasilitas untuk meningkatkan kualitas dan nilai aset keuangan dan/atau surat berharga dalam transaksi sekuritisasi

Kegiatan sekuritisasi memberikan alternatif baru bagi pengembangan pada sektor perekonomian. Sebagaimana yang dijelaskan sebelumnya bahwa pihak yang terlibat dalam sekuritisasi meliputi pihak-pihak yang berkecimpung dalam berbagai bidang usaha yang berbeda. Sehingga bisa dikatakan sekuritisasi merupakan suatu transaksi dengan tingkat kompleksitas yang cukup tinggi. Namun jika dilihat dari sisi positifnya, sekuritisasi merupakan kegiatan yang dapat memberikan manfaat bagi para pihak yang terlibat didalamnya. Menurut **Dyah Rahayu**²⁶ manfaat sekuritisasi adalah :

- a. Bagi industri perbankan dan pembiayaan :
 - 1) Sumber pendanaan jangka panjang
 - 2) Mengurangi risiko kredit
 - 3) Diversifikasi sumber pendanaan dengan memperoleh pendanaan dari pasar modal
 - 4) Mengatasi *mismatch* antara *asset* dan *liabilities*
- b. Bagi Investor
 - 1) Rating terbaik
 - 2) Tenor jangka panjang dan aman
 - 3) Minimum dengan cara antara lain pemilihan kredit yang hanya berkualitas dan diversifikasi wilayah originasi kredit
 - 4) Mendapat imbalan hasil yang menarik
 - 5) Kontribusi langsung pada sektor riil
 - 6) Diversifikasi portofolio
 - 7) Dapat dipindahtangankan (likuid)
 - 8) Berpotensi mendapatkan keuntungan dari *capital gain*
- c. Bagi pemerintah dan perekonomian

²⁶ Dyah Rahayu, *Op.cit*, h.38

- 1) Tersedianya sumber pendanaan yang menunjang pertumbuhan sektor pembiayaan jangka panjang seperti pembiayaan perumahan
 - 2) Stimulus pertumbuhan pembiayaan yang layak dan terjangkau
 - 3) Meningkatkan efisiensi pasar perumahan dan institusi terkait
- d. Bagi kreditor asal (bank)
- 1) Mendapatkan *fresh money* dari hasil penjualan aset yang dapat digunakan untuk ekspansi usaha perbankannya
 - 2) Mendapatkan keuntungan dari hasil penjualan
 - 3) Lebih efisien dalam penggunaan modal
- e. Bagi Organisasi Regulator Mandiri (Bursa Efek, Lembaga Kliring dan Penjamin dan Lembaga Penyimpanan dan Penyelesaian)
- 1) Inovasi baru yang diperdagangkan di bursa
 - 2) Volume perdagangan dan *fee* transaksi
 - 3) Potensi untuk memperluas ekspansi pasar modal
 - 4) Meningkatkan daya saing

Pelaksanaan kegiatan sekuritisasi tidak terlepas dari prinsip-prinsip hukum yang dijadikan pilar dasar. Mengingat kegiatan sekuritisasi merupakan jembatan bagi para investor dan kreditor awal untuk mendapatkan manfaat dari transaksi yang dilakukan. Maka perlindungan bagi para pihak merupakan hal yang tidak boleh dikesampingkan sehingga prinsip-prinsip yang merupakan pilar dasar sekuritisasi wajib diterapkan. Prinsip-prinsip dasar yang dimaksud adalah prinsip *true sale* dan *bankruptcy remoteness*.

6. Metode Penelitian

6.1. Tipe Penelitian

Penelitian yang akan dilakukan adalah penelitian hukum yaitu sebuah proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip hukum, maupun

doktrin hukum untuk menjawab isu hukum yang ada²⁷. Dalam melakukan penelitian hukum langkah-langkah yang dilakukan adalah sebagai berikut²⁸:

- a. Mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan
- b. Pengumpulan bahan-bahan hukum dan sekitarnya dipandang mempunyai relevansi juga bahan-bahan non hukum
- c. Melakukan telaah atas isu yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan
- d. Menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang telah dibangun kesimpulan

6.2. Metode Pendekatan

Dalam melakukan penelitian ini pendekatan yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konsep (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) yaitu dengan cara mengkaji dan menelaah peraturan perundang-undangan dan regulasi yang bersangkutan paut dengan pokok permasalahan penelitian²⁹. Pendekatan konsep (*conceptual approach*) beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam

²⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2005, h.35

²⁸ *ibid*, h.171-172

²⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Cetakan Kesembilan*, Kencana Prenada Group, Jakarta 2014, h.133

ilmu hukum³⁰. Pendekatan konsep digunakan untuk menganalisa serta mengkaji kerangka pikir atau kerangka konseptual maupun landasan teoritis.

6.3. Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum merupakan sarana yang digunakan dalam penelitian dengan tujuan untuk memecahkan permasalahan hukum yang ada. Bahan hukum tersebut terdiri dari:

- a. Bahan hukum primer diperoleh dari membaca peraturan dasar, peraturan perundang-undangan serta mengkaji norma hukum yang meliputi:
 - a) *Burgerlijk Wetboek Statsblad* 1847 Nomor 23
 - b) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan
 - c) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal
 - d) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan dengan Tanah
 - e) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992
 - f) Peraturan Presiden Nomor 19 Tahun 2005 tentang Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan
 - g) Peraturan Presiden Nomor 1 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 19 Tahun 2005

³⁰ *ibid*, h.135

- h) Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/4/PBI/2005 tentang Prinsip Kehati-hatian dalam Sekuritisasi Aset Bagi Bank Umum
 - i) Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 23/POJK.04.2014 tentang Pedoman Penerbitan dan Pelaporan Efek Berbentuk Surat Partisipasi Dalam Rangka Pembiayaan Perumahan Sekunder
- b. Untuk melengkapi bahan hukum primer digunakan juga bahan hukum sekunder yang diperoleh dari membaca dan menganalisa buku-buku, karya ilmiah, majalah dan bahan-bahan hukum lainnya yang terkait dengan penulisan.

7. Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum primer berupa perundang-undangan dikumpulkan dengan inventirisasi dan kategorisasi. bahan hukum sekunder dikumpulkan dengan sistem catatan (*card system*), baik dengan kartu ikhtisari (memuat ringkasan tulisan sesuai aslinya, secara garis besar dan pokok-pokok gagasan yang memuat pendapat asli), kartu kutipan (dibuat untuk memuat catatan pokok permasalahan) serta kartu ulasan (berisi analisis dan catatan khusus).

Bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang telah dikumpulkan. kemudian dikelompokkan dan dikaji dengan pendekatan perundang-undangan guna memperoleh gambaran sinkronisasi dari semua bahan hukum. Selanjutnya dilakukan sistematisasi dan klasifikasi

kemudian dikaji serta dibandingkan dengan teori dan prinsip hukum yang dikemukakan oleh para ahli, untuk akhirnya dianalisa secara normatif.

8. Pertanggung Jawaban Sistematika

Sistematika penelitian tesis ini disusun dalam 4 (empat) bab, yang dimulai dengan sistematisasi Bab I. Bab ini menjelaskan secara umum mengenai latar belakang, rumusan masalah, tujuan dan manfaat penelitian, kerangka teoritis, metode penelitian serta urutan sistematika penelitian. Bab I merupakan dasar pijakan bagi penelitian tesis sekaligus sebagai pengantar pada bab-bab selanjutnya.

Bab II merupakan uraian atas rumusan atas permasalahan yang pertama, yaitu karakteristik perjanjian pengalihan aset keuangan Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF. Untuk dapat menjelaskan mengenai karakteristik perjanjian pengalihan aset keuangan Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF, dalam Bab II akan dijelaskan secara singkat mengenai bentuk dan ciri khas (karakteristik) perjanjian antara Bank Penyalur KPR dengan PT. SMF. Disertai penjelasan dari teori-teori dan konsep yang berkaitan dengan penelitian ini.

Pada Bab III akan dijelaskan mengenai rumusan permasalahan yang kedua yaitu, akibat hukum pada tagihan milik Bank Penyalur KPR setelah pengalihan aset keuangannya kepada investor. Rumusan masalah yang kedua merupakan rangkaian dari permasalahan pertama. Dalam Bab III

akan dijelaskan tentang pihak-pihak yang terlibat dalam sekuritisasi pada wilayah pasar modal. selain itu juga akan dijelaskan kedudukan Bank Penyalur KPR pasca transaksi sekuritisasi EBA-Surat Partisipasi.

Bab IV merupakan penutup rangkaian telaah dalam tesis ini. Bab ini berisi kesimpulan dan saran. Sesuai dengan permasalahan yang ada. Kesimpulan berisi 2 (dua) hal, yaitu karakteristik perjanjian pengalihan aset keuangan Bank Penyalur KPR antara Bank Penyalur KPR dengan SMF dan akibat hukum pada pada tagihan milik Bank Penyalur KPR setelah pengalihan aset keuangannya kepada Investor. Bab ini diakhiri dengan saran terhadap hasil analisis yang dilakukan.