

DISERTASI

**KEPASTIAN HUKUM PROSES KEPAILITAN DALAM KAITANNYA
DENGAN EKSISTENSI PERSONAL GUARANTEE**

***LEGAL CERTAINTY IN BANKRUPTCY PROCESS IN RELATION TO THE
EXISTENCE OF PERSONAL GUARANTEE***



Oleh:

**Cicilia Julyani Tondy
201702026213**

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS JAYABAYA
JAKARTA
2020**

LEMBAR PERSETUJUAN

**KEPASTIAN HUKUM PROSES KEPAILITAN
DALAM KAITANNYA DENGAN EKSISTENSI PERSONAL GUARANTEE**

Disusun Oleh:

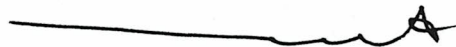
Cicilia Julyani Tondy

201702026213

Telah Disetujui Untuk Melaksanakan Ujian Tebuka

Pada Tanggal Agustus 2020

KETUA PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM



Prof. Dr. Fauzie Yusuf Hasibuan, S.H., M.H.

LEMBAR PERSETUJUAN PROMOTOR

**KEPASTIAN HUKUM PROSES KEPAILITAN DALAM KAITANNYA
DENGAN EKSISTENSI PERSONAL GUARANTEE**

Disusun Oleh:

CICILIA JULYANI TONDY
201702026213

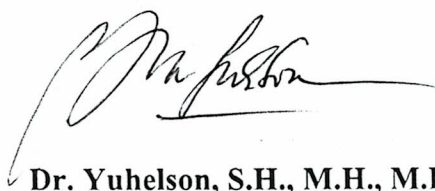
Untuk Memenuhi Salah Satu Syarat Ujian Guna Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor Ilmu Hukum di Program Pascasarjana Universitas Jayabaya.

Telah disetujui untuk Ujian Terbuka

Oleh Tim Promotor,



Prof. Dr. Fauzie Yusuf Hasibuan, S.H., M.H.
Promotor



Dr. Yuhelson, S.H., M.H., M.Kn.
Ko-Promotor I



Dr. Maryano, S.H., M.H.
Ko-Promotor II

**PERNYATAAN KEASLIAN PENELITIAN
PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
PASCASARJANA UNIVERSITAS JAYABAYA**

- Dengan ini saya menyatakan bahwa:
1. Karya tulis disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Magister atau Doktor, baik di Universitas Jayabaya maupun di perguruan tinggi lainnya;
 2. Karya tulis ini murni gagasan, rumusan dan penelitian saya sendiri, tanpa bantuan pihak lain, kecuali arahan Tim Promotor dan para penguji;
 3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar pustaka;
 4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar, yang telah diperoleh karena karya tulis ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku di Perguruan Tinggi ini.

Jakarta, 19 Juli 2020



Cicilia Julyani Tondy
201702026213

ABSTRAK

Judul Disertasi : KEPASTIAN HUKUM PROSES KEPAILITAN
DALAM KAITANNYA DENGAN EKSISTENSI
PERSONAL GUARANTEE
Kata Kunci : kepailitan, budel pailit, personal guarantee, kurator

Disertasi ini membahas mengenai kepastian hukum terkait eksistensi personal guarantee dalam proses kepailitan debitur. Bahwa tidak adanya peraturan hukum yang memadai untuk memberikan kepastian hukum bagi penanggung ketika debitur yang dijamin oleh penanggung tersebut diputus pailit menyebabkan kerugian bagi penanggung. Oleh karenanya, beberapa rumusan masalah yang akan diteliti oleh penulis adalah sebagai berikut: (1) Bagaimana pelaksanaan tanggung jawab dan keberadaan personal guarantee dalam proses Kepailitan di Indonesia; (2) bagaimana upaya mewujudkan kepastian hukum bagi kreditor dan penanggung dalam proses kepailitan.

Penelitian ini tergolong penelitian hukum normatif, yaitu penelitian yang berbasis dari data sekunder yang terdiri dari bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Metode pendekatan yang digunakan dalam analisis adalah metode yuridis normatif. Teori yang dipakai dalam menganalisis Disertasi ini adalah teori kepastian hukum (untuk *grand theory*), teori kepailitan (untuk *middle ranged theory*) dan teori penanggungan (untuk *applied theory*). Penggunaan teori diharapkan dapat menjelaskan kedudukan penanggung yang sesungguhnya diharapkan saat lembaga ini dibuat, serta kepastian hukum yang diharapkan dapat tercapai dalam permasalahan kepailitan yang melibatkan penanggung.

Hasil penelitian adalah bahwa pranata *personal guarantee* ternyata belum terlalu jelas pengaturannya dalam UUKPKPU, terutama saat debitur yang dijamin oleh personal guarantee tersebut pailit. Penanggung yang telah mengesampingkan hak istimewa yang dimilikinya tetap harus dilindungi, terutama dalam hal kepailitan debitur prinsipal.

ABSTRACT

Dissertation Title : LEGAL CERTAINTY IN BANKRUPTCY
PROCESS IN RELATION WITH THE
EXISTENCE OF PERSONAL GUARANTEE

Key words : bankruptcy, bankruptcy assets, personal guarantee,
receiver and administrator

This dissertation discusses legal certainty in relation with existence of personal guarantee in the debtor bankruptcy process. That there is not sufficient legal rule to provide legal certainty to the insurer when the debtor guaranteed by the insurer is severely bankrupt causing loss to the insurer. Therefore, some of the issues that will be observed by the author are as follows: (1) how is the implementation of the responsibility and the existence of personal guarantee in the bankruptcy process in Indonesia; (2) how to realize legal certainty for creditors and guarantor in the bankruptcy process.

This research is classified as normative legal research, which is research based on secondary data consisting of secondary legal and tertiary legal materials. The method used in the analysis is normative juridical method. Theories used in analyzing this dissertation are legal certainty theory (for grand theory), bankruptcy theory (for middle ranged theory) and personal guarantee theory (for applied theory). The use of theory is expected to explain the actual position of the guarantor when the institute is created, as well as the legal certainty that is expected to be achieved in bankruptcy issues involving the guarantor.

Result of this research is that personal guarantee institution is not very clear yet, especially when the debtors guaranteed by the personal guarantee go bankrupt. The insurer who has set aside the privileges, he has still be protected, especially in the case of bankruptcy of the principal debtor.

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis haturkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, para Buddha, Boddhisatva, dan Mahasatva karena atas segala rahmat dan anugerahNya sehingga Disertasi yang berjudul: **“Eksistensi Personal Guarantee Dalam Proses Kepailitan Debitor Dalam Mewujudkan Kepastian Hukum”** dapat diselesaikan. Penulisan Disertasi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat mencapai gelar Doktor dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Jayabaya. Saya menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak selama menyelesaikan Disertasi ini, Disertasi ini tidak akan mungkin dapat penulis selesaikan dengan baik.

Penulis mengucapkan terima kasih dan penghargaan setinggi-tingginya kepada para guru besar, dosen dan staf akademika Universitas Jayabaya, yaitu:

1. Yang terhormat dan sangat terpelajar, Ibu Prof Dr. (HC) Hj. Yuyun Moeslim Tahir, S.H., selaku Ketua Yayasan Univesitas Jayabaya yang telah menyeleggarakan program Doktor Ilmu Hukum sebagai wadah bagi diri penulis untuk dapat memperoleh gelar Doktor dalam Ilmu Hukum;
2. Yang terhormat dan sangat terpelajar Bapak Prof Dr. H. Amir Santoso, M. Soc., Ph.D., selaku Rektor Universitas Jayabaya;
3. Yang terhormat dan sangat terpelajar Bapak Letjend TNI (Pur) Prof. Dr. H. Syarifudin Tippe, M.Si., selaku Direktur Program Pascasarjana, Universitas Jayabaya;

4. Yang terhormat dan sangat terpelajar Almarhum Bapak Prof. Dr. JH Sinaulan, S.H., M.Ag., M.Sc., yang semasa hidupnya, Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Jayabaya; Terima kasih atas segala bantuan Prof selama saya berada di Kampus tercinta;
5. Yang terhormat dan sangat terpelajar, Bapak Prof Dr. Fauzi Yusuf Hasibuan, S.H., M.Hum., selaku Promotor dan Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Jayabaya yang membimbing dan mengarahkan penulis sampai sekarang, terima kasih mendalam penulis haturkan;
6. Yang terhormat dan terpelajar Bapak Dr. Yuhelson, S.H., M.H., M.Kn., selaku Ko-Promotor I; terima kasih atas segala masukan untuk Disertasi ini. Dukungan mental yang juga begitu berharga tidak pernah bisa saya lupakan. Terima kasih yang mendalam penulis ucapkan;
7. Yang terhormat dan terpelajar Bapak Dr. Maryano, S.H., M.H., selaku Ko-Promotor II dan Sekretaris Prodi Doktoral Universitas Jayabaya, yang telah memberikan masukan yang sangat berharga untuk terselesaikannya Disertasi ini, Terima kasih yang mendalam penulis ucapkan;
8. Yang terhormat dan terpelajar, Ibu Dr Ramlani Lina Sinaulan, S.H., M.M., M.H., yang sejak awal perkuliahan penulis di Program Doktoral memberikan banyak input supaya bisa segera menyelesaikan S-3. Terima kasih karena Ibu telah banyak mengingatkan saya dan teman-teman;
9. Yang terhormat dan (sangat) terpelajar Bapak Prof DR Abdul Manan, S.H., S.IP, M.Hum., Bapak Prof DR Abdul Gani Abdullah, S.H., M.Hum, Bapak DR. Anriz Nazaruddin Halim, S.H., M.H., M.Kn., selaku tim penguji pada

Ujian-ujian sebelumnya yang telah memberikan masukan yang sangat berharga untuk Disertasi ini serta membimbing penulis mengenai bagaimana agar Disertasi ini dapat segera terselesaikan;

10. Seluruh dosen dan Staf Akademika Universitas Jayabaya, yang tidak dapat penulis sebutkan satu per satu;
11. Keluargaku tercinta, Papa, mama, kakak, dan adikku, terima kasih atas segala support materil&moriiil yang telah kalian berikan dari sejak saya lahir sampai hari ini dan semua pencapaian saya selama ini akan saya persembahkan untuk kalian, mohon doanya agar saya bisa membanggakan keluarga ini, saya mohon maaf atas segala kesalahan saya selama hidup;
12. Suami saya, Suhendra, yang sudah menemani saya setidaknya 4 (empat) tahun terakhir. Terima kasih telah mengizinkan dan mendukung saya untuk mengikuti perkuliahan program Doktor;
13. Sisterhood, Notaris Ternama, Rajin Belajar, terima kasih atas segala pertemanan kita dan dukungan kalian sampai saya bisa berjalan sejauh ini;
14. Sahabat-sahabatku di Program Doktor Ilmu Hukum terutama Ibu Hj Furcony Putri Syakura, S.H., M.Kn., M.H., Bapak Muhammad Ismed, S.H., M.H., Bapak H. Basuki, S.H., M.H, terima kasih karena kita telah saling mendukung dan menyemangati selama 3 tahun terakhir, serta untuk seluruh teman angkatan 27 Kelas Karyawan;
15. Bapak Ardi, Mas Fadli, Mba Ratna, Mba Salsha dan semua staff Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Jayabaya;

16. Staf-staf saya yang turut membantu saya, Natalia & Safitri, serta Nana Nuryana yang turut membantu saya dalam menyelesaikan disertasi ini;
17. Semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu per satu.

Terima kasih atas bantuan dan bimbingan kalian semua yang sungguh amat tidak ternilai, semoga Tuhan membalasnya. Penulis mengharapkan masukan karena ketidaksempurnaan Disertasi ini. Seperti kata pepatah:”Tak ada gading yang tak retak”.

Jakarta, 19 Juli 2020

Penulis

Cicilia Julyani Tondy

201702026213

DAFTAR ISI

LEMBAR JUDUL	i
LEMBAR PERSETUJUAN	ii
PERNYATAAN ORISINALITAS	iv
ABSTRAK	v
ABSTRACT	vi
KATA PENGANTAR	vii
DAFTAR ISI	xi
DAFTAR SINGKATAN	xiv

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	21
C. Tujuan Penelitian	21
D. Kegunaan Penelitian	21
E. Kerangka Pemikiran	23
F. Metode Penelitian	37

BAB II PERJANJIAN SEBAGAI DASAR HUBUNGAN HUKUM ANTARA DEBITOR DAN KREDITOR DALAM SUATU TRANSAKSI UTANG PIUTANG DIKAITKAN DENGAN KEPAILITAN

A. Perikatan dan Perjanjian	
1. Sumber Hukum Perikatan	45
2. Asas-asas Hukum Perikatan	47
3. Perikatan	56
4. Syarat Sahnya Perjanjian	59
5. Lahirnya Perjanjian	66
6. Macam - macam Perikatan	67
B. Wanprestasi	
1. Tinjauan Umum Wanprestasi	73

2. Jenis-Jenis Prestasi Dan Wanprestasi	77
C. Bank	
1. Unsur Dalam Perjanjian Kredit	80
2. Klasifikasi Jenis Kredit	81
3. Kredit Bermasalah	82
4. Tahapan Jika Terjadi Kredit Macet	85
5. Perjanjian Kredit	88
6. Hubungan Hukum Antara Bank, Nasabah Peminjam Dana, dan Penanggung	93
7. Faktor penyebab kredit macet	98
D. Kepailitan	
1. Sejarah Perkembangan Undang-Undang Kepailitan	104
2. Subyek Pemohon Pailit	117
3. Akibat Pernyataan Pailit	121
4. Pengadilan niaga.....	124
5. Asas-asas Hukum Kepailitan	126
E. Teori Kepastian Hukum	137
F. Teori Kepailitan	139
G. Teori Pertanggung Utang	152

BAB III KEPAILITAN DAN PENUNDAAN KEWAJIBAN PEMBAYARAN UTANG DAN KEDUDUKAN PERSONAL GUARANTEE

A. Personal Guarantee (Penanggung)	
1. Definisi Guarantor	159
2. Hubungan Keperdataan Kreditor, Debitor dan Guarantor	163
B. Kurator	
1. Sejarah Kurator.....	168
2. Hak, Kewajiban, Tanggung Jawab, dan Kewenangan Kurator	172
C. Perjanjian Penanggungan Merupakan Perjanjian Baku.....	181

D. Kepailitan Yang Menarik Personal Guarantee Sebagai Pihak Banyak Terjadi di Indonesia	187
--	-----

**BAB IV KEDUDUKAN DAN TANGGUNG JAWAB PERSONAL
GUARANTEE PADA PROSES KEPAILITAN**

A. Kedudukan Personal Guarantee Dalam Proses Kepailitan Debitor	194
B. Strategi Agar Tercipta Kepastian Hukum Bagi Para Penanggung	236

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan	250
B. Saran	251

DAFTAR PUSTAKA	253
DAFTAR RIWAYAT HIDUP	261

DAFTAR SINGKATAN

BHP	= Balai Harta Peninggalan
DPR	= Dewan Perwakilan Rakyat
GBHN	= Garis Besar Haluan Negara
KUHPerdata	= Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
KUHD	= Kitab Undang-Undang Hukum Dagang
OJK	= Otoritas Jasa Keuangan
PBI	= Peraturan Bank Indonesia
UUD 1945	= Undang-Undang Dasar Tahun 1945
UUKPKPU	= Undang-Undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang
UUPT	= Undang-Undang Perseroan Terbatas
UU	= Undang-Undang

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Suatu perusahaan didirikan untuk memperoleh keuntungan. Keuntungan atau laba tersebut diperoleh dengan menjalankan dan mengembangkan perusahaan/badan usaha sesuai dengan bentuk dan kegiatan usahanya. Untuk menjalankan dan mengembangkan suatu Perusahaan, tentu diperlukan pengelolaan yang baik serta dana yang cukup. Dana untuk mengembangkan usaha tentu tidak sedikit. Selain dari modal awal, suatu usaha dapat memperoleh dana tambahan yang bisa diperoleh melalui pihak ketiga yang antara lain adalah bank atau lembaga pembiayaan.

Dana ibarat oksigen bagi suatu usaha dalam melakukan kegiatan usahanya. Seperti halnya manusia yang tidak mungkin hidup tanpa oksigen, suatu usaha juga akan perlahan mati jika tanpa dana. Kebutuhan suatu usaha bisnis akan dana tambahan dapat diperoleh dengan melakukan perjanjian peminjaman dana dengan pemilik dana. Dana bagi perusahaan diperoleh dari berbagai sumber, baik dari modal (*equity*) dan utang (*loan*).¹ Untuk masalah pendanaan, pihak yang membutuhkan dana seringkali meminjam uang yang dibutuhkannya dari pihak lain. Dalam hubungan ini, pihak yang memberikan pinjaman uang disebut kreditor atau si berpiutang, sedangkan pihak yang menerima pinjaman disebut debitor atau si berutang. Pemberian pinjaman atau kredit yang diberikan kreditor

¹ Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan*, Grafiti, Jakarta, 2010, hlm. 295.

kepada debitor dilakukan karena adanya kepercayaan bahwa debitor dapat mengembalikan pinjaman tersebut kepada kreditor tepat pada waktunya. Tanpa adanya kepercayaan dari kreditor, tidak mungkin kreditor mau memberikan pinjaman kepada debitor. Kreditor yang dimaksud adalah lembaga keuangan bank.

Pengertian kredit menurut Pasal 1 butir 11 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga. Kredit yang diberikan oleh bank didasarkan atas kepercayaan sehingga dengan demikian pemberian kredit merupakan pemberian kepercayaan kepada nasabah.

Perlu diperhatikan faktor kemampuan, kemauan, serta itikad yang baik, sehingga tersimpul kehati-hatian dengan menjaga unsur keamanan dan sekaligus unsur keuntungan dari suatu kredit. Untuk mengamankan hal tersebut, banyak cara yang dapat diambil oleh bank antara lain adalah dengan mengatur isi klausula yang ada di dalam perjanjian kredit dengan baik dan lengkap, dan didukung dengan kewajiban pemenuhan jaminan dalam rangka menjamin pelunasan kredit dari calon debitor tersebut.

Kredit yang diberikan oleh bank, dimaksudkan untuk memberikan penyediaan uang yang didasarkan atas perjanjian kredit yang dilakukan antara pihak bank selaku kreditor dengan pihak nasabah selaku debitor. Dari pengertian

itu, dapat diketahui bahwa dalam suatu perjanjian kredit diperlukan adanya suatu jaminan yang diberikan pada bank. Jaminan diperlukan karena dengan adanya jaminan itu akan ada suatu kepastian bahwa kredit yang telah diberikan dikembalikan sesuai jangka waktu yang disepakati yang telah dituangkan di dalam perjanjian kredit. Perjanjian kredit sendiri memegang fungsi yang sangat penting, baik bagi bank maupun bagi nasabah.²

Kegiatan perbankan yang menyediakan jasa pada sektor ekonomi tentunya tidak terlepas dari adanya risiko yang dapat merugikan para pihak, baik pihak bank itu sendiri maupun nasabah penyimpan dana dan nasabah debitor. Oleh karena itu, bank dalam menjalankan tugasnya terkait dengan nasabah harus berdasarkan prinsip kepercayaan (*fiduciary relation principle*), prinsip kehati-hatian (*prudential principle*) dan juga prinsip kerahasiaan (*secrecy principle*). Selain didasarkan pada prinsip-prinsip tersebut, hubungan antara bank dengan nasabah juga terikat pada suatu perjanjian. Perjanjian yang dimaksud ialah perjanjian kredit antara bank dengan nasabah debitor yang menggunakan fasilitas kredit.

Perjanjian kredit adalah salah satu bentuk dari jenis perjanjian timbal balik. Perjanjian kredit merupakan media atau perantara pihak yang memiliki kelebihan dana dengan pihak yang membutuhkan dana. Pihak yang memiliki dana mengharapkan memperoleh keuntungan dari bisnis peminjaman dananya dan yang kekurangan dana berharap dana yang diharapkannya dapat terpenuhi. Ketika pihak bank dan debitor menandatangani perjanjian kredit maka perjanjian kredit

² Ariyanto, *Analisis Terhadap Pelaksanaan Perjanjian Kredit Di PT Bank Rakyat Indonesia Unit Cigombong Kota Jayapura Dengan Jaminan Surat Keputusan (SK) Pegawai*, <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/205-390-1-SM.pdf> [diakses tanggal 10/12/2018, pukul 15.00]

tersebut mengikat kedua belah pihak dan merupakan undang-undang bagi kedua belah pihak³. Pemberlakuan perjanjian sebagai undang-undang bagi mereka yang mengikatkan diri dalam perjanjian, telah menempatkan perjanjian tersebut sebagai hukum.

Sebelum menerima permohonan debitor, Bank melakukan analisis kredit dengan melakukan penilaian apakah permohonan kredit dari debitor tertentu dapat diteruskan/diajukan kepada Direksi atau tidak. Apabila menurut penilaian pemohon dapat diteruskan kepada Direksi, maka permohonan kredit ini kemudian dimintakan persetujuan Direksi dan dalam hal tertentu juga dapat memintakan persetujuan Komisaris. Dalam hal permohonan kredit tersebut disetujui, maka dilakukanlah penandatanganan persetujuan pemberian kredit tersebut dalam bentuk perjanjian kredit.⁴

Untuk mengamankan pelunasan kredit, bank akan meminta kepada debitor untuk memberikan kepada bank, jaminan kredit yang diminta oleh Bank setidaknya bernilai setara dengan utang yang dipinjam oleh debitor. Jaminan utang dapat berupa jaminan kebendaan dan jaminan perorangan. Subekti memberikan pengertian mengenai jaminan kebendaan sebagai berikut: “Pemberian Jaminan kebendaan selalu berupaya menyendirikan suatu pembagian dari kekayaan seseorang, si pemberi jaminan, dan menyediakan guna pemenuhan (pembayaran) kewajiban (utang) seorang debitor.”⁵

³ Pasal 1338 KUHPerdara

⁴ H.M Hazniel Harun, *Aspek-aspek Hukum Perdata Dalam Pemberian Kredit Perbankan*, Ind-Hill-Co, Jakarta, 1994, hlm 5-6.

⁵ R. Subekti, *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit (Termasuk Hak Tanggungan Menurut Hukum Indonesia)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm.18.

Selanjutnya, dikatakan pula bahwa harta kekayaan tersebut dapat berupa 2 (dua) jenis, yaitu kekayaan debitor sendiri atau kekayaan dari orang ketiga.

Dimana dikatakan bahwa:⁶

“Kekayaan tersebut dapat berupa kekayaan sendiri atau kekayaan pihak ketiga. Penyendirian atau penyediaan secara khusus itu diperuntukkan bagi keuntungan seorang kreditor tertentu yang telah memintanya, karena bila tidak ada penyendirian atau penyediaan secara khusus itu, bagian dari kekayaan tadi, seperti halnya seluruh harta kekayaan debitor dijadikan jaminan utang untuk pembayaran semua utang debitor. Dengan demikian, maka pemberian jaminan kebendaan kepada seorang kreditor tertentu memberikan kepada kreditor tersebut kedudukan privilege atau kedudukan istimewa terhadap kreditor yang lainnya. “

Jaminan perorangan atau yang disebut *personal guarantee* merupakan pernyataan kesanggupan yang diberikan oleh pihak ketiga untuk menjamin pemenuhan kewajiban-kewajiban debitor kepada kreditor apabila debitor yang bersangkutan wanprestasi. Jaminan perorangan atau *personal guarantee* diatur dalam Buku III Bab 17 di Pasal 1820-1850 KUHPerdara. Istilah jaminan perorangan ada juga yang menyebutnya dengan *borghtocht*, dan ada juga yang menyebutkan dengan istilah jaminan immateriil. Menurut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, mengartikan jaminan immateriil (perorangan) adalah jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitor tertentu, terhadap harta kekayaan debitor seumumnya.⁷ Menurut Subekti, jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara seorang berpiutang (kreditor) dengan seorang ketiga, yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban si berutang (debitor). Ia bahkan dapat diadakan

⁶ *Ibid.*, hlm. 19.

⁷ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, ditulis dalam rangka kegiatan Badan Pembinaan Hukum Nasional Berupa Proyek Penulisan Karya Ilmiah, Tahun 2001, hlm.4.

di luar (tanpa) sepengetahuan si berutang tersebut.⁸ Maksud adanya jaminan ini adalah untuk pemenuhan kewajiban si berutang, yang dijamin pemenuhannya seluruhnya atau sampai suatu bagian tertentu, harta benda penanggung dapat disita dan dilelang menurut ketentuan perihal pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan.

Dalam praktiknya di lapangan, kreditor yang memegang jaminan perorangan tidak sekuat kreditor pemegang jaminan kebendaan. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan mengatakan bahwa jaminan perorangan banyak digunakan dalam praktek dengan alasan-alasan sebagai berikut:⁹ 1. Si penanggung mempunyai persamaan kepentingan ekonomi di dalam usaha dari si peminjam; 2. Penanggungan juga mempunyai peran penting karena dewasa ini lembaga-lembaga Pemerintah lazim mensyaratkan adanya penanggungan untuk kepentingan pengusaha-pengusaha kecil.

Menurut ketentuan Pasal 1831 dan 1837 KUHPerdara, penanggung atau yang disebut dengan *personal guarantor* berhak untuk menuntut agar debitor ditagih terlebih dahulu, bilamana ada kekurangan barulah kekurangan tersebut ditagih kepada penanggung. Jika ada penanggung lainnya, utang tersebut dipecah-pecah atau dibagi di antara para penanggung. Kreditor dapat memberikan peringatan tertulis kepada debitor apabila pada waktu yang telah ditentukan debitor tidak dapat membayar dan melunasi pinjamannya. Peringatan tertulis atau yang disebut somasi, yang mana berisi pernyataan bahwa debitor wajib memenuhi

⁸ Subekti, *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1989, hlm. 15.

⁹ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*. BPHN dan Liberty, Yogyakarta, 1980, hlm. 80-81.

prestasi dalam waktu yang ditentukan dan jika dalam waktu tersebut debitor tidak dapat memenuhinya, maka debitor dinyatakan telah lalai atau wanprestasi.¹⁰ Dalam hal debitor lalai atau wanprestasi, maka kreditor dapat menuntut penanggung dengan dasar Pasal 1831 dan 1837 KUHPerdara tersebut.

Dalam perjanjian pengikatan jaminan, umumnya Pasal 1831 KUHPerdara dan Pasal 1837 KUHPerdara tersebut wajib dikesampingkan oleh pihak penanggung. Hal ini disebabkan karena jika tidak dikesampingkan, maka kreditor tidak dapat menagih kepada pihak (selain debitor), sebelum harta debitor habis sampai tidak cukup lagi jumlahnya. Lewat pengesampingan Pasal 1831 dan Pasal 1837 KUHPerdara, maka kreditor dapat mengejar langsung kepada para penanggung meskipun belum menghabiskan harta debitor sendiri. Kedudukan debitor dan personal guarantee ('penanggung') nantinya adalah seimbang. Seolah-olah sekarang terdapat 2 (dua) pihak debitor. Pengesampingan kedua Pasal ini bertujuan untuk melindungi pihak kreditor supaya utangnya terjamin untuk dibayar dalam tempo yang sesingkat-singkatnya.

Kedudukan penanggung yang diatur dalam KUHPerdara tersebut terjadi hanya dalam wanprestasi debitor. Lain halnya jika debitor digugat pailit oleh para kreditornya karena masalah utang yang sudah jatuh tempo. Kepailitan berbeda dengan wanprestasi umum. Kepailitan diatur di dalam Undang-undang tersendiri (*lex specialis*) yaitu Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang ('UUKPKPU'). Konsep kepailitan artinya adalah sita umum atas semua kekayaan debitor pailit yang

¹⁰ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010, hlm. 242.

pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan Hakim Pengawas sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.¹¹ Dalam hal debitor sudah tidak memiliki kemampuan lagi dalam membayar utangnya, salah satu upaya yang dapat dilakukan oleh kreditor adalah permohonan pailit sebagaimana yang diatur dalam UUKPKPU. Pemilihan mekanisme kepailitan melalui Pengadilan Niaga diambil pelaku usaha mengingat waktu penyelesaian yang relatif lebih cepat daripada mekanisme gugatan perdata melalui Pengadilan Negeri. Selain itu, setiap tahapan dari permohonan hingga pengurusan dan pemberesan harta pailit sudah diatur oleh UUKPKPU sehingga setiap proses dapat berjalan sesuai dengan waktu yang diperkirakan.

Kepailitan di Indonesia dapat terjadi ketika seluruh syarat pailit yang ada di UUKPKPU terpenuhi dan terbukti. Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU menyatakan debitor yang mempunyai 2 (dua) atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya. Inti dari pasal ini adalah pihak yang memenuhi syarat memiliki setidaknya 2 (dua) atau lebih kreditor, tidak membayar setidaknya satu utang yang telah jatuh tempo dan dapat dibuktikan pailit dengan sederhana, adalah pihak yang dinyatakan pailit. Pihak yang diputus pailit ini nantinya akan membayar utang-utang pailit setelah dilakukan pengurusan dan pemberesan oleh kurator yang ditunjuk berdasarkan putusan pailit dari Pengadilan Niaga. Dari pasal tersebut juga terlihat bahwa permohonan pailit dapat diajukan sendiri (atas

¹¹ disarikan dari UUKPKPU

permohonan sukarela) dari pihak tersebut sendiri ketika ia merasa tidak lagi mampu membayar utang-utangnya. Berdasarkan Pasal 16 ayat (1) UUKPKPU, kurator berwenang melaksanakan tugas pengurusan dan/atau pemberesan atas harta pailit sejak tanggal putusan pailit diucapkan meskipun terhadap putusan tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali. Dari pasal ini terlihat bahwa kurator berhak melakukan tugas pengurusan dan pemberesan atas harta pailit sejak tanggal putusan pailit diucapkan. Jadi, saat diputuskan pailit/PKPU, kurator/pengurus dapat langsung bekerja.

Penyelesaian utang piutang melalui mekanisme pailit sering menemui kendala karena terdapat kekosongan hukum yang mana belum secara tegas diadakan pengaturannya dalam UUKPKPU. Salah satunya terkait *personal guarantee* dalam kepailitan. Filosofi lahirnya lembaga jaminan adalah seorang *personal guarantor* hanya dapat dimintakan pertanggungjawabannya apabila debitur prinsipal; sudah tidak mampu/sama sekali tidak memiliki harta untuk menyelesaikan kewajibannya. Kepailitan juga mengacu dari konsep ini. Tujuan dari kepailitan adalah pemberesan harta debitur pailit sampai titik terakhir terlebih dahulu (sampai nol), baru beralih ke para penanggungnya. Memang, hal ini tidak disukai oleh pihak kreditor, karena memakan waktu yang lama dan tidak efisien untuk (para) kreditor, karena kreditor pasti menginginkan penyelesaian utangnya cepat dan sesuai dengan jumlah yang diharapkan. Karenanya, pihak kreditor lumrah adanya untuk mencari-cari pihak lain yang dapat membantu debitur untuk melunasi utangnya, jika debitur sudah dalam keadaan tidak mampu. Kreditor

ataupun kuasa hukum kreditor akan kembali pada perjanjian utang awal yang telah disepakati oleh kreditor dan debitor.

Sebagaimana yang telah dikemukakan pada paragraf sebelumnya bahwa tiap perjanjian kredit (dengan bank), selalu mewajibkan jaminan atas utang dan yang satunya adalah jaminan perorangan (*personal guarantee*), dimana penanggung umumnya adalah Direktur/Komisaris/pemegang saham dari Perusahaan yang berhutang tersebut. Pengikatan jaminan adalah turunan perjanjian (perjanjian *accessoir*) dari perjanjian utamanya (perjanjian kredit atau perjanjian utang piutang). Konsep kepailitan debitor akan membebaskan para penanggung dari kemungkinan ditarik untuk turut bertanggungjawab atas harta debitor, karena kepailitan debitor pailit wajib menghabiskan harta debitor pailit terlebih dahulu, baru setelah tidak tercukupi, para penanggung dapat ditagih. Namun ini tentu memakan waktu yang sangat lama (bisa bertahun-tahun).

UUKPKPU mengatur mengenai *personal guarantee* dengan istilah penanggungan dan dapat ditemukan di dalam Pasal 141, Pasal 164, dan Pasal 165 UUKPKPU. Dari bunyi pasal-pasal tersebut memang tidak tertulis bahwa penanggung tidak dapat diajukan permohonan pernyataan pailit terhadapnya. Hal ini yang membuat banyak penanggung yang digugat pailit, bersama-sama dengan debitor dengan tetap memperhatikan syarat permohonan kepailitan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU. Akhirnya, pihak kreditor seperti “mencari-cari kreditor lain dari penanggung” agar penanggung turut dipailitkan.

Di satu sisi, permohonan pailit yang diajukan kepada *personal guarantor* yang telah melepaskan hak istimewanya bersamaan dengan debitor dianggap

dapat memberikan perlindungan kepada kreditor.¹² Di saat yang bersamaan, kreditor mungkin untuk mendapatkan kembali keseluruhan piutangnya, walaupun berasal dari pintu yang berbeda. Di samping perlindungan kepada kreditor, *personal guarantor* juga perlu dilindungi. Kepastian hukum bagi penanggung dalam rangka kepailitan debitor yang dijaminnya tentu menjadi hal yang penting. Dengan dilepaskannya hak istimewa dari penanggung, maka menurut KUHPerdara, kedudukan penanggung menjadi seperti debitor.

Eksistensi penanggung dalam kepailitan menjadi sangat mendesak untuk diperhatikan karena penanggung adalah lembaga yang memang ada keberadaannya ditengah-tengah masyarakat dan kedudukannya menjadi penting karena membantu mendukung pelaksanaan kelangsungan usaha debitor. Atas dasar motif ekonomi yang sama, tentunya selayaknya jika penanggung memperoleh kepastian hukum dengan melalui prosedur dan pemahaman yang tepat akan tindakan dan resiko dari tindakan yang dilakukannya. Kepastian hukum untuk penanggung peneliti rasa penting karena diharapkan bukan hanya debitor saja yang harus dijaga kelangsungan bisnis/usahanya, tetapi juga sama seperti penanggung. Jika masalah pailitnya debitor tidak pernah dijelaskan dalam isi perjanjian pertanggungan, sepantasnya jika debitor pailit, maka penanggung tidak perlu diikuti sertakan.

Permohonan pailit yang diajukan terhadap seorang pribadi hukum (subyek hukum) akan berdampak buruk pada kredibilitas orang tersebut. Pribadi yang pernah pailit dalam 5 (lima) tahun terakhir, dipastikan tidak dapat lagi memimpin

¹² Sunarmi, *Hukum Kepailitan*, Sofmedia, Jakarta, 2010, hlm.196.

badan hukum/badan usaha lainnya. Selain itu rekan bisnis dan investor yang mengenal pribadi penanggung tersebut akan mengantisipasi apabila harus bekerja sama dengan seseorang yang pernah dinyatakan pailit, seperti investor menarik asset dari kerja sama yang terjadi, rekan bisnis membatalkan perjanjian/kontrak dengan perusahaan tempat penanggung tersebut dikarenakan ketidakpercayaannya terhadap kinerja dari Direktur tersebut.

Pasal 24 UUKPKPU menyatakan bahwa dengan adanya pernyataan pailit, debitor pailit demi hukum kehilangan haknya untuk menguasai kekayaannya yang dimasukan dalam harta pailit terhitung sejak hari pernyataan pailit diputuskan. Dengan demikian, seorang penanggung yang dinyatakan pailit oleh Pengadilan Niaga tidak lagi dapat melakukan/memimpin bisnis untuk dan atas nama pribadinya/atas nama suatu badan usaha (setidaknya dalam 5 (lima) tahun terakhir setelah dirinya diputus pailit).

Kurator dan kreditor separatis biasanya dalam proses pemberesan budel pailit, akan melalui perdebatan panjang, dimana kurator akan memberikan upaya terbaiknya untuk memaksimalkan harta pailit debitor prinsipal dengan mengumpulkan sebanyak-banyaknya budel pailit. Apa saja yang termasuk dalam budel pailit debitor dan siapa yang berhak untuk melakukan eksekusi penjualan budel pailit haruslah jelas. UUKPKPU memang menyatakan bahwa kreditor separatis dapat mengeksekusi budel pailit seolah-olah tidak terjadi kepailitan (Pasal 55 ayat (1) UUKPKPU). Kepada kreditor separatis akan diberikan waktu selama 60 (enam puluh) hari untuk melakukan eksekusi sendiri, namun jika tidak berhasil, maka seluruh jaminan kebendaan harus dikembalikan kepada kurator.

Biasanya bank berdalih untuk tidak mau mengembalikan ke kurator dan ingin tetap melakukan eksekusi sendiri dikarenakan harta yang dimaksud tidak terdaftar atas nama debitor prinsipal (debitor pailit). Bisa saja jaminan yang diberikan oleh debitor prinsipal kepada bank adalah jaminan kebendaan atas nama penanggung. Akhirnya seluruh daya upaya akan dilakukan supaya harta tersebut menjadi atas nama debitor pailit, misalnya dilakukan rekayasa inbreng atau bentuk lainnya agar harta tersebut diakui sebagai milik debitor pailit.

Permasalahan *personal guarantee* yang mengesampingkan hak istimewa yang dimohonkan pailit bersama-sama dengan debitor prinsipal tentu dapat memberikan ketidakadilan bagi penanggung. Kreditor dari debitor prinsipal dan debitor dari penanggung tentu berbeda-beda. Ketika proses pemungutan suara atas rencana perdamaian, seyogyanya tentu dilakukan pemisahan antara para kreditor dari debitor prinsipal dan debitor dari penanggung. Hal ini disebabkan karena kreditor yang berbeda-beda tentu memiliki keinginan yang berbeda. Tidak adanya pengaturan dalam UUKPKPU mengenai pemungutan suara atas rencana perdamaian jika terdapat 2 (dua) termohon pailit, akhirnya menimbulkan praktik di lapangan bahwa karena permohonan pailitnya hanya satu, sehingga untuk menghasilkan satu keputusan, maka pengambilan suara atas rencana perdamaian hanya dilakukan sekali (bersamaan antara debitor dan penanggung). Akhirnya, rata-rata penanggung menjadi turut pailit dikarenakan mayoritas kreditor menginginkan debitor prinsipal untuk jatuh pailit.

Permasalahan lain adalah mengenai prinsip kepailitan yang akhirnya tersalahgunakan ketika penanggung pailit bersama-sama dengan debitor. Jika

debitor prinsipal dimohonkan pailit bersama dengan penanggung karena sebelumnya penanggung telah melepaskan hak istimewa dan akhirnya kedua pihak pailit bersama-sama, maka seluruh harta dari kedua belah pihak akan digabungkan menjadi satu kesatuan budel pailit. Hal ini kurang bijaksana karena penanggung tentunya hanya menjamin utang debitor prinsipal kepada satu pihak tertentu saja, bukan kepada seluruh kreditor. Jika penanggung dan debitor prinsipal dipailitkan bersamaan, maka harta penanggung akan terambil secara keseluruhan dan akhirnya dipergunakan untuk utang yang sama sekali tidak disepakatinya, karena harus membayar kepada kreditor-kreditor lain selain dari pada yang dijanjikannya untuk dipertanggungkan.

Melalui pembahasan ini diharapkan dapat membantu para pelaku usaha untuk mengetahui masalah-masalah yang terjadi terkait *personal guarantee* dalam hal pemberesan harta pailit debitor, yang antara lain membahas masalah-masalah yang terjadi di lapangan terkait *personal guarantee* dalam kepailitan karena minimnya aturan dalam UUKPKPU, dimana akan dibahas mengenai sejauh mana pengesampingan hak istimewa sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1831 dan Pasal 1837 KUHPerdara bagi penanggung pada akhirnya membuat penanggung turut digugat bersama-sama dengan debitor pailit. *Personal guarantee* harus mendapatkan perlindungan.

Penelitian ini juga akan membahas praktek cara-cara yang dipergunakan oleh *personal guarantee* untuk dapat lepas dari jerat pailit yang diajukan oleh kreditor sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (2) UUKPKPU, karena minimnya pengaturan dalam UUKPKPU terkait penanggung. Kesemuanya ini

adalah untuk menciptakan kepastian hukum untuk penanggung dalam hal pemberesan budel pailit debitor (dan budel pailit penanggung jika ternyata dipailitkan bersama-sama dengan debitor)

Contoh kasus kepailitan yang melibatkan penanggung antara lain PT Pundi Abadi Intisari yang terjadi pada tahun 2015. Singkat cerita, tagihan antara pihak kreditor dan debitor, yang tidak sanggup dilunasi oleh pihak debitor, akhirnya diduga kuat terdapat rekayasa yang dibuat oleh debitor untuk mengajukan proses Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang sendiri, dikarenakan penanggung (yang mana merupakan Direktur Utama pihak debitor), dan corporate guarantee (yang mana merupakan anak perusahaan debitor) menghindar untuk bertanggung jawab. Penanggung berharap agar mereka tidak ikut bertanggung jawab dengan cara berlindung di balik filosofi kepailitan karena tahu proses penundaan kewajiban pembayaran hutang berpotensi untuk meningkat menjadi proses kepailitan, dan akhirnya debitor sendiri yang harus bertanggungjawab dengan menggunakan harta debitor pailit sendiri. Skenario yang diharapkan penanggung tentunya pelaksanaan proses kepailitan akan dilaksanakan sampai akhirnya pihak debitor hartanya akan habis (tentu akan memakan waktu bertahun-tahun), sampai debitor benar-benar tidak mampu lagi, baru penanggung yang akan ditarik untuk membantu melunasi kekurangannya. Menurut peneliti, harapan dari skenario tersebut adalah jika debitor dinyatakan PKPU/pailit terlebih dahulu, maka penanggung punya waktu yang cukup untuk setidaknya mengusahakan agar diri penanggung tidak ikut dipailitkan, misalnya dengan cara membayar semua hutang-hutang pribadi personal guarantor agar

Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU tidak terpenuhi dan akhirnya personal guarantor setidaknya tidak diputus pailit oleh Pengadilan Niaga. Ini adalah salah satu contoh kasus di lapangan, yang mana praktek personal guarantee yang memanfaatkan kekosongan hukum dalam UUKPKPU.

Filosofi dari UUKPKPU adalah jika debitor pailit, maka harta debitor dilakukan pengurusan dan pemberesan untuk melunasi hutang-hutangnya kepada pihak kreditor. Harta yang dimaksud adalah harta debitor. Logikanya tentu sangat logis karena jika debitor X yang memiliki utang, sudah selayaknya harta debitor X tersebut sendiri yang dihabiskan untuk membayar utangnya. Sangat tidak adil jika pihak ketiga yang akhirnya wajib melunasi kewajiban tersebut dikarenakan pihak ketiga (*personal guarantee*) sudah menandatangani perjanjian penanggungan (PG). KUHPerdara juga sejalan dengan UUKPKPU. Hal ini dapat ditemukan dalam Pasal 1831 KUHPerdara, yang intinya menyatakan bahwa penanggung tidak memiliki kewajiban membayar kepada kreditor kecuali jika debitor yang dijaminnya lalai dalam membayar utangnya/kewajibannya, dalam hal itu, barang kepunyaan debitor harus disita dan dijual terlebih dahulu untuk melunasi utangnya barulah harta penanggung dapat dieksekusi. Masalah pengesampingan hak istimewa *personal guarantee* dalam Pasal 1831 KUHPerdara yang nampaknya seperti kewajiban bagi para penanggung, tentu adalah karya ahli hukum yang berusaha menciptakan suatu metode hukum supaya kreditor dapat lebih mudah menemukan jalan untuk mengeksekusi harta lain, selain harta debitor prinsipal (supaya penanggung dapat menggantikan posisi debitor prinsipal secara

langsung, tanpa harus mengeksekusi harta debitor prinsipal terlebih dahulu sampai habis).

Dalam menulis Disertasi ini, penulis mencoba membandingkan karya tulis yang telah dibuat sebelumnya di beberapa Program Doktorat yang ada di beberapa Perguruan Tinggi di Indonesia, yaitu sebagai berikut:

1. Rudy Haposan Siahaan, dalam disertasinya yang berjudul: “*Perlindungan Hukum Bagi Nasabah Debitor Dalam Perjanjian Kredit Bank Dikaitkan Dengan Keadaan Memaksa Akibat Bencana Alam Dan Kepastian Hukum Hak Kreditor*”, Program Doktorat Universitas Sumatera Utara, menemukan bahwa faktor hukum belum cukup berperan dan dapat mengakomodir permasalahan-permasalahan yang ada pasca bencana alam, karena pengaturan perkreditan masih tersebar di berbagai peraturan, sehingga kasus-kasus gugatan dari pihak debitor, advokasi dengan melibatkan pihak ketiga (Lembaga Swadaya Masyarakat/LSM) dan pengajuan rekomendasi ke Dewan Perwakilan Rakyat untuk meminta pemutihan/penghapusan atas kredit kepada Pemerintah. Model penghapustagihan dengan persyaratan tertentu bagi debitor yang terkena dampak langsung dari bencana merupakan bentuk perlindungan hukum Pemerintah bagi debitor dan sebagai wujud perlindungan negara pada rakyatnya sebagaimana tertuang dalam tujuan negara pada pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum. Penghapustagihan dengan persyaratan tertentu juga memberikan kepastian hukum bagi kreditor/bank, dan merupakan sikap baik bank yang dapat meningkatkan kepercayaan debitor, sehingga bank dapat lebih

leluasa dalam memperluas ekspansi dalam menjalankan bisnisnya sekaligus bertujuan mensejahterakan masyarakat dalam rangka ketahanan ekonomi nasional.

2. Affandi M, dengan disertasinya yang berjudul “*Konflik Kewenangan Bank Sebagai Kreditor Separatis dalam Mengeksekusi Haknya Jika Debitor Dinyatakan Pailit*”, Program Doktor Universitas Trisakti, Jakarta, menemukan bahwa konstruksi hukum jaminan terkait dengan kepailitan di masa mendatang berdasarkan ketentuan Pasal 21 Undang-Undang Hak Tanggungan (‘UUHT’) dan Pasal 55 ayat (1) UUKPKPU dalam hal terjadi kepailitan, maka pemegang hak tanggungan tingkat pertama dapat melakukan eksekusi hak tanggungan dengan tanpa, harus terhalang oleh *stay* atau penangguhan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56 ayat (1) UUKPKPU dengan catatan bank sebagai pemegang hak tanggungan wajib melaporkan terlebih dahulu jumlah hutang dari nasabah debitornya/ debitor pailit kepada kurator dan hakim pengawas. Hal ini perlu dilakukan oleh pemegang Hak Tanggungan Peringkat Pertama untuk menunjukkan bahwa bank benar sebagai kreditor dari debitor pailit dan sebagai pemegang hak tanggungan pertama dari debitor pailit yang mempunyai piutang terhadap debitor pailit dan hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 60 ayat (3) juncto Pasal 189 ayat (3) UUKPKPU, dengan rekomendasi bahwa harus ada penyempurnaan UUKPKPU karena berdasarkan ketentuan dalam hukum jaminan dan Hukum Kepailitan, kreditor separatis merupakan debitor yang didahulukan dari kreditor lainnya karena kreditor separatis adalah pemegang hak jaminan kebendaan. Kreditor separatis dalam hal terjadi kepailitan dapat mengeksekusi

benda yang menjadi objek jaminan seakan-akan tidak terjadi kepailitan, namun pengaturan hak kreditor separatis dalam UUKPKPU menimbulkan konflik antara kurator dan kreditor separatis. Hal ini disebabkan karena ada ketentuan yang saling bertentangan.

3. Siti Anisah, dalam disertasinya yang berjudul: “*Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*”, Program Doktor Universitas Indonesia, Depok, menemukan bahwa UUKPKPU Indonesia di masa depan seharusnya dibuat untuk melindungi kepentingan kreditor, debitor dan kepentingan stakeholders (pemangku kepentingan). Untuk itu perlu dicantumkan persyaratan *insolvency test* dalam penyempurnaan UUKPKPU. Perubahan ketentuan penundaan kewajiban pembayaran utang sebaiknya mengacu pada Chapter 11 Bankruptcy Code di Amerika Serikat, terutama untuk memberikan kesempatan kepada debitor agar tetap mengurus perusahaan (*debtor in possession*), yakni mereka yang dipandang mempunyai itikad baik, jujur, dan bersedia bekerja sama selama pailit, namun ia tidak beruntung karena tidak dapat melunasi utang-utangnya.

4. Jamaluddin Samosir, dengan judul “*Kepastian Hukum Terhadap Kreditor Separatis Dikaitkan dengan Masa Stay dan Insolvensi*”, Program Doktor Hukum Universitas Jayabaya, Jakarta. Peneliti menemukan bahwa ketentuan Pasal 56 ayat (1) tentang masa *stay* dan Pasal 59 ayat (1) dalam UUKPKPU yang menentukan bahwa kreditor separatis harus melaksanakan haknya dalam jangka

waktu 2 (dua) bulan setelah dimulainya keadaan insolvensi merupakan ketentuan yang menyebabkan hilangnya hak preferen kreditor separatis dan membatasi hak kreditor separatis.

5. Yuhelson, dalam disertasinya yang berjudul: *“Prioritas Pembagian Harta Kekayaan Debitor Pailit (Boedel Pailit) Terhadap Kreditor Preferen dan Kreditor Separatis Berdasarkan Prinsip-Prinsip Keadilan dan Kepastian Hukum”*, Program Doktor Universitas Jayabaya, Jakarta, menemukan bahwa tidak semua atau seluruh harta kekayaan yang melekat pada debitor pailit merupakan objek dari penyelesaian pengurusan dan pemberesan, sebab adakalanya dalam hal-hal tertentu, terutama menyangkut kebendaan yang bersifat potensial dinyatakan sebagai bukan boedel pailit debitor yang dapat dibagikan kepada kreditor. Bahwa prioritas pembagian boedel pailit kepada para kreditor, antara lain kreditor separatis dan kreditor preferen (pajak) yang sama-sama harus didahulukan akan dilihat berdasarkan asas pari pasu dan prorata, prinsip keseimbangan, prinsip proporsional, dan prinsip kewajaran (fairness). Selain itu, Yuhelson juga menemukan bahwa dalam hukum kepailitan di Indonesia belum menunjukkan adanya satu kesatuan yang menyeluruh yang dapat menjamin baiknya pengaturan kepailitan. Aturan tersebut juga harus memperhatikan prinsip keadilan bagi para kreditor.

Dari penelitian-penelitian yang telah dilakukan sebelumnya tentu berbeda dengan yang diteliti oleh penulis, karena penulis berfokus pada penelitian yang mengedepankan kepastian hukum bagi para penanggung dari debitor dalam hal

terjadi kepailitan. Atas latar belakang tersebut, peneliti tertarik untuk melakukan penelitian mengenai eksistensi personal guarantee dalam hal kepailitan debitor sebagai Disertasi penulis untuk memenuhi syarat dalam rangka memperoleh gelar Doktor dalam Ilmu Hukum di Universitas Jayabaya.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut di atas, masalah-masalah yang diteliti dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimana pelaksanaan tanggung jawab dan keberadaan penanggung dalam kepailitan di Indonesia?
2. Bagaimana upaya untuk mewujudkan kepastian hukum bagi penanggung dalam proses kepailitan?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian yang dilakukan penulis adalah sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis dan menemukan pelaksanaan tanggung jawab dan keberadaan penanggung dalam kepailitan di Indonesia;
2. Untuk menciptakan suatu upaya demi mewujudkan kepastian hukum bagi penanggung dalam proses kepailitan.

D. Kegunaan Penelitian

- a. Kegunaan Teoretis

Sebagai suatu wahana untuk pengembangan wawasan keilmuan dalam dunia ilmu hukum, khususnya mengenai hukum jaminan terutama mengenai kepastian hukum bagi penanggung (*personal guarantor*) mengenai kemungkinan ditariknya penanggung sebagai pihak dalam suatau gugatan kepailitan serta kemungkinan mereka turut dipailitkan bersama-sama dengan pihak debitor yang mereka jamin, serta untuk pengembangan dan pembahasan serta memperkuat teori lama dari para ahli hukum yang telah ada sebelumnya.

b. Kegunaan Praktis

Penelitian ini ditujukan sebagai kajian hukum praktis dan pedoman bagi Pemerintah untuk dapat memberikan masukan kepada pembuat peraturan di Indonesia (dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat) untuk memperbaiki kekosongan hukum yang terjadi mengenai penanggung utang dalam kepailitan lewat revisi Undang-undang dan peraturan pelaksanaan yang mengatur tentang kepailitan. Selain itu, penelitian ini diharapkan akan memberikan masukan bagi Hakim di Pengadilan Niaga dan yang lebih tinggi untuk memiliki suatu parameter/keyakinan atau dengan penafsiran hakim agar dapat memutuskan dengan adil dan penuh dengan roh keyakinan saat memutus suatu perkara kepailitan agar terciptanya suatu kondisi kepastian hukum bagi penanggung. Karena jika tidak, maka akan banyak pihak yang tidak mau/enggan menjadi penanggung; jika ternyata mereka begitu mudah dipailitkan saat debitor yang mereka jamin diputus pailit.

E. Kerangka Pemikiran

Teori adalah serangkaian proposisi atau keterangan yang saling berhubungan dan tersusun dalam sistem deduksi, yang mengemukakan penjelasan atas suatu gejala. Sedikitnya terdapat 3 (tiga) unsur dalam suatu teori. Pertama, penjelasan tentang hubungan antara berbagai unsur dalam suatu teori. Kedua, teori menganut sistem deduktif, yaitu sesuatu yang bertolak dari suatu yang umum dan abstrak menuju suatu yang khusus dan nyata. Aspek kunci yang ketiga adalah bahwa teori memberikan penjelasan atau gejala yang dikemukakannya. Fungsi dari teori dalam suatu penelitian adalah untuk memberikan pengarahannya kepada penelitian yang akan dilakukan.¹³ Pertanyaan dari identifikasi masalah tersebut di atas akan memperoleh jawaban dengan menggunakan teori-teori sebagai alat analisis dalam penelitian. Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan beberapa teori sebagai kerangka kerja teoretis (*theoretical framework*) untuk menganalisis masalah penelitian. Bahwa teori yang dimaksud adalah teori kepastian hukum sebagai *grand theory*, teori hukum kepailitan sebagai *middle ranged theory*, dan teori jaminan sebagai *applied theory*.

1. *Grand Theory* (Teori Kepastian Hukum)

Hukum memiliki fungsi tidak hanya menegakkan keadilan, tetapi juga menegakkan kepastian dan kemanfaatan. Berkaitan dengan hal tersebut asas prioritas yang telah ditelurkan Gustav Radburch menjadi titik terang dalam

¹³ Duane R. Monette, Thomas J Sullivan, Cornell R. Dejong, *Applied Social Research*, Fort Worth Chicago, San Fransisco, Halt, Rinehart and Winston Inc., 2010, p.31.

masalah ini. Gustav Radburch memulai dengan pandangan bahwa masyarakat dan ketertiban memiliki hubungan yang sangat erat, bahkan dikatakan sebagai 2 (dua) sisi mata uang, hal ini menunjukkan bahwa setiap komunitas (masyarakat) di dalamnya membutuhkan adanya ketertiban. Perbedaan antara ketiga norma di dalam masyarakat tersebut dimana kebiasaan lebih berorientasi pada perbuatan-perbuatan yang memang lazim dilakukan sehari-hari menjadi norma, dan menurut Radburch tatanan kebiasaan ini tidak sesuai dengan hukum atau kesusilaan. Kebiasaan lebih menggambarkan posisi kebalikan dari kesusilaan, kalau kebiasaan mutlak berpegangan pada kenyataan tingkah laku orang, maka kesusilaan justru berpegang pada ideal yang masih harus diwujudkan dalam masyarakat. Untuk itu tolak ukur penilaian terhadap tindakan yang diterima atau ditolak didasarkan pada idealisme manusia yakni insan kamil atau manusia sempurna. Norma hukum lebih berorientasi pada dunia ideal (kesusilaan) dan kenyataan (kebiasaan), dengan demikian maka untuk memenuhi unsur ideal, hukum harus mengakomodir nilai filosofis dan guna memenuhi tuntutan kenyataan hukum harus memasukkan unsur sosiologis. Dalam perkembangannya masyarakat tidak hanya menginginkan keadilan (idealisme) dan kepentingan-kepentingannya dilayani oleh hukum (sosiologis), akan tetapi masyarakat masih membutuhkan adanya peraturan-peraturan yang menjamin kepastian dalam hubungan mereka satu sama lain.¹⁴

Radburch menyatakan bahwa kepastian hukum bukan satu-satunya nilai yang harus ditegakkan oleh hukum, juga bukan nilai yang menentukan. Di

¹⁴ M. Muslih, *Negara Hukum Indonesia Dalam Perspektif Teori Hukum Gustav Radbruch (Tiga Nilai Dasar Hukum)*, Legalitas Edisi Juni 2013 Volume IV Nomor 1 (2013).

samping kepastian hukum, terdapat dua nilai lain, yakni kemanfaatan (*utility*) dan keadilan (*justice*). Namun Radburch menekankan bahwa kepastian hukum merupakan *middle place* antara kedua nilai-nilai lain karena kepastian hukum diperlukan tidak hanya untuk kepentingan publik, tetapi juga keadilan. Bahkan ketika menyoroiti fenomena Pemerintahan Nazi yang ditandai oleh ketidakpastian hukum, Radburch menyatakan:

“Saya berpendapat bahwa setelah dua belas tahun menyangkal kepastian hukum, kita perlu lebih dari sebelumnya untuk mempersenjatai diri dengan legal form untuk melawan godaan yang dapat dengan mudah datang ke setiap orang yang telah hidup melalui tahun-tahun ancaman dan penindasan. Kita harus mencari keadilan, tetapi pada saat yang sama harus menghadirkan kepastian hukum, sebab kepastian hukum itu sendiri merupakan komponen keadilan.¹⁵”

Dalam karya pasca perang itu, Radburch bukan hanya mengoreksi pandangan sebelumnya, tetapi juga membatasi ruang lingkup aplikasi teorinya. Radburch mengungkapkan untuk pertama kalinya dua formula yang menggambarkan ketika hukum tidak berlaku (*valid*) atau ketika ia tidak lagi memiliki sifat hukum. Radburch menguraikan tentang perbedaan waktu biasa yakni waktu untuk kepastian hukum dan waktu luar biasa yakni waktu untuk mempertimbangkan keadilan. Menurut Radburch;

*“Resolusi konflik antara keadilan dan kepastian hukum mungkin akan ditemukan dalam formula seperti ini: Preferensi harus diberikan kepada hukum positif (*positif law*), sebagaimana diberlakukan dan dijamin oleh kekuasaan negara, bahkan ketika hukum itu tidak adil (*unjust*) dan gagal memberikan manfaat (*benefit*) bagi rakyat, kecuali jika konflik dengan keadilan mencapai tingkat yang tak bisa ditoleransi, yakni situasi di mana undang-undang itu pada dasarnya merupakan “hukum cacat” (*flawed law*) dan karena itu harus mengejar keadilan. Hukum, termasuk*

¹⁵ Gustav Radburch, *Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law*, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, London, Oxford Journal of Legal Studies, 2006, hlm.6.

hukum positif, tidak dapat didefinisikan selain sebagai sistem dan institusi yang maknanya adalah untuk melayani keadilan.”¹⁶

Pernyataan di atas mempertegas sudut pandang Radburch bahwa penegakan hukum harus didasarkan pada prinsip kepastian hukum, yang merefleksikan kehendak hukum positif. Namun kepastian hukum harus diabaikan jika ia secara radikal bertentangan dengan prinsip keadilan. Menurut Radbruch, kondisi itu terjadi ketika suatu undang-undang tidak lagi mencerminkan semangat keadilan, yang dalam bahasa Radbruch disebut dengan istilah “hukum cacat” (*flawed law*). Poin penting dalam pemikiran Radburch adalah perbedaan antara waktu biasa dan waktu luar biasa. Waktu biasa adalah ketika suatu hukum positif mencerminkan keadilan masyarakat, sementara waktu luar biasa adalah ketika hukum positif tidak lagi mencerminkan keadilan masyarakat.

Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya, sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan. Penciptaan kepastian hukum dalam peraturan perundang-undangan, memerlukan persyaratan yang berkenaan dengan struktur internal dari norma hukum itu sendiri. Persyaratan internal tersebut adalah sebagai berikut: 1. Kejelasan konsep yang digunakan. Norma hukum berisi deskripsi mengenai perilaku tertentu yang kemudian disatukan ke dalam konsep tertentu; 2. Kejelasan hierarki kewenangan dari lembaga pembentuk peraturan perundang-undangan. Kejelasan hierarki ini penting karena menyangkut sah atau tidak dan mengikat atau tidaknya peraturan perundang-undangan yang dibuatnya. Kejelasan hierarki akan memberikan arahan

¹⁶ *Ibid*, hlm. 7.

kepada pembentuk hukum yang mempunyai kewenangan untuk membentuk suatu peraturan perundang-undangan tertentu.¹⁷ Konsistensi norma hukum perundang-undangan. Ketentuan-ketentuan dari sejumlah peraturan perundang-undangan yang terkait dengan satu subjek tertentu, tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lain.

Pemenuhan asas keadilan dalam suatu peraturan perundang-undangan belum cukup karena masih memerlukan dipenuhinya syarat kepastian hukum yaitu: a. kepastian hukum akan tercapai apabila suatu peraturan dirumuskan secara jelas sehingga menimbulkan penafsiran yang beragam dan dapat menjadi pedoman untuk pelaksanaan yang sama, dan bahwa peraturan yang ada akan dilaksanakan secara konsekuen dan konsisten. b. Disamping itu kepastian hukum akan tercapai bila peraturan yang diterbitkan memenuhi persyaratan formal berkenaan dengan bentuk pengaturan sesuai tata urutan peraturan perundang-undangan dan secara substansi materi yang diatur tidak tumpang tindih atau bahkan bertentangan dengan peraturan lain yang relevan yang lebih tinggi tingkatannya (sinkron secara vertikal) ataupun bertentangan dengan peraturan lain yang sejajar tingkatannya (sinkron secara horizontal). Materi suatu peraturan perundang-undangan banyak tergantung pada proses pembuatannya. Transparansi di dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dapat menambah “bobot kepastian hukum”. Hal ini disebabkan karena masyarakat luas dapat mengetahui tentang materi yang akan diatur dan diberi kesempatan untuk memberikan masukan yang dapat dipergunakan sebagai bahan pertimbangan

¹⁷ *Ibid.*, hlm.7.

untuk kelengkapan atau penyempurnaan peraturan itu; c) Yang perlu diperhatikan dalam suatu peraturan perundangan-undangan adalah kemanfaatan peraturan akan ditaati karena masyarakat merasa yakin akan manfaatnya, yakni memberikan kemungkinan untuk berkembang secara wajar.¹⁸ Asas *legal certainty* (kepastian hukum) dimaksud agar keadaan penanggung yang beritikad baik dapat dilindungi. Asas kepastian hukum merupakan tujuan setiap undang-undang dan peraturan pelaksanaannya.

2. *Middle Ranged Theory* (Teori Kepailitan)

Dari perspektif Teori Kepailitan (*Bankruptcy Theory*), pailit pada hakikatnya adalah bangkrut, dan bangkrut maksudnya debitor tidak mampu lagi membayar utang-utangnya karena utang-utangnya lebih besar daripada aset-asetnya. Teori Kepailitan ini menjadi relevan untuk menganalisis masalah dalam penelitian ini karena putusan pengadilan niaga yang menyatakan penanggung (*personal guarantor*) “pailit” karena debitor utama yang dijaminnya pailit, seyogyanya tidak sesuai dengan maksud Teori Kepailitan (*Bankruptcy Theory*). Teori Kepailitan adalah untuk menyelesaikan masalah utang-piutang antara debitor dan kreditor, karena utang-utang debitor lebih besar daripada aset-asetnya, dan tidak seharusnya sengaja menarik para penanggung debitor sehingga juga diputus pailit (padahal belum tentu personal guarantee tidak memenuhi asas tidak mampu membayar), semata-mata hanya demi memperoleh pelunasan utang dalam tempo singkat. Berkenaan dengan pentingnya hukum kepailitan, peneliti mengacu

¹⁸ Maria Sri Wulandari Sumardjono, dikutip oleh Irawan Soerodjo, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah di Indonesia*, Arloka, Surabaya, 2003, hlm.179-180.

kepada pendapat Levinthal yang menjelaskan tentang tujuan utama dari hukum kepailitan yang digambarkan sebagai berikut:¹⁹

All bankruptcy law, however, no matter when or where devised and enacted, has at least two general object in view. It aims, first, to secure and equitable division of the insolvent debtor's property among all his creditors, and, in the second place, to prevent on the part of the insolvent debtor conducts detrimental to in the interest of his creditors. In other words, bankruptcy law seeks to protect the creditor, first, from one another and, secondly, form their debtor. A third object, the protection of the honest debtor from his creditor, by means of the discharge, is sought to be attained in some of the system of bankruptcy, but this is by no means a fundamental feature of the law.

Maksud pendapat Levinthal sebagaimana dikemukakan di atas, semua hukum kepailitan (*bankruptcy law*), tanpa memperdulikan kapan atau di mana dirancang dan diundangkan, memiliki 3 (tiga) tujuan umum. Tujuan pertama, hukum kepailitan mengamankan dan membagikan hasil penjualan harta milik debitor secara adil kepada semua kreditornya. Tujuan kedua, adalah untuk mencegah agar debitor yang insolven tidak merugikan kepentingan kreditornya. Tujuan ketiga Memberikan perlindungan kepada debitor yang beritikad baik dari para kreditornya, dengan cara memperoleh pembebasan utang. Sementara itu, Professor Warren dalam bukunya *Bankruptcy Policy*, mengemukakan sebagai berikut:²⁰

“In bankruptcy, with an inadequate pie to divide and the looming discharge of unpaid debts, the disputes center on who is entitled to shares of the debtor's assets and how these shares are to be divided. Distribution

¹⁹ Louis E. Levinthal, *The Early of Bankruptcy Law*, dalam: Sutan Remy Sjahdeini, *Sejarah, Asas, dan Teori Hukum Kepailitan, Memahami Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran*, Kencana, Jakarta, 2016, hlm.3.

²⁰ Elizabeth Warrren, “*Bankruptcy Policy*” dalam Epstein *et al. Bankruptcy*, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1993. hlm. 2.

among creditors is no incidental to other concerns; it is the center of the bankruptcy scheme.”

Yang mana artinya intinya adalah di dalam kepailitan, dengan jumlah harta yang sudah tidak memadai untuk dibagi dan banyaknya utang lain yang belum dibayar, perselisihan berpusat pada siapa yang berhak atas aset debitor dan bagaimana pembagiannya. Distribusi harta antara kreditor sifatnya adalah dilarang untuk alasan apapun, karena telah masuk ke dalam ranah kepailitan.

3. *Applied theory (Teori Personal guarantee)*

Penelitian ini mengacu pada konsep dasar penanggungan yang dikemukakan oleh Yahya Harahap, yang berbunyi; Penanggung menurut pasal 1820 KUHPerdara, bukan debitor. Penanggung ialah seseorang yang mengikat diri untuk memenuhi perikatan apabila debitor sendiri tidak memenuhi. Dalam kedudukan perikatan yang demikian baik secara teknis dan substantif, penanggung bukan berubah menjadi debitor. Kedudukannya secara yuridis telah dilembagakan secara murni dalam bentuk borghtoct. Penanggung tetaplah penanggung. Oleh karenanya, guarantor akan tetap menjadi guarantor, dan tetap yang dituntut terlebih dahulu (seharusnya) adalah debitor (prinsipal). Tidak ada dasar hukum untuk menuntut dan menempatkan seorang guarantor dalam keadaan pailit. Maksudnya, tidak ada payung hukum dalam peraturan perundang-undang manapun yang secara eksplisit menyatakan kedudukan penanggung yang dimohonkan pailit/penundaan kewajiban pembayaran utang. Pada prinsipnya sifat dari penanggung hanya menempatkan guarantor menanggung pembayaran yang akan dilaksanakan debitor, oleh karena itu yang memikul pembayaran utang yang

sebenarnya tetap berada pada diri debitor. Pada saat Guarantor berada dalam keadaan tidak mampu kedudukannya sebagai penanggung harus diakhiri dan menggantinya dengan penanggung baru. Adapun beberapa karakteristik dari perjanjian garansi adalah sebagai berikut:²¹

(i) Perjanjian Garansi bersifat *Acessoir*

Salah satu karakteristik dari perjanjian garansi adalah bahwa garansi bersifat "*accessoir*". Maksudnya, perjanjian garansi merupakan buntut dari perjanjian pokoknya. Perjanjian pokok adalah perjanjian yang membebankan kewajiban kepada salah satu pihak, misalnya kewajiban untuk membayar utang dalam *loan agreement* atau kewajiban membayar sewa dalam *leasing agreement*. Karena itu, jika karena sesuatu dan lain hal perjanjian pokoknya itu batal atau habis masa berlakunya, maka *by the operation of law* perjanjian garansi sebagai "buntut"nya juga menjadi tidak punya kekuatan hukum lagi.

Lain halnya dengan perjanjian garansi dalam bentuk *indemnity*. Ini merupakan perjanjian yang berdiri sendiri atau terpisah dari perjanjian pokoknya. Tetapi perjanjian model ini berasal dari luar negeri, sehingga walaupun dipraktikan di Indonesia maka menurut hemat peneliti juga tunduk pada ketentuan hukum tentang garansi. Kekuatan berlakunya adalah seperti yang diperjanjikan dalam perjanjian *indemnity*. Bila tidak diatur, maka *indemnity* akan tunduk pada hukum tentang perjanjian garansi biasa (karena sifatnya *assessoir*).

²¹ Munir Fuady, *Hukum Jaminan Utang*, PT Gelora Aksara Pratama, Jakarta, 2013, hlm.45.

(ii) Hak-hak yang Terbit dari Suatu Garansi Bersifat Kontraktual, Bukan Hak Kebendaan

Berbeda dengan jaminan kredit (jaminan kebendaan) yang lain seperti gadai atau hipotek yang berkonsekuensi timbulnya hak kebendaan, maka hak-hak dari jaminan berbentuk garansi hanya bersifat kontraktual tanpa menimbulkan hak kebendaan, sekalipun Pasal 1131 KUHPerdara mengatur bahwa harta benda si personal guarantor akan menjadi tanggungannya. Sebagai konsekuensi dari tidak terjadinya hak kebendaan atas jaminan berbentuk garansi ini adalah bahwa pihak kreditor hanya dapat mempertahankan haknya terhadap pihak personal guarantor saja, tidak terhadap pihak-pihak lainnya.

(iii) Guarantor Punya Hak dan Kewajiban Manakala Terjadi Wanprestasi oleh Debitor kepada Kreditor Berdasarkan Kontrak Pokoknya

Salah satu rukun utama dalam garansi adalah bahwa hak dan kewajiban dari guarantor (baik personal guarantee ataupun corporate guarantee), timbul akibat adanya tindakan wanprestasi debitor terhadap kreditor. Tindakan wanprestasi tersebut disebabkan karena tidak melaksanakan prestasi yang terbit dari perjanjian pokok antara kreditor dan debitor, misalnya karena tidak membayar cicilan utang pada waktunya yang terbit dalam suatu kontrak perkreditan. Tanpa adanya tindakan wanprestasi maka tidak akan ada pelaksanaan hak dan kewajiban dari pihak guarantor. Prinsip “eksistensi wanprestasi” (tidak ada hak dan kewajiban tanpa wanprestasi) sangat esensial dalam pranata hukum garansi.

Prinsip selanjutnya adalah “penagihan sekunder”. Dalam prinsip ini, ketika telah terjadi wanprestasi maka yang harus ditagih/digugat ke pengadilan adalah terlebih dahulu pihak debitor. Kemudian, jika debitor tidak dapat/tidak mampu membayar sepenuhnya, juga setelah disita semua harta-hartanya, baru boleh ditagih/digugat pihak garannya. Jadi, penagihan kepada guarantor hanyalah penagihan yang sekunder. Dalam konteks ini, Pasal 1813 KUHPerdara menyatakan bahwa guarantor tidak diwajibkan membayar kepada si berpiutang selain jika si berutang lalai, dan benda-benda si berutang ini harus terlebih dahulu disita serta dijual untuk melunasi utangnya. Akan tetapi, prinsip penagihan sekunder bukan merupakan hukum yang mewajibkan (*mandatory law*) tetapi hanya hukum pelengkap (*aanvullen recht*), yang berlakunya dapat dikesampingkan atau dikecualikan. Prinsip penagihan sekunder dalam pranata hukum garansi ini tidak berlaku manakala (lihat Pasal 1832 KUHPerdara):²²

- a) Guarantor telah melepaskan hak istimewanya untuk menuntut supaya benda-benda si berutang lebih dahulu disita dan dijual;
- b) Guarantor telah mengikatkan dirinya bersama-sama dengan si berutang utama secara tanggung-menanggung; dengan akibat-akibat perikatannya diatur menurut asas-asas yang ditetapkan untuk utang tanggung-menanggung;
- c) Apabila debitor dapat memajukan suatu tangkisan yang hanya mengenai dirinya sendiri secara pribadi;
- d) Jika debitor berada dalam keadaan pailit;
- e) Dalam penanggungan yang diperintahkan oleh hakim.

²² *Ibid.*, hlm.46.

(iv) Garansi Turun ke Ahli Waris

Bahwa kewajiban yang timbul dari suatu garansi, *in casu* garansi pribadi, turun ke ahli waris memang tidak banyak orang yang menyadarinya. Padahal ketentuan seperti ini jelas-jelas dapat ditemukan dalam Pasal 1826 KUHPerdara, yaitu meskipun yang namanya garansi pribadi bersifat “personal” (karena itu, disebut “personal guarantee”), tetapi atas perikatan-perikatan yang dibuat oleh para guarantor, ahli waris dapat melakukan penolakan waris. Hal ini tentu dapat dihindari dengan melakukan penolakan waris bagi mereka yang menurut hukum dapat menolak warisan, misalnya, mereka yang kepadanya berlaku hukum waris berdasarkan KUHPerdara. Dengan adanya penolakan waris, maka seluruh hak dan tanggung jawab dari pewaris, termasuk yang terbit dari perjanjian garansi, tidak diturunkan kepada para ahli waris.

(v) Kedudukan Kreditor Bersifat Konkuren

Sebagaimana kita ketahui bahwa kedudukan para kreditor itu ada 2 (dua) macam, yaitu (1) kreditor preferen dan (2) kreditor konkuren. Kreditor preferen adalah pihak kreditor yang kepadanya lebih didahulukan haknya dari para kreditor lainnya, misalnya kreditor yang dijamin dengan hak tanggungan. Sementara kreditor konkuren, seperti kreditor terhadap perjanjian garansi ini, mempunyai kedudukan yang sama dengan kreditor-kreditor lainnya (jika ada).

(vi) Guarantor Sebagai Target Kedua

Pada prinsipnya, guarantor merupakan target kedua dari pihak kreditor sendiri. Artinya, pihak kreditor baru dapat menggugat pihak guarantor setelah terlebih dahulu kreditor menggugat pihak debitor, dan setelah harta debitor tidak mencukupi untuk menutupi utang-utangnya. Ketentuan seperti ini kita dapat temukan di dalam Pasal 1831 KUHPerdara. Akan tetapi, ketentuan dalam Pasal 1831 ini bukan hukum memaksa, karena dapat dikesampingkan (*waive*) dalam perjanjian garansi. Kemungkinan menyimpangi ketentuan dalam Pasal 1831 tersebut jelas-jelas diberikan oleh Pasal 1832. Dalam praktik, memang sering sekali ketentuan dalam Pasal 1831 dikesampingkan, dengan menyebutkan secara tegas dalam perjanjian garansi yang bersangkutan. Konsekuensinya, pihak guarantor dapat langsung digugat oleh kreditor, tanpa terlebih dahulu menggugat debitornya.

(vii) Garansi Tidak Bisa Dipersangkakan

Ketentuan bahwa garansi itu tidak bisa dipersangkakan ada dalam Pasal 1824 KUHPerdara. Maksudnya, jika suatu garansi akan dibuat, maka harus dibuat dengan tegas untuk itu. Minimal harus diucapkan secara lisan, karena secara umum, undang-undang tidak mewajibkan perbuatan garansi secara tertulis, kecuali garansi bank, yang menurut ketentuan yang berlaku untuk perbankan harus dibuat secara tertulis.²³

²³ *Ibid.*, hlm.47.

Lebih lanjut, mengenai sifat *accessoir* dari penanggungan, dari beberapa ketentuan undang-undang dapat disimpulkan bahwa penanggungan bersifat *accessoir*, dalam arti senantiasa dikaitkan dengan perjanjian pokok, yang antara lain:

1. Tidak ada penanggungan tanpa adanya perutangan pokok yang sah;
2. Besarnya penanggungan tidak akan melebihi besarnya perutangan pokok;
3. Penanggung berhak mengajukan tangkisan-tangkisan yang bersangkutan dengan perutangan pokok;
4. Beban pembuktian yang tertuju pada si berutang dalam batas-batas tertentu mengikat juga untuk penanggung;
5. Penanggungan pada umumnya akan hapus dengan hapusnya perutangan pokok.

Bahwa teori Penanggung dalam hukum perdata dipakai untuk menganalisis bagaimana seharusnya kedudukan penanggung dalam hal pailitnya debitor yang dijaminnya dalam rangka mewujudkan kepastian hukum untuk pihak *personal guarantee* sendiri. Teori hukum jaminan yang dipakai adalah masalah perjanjian *borghtoct* yang berupa perjanjian ikutan (*accessoir*) yang mengikuti perjanjian utamanya. Teori kepailitan dipakai karena masalah utama yang dianalisis adalah dalam hal terjadi kepailitan. Kepailitan adalah suatu kondisi khusus dimana debitor tidak mampu membayar. Keadaan wanprestasi secara umum berbeda dengan wanprestasi yang melahirkan lembaga kepailitan.

Teori kepastian hukum dipilih sebagai *grand theory* dikarenakan kepastian hukum adalah tujuan yang ingin dicapai dari Disertasi ini. Jika tidak ada kepastian hukum akan kedudukan penanggung, maka tidak akan ada lagi pihak yang bersedia untuk menjadi penanggung dari utang debitor jika mereka mengetahui bahwa menjadi *borghtoct* merupakan posisi yang memiliki risiko tinggi (berbahaya). Teori kepailitan dipilih menjadi *middle ranged theory* dikarenakan masalah kedudukan *personal guarantee* yang tidak begitu jelas terjadi dalam konteks kepailitan debitor. Harus ada pengaturan rigid mengenai bagaimana kedudukan dan penyelesaian harta milik *personal guarantee* jika debitor yang dijaminnya pailit. Selanjutnya, teori penanggungan dipakai sebagai *applied theory* dikarenakan konsep *personal guarantee* sampai kapanpun akan berkedudukan sebagai debitor kedua dari debitor (prinsipal).

F. Metode Penelitian

1. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian dari Disertasi ini adalah pendekatan perundang-undangan/yuridis normatif. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), kecuali penelitian dalam ruang lingkup hukum adat, penelitian hukum dalam level dogmatik hukum atau penelitian untuk keperluan praktik hukum tidak dapat melepaskan diri dari pendekatan perundang-undangan. Penelitian untuk karya akademik pada level teori atau filsafat hukum dapat saja tidak menggunakan pendekatan perundang-undangan yang dijadikan referensi dalam memecahkan isu hukum yang diajukan.

2. Spesifikasi Penelitian

Penelitian dalam Disertasi ini akan berkarakteristik penelitian deksriptif dan preskriptif, dimana menurut Prasetyo Hadi Purwandaka; penelitian preskriptif merupakan penelitian untuk mendapatkan saran-saran dalam mengatasi masalah tertentu. Tidak berbeda halnya dengan penulis buku Pengantar Penelitian Hukum yakni Soerjono Soekanto yang mengatakan bahwa penelitian preskriptif adalah suatu penelitian yang ditujukan untuk mendapatkan saran-saran untuk memecahkan masalah-masalah tertentu.

Memberikan preskripsi mengenai apa yang seharusnya merupakan esensial dari penelitian hukum, karena untuk hal itulah dilakukan penelitian tersebut dilakukan. Baik untuk keperluan praktik hukum, maupun untuk penulisan akademis, preskripsi yang diberikan menentukan nilai penelitian tersebut. Berpegang kepada karakteristik ilmu hukum sebagai ilmu terapan, preskripsi yang diberikan di dalam kegiatan penelitian hukum harus dapat dan mungkin untuk diterapkan. Dengan demikian, preskripsi yang diberikan bukan merupakan sesuatu yang telah diterapkan atau yang sudah ada. Oleh karena itu, yang dihasilkan oleh penelitian hukum sekalipun bukan asas hukum yang baru atau teori baru, paling tidak argumentasi baru. Bertolak dari argumentasi baru itulah memberikan preskripsi, sehingga preskripsi tersebut bukan merupakan suatu fantasi atau angan-angan kosong.²⁴

²⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta, 2012, hlm.251.

3. Sumber Bahan Hukum

Bahan Hukum yang dipakai dalam penelitian ini adalah bahan hukum sekunder dan tersier.

- a. Bahan hukum sekunder yang dipakai adalah buku-buku, karya tulis ilmiah, artikel dalam majalah, jurnal hukum, atau buku ajar perkuliahan;
- b. Bahan hukum tersier yang dipakai adalah disertasi dan kamus.

4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum sekunder di perpustakaan dilakukan dengan memilah-milah literatur hukum yang ada dan mengelompokkannya sesuai dengan objek bahasan dalam penelitian. Pelaksanaan pengumpulan bahan hukum yang dipergunakan dalam kegiatan penelitian diperoleh dengan cara mengumpulkan dari buku kumpulan perundang-undangan, membaca dan mempelajari buku-buku, karangan yang ditulis oleh para ahli di bidangnya, yang berhubungan dengan masalah yang dibahas, dan pengolahan bahan hukum dengan cara menganalisa dan merangkum secara obyektif, lebih banyak, lebih tepat, yang terpusat dan dapat dipertanggungjawabkan.

Di dalam penelitian, pada umumnya dikenal 3 (tiga) jenis alat pengumpulan bahan hukum, yaitu studi dokumen atau bahan pustaka, pengamatan atau observasi, dan wawancara atau *interview*.²⁵ Peneliti memakai alat pengumpulan bahan hukum berupa studi dokumen yang dilakukan melalui penelaahan data tertulis. Untuk mendukung penelitian yuridis normatif ini, maka

²⁵ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2007, hlm. 21.

dapat dilakukan studi lapangan (sebagai pendukung jika diperlukan), yakni untuk mencari bahan hukum primer yang diperoleh melalui metode wawancara. Nantinya, hasil pengumpulan bahan hukum kepustakaan akan dibahas pada objek penelitian peneliti, sementara untuk analisis hasil penelitian akan dibuat dalam bagian tersendiri pada analisis dan pembahasan.

5. Teknik Analisis Bahan Hukum

Teknik analisis bahan hukum yang dipakai adalah teknik normatif interpretatif yaitu penelitian dengan menguraikan kondisi maupun fakta-fakta tentang objek penelitian dikaitkan dengan penggunaan teori-teori hukum yang telah ada. Pertama dilakukan identifikasi masalah. Pada bagian ini, peneliti akan memberikan alasan yang jelas tentang pentingnya masalah, isu atau gejala yang hendak diteliti.

Fakta hukum dianalisis dengan berbagai undang-undang, teori serta doktrin atau pendapat ahli yang bertujuan untuk mencari jawaban atas masalah yang akan dibahas lebih lanjut. Pendekatannya akan bersifat abstrak teoretis, artinya semua bahan hukum disusun kemudian dianalisis berdasarkan kategorisasi masalah atau temuan dengan menggunakan pola pikir konvensional.

6. Lokasi Penelitian

Pengumpulan bahan hukum akan dilakukan di wilayah DKI Jakarta dengan cara analisis literatur (antara lain putusan pengadilan). Penelitian disertasi dilengkapi dengan Daftar Pustaka yang berisi seluruh literatur (baik buku, disertasi, artikel

pada majalah, surat kabar, ataupun sumber di internet) yang diacu pada penulisan

Disertasi.

BAB II

PERJANJIAN SEBAGAI DASAR HUBUNGAN HUKUM

ANTARA DEBITOR DAN KREDITOR DALAM SUATU TRANSAKSI

UTANG PIUTANG DIKAITKAN DENGAN KEPAILITAN

A. Perikatan dan Perjanjian

Hukum perikatan adalah suatu hubungan hukum dalam lapangan harta kekayaan antara dua orang atau lebih di mana pihak yang satu berhak atas sesuatu dan pihak lain berkewajiban atas sesuatu. Hubungan hukum dalam harta kekayaan ini merupakan suatu akibat hukum, akibat hukum dari suatu perjanjian atau peristiwa hukum lain yang menimbulkan perikatan. Dari rumusan ini dapat diketahui bahwa perikatan itu terdapat dalam bidang hukum harta kekayaan (*law of property*), juga terdapat dalam bidang hukum keluarga (*family law*), dalam bidang hukum waris (*law of succession*) serta dalam bidang hukum pribadi (*personal law*).²⁶

Menurut ilmu pengetahuan Hukum Perdata, pengertian perikatan adalah suatu hubungan dalam lapangan harta kekayaan antara dua orang atau lebih dimana pihak yang satu berhak atas sesuatu dan pihak lain berkewajiban atas sesuatu. Beberapa sarjana juga telah memberikan pengertian mengenai perikatan. Pitlo memberikan pengertian perikatan yaitu suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditor) dan pihak lain berkewajiban (debitor) atas suatu prestasi.

²⁶ Anggita Isty Intansari, *Buku Pembelajaran Contract Drafting*, Myria Publisher, Ponorogo, 2019, hlm.9.

Di dalam perikatan ada perikatan untuk berbuat sesuatu dan untuk tidak berbuat sesuatu. Yang dimaksud dengan perikatan untuk berbuat sesuatu adalah melakukan perbuatan yang sifatnya positif, halal, tidak melanggar undang-undang dan sesuai dengan perjanjian. Sedangkan perikatan untuk tidak berbuat sesuatu yaitu untuk tidak melakukan perbuatan tertentu yang telah disepakati dalam perjanjian. Contohnya; perjanjian untuk tidak mendirikan bangunan yang sangat tinggi sehingga menutupi sinar matahari atau sebuah perjanjian agar memotong rambut tidak sampai botak

Dari rumus di atas kita lihat bahwa unsur-unsur perikatan ada 4 (empat) yaitu: Hubungan hukum, Kekayaan, Pihak-pihak, dan Prestasi. Apakah maksudnya? Maksudnya ialah terhadap hubungan-hubungan yang terjadi dalam lalu lintas masyarakat, hukum melekatkan “hak” pada satu pihak, dan melekatkan “kewajiban” pada pihak lainnya. Apabila satu pihak tidak mengindahkan ataupun melanggar hubungan tadi, lalu hukum memaksakan supaya hubungan tersebut dipenuhi ataupun dipulihkan kembali. Misalnya: A berjanji menjual sepeda kepada B. Akibat dari janji itu, A wajib menyerahkan sepeda miliknya kepada B dan berhak menuntut harganya, sedangkan B wajib menyerahkan harga sepeda itu dan berhak untuk menuntut penyerahan sepeda.²⁷

Apabila salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya maka hukum “memaksakan” agar kewajiban-kewajiban tadi dipenuhi. Seterusnya kita melihat pula bahwa tidak semua hubungan hukum dapat disebutkan perikatan. Suatu janji untuk bersama-sama pergi piknik, tidak melahirkan perikatan, sebab janji tadi

²⁷ Jurnal Yustisia Fakultas Hukum Universitas Madura, Volume 12, Nomor 1, Madura, 2011, hlm.15.

tidak mempunyai arti hukum. Janji demikian termasuk dalam lapangan moral, dimana tidak dipenuhinya prestasi akan menimbulkan “reaksi” dari dan oleh anggota-anggota masyarakat lainnya. Jadi pelaksanaannya bersifat otonom dan sosiologis’. Untuk menilai sesuatu hubungan hukum perikatan atau bukan, maka hukum mempunyai ukuran-ukuran (kriteria) tertentu. Yang dimaksudkan dengan kriteria perikatan itu adalah ukuran-ukuran yang dipergunakan terhadap sesuatu hubungan hukum sehingga hubungan hukum itu dapat disebutkan suatu perikatan.

Pengertian perjanjian adalah sebagai suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal atau tidak melakukan sesuatu hal sedang pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu.²⁸ Subekti berpendapat bahwa pada intinya yang dimaksud perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.²⁹ Sedangkan pengertian perikatan sebagai suatu hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan tersebut.³⁰

Menurut Van Dunne, perjanjian adalah suatu hubungan hukum antara 2 (dua) pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum.³¹ Menurut Abdul Kadir Muhammad, pengertian perikatan adalah suatu

²⁸ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, CV. Mandar Maju, Jakarta, 2011, hlm.4.

²⁹ Subekti, *Hukum Perjanjian Cet. ke-7*, PT Intermedia, Jakarta, 1990, hlm.1.

³⁰ *Ibid*, hlm.1.

³¹ Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (KUHPerdata)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm.161.

hubungan hukum yang terjadi antara orang yang satu dengan orang yang lain karena perbuatan peristiwa atau keadaan.³² Yang mana perikatan terdapat dalam bidang hukum harta kekayaan; dalam bidang hukum keluarga; dalam bidang hukum pribadi. Perikatan yang meliputi beberapa bidang hukum ini disebut perikatan dalam arti luas.

Menurut ilmu pengetahuan Hukum Perdata, pengertian perikatan adalah suatu hubungan dalam lapangan harta kekayaan antara 2 (dua) orang atau lebih dimana pihak yang satu berhak atas sesuatu dan pihak lain berkewajiban atas sesuatu.³³ Menurut Pitlo, pengertian perikatan yaitu suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditor) dan pihak lain berkewajiban (debitor) atas suatu prestasi.³⁴ Dan, perjanjian merupakan suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji atau kesanggupan oleh para pihak, baik secara lisan maupun secara tertulis untuk melakukan sesuatu atau menimbulkan akibat hukum.

1. Sumber Hukum Perikatan

Titel II (dari buku III KUHPerdata) memuat ajaran umum dari perjanjian. Sedangkan judul V sampai dengan XVIII dibentangkan dengan perjanjian-perjanjian khusus. Pasal 1313 menyatakan mengenai perjanjian, namun kurang

³² Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 2004, hlm.6.

³³ Budi Pratikno, Hukum Perikatan dan Perjanjian, <http://budipratiko9.blogspot.com/2015/04/hukum-perikatan-hukum-perjanjian-dan.html>, [diakses pada tanggal 15/05/2019, pk. 15.00]

³⁴ Budi Pratikno, Hukum Perikatan dan Perjanjian, <http://budipratiko9.blogspot.com/2015/04/hukum-perikatan-hukum-perjanjian-dan.html>, [diakses pada tanggal 15/05/2019, pk. 15.10]

lengkap. Yang dikatakan itu hanya mengenai perjanjian sepihak saja dan yang termasuk kata “perbuatan” juga tindakan-tindakan seperti *zaakwarneming*, *onrechtmatige daad*, dan sebagainya, yang menimbulkan perutangan karena undang-undang; kecuali jikalau kata tadi diartikan sebagai perbuatan hukum. Lebih lengkap terutama mengenai persetujuan kehendak, ialah pasal 1320 KUHPerdota, yang tentang itu hendaknya dibandingkan.³⁵

Sumber-sumber hukum perikatan yang ada di Indonesia adalah perjanjian dan undang-undang, dan sumber dari undang-undang dapat dibagi lagi menjadi undang-undang murni dan perbuatan manusia. Sumber undang-undang dan perbuatan manusia dibagi lagi menjadi perbuatan yang menurut hukum dan perbuatan yang melawan hukum. Dasar hukum perikatan berdasarkan KUHPerdota terdapat 3 (tiga) sumber adalah sebagai berikut:

- a. Perikatan yang timbul dari persetujuan (perjanjian).
- b. Perikatan yang timbul dari undang-undang.
- c. Perikatan yang terjadi bukan karena perjanjian, tetapi terjadi karena perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) dan perwakilan sukarela (*zaakwaarneming*).

Sumber perikatan berdasarkan Undang-Undang :

- a. Perikatan (Pasal 1233 KUHPerdota): Perikatan, lahir karena suatu persetujuan atau karena undang-undang. Perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu.

³⁵ Sri Soedewi Maschjoen Sofwan, *Hukum Perdata Hukum Perutangan*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 1980, hlm 1-2.

- b. Persetujuan (Pasal 1313 KUHPerdara): Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih.
- c. Undang-undang (Pasal 1352 KUHPerdara): Perikatan yang lahir karena undang-undang timbul dari undang-undang atau dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang.

2. Asas-asas Hukum Perikatan

Asas-asas yang dikenal dalam hukum perikatan adalah sebagai berikut:³⁶

a. Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme dapat disimpulkan dari Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan 4 (empat) syarat, yaitu: (1) sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; (2) kecakapan untuk membuat suatu perjanjian; (3) suatu hal tertentu; (4) suatu sebab yang halal. Pengertian kesepakatan dilukiskan dengan sebagai pernyataan kehendak bebas yang disetujui antara pihak-pihak.

Asas konsensualisme adalah bahwa suatu perikatan itu terjadi (ada) sejak saat tercapainya kata sepakat antara para pihak. Dengan kata lain, perjanjian itu sudah sah apabila sudah sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah diperlukan suatu formalitas.

Asas konsensualisme merupakan “roh” dari suatu perjanjian. Hal ini tersimpul dari kesepakatan para pihak, namun demikian pada situasi tertentu

³⁶ Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional*, Kencana, Jakarta, 2018, hlm. 229.

terdapat perjanjian yang tidak mewujudkan kesepakatan yang sesungguhnya. Hal ini disebabkan adanya kecacatan kehendak (*wilsgebreke*) yang mempengaruhi timbulnya perjanjian. Dalam KUHPerdara cacat kehendak meliputi 3 (tiga) hal, yaitu: kesesatan atau *dwaling*, penipuan atau *bedrog*, dan paksaan atau *dwang*.

a. Asas Pacta Sunt Servanda

Asas pacta sunt servanda berkaitan dengan akibat suatu perjanjian. Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang menyatakan “*Perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang....*” Artinya adalah para pihak harus menghormati perjanjian dan melaksanakannya karena perjanjian itu merupakan kehendak bebas para pihak. Asas Pacta Sunt Servanda berhubungan dengan akibat dari perjanjian, yaitu asas yang berhubungan dengan mengikatnya suatu perjanjian. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

b. Asas Kebebasan Berkontrak

Pasal 1338 KUHPerdara yang menyatakan bahwa “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Ketentuan tersebut memberikan kebebasan para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; mengadakan perjanjian dengan siapapun; menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya; menentukan bentuk perjanjian, yaitu tertulis atau lisan. Asas Kebebasan

Berkontrak adalah salah satu asas yang sangat penting dalam hukum perjanjian. Kebebasan ini merupakan perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia. Salim HS menyatakan, bahwa asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian, mengadakan perjanjian dengan siapapun, menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya, menentukan bentuknya perjanjian, yaitu tertulis atau lisan. Sedangkan, Abdulkadir Muhammad berpendapat, kebebasan berkontrak dibatasi dalam:³⁷

- 1) Tidak dilarang oleh undang-undang;
- 2) Tidak bertentangan dengan kesusilaan;
- 3) Tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

"Sepakat mereka yang mengikatkan diri" adalah asas esensial dari Hukum Perjanjian. Asas ini dinamakan juga asas otonomi "konsensualisme", yang menentukan "ada" nya (*raison d'etre, het bestaanwaarde*) perjanjian. Di dalam Hukum Inggris, asas ini dikenal juga, sebagai "*A promise more than a mere statement of intention for it imports a willingness on the part of the promiser to be bound to the person to whom it is made*".³⁸

Dengan demikian, kita melihat bahwa asas kebebasan ini tidak hanya milik KUHPerdara, akan tetapi bersifat universal. Asas konsensualisme yang terdapat di dalam Pasal 1320 KUHPerdara mengandung arti "kemauan" (*will*) para pihak untuk saling berpartisipasi, ada kemauan untuk saling mengikatkan diri. Kemauan ini membangkitkan kepercayaan (*vertrouwen*) bahwa perjanjian itu

³⁷ *Ibid.*, hlm 230.

³⁸ *Ibid.*, hlm.230.

dipenuhi. Eggen mengatakan bahwa asas kepercayaan ini merupakan nilai etis yang bersumber pada moral. Manusia terhormat akan memelihara janjinya, Grotius, mencari dasar konsensus itu dalam Hukum Kodrat. Ia mengatakan, bahwa "pacta sunt servanda" (janji itu mengikat). Seterusnya ia menyatakan lagi, "*promissorum implendorum obligatio*" (kita harus memenuhi janji kita). Falsafah ini tergambar juga dalam sebuah pantun Melayu yang mengatakan "Kerbau dipegang talinya, manusia dipegang janjinya."

Asas konsensualisme ini mempunyai hubungan yang erat dengan asas kebebasan berkontrak (*contractvrijheid*) dan asas kekuatan mengikat yang terdapat di dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara. Ketentuan ini berbunyi "Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya." Kata "semua" mengandung arti meliputi seluruh perjanjian, baik yang namanya dikenal maupun yang tidak dikenal oleh Undang-undang. Asas kebebasan berkontrak (*contractvrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu kebebasan menentukan "apa" dan dengan "siapa" perjanjian itu diadakan. Perjanjian yang diperbuat sesuai dengan Pasal 1320 KUHPerdara ini mempunyai kekuatan mengikat.

Kebebasan berkontrak adalah salah satu asas yang sangat penting di dalam Hukum Perjanjian. Kebebasan ini adalah perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia. Kebebasan berkontrak ini berlatar belakang pada faham individualisme yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, diteruskan oleh kaum Epicuristen dan berkembang pesat dalam zaman renaissance melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Groot, Thomas Hobbes, John Locke dan

Rousseau. Puncak perkembangannya tercapai dalam periode setelah revolusi Perancis.³⁹

Menurut faham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendaknya. Di dalam Hukum Perjanjian filsafah ini diwujudkan dalam "kebebasan berkontrak". Teori "*laissez fair*" ini menganggap bahwa "*the invisible hand*" akan menjamin kelangsungan jalannya persaingan bebas. Dan karena itu Pemerintah sama sekali tidak boleh mengadakan intervensi di dalam kehidupan (sosial ekonomi) masyarakat. Faham individualisme memberikan peluang luas kepada golongan kuat (ekonomi) untuk menguasai golongan yang lemah (ekonomi). Pihak yang kuat menentukan kedudukan pihak yang lemah. Pihak yang lemah berada dalam cengkeraman pihak yang kuat, diungkapkan dalam adagium "*exploitation de l'home par l'homme*".⁴⁰

Pada akhir abad XIX, akibat desakan faham-faham etis dan sosialis, faham individualisme mulai pudar, terlebih-lebih sejak berakhirnya perang dunia kedua. Faham ini dinilai tidak mencerminkan keadilan. Masyarakat ingin pihak yang lemah lebih banyak mendapat perlindungan. Oleh karena itu, kehendak bebas tidak lagi diberi arti mutlak, akan tetapi diberi arti relatif, dikaitkan selalu dengan kepentingan umum.⁴¹

Pengaturan isi perjanjian tidak semata-mata dibiarkan kepada para pihak, akan tetapi perlu diawasi. Pemerintah sebagai pengemban kepentingan umum menjaga keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat.

³⁹ Salim H.S, *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika Jakarta 2003, hlm.9.

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 11.

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 11.

Melalui penerobosan Hukum Perjanjian oleh Pemerintah terjadi penggeseran Hukum Perjanjian ke bidang Hukum Publik. Melalui campur tangan Pemerintah ini terjadi pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) Hukum Perjanjian.

Walaupun di Barat, telah terjadi pergeseran Hukum Perdata pada umumnya, Hukum Perjanjian pada khususnya, dunia Barat tetap berada dalam sistem individualisme. Yang merupakan unsur primair di dalam masyarakat adalah kepentingan individu. Setelah proklamasi kemerdekaan Indonesia, merupakan pertanyaan apakah kebebasan berkontrak tetap dipertahankan sebagai asas esensial di dalam Hukum Perjanjian Nasional yang akan datang. Ada faham yang tidak setuju kebebasan berkontrak ini diletakkan sebagai asas utama Hukum Perjanjian. Di dalam hukum perjanjian nasional, asas kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab, yang mampu memelihara keseimbangan ini tetap perlu dipertahankan, yaitu "pengembangan kepribadian" untuk mencapai kesejahteraan dan kebahagiaan hidup lahir dan batin yang serasi, selaras dan seimbang dengan kepentingan masyarakat. Di dalam perkembangannya asas kebebasan berkontrak ini semakin sempit dilihat dari beberapa segi yaitu dari segi kepentingan umum, dari segi perjanjian baku (standard), dan dari segi perjanjian dengan Pemerintah.

Selanjutnya, selain daripada asas-asas umum dikenal pula, asas-asas hukum dagang internasional (*International Business Contract*), yaitu sebagai berikut:

a. Kebebasan berkontrak

Para pihak bebas untuk mengadakan suatu perjanjian dan untuk menentukan isinya.

b. Bentuk perjanjian

Perjanjian tidak harus tertulis. Perjanjian dapat dinyatakan/dibuktikan dengan cara apapun termasuk adanya saksi-saksi.

c. Kekuatan mengikat perjanjian

Perjanjian yang diadakan secara sah mengikat para pihak tersebut. Perjanjian dapat diubah sesuai dengan persyaratan yang terdapat di dalam perjanjian tersebut.

d. Peraturan yang bersifat wajib

Ketentuan yang bersifat wajib baik yang bersifat nasional, internasional atau supranasional, tidak dibatasi berlakunya.

e. Penafsiran

- 1) Dalam menafsirkan asas-asas ini, harus diperhatikan sifat internasional dan tujuannya, termasuk kebutuhan untuk meningkatkan keseragaman dalam memperlakukannya;
- 2) Masalah-masalah yang termasuk dalam lingkup asas-asas ini, namun yang tidak secara jelas ditentukan dalam asas-asas ini, akan sejauh mungkin ditetapkan sesuai dengan asas-asas umum yang mendasarinya. Jika ketentuan ini ditafsirkan, maka harus dipertimbangkan apa yang menjadi tujuan dan sifat internasional perjanjian tersebut.

f. Pemberitahuan

Suatu pemberitahuan dapat diberikan dengan cara apapun sesuai dengan keadaan. Pemberitahuan dianggap efektif apabila dapat mencapai pihak tersebut.

h. Itikad baik dan kejujuran

Masing-masing pihak harus bertindak sesuai dengan itikad dan kejujuran dalam perdagangan internasional.

i. Kebebasan dan praktek

Para pihak akan terikat oleh kebiasaan yang telah mereka sepakati dan oleh praktek manapun yang telah mereka tetapkan antar mereka. Para pihak akan terikat dengan suatu kebiasaan yang telah diketahui secara luas dan secara teratur dipatuhi dalam perdagangan internasional oleh para pihak dalam perdagangan tertentu yang bersangkutan, kecuali dimana penerapan dari kebiasaan tersebut tidak masuk akal.

g. Penarikan kembali penawaran

Suatu penawaran akan dianggap efektif bilamana telah mencapai *offere* (penerimaan penawaran). Suatu penawaran dapat ditarik kembali apabila penarikan itu sampai kepada penerima penawaran dan sebelum penerimaannya itu dinyatakan oleh penerima penawaran.

j. Kewajiban atas kerahasiaan

Apabila informasi diberikan secara rahasia oleh suatu pihak, dalam melangsungkan suatu perundingan, maka pihak lainnya akan berkewajiban untuk tidak mengungkapkan informasi tersebut atau menggunakannya secara tidak semestinya bagi kepentingannya sendiri.

k. Perdagangan perjanjian menurut persyaratan baku

Apabila salah satu atau kedua belah pihak menggunakan suatu persyaratan baku/*standard* dalam mengadakan suatu perjanjian, maka aturan umum mengenai Hukum Perjanjian akan berlaku.

l. Benturan kepentingan diantara persyaratan baku dan non-baku

Dalam hal terdapat suatu benturan kepentingan antara persyaratan *standard* dan persyaratan bukan *standard* maka yang akan berlaku adalah persyaratan bukan standar.

m. Pemberitahuan pembatalan

Hak suatu pihak untuk membatalkan perjanjian tersebut akan dilaksanakan dengan memberikan pemberitahuan kepada pihak lainnya.

n. Batas waktu

Pemberitahuan pembatalan harus diberikan dalam jangka waktu yang layak, dengan mempertimbangkan keadaan pada saat itu setelah pihak yang

membatalkan tersebut mengetahui atau menyadari fakta-fakta yang relevan atau menjadi mampu untuk bertindak secara bebas.

3. Perikatan

Dalam KUHPerdota tidak diatur secara khusus apa yang dimaksud berakhirnya perikatan, tetapi yang diatur dalam Bab IV buku III KUHPerdota hanya hapusnya perikatan. Pasal 1381 KUHPerdota secara tegas menyebutkan sepuluh cara hapusnya perikatan. Cara-cara tersebut adalah dengan cara pembayaran, penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan (*konsignasi*), pembaharuan utang (*novasi*), perjumpaan utang atau *kompensasi*, percampuran utang (*konfusio*), pembebasan utang, musnahnya barang terutang, batal/pembatalan, berlakunya suatu syarat batal, dan lewatnya waktu (*daluwarsa*).

Terkait dengan Pasal 1231 KUHPerdota, perikatan ada yang lahir karena undang-undang dan perikatan yang lahir karena perjanjian. Maka berakhirnya perikatan juga demikian. Ada perikatan yang berakhir karena perjanjian seperti pembayaran, novasi, kompensasi, percampuran utang, pembebasan utang, pembatalan dan berlakunya suatu syarat batal. Sedangkan berakhirnya perikatan karena undang-undang diantaranya; konsignasi, musnahnya barang terutang dan daluwarsa.

Agar berakhirnya perikatan tersebut dapat terurai jelas maka perlu dikemukakan beberapa *item* yang penting, perihal defenisi dan ketentuan-

ketentuan yang mengaturnya sehingga suatu perikatan/kontrak dikatakan berakhir.⁴²

a. Pembayaran

Berakhirnya kontrak karena pembayaran dijabarkan lebih lanjut dalam Pasal 1382 KUHPerdara sampai dengan Pasal 1403 KUHPerdara. Pengertian pembayaran dapat ditinjau secara sempit dan secara yuridis teknis.

Pembayaran dalam arti sempit adalah pelunasan utang oleh debitor kepada kreditor, pembayaran seperti ini dilakukan dalam bentuk uang atau barang. Sedangkan pengertian pembayaran dalam arti yuridis tidak hanya dalam bentuk uang, tetapi juga dalam bentuk jasa seperti jasa dokter, tukang bedah, jasa tukang cukur atau guru privat. Suatu masalah yang sering muncul dalam pembayaran adalah masalah subrogasi. Subrogasi adalah penggantian hak-hak si berpiutang (kreditor) oleh seorang ketiga yang membayar kepada si berpiutang itu. Setelah utang dibayar, muncul seorang kreditor yang baru menggantikan kreditor yang lama. Jadi utang tersebut hapus karena pembayaran tadi, tetapi pada detik itu juga hidup lagi dengan orang ketiga tersebut sebagai pengganti dari kreditor yang lama.

b. Konsignasi

Konsignasi terjadi apabila seorang kreditor menolak pembayaran yang dilakukan oleh debitor, debitor dapat melakukan penawaran pembayaran tunai

⁴² J Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Undang-Undang* (cetakan pertama, Bagian Kedua, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1994, hlm.125.

atas utangnya, dan jika kreditor masih menolak, debitor dapat menitipkan uang atau barangnya di pengadilan.

c. Novasi

Novasi diatur dalam Pasal 1413 KUHPerduta sampai dengan 1424 KUHPerduta. Novasi adalah sebuah persetujuan, dimana suatu perikatan telah dibatalkan dan sekaligus suatu perikatan lain harus dihidupkan, yang ditempatkan di tempat yang asli. Ada 3 (tiga) macam jalan untuk melaksanakan suatu novasi atau pembaharuan utang yakni: Apabila seorang yang berutang membuat suatu perikatan utang baru guna orang yang mengutangkannya, yang menggantikan utang yang lama yang dihapuskan karenanya. Novasi ini disebut novasi objektif. Apabila seorang berhutang baru ditunjuk untuk menggantikan orang berhutang lama, yang oleh si berpiutang dibebaskan dari perikatannya (ini dinamakan novasi subjektif pasif). Apabila sebagai akibat suatu perjanjian baru, seorang kreditor baru ditunjuk untuk menggantikan kreditor lama, terhadap siapa si berutang dibebaskan dari perikatannya (novasi subjektif aktif).

d. Kompensasi

Kompensasi atau perjumpaan utang diatur dalam Pasal 1425 sampai dengan Pasal 1435 KUHPerduta. Yang dimaksud dengan kompensasi adalah penghapusan masing-masing utang dengan jalan saling memperhitungkan utang yang sudah dapat ditagih antara kreditor dan debitor (*vide*: Pasal 1425 KUHPerduta).

e. Konfusio

Konfusio atau percampuran utang diatur dalam Pasal 1436 KUHPerdara sampai dengan Pasal 1437 KUHPerdara. Konfusio adalah percampuran kedudukan sebagai orang yang berutang dengan kedudukan sebagai kreditor menjadi satu (*vide*: Pasal 1436 KUHPerdara). Misalnya si debitor dalam suatu *testamen* ditunjuk sebagai waris tunggal oleh kreditornya, atau si debitor kawin dengan kreditornya dalam suatu persatuan harta kawin. Suatu kontrak harus berisi nama dan tanda tangan pihak-pihak yang membuat kontrak, subjek dan jangka waktu kontrak, lingkup kontrak, dasar-dasar pelaksanaan kontrak, kewajiban dan tanggung jawab, dan pembatalan kontrak.

4. Syarat sahnya Perjanjian

Syarat-syarat untuk sahnya perjanjian dapat ditemukan dalam Pasal 1320 KUHPerdara. Ada 4 (empat) syarat yang tergambar dalam KUHPerdara, dimana kedua syarat pertama yaitu sepakat dan cakap dalam melakukan perbuatan hukum dinamakan syarat subjektif karena kedua syarat tersebut mengenai subjek perjanjian. Sedangkan kedua syarat selanjutnya yaitu mengenai hal tertentu dan ata suatu sebab yang halal disebut sebagai syarat objektif, karena mengenai objek dari perjanjian. Dengan diperlakukannya kata sepakat mengadakan perjanjian, maka berarti bahwa kedua pihak haruslah mempunyai kebebasan kehendak. Para

pihak tidak mendapat sesuatu tekanan yang mengakibatkan adanya "cacat" bagi perwujudan kehendak tersebut.

Pengertian sepakat dilukiskan sebagai pernyataan kehendak yang disetujui (*overeenstemende wilsverklaring*) antara pihak-pihak. Pernyataan pihak yang menawarkan dinamakan tawaran (*offerte*). Pernyataan pihak yang menerima tawaran dinamakan akseptasi (*acceptatie*). Selalu dipertanyakan saat-saat terjadinya perjanjian antara pihak. Mengenai hal ini ada beberapa ajaran yaitu:⁴³

- a. Teori kehendak (*wilstheorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak pihak penerima dinyatakan, misalnya dengan menuliskan surat;
- b. Teori pengiriman (*verzendentheorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran;
- c. Teori pengetahuan (*vernemingstheorie*) mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima.
- d. Teori kepercayaan (*vertrouwenstheorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan itu terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan.

Sehubungan dengan syarat kesepakatan mereka yang mengikatkan diri, dalam KUHPerdara dicantumkan beberapa hal yang merupakan faktor yang dapat menimbulkan cacat pada kesepakatan tersebut. Dilihat dari syarat-syarat sahnya perjanjian ini, maka Asser membedakan bagian perjanjian, yaitu bagian inti

⁴³ Samuel M.P Hutabarat, *Penawaran dan Penerimaan Dalam Hukum Perjanjian*, Grasindo, Jakarta, 2004, hlm.36.

(*wezenlijk oordeel*) dan bagian yang bukan inti (*non wezenlijk oordeel*). Bagian inti disebutkan esensialia, bagian non inti terdiri dari *naturalia* dan *aksidentalialia*.

Bahwa arti dari esensialia adalah bagian ini merupakan sifat yang harus ada di dalam perjanjian, sifat yang menentukan atau menyebabkan perjanjian itu tercipta (*constructieve oordeel*). Seperti persetujuan antara para pihak dan objek perjanjian. Sedangkan arti dari *naturalia* adalah bagian merupakan sifat bawaan (*natuur*) perjanjian sehingga secara diam-diam melekat pada perjanjian, seperti menjamin tidak ada cacat dalam benda yang dijual (*vrijwaring*). *Aksidentalialia*, merupakan bagian yang merupakan sifat yang melekat pada perjanjian dalam hal secara tegas diperjanjikan oleh para pihak, seperti ketentuan-ketentuan mengenai domisili para pihak.

Bagian pertama yang perlu diketahui dan dipahami dari sebuah perjanjian adalah mengenai syarat-syarat sahnya, pembatalan, dan batal demi hukumnya perjanjian. Mengenai syarat-syarat sahnya perjanjian, Pasal 1320 KUHPerdara mengatur 4 (empat) syarat, yaitu:⁴⁴

a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

Dengan sepakat atau juga dinamakan persetujuan dimaksudkan bahwa kedua subjek yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat atau setuju mengenai substansi perjanjian. Apa yang harus dikehendaki oleh salah satu pihak, juga dikehendaki pihak yang lain, begitu pula sebaliknya. Dalam perkreditan, pihak kreditor setuju memberikan pinjaman kepada debitor dengan imbalan

⁴⁴ Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermedia, Jakarta, hlm.68.

bunga, sebaliknya pihak debitor setuju melunasi pinjaman berikut bunganya secara tepat waktu.

Sepakat untuk mengikatkan diri sepakat maksudnya adalah bahwa para pihak yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat, setuju mengenai segala sesuatu yang diperjanjikan. Kata sepakat ini harus diberikan secara bebas, artinya tidak ada pengaruh di pihak ketiga dan tidak ada gangguan.

b. Cakap untuk membuat suatu perjanjian

Subjek yang membuat suatu perjanjian harus cakap menurut hukum. Pada dasarnya, setiap orang yang sudah dinyatakan dewasa dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum. Pasal 1330 KUHPerdara menegaskan antara lain bahwa orang-orang yang belum dewasa dan ditaruh di bawah pengampunan dinyatakan tidak cakap untuk membuat dan menandatangani perjanjian. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian berarti mempunyai wewenang untuk membuat perjanjian atau mengadakan hubungan hukum. Pada dasarnya setiap orang yang sudah dewasa dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum.

Dalam perkreditan, ada beberapa hal yang perlu dicermati untuk menentukan kecakapan pihak debitor dalam menandatangani perjanjian yaitu:⁴⁵

1) Mengenai usia dewasa

Tidak ada keseragaman pengaturan batasan atau kriteria dewasa dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. KUHPerdara menetapkan batas usia dewasa adalah 21 (dua puluh satu) tahun, Undang-undang Kepolisian dan Undang-undang

⁴⁵ *Ibid.*,

Tentara Nasional Indonesia menetapkan batas usia dewasa adalah 18 (delapan belas) tahun, Undang-undang Pemilihan Umum menetapkan batas usia dewasa adalah 17 (tujuh belas) tahun atau sudah pernah menikah, Undang-undang Perlindungan Anak menetapkan batas usia dewasa adalah 18 (delapan belas) tahun, dan seterusnya. Batasan usia ini menjadi penting agar dikemudian hari, tidak ada pihak lain yang memperlakukan kedewasaan pihak yang mengadakan perjanjian dengan kreditor. Untuk itu bilamana kreditor akan membuat perjanjian kredit dengan debitor perorangan yang masih berusia di bawah dua puluh satu tahun, langkah yang paling aman adalah dengan meminta persetujuan tertulis dari orang tua debitor atau pihak orang tua ikut menandatangani perjanjian kredit. Dalil ini merujuk kepada KUHPerdara, yang menetapkan batas usia dewasa adalah 21 (dua puluh satu) tahun.

2) Mengenai kewenangan mewakili badan usaha

Untuk badan usaha seperti perseroan terbatas, perusahaan perseroan, koperasi, ataupun perusahaan daerah, yang dalam membuat dan menandatangani perjanjian diwakili oleh pengurusnya, harus dengan teliti dicek anggaran dasarnya terkait kecakapan atau wewenang pengurus mewakili badan usaha dalam membuat dan menandatangani perjanjian berikut persetujuan-persetujuan yang diperlukan pengurus tersebut dalam bertindak untuk dan atas nama badan usaha.

3) *Spouse consent*/persetujuan pasangan

Kewajiban pihak suami atau isteri yang tercatat menikah secara sah sesuai hukum Indonesia untuk meminta persetujuan pasangannya sebelum menandatangani perjanjian yang berdampak terhadap harta kekayaan pasangan tersebut, seperti perjanjian kredit atau pinjaman harta kekayaan, didasari ketentuan dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pihak suami atau isteri terbebas dari kewajiban ini jika sebelum mereka menikah, telah menandatangani perjanjian pisah harta.

c. Mengenai suatu hal tertentu

Syarat ketiga sahnya perjanjian menyebutkan bahwa suatu perjanjian harus mengenai hal tertentu, artinya apa yang diperjanjikan, serta hak dan kewajiban kedua belah pihak. Terkait dengan perjanjian kredit, harus disebutkan dengan jelas, antara lain besarnya pinjaman yang didapat debitor, tujuan kredit, jangka waktu pengembalian kredit, besarnya bunga dan biaya yang dibebankan, tata cara pencairan kredit, tata cara pembayaran pokok kredit dan bunga, hal-hal yang boleh dan tidak boleh dilakukan debitor, jaminan, kondisi lalai, dan lain-lain.

Suatu hal tertentu merupakan pokok perjanjian. Syarat ini diperlukan untuk dapat menentukan kewajiban debitor jika terjadi perselisihan. Pasal 1338 KUHPerdara menyatakan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai sebagai suatu pokok yang paling sedikit ditetapkan jenisnya.

d. Suatu sebab yang halal

Syarat keempat sahnya perjanjian adalah adanya suatu sebab yang halal. Dengan sebab ini dimaksudkan tiada lain bahwa isi atau substansi perjanjian tidak boleh bertentangan dengan perundang-undangan, kesusilaan, dan ketertiban umum. Sebab ialah tujuan antara dua belah pihak yang mempunyai maksud untuk mencapainya. Menurut Pasal 1337 KUHPerdara, sebab yang tidak halal ialah jika ia dilarang oleh Undang-Undang, bertentangan dengan tata susila atau ketertiban. Menurut Pasal 1335 KUHPerdara, perjanjian tanpa sebab yang palsu atau dilarang tidak mempunyai kekuatan atau batal demi hukum.

Dua syarat pertama di atas digolongkan sebagai syarat subjektif mengenai subjek yang mengadakan perjanjian, sedangkan dua syarat yang terakhir digolongkan syarat objektif karena mengenai perjanjian itu sendiri. Jika syarat subjektif tidak terpenuhi, salah satu pihak mempunyai hak untuk meminta supaya perjanjian dibatalkan. Pihak yang dapat meminta pembatalan ini adalah pihak yang mengklaim pihaknya tidak cakap, atau pihak yang mengklaim dalam memberikan kesepakatan tidak dalam kondisi bebas, dalam perkreditan adalah dari pihak debitor. Misalkan, orang tua debitor yang mengklaim debitor belum dewasa, suami atau isteri debitor tidak meminta persetujuan, atau anggota dewan komisaris debitor yang mendalilkan bahwa direksi debitor yang tidak meminta persetujuan secara sah dari Dewan Komisaris untuk mendapatkan kredit. Pembatalan ini tidak dapat dilakukan sepihak tanpa persetujuan pihak yang lain. Jika salah satu pihak tidak setuju, proses pembatalan harus diajukan ke pengadilan terlebih dahulu untuk mendapatkan keputusan atau penetapan hakim, sekalipun dalam perjanjian tersebut telah disebutkan bahwa pembatalan perjanjian para

pihak sepakat mengesampingkan ketentuan Pasal 1266 KUHPerdota. Selama belum ada putusan atau penetapan pembatalan, maka perjanjian tetap berlaku sah dan mengikat bagi para pihak. Maksud pihak yang membuat kesepakatan harus dalam kondisi bebas adalah tidak adanya paksaan, kekhilafan, dan/atau penipuan dalam pencapaian kesepakatan.⁴⁶

5. Lahirnya Perjanjian

Persoalan kapan lahirnya perjanjian juga sangat penting untuk diketahui dan ditetapkannya, berhubung ada kalanya terjadi perubahan dalam peraturan perundang-undangan yang mempunyai pengaruh terhadap pelaksanaan perjanjian, beralihnya risiko dalam perjanjian, tempat lahirnya perjanjian dan ditutupnya perjanjian dan sebagainya. Ada 4 (empat) teori terjadinya kesepakatan, yaitu⁴⁷:

a. Teori Ucapan (*uitingstheorie*)

Menurut teori ini, Kesepakatan (*toesteming*) terjadi pada saat pihak yang menerima penawaran menyatakan bahwa ia menerima penawaran. Jadi, dilihat dari pihak yang menerima, yaitu pada saat menjatuhkan pulpen untuk menyatakan menerima, kesepakatan sudah terjadi. Kelemahan teori ini adalah sangat teoritis karena menganggap terjadinya kesepakatan secara otomatis.

b. Teori Pengiriman (*verzendingstheorie*)

Menurut teori ini, kesepakatan terjadi apabila pihak yang menerima penawaran mengirimkan telegram. Bisa saja, walaupun sudah dikirim, tidak diketahui oleh

⁴⁶ Subekti, *Hukum Perjanjian*, *op.cit.*, hlm. 29-30.

⁴⁷ R. Joni Bambang, *Hukum Ketenagakerjaan*, Pustaka Setia, Bandung, 2013, hlm. 87.

pihak yang menawarkan teori ini juga sangat teoritis, menganggap terjadinya kesepakatan secara otomatis.

c. Teori Pengetahuan (*venemingstheorie*)

Teori pengetahuan berpendapat bahwa kesepakatan terjadi apabila pihak yang menawarkan itu mengetahui adanya *acceptatie* (penerimaan), tetapi penerimaan itu belum diterimanya (tidak diketahui secara langsung).

d. Teori penerimaan (*ontvangstheorie*)

Menurut teori ini, toesteming terjadi pada saat pihak yang menawarkan menerima langsung jawaban dari pihak lawan.

Dalam hukum positif Belanda, juga diikuti yurisprudensi, ataupun doktrin, teori yang dianut adalah teori pengetahuan (*vernemings theorie*) dengan sedikit koreksi dari teori penerimaan (*ontvangstheorie*). Maksudnya, penerapan teori pengetahuan tidak secara mutlak, sebab lalu lintas hukum menghendaki gerak cepat dan tidak menghendaki formalitas yang kaku, sehingga *vernemingstheorie* yang dianut. Karena jika harus menunggu sampai mengetahui secara langsung adanya jawaban dari pihak lawan (*ontvangstheorie*), diperlukan waktu yang lama.⁴⁸

6. Macam-macam Perikatan⁴⁹

a. Perikatan yang lahir dari kontrak atau persetujuan

⁴⁸ *Ibid*, hlm. 163.

⁴⁹ Gunawan Widjaja & Kartini Mulyadi, *Perikatan Yang Lahir dari Undang-Undang*, Raja Grafindo, Jakarta, 2010, hlm. 99.

Pasal 1313 KUHPerdata menyatakan bahwa “Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.” Para sarjana Hukum Perdata pada umumnya berpendapat bahwa definisi perjanjian yang terdapat di dalam ketentuan di atas adalah tidak lengkap, dan pula terlalu luas. Tidak lengkap karena yang dirumuskan itu hanya mengenai perjanjian sepihak saja. Definisi itu dikatakan terlalu luas karena dapat mencakup hal-hal yang mengenai janji kawin, yaitu perbuatan di dalam lapangan hukum keluarga yang menimbulkan perjanjian juga, namun istimewa sifatnya karena dikuasai oleh ketentuan-ketentuan tersendiri sehingga Buku III KUHPerdata secara langsung tidak berlaku terhadapnya, juga mencakup perbuatan melawan hukum, sedangkan di dalam perbuatan melawan hukum ini tidak ada unsur persetujuan.

Pada umumnya perjanjian tidak terikat kepada suatu bentuk tertentu, dapat dibuat secara lisan dan andai kata dibuat secara tertulis maka ini bersifat sebagai alat pembuktian apabila terjadi perselisihan. Untuk beberapa perjanjian tertentu undang-undang menentukan suatu bentuk tertentu, sehingga apabila bentuk itu tidak dituruti maka perjanjian itu tidak sah. Dengan demikian, bentuk tertulis tadi tidaklah hanya semata-mata merupakan alat pembuktian saja, tetapi merupakan syarat untuk adanya (*bestaanwaarde*) perjanjian itu. Misalnya, perjanjian mendirikan perseroan terbatas harus dengan akta notaris (Pasal 38 KUHD).

b. Perikatan-Perikatan Yang Lahir Dari Undang-Undang.

Pasal 1352 KUHPerdara dan Pasal 1353 KUHPerdara merupakan pasal utama yang menjelaskan hal ini. Buku III KUHPerdara mengatur tentang perikatan-perikatan yang lahir dari undang-undang. Di dalam dua pasal pertama dari BAB III itu, yaitu dalam pasal 1352 dan 1353 KUHPerdara ditentukan perbedaan dari perikatan-perikatan tersebut yaitu:⁵⁰

- 1) Perikatan yang lahir dari undang-undang semata-mata misalnya perikatan untuk memberi nafkah (Buku I KUHPerdara);
- 2) Perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia, dibedakan lagi dalam:
 - a) Perbuatan manusia yang menurut hukum (Pasal 1357 KUHPerdara);
 - b) Perbuatan manusia yang melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdara).

Untuk perikatan-perikatan yang lahir dari perjanjian maka pembentuk undang-undang memberikan aturan-aturan yang umum. Tidak demikian halnya dengan perikatan yang lahir dari undang-undang dimana pembentuk undang-undang tidak memberikan aturan-aturan yang umum. Hingga apabila kita ingin mengetahui peraturan-peraturan dari beberapa figur perikatan-perikatan tersebut, hal ini harus dilihat pada peraturan yang mengenai materi yang bersangkutan sendiri.

Pembentuk undang-undang mengemukakan beberapa figur dari perikatan-perikatan yang lahir dari undang-undang, karena perbuatan manusia, yang halal itu:⁵¹

- (1) Mewakili urusan orang lain (*zaakwaarneming*);

⁵⁰ *Ibid.*, hlm 100.

⁵¹ *Ibid.*,

- (2) Pembayaran hutang yang tidak diwajibkan (Pasal 1359 KUH Perdata)
- (3) Perikatan wajar (*natuurlijke verbinten*; Pasal 1359 alinea 2 KUHPerdata);
- (4) Perbuatan melawan hukum (*onrechmatige daad*; Pasal 1365 KUHPerdata).

Bahwa untuk terjadinya perikatan di atas, undang-undang tidak mewajibkan dipenuhinya syarat-syarat sebagaimana yang ditentukan untuk terjadinya perjanjian (Pasal 1320 KUHPerdata) oleh karena perikatan ini bersumber dari undang-undang, sehingga terlepas dari kemauan para pihak. Apabila ada suatu perbuatan hukum, yang memenuhi beberapa unsur tertentu, undang-undang menetapkan perbuatan hukum itu adalah suatu perikatan. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 1354 KUHPerdata

Ia diwajibkan pula mengerjakan segala sesuatu yang termasuk urusan tersebut. Ia memikul segala kewajiban yang harus dipikulnya, seandainya ia dikuasakan dengan suatu pemberian kuasa yang dinyatakan dengan tegas. Orang yang mewakili urusan orang lain itu disebut *gestor* dan orang yang kepentingannya diurus, disebut *dominus negotii*.

Untuk perikatan-perikatan yang lahir dari perjanjian, maka pembentuk undang-undang memberikan aturan-aturan yang umum. Tidak demikian halnya dengan perikatan yang lahir dari undang-undang dimana untuk ini pembentuk undang-undang tidak memberikan aturan-aturan yang umum. Apabila kita ingin mengetahui peraturan-peraturan dari beberapa figur perikatan-perikatan, hal ini dipelajari tersendiri. Apabila seseorang berbuat dalam kedudukannya sebagai wakil atau kurator, perbuatannya itu tidak termasuk di dalam mewakili urusan orang lain, tetapi berdasarkan kewajiban yang ditentukan oleh undang-undang.

Persamaan antara mewakili urusan orang lain dengan pemberian kuasa ialah dalam akibat-akibat hukum yang diletakkan undang-undang kepada figur-figur tersebut. Hal ini diatur dalam Pasal 1355 KUHPerdato.⁵²

Seseorang yang secara sukarela mengurus kepentingan orang lain, demi undang-undang ia memikul kewajiban yang harus dipikulnya, seandainya ia dikuasakan dengan suatu pemberian kuasa, yaitu:

(a) Seorang gestor wajib menyelesaikan urusan yang diwakilinya itu, wajib memberikan laporan pertanggung jawaban dan sebagainya sebagaimana seorang wakil berdasarkan perjanjian harus berbuat. Dengan berbuat mewakili urusan orang lain itu undang-undang menciptakan suatu perikatan, yaitu bagi gestor ialah kewajiban untuk memberikan ganti rugi dan memenuhi perikatan-perikatan yang telah dibuat oleh gestor atas namanya.

(b) Bertindak sebagai bapak rumah tangga yang baik seperti ditentukan dalam Pasal 1356 KUHPerdato dan Pasal 1357 KUHPerdato. Walaupun di dalam Pasal 1358 KUHPerdato ditentukan bahwa tidak ada upah bagi yang mewakili namun ketentuan ini sama sekali tidak mempengaruhi pasal 1357 KUHPerdato.

Yang ditafsirkan dengan pembayaran di dalam ketentuan ini ialah setiap pemenuhan prestasi, baik berupa pembayaran utang uang yang tidak diwajibkan, maupun penyerahan benda yang tidak diwajibkan. Untuk dapat menuntut kembali pembayaran yang tidak diwajibkan itu, di samping ketentuan yang bersifat umum sebagaimana tercantum di dalam Pasal 1359 ayat (1) KUHPerdato, maka harus

⁵² Pasal 1355 KUHPerdato

pula dibaca syarat yang dicantumkan dalam pasal 1362 KUHPerdara. Ketentuan itu mengharuskan adanya faktor "kekhilafan" di dalam perbuatan itu. Jika seseorang yang secara khilaf mengira bahwa ia berutang, membayar suatu utang, maka ia berhak menuntut kembali dari pihak kepada siapa debitor menganggap dirinya berutang, mengenai apa yang telah dibayarkannya. Hal yang khusus dari pembayaran yang tidak diwajibkan itu ialah bahwa dalam keadaan ini perikatan tetapi berkemungkinan orang yang tidak tepat menyangka dirinya berhutang ataupun yang tepat melakukan pembayaran kepada orang yang tidak tepat.

c. Perjanjian Timbal Balik⁵³

Perjanjian timbal balik adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban pokok bagi kedua belah pihak. Misalnya: perjanjian jual-beli.

d. Perjanjian Cuma-Cuma dan perjanjian atas beban

Perjanjian dengan cuma-cuma adalah perjanjian yang memberikan keuntungan bagi salah satu pihak saja. Misalnya: hibah. Sedangkan Perjanjian atas beban adalah perjanjian di mana terhadap prestasi dari pihak yang satu selalu terdapat kontra prestasi dari pihak lain, dan antara kedua prestasi itu ada hubungannya menurut hukum.

Berhubung dengan pembedaan di atas perlu dibicarakan juga jenis Perjanjian campuran. Perjanjian campuran ialah perjanjian yang mengandung berbagai unsur perjanjian, misalnya pemilik hotel yang menyewakan kamar

⁵³ *Ibid.*,

(sewa-menyewa), tapi pula menyajikan makanan (jual-beli) dan juga memberikan pelayanan. Terhadap perjanjian campuran itu ada berbagai paham. Paham pertama mengatakan bahwa ketentuan-ketentuan mengenai perjanjian khusus diterapkan secara analogis, sehingga setiap unsur dari perjanjian khusus tetap ada (*contractus sui generis*). Paham kedua mengatakan ketentuan-ketentuan yang dipakai adalah ketentuan-ketentuan dari perjanjian yang paling menentukan (teori *absorbs*). Paham ketiga mengatakan bahwa ketentuan-ketentuan undang-undang yang diterapkan terhadap perjanjian campuran itu adalah ketentuan undang-undang yang berlaku untuk itu (teori *combinatie*).⁵⁴

B. Wanprestasi

1. Tinjauan Umum Wanprestasi

Pengertian wanprestasi menurut para pakar antara lain menurut Prodjodikoro, yang menyatakan wanprestasi adalah tidak adanya suatu prestasi dalam perjanjian, ini berarti bahwa suatu hal harus dilaksanakan sebagai isi dari suatu perjanjian. Dalam istilah bahasa Indonesia dapat dipakai istilah pelaksanaan janji untuk prestasi, sedangkan ketiadaan pelaksanaan janji untuk wanprestasi. Selanjutnya, menurut Mariam Darus Badruzaman, pengertian wanprestasi adalah suatu perikatan dimana pihak debitor karena kesalahannya tidak melaksanakan apa yang diperjanjikan.⁵⁵

Untuk menentukan apakah seseorang (debitor) itu bersalah karena telah melakukan wanprestasi, perlu ditentukan dalam keadaan bagaimana seseorang itu

⁵⁴ R. Subekti I, *Aspek-Aspek Hukum Perikatan Nasional*, Bandung. Alumni, 1984, hlm.1.

⁵⁵ Anonim, *Pengertian dan Penyebab Hukum Wanprestasi*, www.dppferari.org/pengertian-bentuk-penyebab-dan-hukum-wanprestasi/, [diakses tanggal 08/04/2020, pukul 15.00]

dikatakan atau tidak memenuhi prestasi. R. Subekti, mengemukakan bahwa wanprestasi (kelalaian) seorang debitor dapat berupa 4 (empat) macam, yaitu:⁵⁶

1. tidak melakukan apa yang seharusnya disanggupi untuk dilakukan,
2. melaksanakan yang dijanjikan, namun tidak sebagaimana yang diperjanjikan,
3. melakukan apa yang telah diperjanjikan, namun terlambat pada waktu pelaksanaannya,
4. melakukan sesuatu hal yang di dalam perjanjiannya tidak boleh dilakukan.

Menurut Burght, pihak yang ditimpa wanprestasi dapat menuntut sesuatu yang lain disamping pembatalan yaitu pemenuhan perikatan, ganti rugi atau pemenuhan perikatan ditambah ganti rugi. Untuk menetapkan akibat-akibat tidak dipenuhinya perikatan, perlu diketahui terlebih dahulu pihak yang lalai memenuhi perikatan tersebut. Seorang debitor yang lalai, yang melakukan wanprestasi juga dapat digugat di depan hakim dan hakim akan menjatuhkan putusan yang merugikan pada tergugat tersebut.

Tidak terpenuhinya perikatan diakibatkan kelalaian (kesalahan) debitor atau sebagai akibat situasi dan kondisi yang risikonya ada pada diri debitor dapat berakibat pada beberapa hal. Akibat yang ditimbulkan oleh wanprestasi, yaitu debitor yang wanprestasi harus membayar ganti rugi sesuai ketentuan pasal 1234 KUHPerdara, bebas risiko bergeser ke arah kerugian debitor, jika perkiraan timbul dari suatu persetujuan timbal balik, maka kreditor dapat membebaskan diri dari kewajiban melakukan kontraprestasi melalui pasal 1266 KUHPerdara. Kelalaian

⁵⁶ R.Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cetakan Kedua, Pembimbing Masa, Jakarta, 1970, hlm.50.

ini harus dinyatakan secara resmi, yaitu dengan peringatan oleh juru sita di pengadilan atau cukup dengan surat tercatat atau kawat, supaya tidak mudah dipungkiri oleh si berutang sebagaimana diatur dalam pasal 1238 KUHPerdara dan perikatan tersebut harus tertulis. Terdapat berbagai kemungkinan yang bisa dituntut terhadap debitor yang lalai:⁵⁷

1. Kreditor dapat meminta kembali pelaksanaan perjanjian, meskipun pelaksanaan tersebut sudah terlambat;
2. Kreditor dapat meminta penggantian kerugian saja, yaitu kerugian yang dideritanya, karena perjanjian tidak atau terlambat dilaksanakan sebagaimana mestinya;
3. Kreditor dapat menuntut pelaksanaan perjanjian disertai dengan penggantian kerugian yang diderita olehnya sebagai akibat terlambatnya pelaksanaan perjanjian;
4. Suatu perjanjian yang meletakkan pada kewajiban timbal balik, kelalaian satu pihak yang lain untuk meminta kepada hakim supaya perjanjian dibatalkan, disertai dengan permintaan penggantian kerugian.

Berdasarkan ketentuan pasal 1234 KUHPerdara, maka penggantian kerugian dapat dituntut menurut kitab Undang-Undang, yaitu berupa biaya-biaya yang sesungguhnya telah dikeluarkan (*konsten*), atau kerugian yang sesungguhnya menimpa harta benda si berpiutang (*schaden*), kehilangan keuntungan (*interessen*), yaitu keuntungan yang akan didapat seandainya si berutang tidak

⁵⁷ Sukarmi, *Cyber Law: Kontrak Elektronik Dalam Bayang-Bayang Pelaku Usaha*, Pustaka Sutra, Jakarta, 2014, hlm.38.

lalai. Tuntutan atas wanprestasi hanya dapat dilakukan ketika terjadi hubungan kontraktual antara kedua belah pihak.

Sudah menjadi kodratnya bahwa manusia harus hidup bermasyarakat dan saling membutuhkan satu sama lainnya, manusia sebagai makhluk sosial saling berinteraksi untuk memenuhi kebutuhan dalam hidupnya. Perdagangan atau jual beli juga merupakan bukti bahwa setiap manusia memiliki ketergantungan terhadap sesamanya. Setiap perdagangan atau jual beli setidaknya harus ada perjanjian, maksudnya adalah untuk melaksanakan prestasi, dan perjanjian merupakan undang-undang bagi pembuatnya, artinya bahwa siapapun yang mengadakan perjanjian, maka ia harus melaksanakan isi dari perjanjian tersebut. Apabila ada pihak yang ingkar janji atau telah lalai dalam melaksanakan isi dari perjanjian tanpa adanya alasan-alasan yang dapat dibenarkan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka ia dapat dianggap telah wanprestasi.

Seseorang bisa dikatakan wanprestasi apabila melanggar suatu perjanjian yang telah disepakati dengan pihak lain. Maka, tiada wanprestasi apabila tidak ada perjanjian sebelumnya. Pendapat lain dikemukakan oleh Rutten dalam Prof. Purwahid Patrik, yang menyatakan bahwa:

Perjanjian adalah perbuatan yang terjadi sesuai dengan formalitas-formalitas dari peraturan hukum yang ada tergantung dari persesuaian kehendak dua atau lebih orang-orang yang ditujukan untuk timbulnya akibat hukum dari kepentingan salah satu pihak atas beban pihak lain atau demi kepentingan masing-masing pihak secara timbal balik.

Pengertian perjanjian sebagaimana terdapat dalam Pasal 1313 KUHPerdara menyatakan bahwa suatu perjanjian adalah suatu perbuatan satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Dalam

pelaksanaan perjanjian, dapat terjadi wanprestasi yang berarti tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan bersama dalam perjanjian.

Wanprestasi adalah suatu keadaan yang menunjukkan debitor tidak berprestasi (tidak melaksanakan kewajibannya) dan dapat dipersalahkan.

Selanjutnya, menurut Yahya Harahap:

Wanprestasi sebagai pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya, sehingga menimbulkan keharusan bagi pihak debitor untuk memberikan atau membayar ganti rugi (schadevergoeding), atau dengan adanya wanprestasi oleh salah satu pihak, pihak yang lainnya dapat menuntut pembatalan perjanjian.

Ganti rugi atas tindakan wanprestasi dalam Pasal 1243 KUHPerdara, yang menyatakan bahwa biaya, rugi dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila yang berutang setelah dinyatakan lalai/gagal dalam memenuhi perikatannya dan tetap melalaikannya, atau jika adanya suatu kewajiban yang harus diberikan atau dibuatnya dalam suatu tenggang waktu tertentu tetapi ternyata terlewat.

2. Jenis-jenis Prestasi dan Wanprestasi

Menurut ketentuan Pasal 1234 KUHPerdara, tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu.

Maka dari itu wujud prestasi itu berupa:⁵⁸

a. Memberikan Sesuatu

⁵⁸ Titik Triwulan Tutik, *Pengantar Hukum Perdata di Indonesia*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2006, hlm.233.

Pasal 1255 KUHPerdara sebagai dasar hukum dari hal ini menerangkan tentang perjanjian yang bersifat konsensual (yang lahir pada saat tercapainya kesepakatan) yang objeknya adalah barang, dimana sejak saat tercapainya kesepakatan tersebut, orang yang seharusnya menyerahkan barang itu harus tetap merawat dengan baik barang tersebut sebagaimana layaknya memelihara barang kepunyaan sendiri sama halnya dengan merawat barang miliknya yang lain, yang tidak akan diserahkan kepada orang lain. Kewajiban merawat barang dengan baik berlangsung sampai barang tersebut diserahkan kepada orang yang harus menerimanya. Penyerahan dalam pasal ini dapat berupa penyerahan nyata maupun penyerahan yuridis.

b. Berbuat Sesuatu⁵⁹

Berbuat sesuatu dalam suatu perikatan yakni berarti melakukan perbuatan seperti yang telah ditetapkan dalam perikatan. Jadi, wujud prestasi disini adalah melakukan perbuatan tertentu. Dalam melaksanakan prestasi ini debitor harus mematuhi apa yang telah ditentukan dalam perikatan. Debitor bertanggung jawab atas perbuatan yang tidak sesuai dengan ketentuan yang diperjanjikan oleh para pihak. Namun bila ketentuan tersebut tidak diperjanjikan, maka disini berlaku ukuran kelayakan atau kepatutan yang diakui dan berlaku dalam masyarakat. Artinya sepatutnya berbuat sebagai seorang pekerja yang baik.

c. Tidak Berbuat Sesuatu

⁵⁹ *Ibid.*,

Tidak berbuat sesuatu dalam suatu perikatan yakni berarti tidak melakukan suatu perbuatan seperti yang telah diperjanjikan. Jadi, wujud prestasi disini adalah tidak melakukan perbuatan. Disini kewajiban prestasinya bukan sesuatu yang bersifat aktif, tetapi justru bersifat pasif yang dapat berupa tidak berbuat sesuatu atau membiarkan sesuatu berlangsung. Disini bila ada pihak yang berbuat tidak sesuai dengan perikatan ini, maka ia bertanggung jawab atas akibatnya.

C. Bank

Lembaga perbankan merupakan inti dari sistem keuangan dari setiap negara. Bank adalah lembaga keuangan yang menjadi tempat bagi orang perseorangan, badan-badan usaha swasta, badan-badan usaha milik negara, bahkan lembaga-lembaga pemerintah menyimpan dana-dana yang dimilikinya. Melalui kegiatan perkreditan dan berbagai jasa yang diberikan, bank melayani kebutuhan pembiayaan serta melancarkan mekanisme sistem pembayaran bagi semua sektor perekonomian.⁶⁰

Di Indonesia, masalah yang terkait dengan bank diatur dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998. Dalam *Black's Law Dictionary*, bank dirumuskan sebagai: “*an institution, usually incorporated, whose business to receive money on deposit, cash, cheks or draft, discount commercial paper,*

⁶⁰ Anonim, *Lembaga Keuangan Bank di Indonesia*, <https://www.jurnal.id/id/blog/lembaga-keuangan-bank-di-indonesia/>, [diakses tanggal 10/03/2020, pukul 18.30]

make loans, and issue promissory notes payable to bearer known as bank notes".⁶¹

(suatu institusi yang mempunyai peran yang besar dalam dunia komersil, yang ruang lingkup bisnisnya mempunyai wewenang untuk menerima deposito, mengumpulkan uang, cek, diskonto, memberikan pinjaman, dan menerbitkan surat berharga atau kuasa untuk menagih).

Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minn, West Publising Co, 1979:

"Suatu lembaga atau orang pribadi yang menjalankan perusahaan dalam menerima dan memberikan uang dari dan kepada pihak ketiga. Berhubung dengan adanya cek yang hanya dapat diberikan kepada bankir sebagai tertarik maka bank dalam arti luas adalah orang atau lembaga yang dalam pekerjaannya secara teratur menyediakan uang untuk pihak ketiga."

G.M. Verryn Staurt, dalam bukunya, *Bank Politik*, berpendapat bahwa bank adalah "Badan Usaha yang wujudnya memuaskan keperluan orang lain, dengan memberikan kredit berupa uang yang diterimanya dari orang lain, sekalipun dengan jalan mengeluarkan uang baru kertas atau logam". Malayu S.P. Hasibuan adalah "*Lembaga keuangan berarti bank adalah badan usaha yang kekayaannya terutama dalam bentuk aset keuangan (financial assets) serta bermotif profit di juga sosial, jadi bukan hanya mencari keuntungan saja*".

1. Unsur dalam Perjanjian Kredit

Menurut Rachmadi Usman, unsur-unsur kredit adalah:⁶²

⁶¹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St Paul Publishing, Boston, 1990, hlm.58.

⁶² Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm. 236.

- a. Diberikannya kepada nasabah peminjam dana akan dilunasinya sesuai dengan yang diperjanjian pada waktu tertentu;
- b. Waktu, yaitu adanya jangka waktu tertentu antara pemberian kredit dan pelunasannya. Jangka waktu tersebut sebelumnya terlebih dahulu disetujui atau disepakati bersama antara pihak bank dan nasabah peminjam dana;
- c. Prestasi, yaitu adanya obyek tertentu berupa prestasi dan kontraprestasi pada saat tercapainya persetujuan atau kesepakatan perjanjian pemberian kredit antara pihak bank dan nasabah peminjam dana berupa uang dan bunga atau imbalan;
- d. Risiko, yaitu adanya risiko yang mungkin akan terjadi selama jangka waktu pemberian kredit dan untuk menutup kemungkinan terjadinya wanprestasi dari nasabah peminjam dana, maka diadakanlah pengikatan jaminan atau agunan.⁶³

2. Klasifikasi Jenis Kredit

Menurut Pasal 4 Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 30/267/KEP/DIR/1998, kredit digolongkan ke dalam 5 (lima) bagian besar berdasarkan kolektibilitasnya, yakni sebagai berikut:

- a. Kredit lancar;
- b. Kredit dalam perhatian khusus;
- c. Kredit kurang lancar;
- d. Kredit diragukan;

⁶³ *Ibid.*, hlm. 238.

- e. Kredit macet.

3. Kredit Bermasalah

Nasabah-nasabah yang memperoleh kredit dari bank tidak seluruhnya dapat mengembalikannya dengan baik dan tepat pada waktu yang diperjanjikan. Pada kenyataannya selalu ada sebagian nasabah yang karena suatu sebab tidak dapat mengembalikan kredit kepada bank yang telah meminjamnya. Dalam dunia perbankan internasional, kredit dapat dikategorikan ke dalam kredit bermasalah bilamana:⁶⁴

- a. Terjadi keterlambatan pembayaran bunga dan/atau kredit induk lebih dari 90 (sembilan puluh) hari semenjak tanggal jatuh tempo.

- b. Tidak dilunasi sama sekali

Diperlukan negoisasi kembali atas syarat pembayaran kembali kredit dan bunga yang tercantum dalam perjanjian kredit.

- c. Kredit macet tergolong sebagai kredit yang bermasalah

Sesuai dengan fungsinya yang menyalurkan dana kepada masyarakat, maka perbankan menyalurkan dananya dalam bentuk pinjaman. Dalam kaitannya dengan melakukan pemberian kredit kepada calon debitur, maka hal tersebut mengandung risiko bahwa pinjamannya tidak dapat dikembalikan. Pinjaman yang tidak dapat dikembalikan tersebut dalam istilah perbankan dikenal sebagai kredit macet. Kredit digolongkan macet apabila:⁶⁵

- 1) Terdapat tunggakan angsuran pokok dan atau bunga yang telah melampaui

⁶⁴ Sutojo, *Mengenai Kredit Bermasalah: Konsep, Teknik, dan Kasus*. Pustaka Indo, Jakarta, 1997, hlm.11.

⁶⁵ *Ibid.*, hlm.13.

- 270 (dua ratus tujuh puluh) hari; atau
- 2) Kerugian operasional ditutup dengan pinjaman baru; atau
 - 3) Dari segi hukum maupun kondisi pasar, jaminan tidak dapat dicairkan pada nilai wajar.

Untuk mendeteksi adanya kredit macet dapat digunakan suatu variabel sebagai berikut:

- 1) Kondisi keuangan debitor;
- 2) Kondisi aktivitas bisnis (*business activity*) debitor setiap waktu;
- 3) Sikap bankir yang menyalahi peraturan perundangan yang berlaku;
- 4) Lingkungan perbankan yang tidak mencerminkan kegiatan perbankan yang sehat.

Istilah penggolongan kredit bermasalah merupakan istilah yang dipakai untuk menunjukkan penggolongan kolektifibilitas kredit yang menggambarkan kualitas dari kredit itu sendiri.⁶⁶ Secara umum pengertian kredit bermasalah adalah kredit yang berpotensi mengalami kesulitan pembayaran atau kredit yang mengalami kesulitan dalam penyelesaian kewajiban-kewajibannya kepada bank baik dalam bentuk pembayaran kembali hutang pokok, bunga, denda maupun ongkos-ongkos bank yang menjadi beban nasabah peminjam yang bersangkutan sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan dalam perjanjian.⁶⁷

⁶⁶ Thomas Suyatno, *Dasar-Dasar Perkreditan*, Gramedia, Jakarta, 2005, hlm. 12-13.

⁶⁷ Ernesto Mustari, *Kredit Perbankan Dalam Teori dan Praktek*, Multimedia Sarana, Yogyakarta, 2009, hlm.23.

Sebetulnya ketika sudah berjalan, ada 4 (empat) pembagian kelompok pinjaman kredit berdasarkan kemampuan nasabah melunasi cicilannya, yaitu kredit lancar, kurang lancar, diragukan, dan macet.⁶⁸

1) Kredit Lancar

Secara umum, suatu pinjaman kredit dikatakan lancar jika tidak ada tunggakan baik dari cicilan angsuran pokok maupun bunga pinjaman, atau terdapat tunggakan namun belum melampaui masa angsuran berikutnya. Kredit juga dikatakan lancar jika tidak terdapat overdraft akibat penarikan berlebihan. Kredit juga dikategorikan lancar jika setelah satu tahun berlalu semenjak pembayaran bunga tidak ada tunggakan bunga sekalipun.

2) Kredit Tidak Lancar

Selanjutnya ada kredit kurang lancar yang ditandai dengan terdapat tunggakan angsuran pokok yang sudah melebihi satu masa angsuran, namun belum melebihi 2 (dua) masa angsuran. Dikatakan kurang lancar pula jika pembayaran bunga sudah menunggak hingga 2 (dua) bulan namun belum melebihi 3 (tiga) bulan. Jika terdapat overdraft karena penarikan namun belum melampaui 3 (tiga) bulan, dapat dikatakan kredit tersebut juga tidak lancar.

3) Kredit Diragukan

Tahapan selanjutnya adalah kredit diragukan, yang terjadi apabila pinjaman masih bisa diselamatkan dan ada jaminan yang nilainya paling tidak 75% (tujuh puluh

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 24.

lima persen) harga utang. Kredit juga digolongkan menjadi kredit diragukan jika pinjaman sudah tidak lagi dapat diselamatkan (nasabah tidak mampu membayar angsuran pokok maupun bunga) namun terdapat jaminan yang harganya paling tidak setara 100% (seratus persen) dengan utang nasabah.

4) Kredit Macet

Kredit macet merupakan kelompok paling parah bagi para peminjam hutang secara kredit dari bank. Ciri-ciri kredit macet yakni setelah berlalu 18 (delapan belas) bulan sejak kredit digolongkan sebagai kredit diragukan, tidak ada usaha pelunasan atau penyelamatan dari nasabah, bahkan jaminan pun tidak ada. Jika dirasa bank sulit untuk mendapatkan pelunasan kredit, jangka waktu 18 (delapan belas) bulan tersebut bahkan bisa diperpendek.

1. Menurut Kamus Perbankan, yang dimaksud dengan kolektibilitas adalah keadaan pembayaran pokok atau angsuran pokok dan bunga kredit oleh nasabah sertatingkat kemungkinan diterimanya kembali dana yang ditanamkan dalam surat-surat berharga atau penanam lainnya. Mengenai penggolongan kolektibilitas kredit diatur dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/2/PBI/2005 serta perubahannya dengan Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/2/PBI/2006 dan Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/6/PBI/2007 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bank Umum.

4. Tahapan Jika Terjadi Kredit Macet⁶⁹

a. Adanya pemberitahuan keterlambatan pembayaran cicilan utang

Sebelum menyita aset yang memiliki nilai sejumlah dari utang yang dibuat, maka pihak bank akan melihat terlebih dahulu lamanya keterlambatan dari pembayaran cicilan kredit dan juga jatuh temponya. Jika dalam suatu hari tanggal jatuh tempo pembayaran sudah melewati batas waktu yang diberikan namun pihak debitor masih belum melunasinya, maka akan muncul dan keluar laporan atas keterlambatan pembayaran dari seseorang yang belum melakukan pelunasan untuk bulan itu dari komputer admin dimana telah tertera nama debitor.

Laporan dari keterlambatan ini selanjutnya akan diserahkan menuju *credit admin* menuju bagian marketing dan akan segera ditindaklanjuti dimana pihak bank membuat pemberitahuan keterlambatan kepada debitor melalui telepon dan mengirim surat pemberitahuan atas keterlambatan pengangsuran dana. Selama satu bulan pertama, pihak bank akan mengirimkan surat sebanyak satu kali. Sementara melalui telepon dilakukan satu kali dalam satu minggu selama satu bulan selang satu hari setelah keterlambatan. Jika setelah melampaui adanya jarak waktu yang diberikan namun debitor masih belum menunjukkan tanda-tanda akan melunasi utangnya dan belum menunjukkan itikad baik dengan surat peringatan yang diberikan, maka pihak bank akan mengeluarkan secarik kertas berupa surat teguran yang dari segi sifat lebih keras dibandingkan dengan surat pemberitahuan. Adanya surat teguran ini akan disertai dengan pihak bank menuju debitor yang bersangkutan dimana pihak bank akan mengungkapkan pernyataan kesanggupan

⁶⁹ Anonim, *Ini Langkah-langkah yang dilakukan bank jika kredit macet*, <https://www.cekaja.com/kredit/news/129601-ini-langkah-langkah-yang-dilakukan-bank-terhadap-kredit-macet.html>. [diakses tanggal 07/04/2020, pukul 22.15]

untuk membayar cicilan pinjaman. Hal ini akan dilakukan satu bulan sesudah surat pemberitahuan dan pihak bank akan datang setidaknya satu kali dalam satu minggu. Sebenarnya jika diperhatikan, pihak bank masih ingin menyelesaikan permasalahan yang dihadapi oleh pihak debitor dengan mengandalkan prinsip kekeluargaan serta musyawarah.

b. Memberikan surat peringatan⁷⁰

Apabila setelah tenggang waktu yang ditentukan dengan pemberian surat teguran namun pihak debitor masih saja belum mau merespon baik, maka pihak bank akan segera mengirimkan Surat Peringatan atau surat peringatan yang termasuk dalam kategori teguran yang lebih keras sekaligus pihak bank akan langsung menurunkan status kredit debitor menjadi lebih rendah. Namun pemberian surat ini akan dilakukan sebanyak 3 (tiga) kali dalam tiga minggu dengan ketentuan Surat Peringatan pertama yang diberikan pihak bank pada debitor berisi penurunan status kredit menjadi bentuk kurang lancar dan sedang dalam perhatian khusus. Jika dalam selang satu minggu setelah dikirimkannya surat peringatan pertama masih belum ada respon dari pihak debitor untuk mengangsur kewajiban utangnya, maka pihak bank akan mengirimkan Surat Peringatan ke-2 yang berisi penurunan status kredit dari debitor dari kredit yang kurang lancar menjadi kredit yang diragukan. Apabila Surat Peringatan ke-2 juga tidak diindahkan oleh pihak debitor dan peminjam tidak menunjukkan itikad baik, maka Surat Peringatan ke-3 pun akan dikirim dan isinya adalah status debitor menjadi kredit macet.

⁷⁰ *Ibid.*,

c. Penyitaan aset

Jika semua surat belum bisa diindahkan oleh pihak debitor, maka pihak bank tidak akan lagi memberikan surat ataupun peringatan apapun dan lebih memilih tindakan tegas berupa penyitaan aset yang akan diamankan sebagai jaminan kredit. Sebenarnya bentuk pengamanan aset dalam hal ini bukan disebut sebagai penyitaan. Hanya saja aset tersebut diawasi oleh pihak bank dimana sekitar bangunan aset akan diberikan pemasangan plang untuk memberitahukan jika objek tersebut akan digunakan sebagai jaminan dan tidak boleh ditempati lagi.⁷¹ KPB dapat berbeda antara satu Bank dengan Bank lain tergantung pada berbagai faktor yang mempengaruhi. Sehubungan dengan itu, guna memastikan Bank telah memiliki dan menerapkan KPB yang memenuhi prinsip-prinsip perkreditan atau pembiayaan yang sehat, setiap Bank wajib memiliki KPB secara tertulis yang paling sedikit harus mengandung seluruh aspek yang tertuang dalam Pedoman Penyusunan Kebijakan Perkreditan atau Pembiayaan Bank (PPKPB) yang ditetapkan oleh Otoritas Jasa Keuangan.⁷²

5. Perjanjian Kredit

⁷¹ Noviyanto, *Kapan dan Bagaimana Cara Bank Menyita Aset?*, <https://koinworks.com/blog/kapan-cara-bank-menyita-aset/>, [diakses pada tanggal 20/04/2019, pukul 17.43]

⁷² Anonim, *POJK-tentang-Kewajiban-Penyusunan-dan-Pelaksanaan-Kebijakan-Perkreditan-atau-Pembiayaan-Bank-bagi-Bank-Umum*, <https://www.ojk.go.id/id/kanal/perbankan/regulasi/peraturan-ojk/Documents/Pages/SAL%20Lampiran%20POJK%2042%20-%20PPKPB.pdf>, [diakses tanggal 07/07/2019, pukul 20.00]

Setiap Kredit atau Pembiayaan yang telah disetujui dan disepakati pemohon Kredit atau Pembiayaan harus dituangkan dalam perjanjian Kredit atau Pembiayaan (akad kredit atau pembiayaan) secara tertulis. Bentuk dan format perjanjian kredit atau pembiayaan ditetapkan oleh masing-masing Bank yang paling sedikit harus memperhatikan, hal-hal sebagai berikut:

- a. Memenuhi keabsahan dan persyaratan hukum yang dapat melindungi kepentingan Bank; dan
- b. Memuat jumlah, jangka waktu, tata cara pembayaran kembali Kredit atau Pembiayaan, dan persyaratan Kredit atau Pembiayaan lain sebagaimana ditetapkan dalam keputusan persetujuan Kredit atau Pembiayaan.

Menurut hukum, perjanjian kredit dapat dibuat secara lisan ataupun tertulis sepanjang memenuhi syarat-syarat dalam Pasal 1320 KUHPerdara, tetapi dari sudut pembuktian perjanjian secara lisan sulit untuk dijadikan alat bukti, sehingga perjanjian kredit harus dibuat secara tertulis. Dasar hukum perjanjian kredit secara tertulis terdapat dalam Instruksi Presidium Kabinet Nomor 15/EK/IN/10/1966 tanggal 10 Oktober 1966 tentang Pedoman Kebijaksanaan di Bidang perbankan, dalam instruksi tersebut ditegaskan bahwa dilarang melakukan pemberian kredit tanpa adanya perjanjian kredit yang jelas antara bank dengan nasabah peminjam atau antara bank sentral dengan bank-bank lainnya.

Kredit bermasalah atau *non-performing loan* merupakan risiko yang terkandung dalam setiap pemberian kredit oleh bank. Risiko tersebut berupa keadaan di mana kredit tidak dapat kembali tepat pada waktunya. Kredit bermasalah atau *non-performing loan* di perbankan itu dapat disebabkan oleh

berbagai faktor, misalnya, ada kesengajaan dari pihak-pihak yang terlibat dalam proses kredit, kesalahan prosedur pemberian kredit, atau disebabkan oleh faktor lain seperti faktor makro ekonomi.

Kredit dikategorikan sebagai kredit bermasalah atau *Non-performing loan* (NPL) tersebut adalah apabila kualitas kredit tersebut tergolongkan pada tingkat kolektibilitas kurang lancar, diragukan, atau macet. Untuk kredit-kredit bermasalah yang bersifat non-struktural, pada umumnya dapat diatasi dengan langkah-langkah restrukturisasi berupa penurunan suku bunga kredit, perpanjangan jangka waktu, pengurangan tunggakan bunga kredit, pengurangan tunggakan pokok kredit, penambahan fasilitas kredit, dan/atau konversi kredit menjadi penyertaan sementara. Sedangkan, untuk kredit-kredit bermasalah yang bersifat struktural pada umumnya tidak dapat diselesaikan dengan restrukturisasi sebagaimana kredit bermasalah yang bersifat non-struktural, melainkan harus diberikan pengurangan pokok kredit, agar usahanya dapat berjalan kembali dan pendapatannya mampu untuk memenuhi kewajiban-kewajibannya.

Untuk menyelesaikan kredit bermasalah atau *non-performing loan* itu dapat ditempuh 2 (dua) cara atau strategi yaitu penyelamatan kredit dan penyelesaian kredit. Yang dimaksud dengan penyelamatan kredit adalah suatu langkah penyelesaian kredit bermasalah melalui perundingan kembali antara bank sebagai kreditor dan nasabah peminjam sebagai debitor, sedangkan penyelesaian kredit adalah suatu langkah penyelesaian kredit bermasalah melalui lembaga hukum. Yang di maksud dengan lembaga hukum dalam hal ini adalah Panitia Urusan Piutang Negara (PUPN) dan Direktorat Jenderal Piutang dan Lelang Negara

(DJPLN), melalui Badan Peradilan dan melalui Arbitrase atau Badan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Mengenai penyelamatan kredit bermasalah dapat dilakukan dengan berpedoman kepada Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 26/4/BPPP tanggal 29 Mei 1993 yang pada prinsipnya mengatur penyelamatan kredit bermasalah sebelum diselesaikan melalui lembaga hukum adalah melalui alternatif penanganan secara penjadwalan kembali (*rescheduling*), persyaratan kembali (*reconditioning*), dan penataan kembali (*restructuring*). Dalam surat edaran tersebut yang dimaksud dengan penyelamatan kredit bermasalah melalui *rescheduling*, *reconditioning*, dan *restructuring* adalah sebagai berikut:⁷³

- a. Melalui *rescheduling* (penjadwalan kembali), yaitu suatu upaya hukum untuk melakukan perubahan terhadap beberapa syarat perjanjian kredit yang berkenaan dengan jadwal pembayaran kembali/jangka waktu kredit termasuk tenggang (*grace period*), termasuk perubahan jumlah angsuran. Bila perlu dengan penambahan kredit.
- b. Melalui *reconditioning* (persyaratan kembali), yaitu melakukan perubahan atas sebagian atau seluruh persyaratan perjanjian, yang tidak terbatas hanya kepada perubahan jadwal angsuran, dan/atau jangka waktu kredit saja. Tetapi perubahan kredit tersebut tanpa memberikan tambahan kredit atau tanpa melakukan konversi atas seluruh atau sebagian dari kredit menjadi *equity* perusahaan;

⁷³ Anonim, *Penyelesaian Kredit Macet*, Harian Kompas, tanggal 17 Mei 2008, <https://iwanvictorleonardo.wordpress.com/2010/06/09/cara-penyelesaian-kredit-macet/>. [diakses pada tanggal 07/04/2020, pukul 22.15].

- c. *Restructuring* (penataan kembali), yaitu upaya berupa melakukan perubahan syarat-syarat perjanjian kredit berupa pemberian tambahan kredit, atau melakukan konversi atas seluruh atau sebagian kredit menjadi perusahaan, yang dilakukan dengan atau tanpa *rescheduling* dan/atau *reconditioning*.

Berkaitan dengan upaya penyelamatan dan penyelesaian kredit macet tersebut dalam ketentuan Pasal 7 butir c Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 dikemukakan bahwa:

“Selain melakukan kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, Bank Umum dapat pula: melakukan kegiatan penyertaan modal sementara untuk mengatasi akibat kegagalan kredit atau kegagalan pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, dengan syarat harus menarik kembali penyertaannya, dengan memenuhi ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia”.

Dalam bagian penjelasannya dikatakan bahwa, pokok-pokok ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia memuat antara lain:⁷⁴

- a. penyertaan modal sementara oleh bank yang berasal dari konversi kegagalan kredit atau kegagalan pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah pada perusahaan yang bersangkutan;
- b. persyaratan kegagalan kredit atau kegagalan pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah yang dapat dikonversi menjadi penyertaan modal;
- c. penyertaan modal tersebut wajib ditarik kembali apabila:
 - 1) telah melebihi jangka waktu paling lambat 5 (lima) tahun, atau

⁷⁴ Disarikan dari www.bi.go.id

- 2) perusahaan telah memperoleh laba.
- d. penyertaan sementara tersebut wajib dihapusbukukan dari neraca bank, apabila dalam jangka waktu paling lama 5 (lima) tahun, bank sebelum berhasil menarik penyertaannya;
- e. pelaporan kepada Bank Indonesia mengenai penyertaan modal sementara oleh bank.

Berdasarkan ketentuan Pasal 7 butir c Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan beserta penjelasannya tersebut di atas, menunjukkan bahwa apabila terjadi kegagalan oleh debitor, maka kegagalan kredit atau pembiayaan itu oleh bank dapat dikonversi menjadi penyertaan modal sementara oleh bank yang bersangkutan dalam jangka waktu paling lama 5 (lima) tahun atau perusahaan (debitor) tersebut telah memperoleh laba.

6. Hubungan Hukum Antara Bank, Nasabah Peminjam Dana, dan Penanggung

Pemberian kredit merupakan salah satu usaha bank, yang melahirkan suatu perjanjian antara bank dengan pihak peminjam (nasabah debitor). Lazimnya perjanjian antara bank dengan nasabah peminjam, dinamakan dengan perjanjian kredit (bank) atau perjanjian (kesepakatan) pinjam-meminjam uang.

Pengertian perjanjian kredit bank tidak dirumuskan dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998. Dari pengertian kredit sebagaimana termuat dalam ketentuan Pasal 1 angka 11 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 diketahui, bahwa

bentuk hubungan hukum antara bank dan nasabah peminjam dana adalah kesepakatan pinjam meminjam, yang merupakan bagian dari pengertian kredit itu sendiri.

Dalam KUHPerdara ternyata tidak terdapat satu bentuk hubungan hukum khusus atau lembaga perjanjian khusus bernama “Perjanjian Kredit Bank”. Karenanya penetapan mengenai bentuk hubungan hukum antara bank dan nasabah debitor, yang disebut “Perjanjian Kredit Bank” itu, harus digali dari sumber-sumber di luar Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.⁷⁵

Sebagaimana dikemukakan di atas, demikian pula Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tidak merumuskan pengertian dan konstruksi hubungan hukum dalam pemberian kredit bank tersebut. Kelahiran pemberian kredit bank itu berdasarkan kepada persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam (uang) antara bank sebagai kreditor dan pihak lain nasabah peminjam dana sebagai debitor dalam jangka waktu tertentu, yang telah disetujui atau disepakati bersama dan pihak peminjam mempunyai kewajiban untuk melunasi hutangnya tersebut dengan memberikan sejumlah bunga, imbalan, atau pembagian hasil keuntungan.

Beberapa pakar hukum kita berpendapat, bahwa perjanjian kredit bank itu pada hakikatnya merupakan perjanjian pinjam-meminjam sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 1754 KUHPerdara, R. Subekti, menyatakan:

“Dalam bentuk apapun juga pemberian kredit itu diadakan, dalam semuanya itu pada hakikatnya yang terjadi adalah suatu perjanjian pinjam

⁷⁵ Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit.*, hlm.155.

meminjam sebagaimana diatur dalam KUHPerdato Pasal 1754 sampai dengan Pasal 1769 KUHPerdato".⁷⁶

Marhaenis Abdul Hay mengemukakan pendapat yang sama, bahwa perjanjian kredit adalah identik dengan perjanjian pinjam meminjam dan dikuasai oleh ketentuan Bab XIII Buku III KUHPerdato. Pendapat ini dikemukakan beliau lagi dalam bukunya "Hukum Perdata", bahwa pengertian perjanjian kredit mendekati pada pengertian perjanjian pinjam-mengganti, sehingga dalam masalah sengketa perjanjian kredit kita dapat mempergunakan dasar hukum perjanjian pinjam-mengganti menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Ketentuan umum dalam pinjam-mengganti menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dapat dipergunakan untuk perjanjian kredit seperti yang dimaksud oleh Undang-Undang Perbankan. Perjanjian kredit merupakan hal yang khusus dari perjanjian pinjam-mengganti.⁷⁷

Pendapat yang senada dikemukakan juga oleh Mariam Darus Badruzaman, yang menyatakan, bahwa dari rumusan yang terdapat di dalam Undang-Undang Perbankan mengenai pengertian kredit, dapat disimpulkan dasar perjanjian kredit adalah perjanjian pinjam meminjam di dalam Pasal 1754 KUHPerdato. Perjanjian pinjam-meminjam ini juga mengandung makna luas yaitu objeknya adalah benda yang habis jika *verbruiklening* termasuk di dalamnya uang. Berdasarkan perjanjian pinjam-meminjam ini, pihak penerima pinjaman menjadi pemilik yang dipinjam dan kemudian harus dikembalikan dengan jenis yang sama daripada pihak yang meminjam. Karenanya perjanjian

⁷⁶ R. Subekti. *op.cit.*, hlm. 13.

⁷⁷ Rachmadi Usman, *Op.Cit.*, hlm. 211.

kredit ini merupakan perjanjian yang bersifat riil, yaitu bahwa terjadinya perjanjian kredit ditentukan oleh “penyerahan” uang oleh bank kepada nasabah”.⁷⁸ Namun, sebelum beliau berpendapat, bahwa karena berdasarkan kenyataan perjanjian kredit itu memiliki identitas sendiri yang berbeda dengan perjanjian pinjam uang atau pinjam-meminjam.⁷⁹

Akan tetapi pendapat di atas disangkal pakar hukum lainnya. Djuhaendah Hasan berpendapat, bahwa perjanjian kredit lebih merupakan perjanjian tidak bernama, karena mengenai perjanjian kredit belum ada pengaturan secara khusus baik dalam Undang-Undang manapun termasuk Undang-Undang Perbankan. Pengaturan yang ada tidak mengatur tentang bagaimana bentuk dan isi serta klausula-klausula yang dapat atau mungkin terdapat dalam perjanjian kredit yang dibuat antara bank dengan para debitor.⁸⁰ Perjanjian kredit tidak tepat dikatakan dikuasai oleh ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum, karena antara perjanjian pinjam-meminjam dengan perjanjian kredit terdapat beberapa hal yang berbeda.⁸¹ Perbedaan dimaksud antara lain:

- a. Perjanjian kredit selalu bertujuan dan tujuan tersebut biasanya berkaitan dengan program pembangunan, biasanya dalam pemberian kredit sudah ditentukan tujuan penggunaan uang yang akan diterima tersebut, sedangkan

⁷⁸ Mariam Darus Badruzaman, “Kredit Macet dalam Kerangka Sistem Hukum di Indonesia”. Makalah disajikan pada Seminar Sehari tentang Kredit Macet dan Upaya Penyelesaiannya, hlm. 7-8 dan Mariam Darus Badruzaman. 1994. *Aneka Hukum Bisnis*. Bandung: Alumni, hlm. 110-111.

⁷⁹ Mariam Darus Badruzaman. *Perjanjian Kredit Bank, op. Cit.*, hlm. 11.

⁸⁰ Djuhaendah Hasan, *Hasil penelitian Aspek-aspek Hukum Perjanjian Jaminan dalam Perjanjian Kredit*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, 1993, hlm. 10.

⁸¹ Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain yang Melekat pada Tanah dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horizontal (Suatu Konsep dalam Menyongsong Lahirnya Lembaga Hak Tanggungan)*, Bandung, PT Citra Aditya Bakti, 1996, hlm. 173.

dalam perjanjian pinjam-meminjam tidak ada ketentuan tersebut dan debitor dapat menggunakan uangnya secara bebas;

- b. Dalam perjanjian kredit sudah ditentukan bahwa pemberi kredit adalah bank atau lembaga pembiayaan dan tidak mungkin diberikan oleh individu, sedangkan dalam perjanjian pinjam-meminjam pemberi pinjaman dapat oleh individu;
- c. Pengaturan yang berlaku bagi perjanjian kredit berbeda dengan perjanjian pinjam-meminjam. Bagi perjanjian pinjam-meminjam berlaku ketentuan umum dari Buku III dan Bab XIII Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, sedangkan bagi perjanjian akan berlaku ketentuan dalam Undang-Undang Dasar 1945, ketentuan bidang ekonomi dalam GBHN, ketentuan umum Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Undang-Undang Perbankan, Paket Kebijakan Pemerintah dalam Bidang Ekonomi, terutama bidang Perbankan, Surat Edaran Bank Indonesia, dan sebagainya;
- d. Pada perjanjian kredit telah ditentukan bahwa pengembalian uang pinjaman itu harus disertai bunga, imbalan atau pembagian hasil, sedangkan dalam perjanjian pinjam-meminjam hanya berupa bunga saja dan bunga ini baru ada apabila diperjanjikan;
- e. Pada perjanjian kredit bank harus mempunyai keyakinan akan kemampuan debitor akan pengembalian kredit yang diformulasikan dalam bentuk jaminan, baik materiil maupun immateriil. Sedangkan dalam perjanjian pinjam-meminjam jaminan merupakan pengaman bagi kepastian pelunasan

hutang dan ini pun baru ada apabila diperjanjikan, dan jaminan ini hanya merupakan jaminan secara fisik atau materiil saja.⁸²

Dalam kaitannya dengan suatu pelaksanaan perjanjian kredit, terdapat hubungan hukum antara bank, nasabah peminjam dana, dan penanggung. Ketiga lembaga ini wajib melakukan negosiasi/duduk bersama terkait kemungkinan yang terjadi jika debitor nasabah peminjam dana pailit. Negosiasi ini ada baiknya dituangkan dalam suatu dokumen resmi tertulis yang ditandatangani oleh bank, nasabah dan penanggung agar masing-masing pihak menjadi paham tugas dan fungsinya, termasuk resiko yang akan mereka tanggung jika debitor nasabah peminjam dana jatuh pailit.

6. Faktor Penyebab Kredit Macet

Kredit macet dapat timbul karena berbagai macam sebab yang dikelompokkan menjadi 3 (tiga) golongan, yaitu:

a. Faktor interen bank⁸³

Pertama; rendahnya kemampuan bank atau ketajaman bank melakukan analisis kelayakan permintaan kredit yang diajukan oleh debitor. Rendahnya kemampuan melakukan analisis kredit secara profesional, terutama disebabkan karena rendahnya pengetahuan dan pengalaman petugas bank (termasuk *account officer*) menjalankan tugas tersebut. Sedangkan, tumpulnya analisis kelayakan kredit seringkali terjadi karena pimpinan bank mendapat tekanan halus atau tidak halus dari pihak ketiga untuk meluluskan permintaan kredit. Kedua adalah lemahnya

⁸² *Ibid.*, hlm.174-175.

⁸³ Siswanto Sutojo, *op.cit.*, hlm.186.

sistem informasi kredit serta sistem pengawasan dan administrasi kredit mereka. Akibat sistem pengawasan yang lemah, maka pimpinan bank tidak dapat memantau penggunaan kredit serta perkembangan kegiatan usaha maupun kondisi keuangan debitor. Ketiga; campur tangan yang berlebihan dari para pemegang saham bank dalam keputusan pemberian kredit. Akibat dari hal tersebut adalah dapat menimbulkan pemberian kredit yang menyimpang dari asas perkreditan yang sehat. Keempat; pengikatan jaminan kredit yang kurang sempurna. Jaminan kredit merupakan sumber kedua dana pelunasan kredit. Apabila debitor tidak dapat atau tidak bersedia melunasi saldo kredit dan bunga yang tertunggak, bank dapat mengeksekusi jaminan guna melunasi pinjaman yang tertunggak.

b. Ketidaklayakan debitor⁸⁴

Debitor bank terdiri dari 2 (dua) kelompok, yaitu perorangan dan korporasi. Sumber dana pembayaran bunga dan angsuran kredit sebagian besar debitor perorangan (*customer debtor*) adalah penghasilan tetap mereka, misalnya gaji, upah, dan honorarium. Setiap jenis gangguan terhadap kesinambungan penerimaan penghasilan tetap itu akan mengganggu likuiditas keuangan mereka sehingga menyebabkan ketidaklancaran pembayaran bunga dan/atau cicilan kredit. Penyebab kredit bermasalah perorangan yang lain erat hubungannya dengan gangguan terhadap diri pribadi debitor, misalnya kecelakaan, sakit, kematian dan perceraian. Untuk penyebab kredit korporasi bermasalah lain lagi, diantaranya salah urus (*mismanagement*), kurangnya pengetahuan dan

⁸⁴ Siswanto Sutojo. *Ibid.*, hlm.20.

pengalaman pemilik perusahaan dalam bidang usaha yang mereka jalankan, dan penipuan (*fraud*).

c. Faktor eksteren

Pertama; penurunan kondisi ekonomi moneter negara atau sektor usaha. Bagi banyak perusahaan dampak langsung memburuknya kondisi ekonomi moneter negara adalah menurunnya hasil penjualan barang atau jasa yang mereka hasilkan. Selanjutnya profitabilitas dan likuiditas keuangan mereka menurun, sehingga kemampuan mereka membayar pinjaman terpengaruh. Kedua; bencana alam (kebakaran, banjir, gempa bumi, dan lain sebagainya) yang merusak atau memusnahkan fasilitas produksi yang mereka miliki. Meskipun fasilitas produksi mereka *dicover* oleh asuransi, namun kerugian tersebut dapat mengganggu kelangsungan produksi dan pemasaran produk. Akibatnya likuiditas keuangan perusahaan dapat terganggu. Ketiga; melemahnya kurs nilai tukar mata uang nasional terhadap mata uang asing. Faktor kurs nilai tukar tersebut makin besar pengaruhnya terhadap debitor yang meminjam kredit dalam mata uang asing dan memasarkan produk mereka dalam negeri dengan harga dalam mata uang nasional.

D. Kepailitan

Bila ditelusuri secara lebih mendasar, bahwa istilah “pailit” dijumpai di dalam perbendaharaan bahasa Belanda, Perancis, Latin dan Inggris, dengan istilah yang berbeda-beda. Di dalam bahasa Perancis, istilah “*failit*” artinya pemogokan

atau kemacetan dalam melakukan pembayaran. Oleh sebab itu, orang yang mogok atau macet atau berhenti membayar utangnya di dalam bahasa Perancis disebut *le failit*. Untuk arti yang sama di dalam bahasa Belanda digunakan istilah *failiet*. Sedangkan dalam bahasa Inggris dikenal istilah “*failure*”, dan di dalam bahasa latin dipergunakan istilah “*failire*”.⁸⁵

Kepailitan merupakan suatu proses dimana seorang debitor yang mempunyai kesulitan keuangan untuk membayar utangnya, kemudian dinyatakan pailit oleh Pengadilan, dalam hal ini Pengadilan Niaga, dikarenakan debitor tersebut tidak dapat membayar utangnya.⁸⁶ Kepailitan adalah sita umum yang mencakup seluruh kekayaan debitor untuk kepentingan semua kreditornya. Tujuan kepailitan adalah pembagian kekayaan debitor oleh kurator kepada semua kreditor dengan memperhatikan hak-hak mereka masing-masing.⁸⁷ Dalam Ensiklopedia Ekonomi Keuangan Perdagangan disebutkan bahwa yang dimaksud dengan pailit atau bangkrut, antara lain adalah seseorang yang oleh suatu pengadilan dinyatakan bangkrut, dan yang aktiva atau warisannya telah diperuntukkan untuk membayar utang-utangnya.⁸⁸

Adapun tujuan yang terkandung dalam UUKPKPU secara tersirat untuk melakukan proses likuidasi yang lebih cepat terhadap harta kekayaan debitor yang akan dinyatakan pailit. Proporsi inilah yang mendasari mengapa peraturan

⁸⁵ Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia, Edisi Revisi*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 24.

⁸⁶ J. Djohansyah, “Pengadilan Niaga” didalam Rudy Lontoh (Ed), *Penyelesaian Utang Melalui Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Bandung, 2001, hlm.23.

⁸⁷ Fred. B.G. Tumbuan, Pokok-Pokok Undang-Undang tentang Kepailitan sebagaimana diubah oleh Perpu nomor I/1998 dalam Penyelesaian Utang melalui Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Rudy Lontoh (Ed), Alumni, Bandung, 2001, hlm. 125.

⁸⁸ Abdurrahman A, dalam Munir Fuady, *Hukum Failit dalam Teori dan Praktek*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 8.

kepailitan mengalami banyak perubahan di dalamnya. Hal ini tersurat dalam pertimbangan Perpu Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Tentang Kepailitan yang ditetapkan menjadi Undang-Undang dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 maupun dalam UUKPKPU yang menyatakan bahwa untuk mengatasi gejolak moneter beserta akibatnya yang berat terhadap perekonomian saat ini, salah satu persoalan yang sangat mendesak dan memerlukan pemecahan adalah penyelesaian utang piutang perusahaan dan dengan demikian adanya peraturan kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang yang dapat digunakan oleh para debitor dan kreditor secara adil, cepat, terbuka dan efektif menjadi sangat diperlukan.⁸⁹ Menurut Poerwadarminta, “pailit” artinya “bangkrut”, dan “bangkrut” artinya menderita kerugian besar hingga jatuh (perusahaan, toko dan sebagainya).⁹⁰ Menurut M. Echols dan Shadily dalam buku Ramlan Ginting, *bankrupt* artinya bangkrut, pailit dan *bankruptcy* artinya kebangkrutan, kepailitan.⁹¹ Dalam Pasal 1 ayat (1) UUKPKPU memberikan definisi “Kepailitan” sebagai sita umum, yang mana maksudnya adalah dilakukan sita terhadap seluruh harta kekayaan debitor tanpa terkecuali dan sita tersebut adalah sita yang paling tinggi dalam khazanah kepailitan, yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator maksudnya adalah harta debitor pailit akan didata, lalu dilakukan pengurusan

⁸⁹ M. Hadi Subhan, *Hukum Kepailitan prinsip, Norma dan Praktek Peradilan*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 71-72.

⁹⁰ Ramlan Ginting, Kewenangan Tunggal Bank Indonesia dalam Kepailitan Bank, Buletin Hukum Perbankan dan Kebanksentralan, vol. 2 Nomor 2 bulan Agustus, 2001, hlm.1, mengutip dari WJS Poerwadarminta, Kamus Umum Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, Jakarta, 1999.

⁹¹ Ibid, mengutip dari Jhon M., Echols dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 1979, hlm. 13.

kemudian pemberesan terhadap sejumlah harta tersebut untuk kemudian dapat dibagikan kepada para kreditor dari si debitor pailit, di bawah pengawasan Hakim Pengawas. Hakim Pengawas adalah hakim dalam proses kepailitan di Pengadilan Niaga, yang mana Hakim Pengawas adalah hakim yang ditunjuk oleh Pengadilan dalam putusan pailit atau putusan penundaan kewajiban pembayaran utang.

Kepailitan tidak membebaskan seorang yang dinyatakan pailit dari kewajiban untuk membayar utang-utangnya. Dalam ketentuan umum penjelasan UUKPKPU dijelaskan yang dimaksud dengan Kepailitan dalam Pasal 1 ayat (1), bahwa “Kepailitan adalah sita umum atas semua kekayaan debitor pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator dibawah pengawasan Hakim Pengawas sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini”.

Bahwa sebagai salah satu sarana hukum untuk penyelesaian utang-piutang. Undang-Undang tentang Kepailitan (Faillissement-verordening, Staatsblad 1905:217 juncto. Staatsblad 1906:348). Sebagian besar, materinya tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat dan oleh karena itu telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan, yang kemudian ditetapkan menjadi undang-undang berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, namun perubahan tersebut belum juga memenuhi perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat, sehingga pada tanggal 18 Oktober 2004 ditetapkanlah UUKPKPU.⁹²

⁹² Konsideran huruf (d) UUKPKPU.

Sejarah berlakunya pengaturan ketentuan Kepailitan di Indonesia dapat dilihat pada Kitab Undang-Undang Hukum Dagang pada pasal 230 sampai dengan pasal 243, Staatsblad 190 Nomor 217 juncto Staatsblad 1906 Nomor 348 tentang Undang-Undang Kepailitan, Staatsblad 1926 Nomor 559 juncto Staatsblad 1941 Nomor 44, tentang Reglemen Indonesia yang diperbaharui (*Het Herzein Inlandische Reglement*); Staatsblad 1927 Nomor 227 tentang Reglemen Acara Hukum untuk daerah luar Jawa dan Madura (*Rechtsreglement Buitengewesten*); Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Tahun 1970 Nomor 74, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2951); Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara Tahun 1985 Nomor 73, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3316); Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum (Lembaran Negara Tahun 1986 Nomor 20, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3327). Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang tentang Kepailitan, yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-Undang berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, namun perubahan tersebut belum juga memenuhi perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat, sehingga pada tanggal 18 Oktober 2004 ditetapkanlah UUKPKPU.

1. Sejarah Perkembangan Undang-Undang Kepailitan

Dikaji dari perspektif sejarahnya, pengaturan terhadap kepailitan di Indonesia telah diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan. Apabila dijabarkan ada beberapa fase sebagai sejarah Undang-undang Kepailitan, yaitu:

a. Fase sebelum tahun 1945

Pada awalnya, masalah kepailitan untuk pengusaha Indonesia diatur dalam *wetboek van koophande*, khususnya buku III yang berjudul *van de voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden* (peraturan tentang ketidakmampuan pedagang), yang diatur dalam ketentuan Pasal 749 sampai dengan Pasal 910 *Wvk*, tetapi selanjutnya dicabut berdasarkan ketentuan pasal 2 Verordening ter invoering van de faillissementsverordening (Staatsblad 1906-348). Bagi yang berstatus bukan pedagang (pengusaha) masalah kepailitan diatur dalam ketentuan *reglement op de rechtsvordering* atau yang dikenal sebagai *Rv* (staatsblad 1847-52 jo 1849-63), utamanya ketentuan buku III, bab VII yang tersebut dalam ketentuan Pasal 899-915, yang selanjutnya dicabut dengan Staatsblad 1906-348, Kedua peraturan tersebut merupakan peraturan yang lahir, tumbuh dan berkembang di negeri Belanda yang diterapkan di Indonesia berdasarkan konkordansi. H. Man S. Sastrawidjaja menyebutkan dengan demikian, di negeri Belanda pada waktu itu terjadi dualisme dalam peraturan kepailitan yaitu: 1. Kepailitan bagi pedagang diatur dalam buku III *Wvk* dan 2. Kepailitan bagi bukan pedagang yang diatur dalam buku III *BRV*.)

Pada saat ini ada 2 (dua) ketentuan peraturan tentang kepailitan yang dalam pelaksanaannya menimbulkan problematika seperti adanya berbagai formalitas yang harus dipenuhi, tingginya biaya dan waktu yang relatif lama.

Solusi problematika tersebut, kemudian diundangkan ketentuan *Faillissements verordening* (Staatsblad 1905 No. 217) atau lengkapnya disebut sebagai *verordening op het faillissements en de surseance van betaling voor euro peanein nederlands indie* (Peraturan untuk Kepailitan dan Penundaan pembayaran untuk orang-orang Eropa), berlaku sejak tanggal 1 November 1906, dimaksudkan agar peraturan tentang kepailitan lebih sederhana, biaya yang tidak terlampau tinggi serta mudah pelaksanaannya. Ketentuan *Faillissements verordening* berlaku khusus bagi golongan Eropa dan atau orang-orang yang termasuk dalam golongan Eropa tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 163 *Indische Staatsregeling* yang mengatur penggolongan penduduk Hindia Belanda dan ketentuan hukum yang berlaku bagi mereka konsekuensi yuridis berlakunya ketentuan *Faillissements verordening* sehingga seluruh ketentuan buku III Wvk, Buku III, Bab VII Pasal 899-915 dinyatakan tidak berlaku.

Akan tetapi, betapapun ketentuan *Faillissements verordening* hanya berlaku bagi golongan Eropa saja, bagi golongan penduduk Hindia Belanda lainnya dapat mempergunakannya. Misalnya, bagi golongan Timur Asing Tionghoa dapat mempergunakan ketentuan *Faillissements verordening* melalui lembaga penerapan hukum (*toepasselijkverklaring*) sebagaimana diatur dalam ketentuan Staatsblad 1924 Nomor 556 bagi golongan lainnya, seperti golongan bumiputera dan timur asing bukan Tionghoa, dapat pula mempergunakan peraturan kepailitan tersebut dengan melalui lembaga *vrijwillige onderweping* atas ketentuan hukum perdata dan hukum dagang barat, sebagaimana diatur dalam ketentuan Staatsblad 1917 Nomor 12. Sultan Remy Sjahdeini menyebutkan

penundukan tersebut dapat dilakukan oleh golongan-golongan tersebut terhadap keseluruhan Hukum Perdata Barat, sebagian hukum perdata barat, suatu perbuatan hukum tertentu. Disamping melakukan penundukan secara tegas, penundukan itu dapat pula dilakukan secara diam-diam oleh golongan Bumiputera dan golongan Timur Asing bukan Cina.

b. Fase Tahun 1945

Pada fase ini, berdasarkan ketentuan Pasal II Aturan peralihan UUD 1945 yang berbunyi: “Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini” , sehingga ketentuan *Faillissements verordening* tersebut berlaku pula bagi seluruh lapisan masyarakat Indonesia.

c. Fase Tahun 1945-1948

Pada fase ini, atas dasar ketentuan pasal II aturan peralihan UUD 1945 tersebut, ketentuan *Faillissements verordening* (Staatsblad 1905 No. 217 juncto Staatsblad 1906 No. 348) berlaku bagi seluruh warga negara Indonesia. Selanjutnya, pada kurun waktu 1947-1948 kemudian Pemerintah pendudukan Belanda di Jakarta menerbitkan Peraturan Darurat Kepailitan 1947 (*Noodregeling Faillissementen* 1947) yang tujuannya untuk memberikan dasar hukum bagi penghapusan putusan

kepailitan yang terjadi sebelum jatuhnya Pemerintahan Jepang. Ketentuan tersebut tidak berlaku lagi, mengingat tugas tersebut telah lama selesai.

d. Fase 1948-1998

Pada fase ini ternyata *faillissements verordening* (Staatsblad 1905 Nomor 217 juncto Staatsblad 1906 No. 348) dalam praktiknya jarang dipergunakan karena banyak ditemukan kendalanya.

e. Fase 1998-2004

Pada fase ini, peraturan kepailitan yang diatur dalam Staatsblad 1905 Nomor 21 juncto Staatsblad 1906 No. 348 yang dikenal sebagai *faillissements verordening* dicabut. Pada tanggal 22 April 1998 Pemerintah Indonesia telah menetapkan Perpu Nomor 1 tahun 1998 tentang perubahan atas Undang-undang Kepailitan (LNRI Tahun 1998 Nomor 87), yang kemudian disetujui menjadi Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang perubahan atas Undang-Undang Kepailitan, pada tanggal 9 September 1998 (LNRI No. 135).

Ada beberapa latar belakang diadakannya perubahan atas Undang-Undang Kepailitan tersebut, yang menurut konsiderannya adalah sebagai berikut:⁹³

- a. Gejolak moneter yang terjadi di Indonesia sejak pertengahan tahun 1997 telah memberi pengaruh yang tidak menguntungkan terhadap perekonomian

⁹³ Rudhy A. Lontoh, *Penyelesaian Utang Melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Bandung, 2001, hlm. 117.

nasional, dan menimbulkan persoalan yang besar dikalangan dunia usaha untuk meneruskan kegiatannya termasuk dalam memenuhi kewajiban kepada kreditor;

- b. Untuk memberi kesempatan kepada pihak kreditor dan perusahaan sebagai debitor untuk mengupayakan penyelesaian yang adil, diperlukan sarana hukum yang dapat digunakan secara cepat terbuka dan efektif;
- c. Salah satu sarana hukum yang menjadi landasan bagi penyelesaian utang piutang adalah peraturan tentang kepailitan, termasuk peraturan tentang Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU);
- d. Peraturan kepailitan yang masih berlaku, yaitu *faillissements verordening* memerlukan penyempurnaan dan penyesuaian dengan keadaan dan kebutuhan bagi penyelesaian utang piutang;
- e. Untuk mengatasi gejolak moneter beserta akibatnya yang berat terhadap perekonomian dewasa ini, salah satu persoalan yang sangat mendesak dan memerlukan pemecahan adalah penyelesaian utang-piutang perusahaan, sehingga adanya peraturan kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang yang dapat digunakan oleh kreditor dan para kreditor secara cepat, terbuka dan efektif menjadi sangat perlu untuk segera diwujudkan;
- f. Selain untuk memenuhi kebutuhan dalam rangka penyelesaian utang piutang diatas, terwujudnya mekanisme penyelesaian sengketa secara adil, cepat, terbuka dan efektif melalui suatu pengadilan khusus di lingkungan peradilan umum yang dibentuk dan bertugas menangani, memeriksa dan memutus berbagai sengketa tertentu di bidang perniagaan termasuk di bidang

kepailitan dan penundaan pembayaran, juga sangat diperlukan dalam penyelenggaraan kegiatan usaha dan kehidupan perekonomian pada umumnya;

- g. Sehubungan dengan kebutuhan yang sangat mendesak bagi penyelesaian masalah tersebut diatas, dipandang perlu untuk secepatnya melakukan penyempurnaan terhadap beberapa ketentuan dalam Undang-undang tentang kepailitan (Staatsblad 1905 Nomor 217 juncto Staatsblad 1906 Nomor 348) tersebut;
- h. Apabila dicermati, ketentuan UU Nomor 4 Tahun 1998 relatif lebih maju dan lengkap diperbandingkan dengan UU terdahulu. Dari sekian banyak kemajuan tersebut dapat disebutkan tentang aspek yang mengatur hukum secara proses administrasi, pemeriksaan dan penyelesaian permohonan pailit sebagai berikut:⁹⁴
 - 1) Panitera menyampaikan permohonan pernyataan pailit kepada Ketua Pengadilan Negeri dalam jangka waktu paling didaftarkan (Pasal 4 ayat (3) UU Nomor 4 Tahun 1998).
 - 2) Dalam jangka waktu paling lambat 2x24 jam terhitung sejak mempelajari permohonan dan menetapkan hari sidang. (pasal 4 ayat (4) UU Nomor 4 Tahun 1998).
 - 3) Sidang pemeriksaan atas permohonan pernyataan pailit diselenggarakan dalam jangka waktu paling lambat 20 (dua puluh) hari terhitung sejak

⁹⁴ *Ibid.*,

tanggal permohonan didaftarkan. (pasal 4 ayat (5) UU No. 4 Tahun 1998).

- 4) Pengadilan wajib memanggil debitor dan dapat memanggil kreditor dan pemanggilan tersebut dilakukan oleh panitera paling lambat 7 (tujuh) hari sebelum sidang pemeriksaan pertama diselenggarakan (pasal 6 ayat (1), ayat (2) UU No.4 Tahun 1998).
- 5) Upaya hukum yang dapat dilakukan terhadap putusan pernyataan pailit adalah kasasi atau peninjauan kembali kepada mahkamah agung RI. (pasal 8 ayat (1), pasal 11 UU No. 4 Tahun 1998).
- 6) Mahkamah agung RI dalam jangka waktu paling lambat 2 x 24 jam terhitung sejak tanggal permohonan kasasi diterima oleh panitera mahkamah agung, mempelajari permohonan tersebut dan menetapkan hari sidang. (pasal 10 ayat (1) UU No.4 Tahun 1998).
- 7) Sidang pemeriksaan atas permohonan kasasi dilakukan dalam jangka waktu paling lambat 20 (dua puluh) hari terhitung sejak tanggal permohonan kasasi didaftarkan. (pasal 10 ayat (2) UU No. 4 Tahun 1998).
- 8) Putusan atas permohonan kasasi harus ditetapkan dalam sejak tanggal permohonan kasasi didaftarkan. (pasal 10 ayat (3) UU No. 4 Tahun 1998)
- 9) Dalam jangka waktu paling lambat 2 x 24 jam terhitung sejak tanggal putusan atas permohonan kasasi ditetapkan Mahkamah Agung wajib menyampaikan kepada panitera, pemohon, termohon dan kurator serta

hakim pengawas, salinan putusan kasasi yang memuat secara lengkap pertimbangan hukum yang mendasari putusan tersebut. (pasal 10 ayat (5) UU No. 4 Tahun 1998).

- 10) Dalam putusan pernyataan pailit harus diangkat seorang hakim pengawas yang ditunjuk pengadilan dan kurator. Dalam hal debitor atau kreditor tidak mengajukan usul pengangkatan kurator lain kepada pengadilan, balai harta peninggalan bertindak sebagai kurator (Pasal 13 ayat (1), (2) UU No. 4 Tahun 1998).

Dalam perjalanan berlakunya UU Nomor 4 Tahun 1998 tersebut ternyata tidak dapat memenuhi perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat, karena semakin pesatnya perkembangan perekonomian dan perdagangan yang berakibat semakin banyak pula permasalahan utang piutang yang timbul di masyarakat. Sebagai salah satu sarana hukum untuk penyelesaian utang piutang, UUKPKPU pada tanggal 18 oktober 2004 (LNRI Tahun 2004 No. 131). Walaupun demikian, apabila diperbandingkan, tidak semua ketentuan UU Nomor 4 Tahun 1998 diganti. Berdasarkan ketentuan Pasal 305 UU No. 37 Tahun 2004 disebutkan bahwa: Semua peraturan perundang-undangan yang merupakan pelaksanaan dari undang-undang kepailitan (Faillissements Verordening Staatblad 1905-217 juncto staatsblad 1906:348) yang diubah dengan peraturan pemerintah pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang perubahan atas undang-undang tentang Kepailitan yang ditetapkan menjadi undang-undang berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 pada saat undang-undang ini diundangkan, masih

tetap berlaku sejauh tidak bertentangan dan/atau belum diganti dengan peraturan baru berdasarkan undang-undang ini.

f. Fase 2004-sekarang

Pada fase ini kemudian dibentuk UU baru tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Untuk itu, diundangkanlah ketentuan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang pada tanggal 18 Oktober 2004 (LNRI Tahun 2004 Nomor 131). Eksistensi Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 yang mengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, dapat ditemukan di konsiderans huruf d UUKPKPU

Pada dasarnya, dari fase yang jelas dijelaskan dimuka bahwasannya kepailitan dapat dikonklusikan menjadi 3 (tiga) fase peraturan perundang-undangan yaitu fase Staatsblad 1905 Nomor 217 juncto Staatsblad 1906 Nomor 348 tentang *Faillissements Verordening*, kemudian fase Perpu Nomor 1 Tahun 1998 jo UU Nomor 4 Tahun 1998 dan fase Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004. Apabila diperbandingkan secara global, ketentuan fase peraturan perundang-undangan tentang kepailitan yang pernah dan tengah berlaku saat ini selaku hukum positif (*ius constitutum/ius operatum*) dapat dideskripsikan sebagai berikut:⁹⁵

- 1) *Faillissements Verordening* terdiri atas:
 - a) Bab kesatu mengatur perihal kepailitan, dari ketentuan pasal 1 sampai dengan pasal 211;

⁹⁵ Prabowo Wingjosumarto, *Hukum Kepailitan Selayang Pandang (Himpunan Makalah)*, Tatanusa, Jakarta, 2003, hlm. 103-104.

- b) Bab kedua tentang pengunduran pembayaran (*Surseance van betaling*) yang diatur dalam ketentuan Pasal 212 sampai dengan Pasal 279.
- 2) UU Nomor 4 Tahun 1998
 - a) Bab kesatu tentang kepailitan, yang diatur dari ketentuan Pasal 1 sampai dengan Pasal 211.
 - b) Bab kedua perihal penundaan kewajiban pembayaran utang, diatur dalam Pasal 212 sampai dengan Pasal 279.
 - c) Bab ketiga mengatur pengadilan niaga, ketentuan Pasal 280 sampai dengan Pasal 289.
- 3) UU Nomor 37 tahun 2004
 - a) Bab kesatu mengatur tentang ketentuan umum Pasal 1 angka 1 sampai dengan angka 11.
 - b) Bab kedua tentang kepailitan yang diatur dari ketentuan Pasal 2 sampai dengan Pasal 221.
 - c) Bab ketiga mengatur tentang penundaan kewajiban pembayaran utang (PKPU) yang diatur dalam ketentuan Pasal 222 sampai dengan Pasal 294.
 - d) Bab keempat tentang peninjauan kembali yang diatur dari ketentuan pasal 295 sampai dengan Pasal 298.
 - e) Bab kelima tentang ketentuan lain-lain yang diatur dalam ketentuan pasal 299 sampai dengan Pasal 308.

Apabila dijabarkan, ketentuan UUKPKPU terdiri atas 7 (tujuh) Bab, yaitu Bab 1 tentang ketentuan umum (Pasal 1); Bab II tentang Kepailitan (Pasal 2 sampai dengan Pasal 221); Bab III tentang Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (Pasal 222 sampai dengan Pasal 294); Bab IV tentang Permohonan Peninjauan

Kembali (Pasal 295 sampai dengan Pasal 298); Bab V tentang Ketentuan Lain-Lain (Pasal 299 sampai dengan Pasal 303); Bab VI tentang Ketentuan Peralihan (Pasal 304 sampai dengan Pasal 305) dan Bab VII tentang ketentuan penutup (Pasal 306 sampai dengan Pasal 308). Pembentuk UU dalam penjelasan menyebutkan beberapa faktor perlunya pengaturan mengenai kepailitan dan PKPU: Pertama, untuk menghindari perebutan harta debitor apabila dalam waktu yang sama ada beberapa kreditor yang menagih piutangnya dari debitor. Kedua, untuk menghindari adanya kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang menuntut haknya dengan cara menjual barang milik debitor tanpa memperhatikan kepentingan debitor atau para kreditor lainnya. Ketiga, untuk menghindari adanya kecurangan-kecurangan yang dilakukan oleh salah seorang kreditor atau debitor sendiri. Misalnya, debitor berusaha untuk memberi keuntungan kepada seorang atau beberapa orang kreditor tertentu sehingga kreditor lainnya dirugikan, atau adanya perbuatan curang dari debitor untuk melarikan semua harta kekayaannya dengan maksud untuk melepaskan tanggung jawabnya terhadap para kreditor.

Apabila dianalisis lebih detail, ada beberapa materi pokok yang baru yang terdapat dalam UUKPKPU:⁹⁶

1) UUKPKPU memberi batasan utang secara limitatif sehingga tidak menjadi multi tafsir. Ketentuan Pasal 1 angka 6 menyebutkan utang adalah kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul dikemudian hari atau kontinjen, yang timbul karena perjanjian atau

⁹⁶ *Ibid.*, hlm. 106.

Undang-Undang dan yang wajib dipenuhi oleh debitor dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada kreditor untuk dapat pemenuhannya dari harta kekayaan debitor;

2) Adanya pengaturan secara pasti dan detail tentang syarat-syarat, subjek dan prosedur permohonan kepailitan dan PKPU beserta pengambilan putusnya. Syarat utama untuk dapat dinyatakan pailit bahwa seorang debitor mempunyai paling sedikit 2 (dua) kreditor dan tidak membayar lunas salah satu utangnya yang sudah jatuh waktu. Dalam pengaturan pembayaran ini, tersangkut baik kepentingan debitor sendiri, maupun kepentingan para kreditornya. Dengan adanya putusan pernyataan pailit tersebut, diharapkan agar harta pailit debitor dapat digunakan untuk membayar kembali seluruh utang debitor secara adil dan merata serta berimbang;

3) Diatur mengenai cara melakukan gugatan terhadap perusahaan asuransi hanya dapat diajukan oleh Menteri Keuangan sebagaimana ketentuan Pasal 2 ayat (5) UUKPKPU.

Putusan pernyataan pailit mengubah status hukum seseorang menjadi tidak cakap melakukan perbuatan hukum, menguasai dan mengurus harta kekayaannya sejak putusan pernyataan pailit diucapkan. Syarat utama untuk dapat dinyatakan pailit adalah bahwa seorang debitor mempunyai paling sedikit 2 (dua) kreditor dan tidak membayar lunas salah satu utangnya yang sudah jatuh waktu. Dalam pengaturan pembayaran ini, tersangkut baik kepentingan debitor sendiri maupun

kepentingan para kreditornya. Dengan adanya putusan pernyataan pailit tersebut diharapkan agar harta pailit debitor dapat digunakan untuk membayar kembali seluruh utang debitor secara adil dan merata serta seimbang.

Undang-Undang Kepailitan diadakan untuk memberikan perlindungan kepada para kreditor apabila debitor tidak membayar utang-utangnya. Dengan Undang-Undang Kepailitan diharapkan para kreditor dapat memperoleh akses terhadap harta kekayaan dari debitor yang dinyatakan pailit, karena debitor tidak mampu lagi membayar utang-utangnya. Dalam peristiwa kepailitan terdapat banyak kepentingan para *stakeholder* yang lain dari debitor yang dinyatakan pailit, lebih-lebih apabila Debitor itu adalah suatu perusahaan. Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas mengakui bahwa yang terkait dengan kehidupan suatu perseroan adalah:

- a. Kepentingan Perseroan;
- b. Kepentingan Pemegang saham minoritas;
- c. Kepentingan karyawan perseroan;
- d. Kepentingan masyarakat;
- e. Kepentingan persaingan sehat dalam melakukan usaha.

Kepentingan masyarakat yang harus diperhatikan oleh Undang-Undang Kepailitan adalah kepentingan-kepentingan :

- a. Negara yang hidup dari Pajak, yang dibayar oleh debitor;
- b. Masyarakat yang memerlukan kesempatan kerja dari debitor;
- c. Masyarakat yang memasok barang dan jasa kepada debitor;

- d. Masyarakat yang tergantung hidupnya dari pasokan barang dan jasa debitor, baik mereka itu selaku konsumen maupun selaku pedagang.

2. Subyek Pemohon Pailit

Menurut Imran Nating, di dalam rumusan Pasal 2 UUKPKPU, ada beberapa pihak yang dapat memohonkan pailit, antara lain sebagai berikut.⁹⁷

a. Debitor (Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU)

Dalam setiap hal diisyaratkan bahwa debitor mempunyai lebih dari satu orang kreditor karena merasa tidak mampu atau sudah tidak dapat membayar utang-utangnya, dapat mengajukan permohonan pailit terhadap dirinya sendiri. Debitor harus membuktikan bahwa ia mempunyai dua atau lebih kreditor serta juga membuktikan bahwa ia tidak dapat membayar salah satu utangnya yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih. Bagi debitor yang telah menikah, diperlukan persetujuan suami istrinya karena hal ini menyangkut harta bersama, kecuali apabila tidak ada percampuran harta (Pasal 1330 ayat (3) KUHPerdara).

b. Kreditor (Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU)

Berdasarkan Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU, seorang kreditor atau lebih, baik secara sendiri-sendiri maupun secara bersama-sama dapat mengajukan permohonan pailit selama memenuhi syarat yang telah ditentukan oleh

⁹⁷ Imran Nating, *Peranan dan Tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pembesaran Harta Pailit*, Edisi Revisi, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 37.

UUKPKPU. Kreditor yang mengajukan permohonan kepailitan bagi debitor harus memenuhi syarat bahwa hak-hak tuntutanya terbukti secara sederhana atau pembuktian mengenai hak kreditor untuk menagih juga dilakukan secara sederhana.⁹⁸

c. Kejaksanaan (Pasal 2 ayat (2) UUKPKPU)

Apabila permohonan pernyataan pailit yang mengandung unsur alasan untuk kepentingan umum tidak dipenuhi oleh kejaksanaan, permohonan pernyataan pailit itu harusnya ditolak.⁹⁹ Kepentingan umum dapat diinterpretasikan sebagai kepentingan bangsa dan negara dan/atau kepentingan masyarakat luas, misalnya:

- 1) Debitor melarikan diri;
- 2) Debitor menggelapkan bagian dari harta kekayaan;
- 3) Debitor mempunyai utang kepada BUMN atau Badan Usaha lain yang menghimpun dana dari masyarakat;
- 4) Debitor mempunyai utang yang berasal dari penghimpunan dana dari masyarakat luas;
- 5) Debitor tidak beritikad baik atau tidak kooperatif dalam menyelesaikan masalah utang piutang yang telah jatuh waktu; atau
- 6) Dalam hal lainnya yang menurut kejaksanaan merupakan kepentingan

⁹⁸ Lee A. Weng, Tinjauan Pasal demi Pasal Fv (Faillissements-verordening) S 1905 Nomor 217 Jo. S. 1906 Nomor 348 Jis Perpu Nomor 1 Tahun 1998 dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, Medan, 2001, hlm.68.

⁹⁹ Dapat dilihat dalam Penjelasan Pasal 1 Peraturan Pemerintah Nomor 17 Tahun 2000.

umum.¹⁰⁰

Selain harus memenuhi alasan untuk kepentingan umum, juga harus memenuhi unsur (i) debitor memiliki dua atau lebih kreditor yang mempunyai utang dan telah jatuh waktu dan dapat ditagih, (ii) tidak ada pihak lain yang mengajukan permohonan pailit (Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan).

d. Bank Indonesia (Pasal 2 ayat (3) UUKPKPU)

Bank Indonesia adalah salah satunya yang dapat mengajukan permohonan pailit jika debitornya adalah suatu bank.¹⁰¹

e. Badan Pengawas Pasar Modal

Badan Pengawas Pasar Modal adalah satu-satunya yang dapat mengajukan permohonan pailit, jika debitornya adalah perusahaan efek.

f. Menteri Keuangan

Menteri Keuangan merupakan satu-satunya pihak yang dapat mengajukan permohonan pailit terhadap asuransi, perusahaan reasuransi, dana pensiun dan badan usaha milik Negara yang bergerak dibidang kepentingan publik. Dengan dipisahkannya UUKPKPU, sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 telah terdapat kepastian mengenai pengertian

¹⁰⁰ Jono, *Hukum Kepailitan*, Sinar Grafika, Jakarta 2007, hlm 12.

¹⁰¹ Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 tentang Bank Indonesia

”kreditor” sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU. Dari penjelasan tersebut terlihat bahwa UUKPKPU memperbolehkan seorang kreditor separatis untuk mengajukan permohonan pailit kepada debitor tanpa harus melepaskan hak agunan atas kebendaan. Hal tersebut tampak lebih jelas lagi dalam Pasal 138 UUKPKPU.

Mengenai siapa yang dapat mengajukan permohonan kepailitan, dapat ditarik suatu pemahaman bahwa Undang-Undang Kepailitan tidak mempersoalkan kebangsaan seorang kreditor. Seorang kreditor asing, sebagaimana kreditor Indonesia dapat mengajukan permohonan kepailitan.¹⁰² Untuk diketahui juga bahwa peranan advokat yang hanya memiliki ijin praktek (advokat) menjadi sangat penting, sebab segala permohonan dan upaya hukum yang berkaitan dengan kepailitan harus diajukan oleh seorang advokat kecuali permohonan sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (2) UUKPKPU.¹⁰³

Selanjutnya akibat hukum dari permohonan pailit dari pihak sebagaimana telah diuraikan diatas, hak dan kewajiban si pailit beralih kepada kurator untuk mengurus dan menguasai boedelnya. Akan tetapi si pailit berhak melakukan tindakan-tindakan atas harta kekayaannya, sepanjang tindakan itu membawa/memberikan keuntungan/manfaat bagi boedelnya. Sebaliknya tindakan yang tidak memberikan manfaat bagi boedel, tidak mengikat boedel tersebut.¹⁰⁴

3. Akibat Pernyataan Pailit

¹⁰² Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law*, Tatanusa, Jakarta, 1999, hlm. 34.

¹⁰³ Pasal 7 UUKPKPU;

¹⁰⁴ Lee A. Weng, dalam Imran Nating, *ibid*, hlm. 40.

Secara umum akibat pernyataan pailit adalah sebagai berikut:¹⁰⁵

- a. Kekayaan debitor pailit yang masuk harta pailit merupakan sitaan umum atas harta pihak yang dinyatakan pailit. Menurut Pasal 21 UUKPKPU, harta pailit meliputi seluruh kekayaan debitor pada waktu putusan pailit diucapkan serta segala kekayaan yang diperoleh debitor pailit selama kepailitan;
- b. Kepailitan semata-mata hanya mengenai harta pailit dan tidak mengenai diri pribadi debitor pailit. Misalnya seseorang dapat tetap melangsungkan pernikahan meskipun ia dinyatakan pailit;
- c. Debitor pailit demi hukum kehilangan hak untuk mengurus dan menguasai kekayaannya yang termasuk harta pailit sejak hari putusan pailit diucapkan (Pasal 24 UUKPKPU);
- d. Segala perikatan debitor yang timbul sesudah putusan pailit diucapkan, tidak dapat dibayar dari harta pailit kecuali jika menguntungkan harta pailit (Pasal 25 UUKPKPU);
- e. Harta pailit diurus dan dikuasai kurator untuk kepentingan semua para kreditor dan debitor dan hakim pengawas memimpin dan mengawasi pelaksanaan jalannya kepailitan;
- f. Tuntutan dan gugatan mengenai hak dan kewajiban harta pailit harus diajukan oleh atau terhadap kurator (Pasal 26 ayat (1) UUKPKPU);
- g. Semua tuntutan atau yang bertujuan mendapatkan pelunasan suatu perikatan dari harta pailit, dan dari harta debitor sendiri selama kepailitan harus

¹⁰⁵ Sutan Remy Sjahdeini, dalam Imran Nating, *op.cit.*, hlm. 40.

diajukan dengan cara melaporkannya untuk dicocokkan (Pasal 27 UUKPKPU);

- h. Dengan memperhatikan ketentuan Pasal 56, Pasal 57 dan Pasal 58 UUKPKPU, kreditor pemegang hak gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotek atau hak agunan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusi haknya seolah-olah tidak ada kepailitan (Pasal 51 ayat (1) UUKPKPU). Pihak kreditor yang berhak menahan barang kepunyaan debitor hingga dibayar tagihan kreditor tersebut (hak retensi), tidak kehilangan hak untuk menahan barang tersebut meskipun ada putusan pailit (Pasal 61 UUKPKPU);
- i. Hak eksekusi kreditor yang dijamin sebagaimana disebut dalam Pasal 55 ayat (1) UUKPKPU, dan pihak ketiga untuk menuntut hartanya yang berada dalam penguasaan debitor pailit atau kurator, ditangguhkan maksimum untuk 90 (sembilan puluh) hari setelah putusan pailit diucapkan (Pasal 56 ayat (1) UUKPKPU).

Pengertian kepailitan sebagaimana yang sudah dijelaskan dan dipaparkan di atas dapat disimpulkan sebagai berikut:¹⁰⁶

1. Kepailitan dimaksudkan untuk mencegah adanya penyitaan serta eksekusi yang dimintakan oleh kreditor secara perorangan atau bahkan adanya penjarahan oleh para kreditor secara perorangan atau bahkan adanya penjarahan oleh para kreditor yang menginginkan uangnya kembali;
2. Menghentikan kewenangan debitor pada bidang hukum harta kekayaan selama berlangsungnya proses kepailitan;

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm.16.

3. Kepailitan hanya berhubungan dengan harta benda debitor, tidak menyangkut pribadinya, sehingga secara hukum debitor tetap cakap untuk melakukan perbuatan hukum di luar harta kekayaan yang dijadikan obyek pada perjanjian yang dilakukan. Sebagai contoh bahwa debitor tetap mempunyai hak sebagai kepala keluarga, juga hak yang timbul dari kedudukannya sebagai orang tua.

Pengertian kepailitan sebagaimana yang sudah dijelaskan dan dipaparkan di atas dapat disimpulkan sebagai berikut:¹⁰⁷

1. Kepailitan dimaksudkan untuk mencegah adanya penyitaan serta eksekusi yang dimintakan oleh kreditor secara perorangan atau bahkan adanya penjarahan oleh para kreditor secara perorangan atau bahkan adanya penjarahan oleh para kreditor yang menginginkan uangnya kembali;
2. Menghentikan kewenangan debitor pada bidang hukum harta kekayaan selama berlangsungnya proses kepailitan;
3. Kepailitan hanya berhubungan dengan harta benda debitor, tidak menyangkut pribadinya, sehingga secara hukum debitor tetap cakap untuk melakukan perbuatan hukum di luar harta kekayaan yang dijadikan obyek pada perjanjian yang dilakukan. Sebagai contoh bahwa debitor tetap mempunyai hak sebagai kepala keluarga, juga hak yang timbul dari kedudukannya sebagai orang tua.

¹⁰⁷ *Ibid*, hlm. 16.

4. Pengadilan Niaga

Hal yang melatar belakangi dibentuknya pengadilan khusus sebagaimana disebutkan dalam Pasal 13 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Pengadilan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, dalam Pasal 15 yang menyatakan:

1. Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan Undang-Undang;
2. Peradilan Syariah Islam di Provinsi Nangroe Aceh Darussalam merupakan pengadilan khusus dalam lingkungan peradilan agama sepanjang kewenangannya menyangkut kewenangan peradilan agama, dan merupakan pengadilan khusus dalam lingkungan peradilan umum sepanjang kewenangannya menyangkut kewenangan peradilan umum. Kemudian hal tersebut dipertegas oleh Pasal 8 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 Tentang Peradilan Umum yang menyatakan bahwa di lingkungan Peradilan Umum dapat diadakan pengkhususan yang diatur dengan Undang-Undang. Dengan demikian Undang-Undang memberikan ruang untuk terbentuknya Pengadilan Khusus yang berada dibawah lingkungan Peradilan Umum dengan syarat bahwa pembentukan Pengadilan Khusus tersebut ditetapkan dengan Undang-Undang.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Jono, *Hukum Kepailitan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm. 81-82.

Secara khusus Pengadilan Niaga dibentuk atas dasar Peraturan perundang-undangan yang menangani secara terbatas masalah-masalah yang berkaitan dengan kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang debitor. Pembentukan Pengadilan Niaga ini merupakan diferensiasi atas peradilan umum. Salah satu hal yang merupakan “andalan” dari Undang-Undang Kepailitan adalah introduksinya pengadilan khusus (dengan hakim-hakim khusus) untuk memeriksa dan memutuskan perkara-perkara di bidang perniagaan termasuk tetapi tidak terbatas pada pemeriksaan perkara kepailitan. Sesuai dengan penjelasan atas Pasal 284 ayat (1) UUKPKPU, maka Ketua Mahkamah Agung mempunyai kewajiban untuk membimbing dan mengawasi jalannya Peradilan Niaga ini agar terpenuhinya prinsip-prinsip hukum dari Peradilan Niaga.

Adapun prinsip-prinsip hukum dari Peradilan Niaga adalah sebagai berikut:

- a. Prinsip kesinambungan; dalam hal ini Ketua Mahkamah Agung harus menjamin terselenggaranya persidangan secara berkesinambungan;
- b. Prinsip persidangan yang baik; yang dimaksudkan adalah tersedianya prosedur peradilan niaga yang cepat, efektif, dan terekam dengan baik;
- c. Prinsip putusan yang baik; dalam hal ini kepada para pencari keadilan haruslah tersedia putusan yang tertulis dengan memuat pertimbangan-pertimbangan yang cukup yang mendasari putusan yang bersangkutan; dan
- d. Prinsip kearsipan yang baik; untuk itu setiap putusan haruslah diberi arsip dengan baik dan diterbitkan secara berkala.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Munir Fuady, *op.cit*, hlm. 19.

5. Asas-asas Hukum Kepailitan

Dalam UUKPKPU didasarkan pada beberapa asas, antara lain adalah:¹¹⁰

1. Asas Keseimbangan

Dalam UUKPKPU mengatur beberapa ketentuan yang merupakan perwujudan dari asas keseimbangan, yaitu disatu pihak terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadi penyalahgunaan pranata dan kepailitan oleh debitor yang tidak jujur, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh lembaga kreditor yang tidak beritikad baik.

2. Asas kelangsungan Usaha

Dalam undang-undang ini, terdapat ketentuan yang memungkinkan perusahaan debitor yang prospektif tetap dilangsungkan.

3. Asas Keadilan

Dalam kepailitan, asas keadilan mengandung pengertian, bahwa ketentuan mengenai kepailitan dapat memenuhi rasa keadilan bagi para pihak yang berkepentingan. Asas keadilan ini untuk mencegah kesewenang-wenangan pihak penagih yang mengusahakan pembayaran atas tagihan masing-masing terhadap debitor, dengan tidak memperdulikan kreditor lainnya.

4. Asas Integrasi

¹¹⁰ <http://digilib.unila.ac.id/20432/12/BAB%20II%20TINJAUAN%20PUSTAKA.pdf>.
[diunduh pada 08/04/2020, pukul 21.00]

Asas Integrasi dalam Undang-Undang Kepailitan mengandung pengertian bahwa sistim hukum formil dan hukum materilnya merupakan suatu kesatuan yang utuh dari sistem hukum perdata dan hukum acara perdata nasional. Undang-Undang baru tentang Kepailitan dan PKPU mempunyai cakupan yang lebih luas baik dari segi norma, ruang lingkup materi, maupun proses penyelesaian utang-piutang. Cakupan yang lebih luas tersebut diperlukan, karena adanya perkembangan dan kebutuhan hukum dalam masyarakat sedangkan ketentuan yang selama ini berlaku belum memadai sebagai sarana hukum untuk menyelesaikan masalah utang-piutang secara adil, cepat, terbuka dan efektif.

Penerapan asas keadilan dalam hukum kepailitan tercermin dalam 3 (tiga) prinsip penyelesaian utang debitor terhadap para kreditornya. Dalam penyelesaian utang dari debitor kepada kreditor, menurut M. Hadi Shubhan terdapat 3 (tiga) prinsip, antara lain prinsip *paritas creditorian*, prinsip *paripasu pro rata parte*, dan prinsip *structured creditors* merupakan prinsip utama penyelesaian utang dari debitor terhadap para kreditornya. Prinsip *paritas creditorium* (kesetaraan kedudukan para kreditor) menentukan bahwa para kreditor mempunyai hak yang sama terhadap semua harta benda debitor. Apabila debitor tidak dapat membayar utangnya, maka harta kekayaan debitor menjadi sasaran kreditor. Prinsip *paripassu pro rata parte* berarti bahwa harta kekayaan tersebut merupakan jaminan bersama untuk para kreditor dan hasilnya harus dibagikan secara proposional antara mereka, kecuali antara para kreditor itu ada yang menurut undang-undang

harus didahulukan dalam menerima pembayaran tagihannya. Adapun prinsip *structured creditors* adalah prinsip yang mengklasifikasikan dan mengelompokkan berbagai macam kedudukan debitor sesuai dengan kelasnya masing-masing.¹¹¹

Pendapat beberapa ahli di atas menyebutkan bahwa berbagai prinsip didalam hukum kepailitan bertujuan untuk menciptakan kepastian hukum dan keadilan baik bagi kreditor maupun debitor. Dalam prinsipnya terkandung maksud menyetarakan kedudukan kreditor dalam pengembalian utang debitor atas harta kekayaan debitor. Tetapi walau terdapat kesetaraan debitor terhadap harta-harta debitor sebagai kepastian pengembalian utang debitor, kepada kreditor khusus kreditor-kreditor yang pemenuhan haknya harus didahulukan, perlu ditentukan juga pengaturannya di dalam hukum kepailitan.

Menurut Sultan Remy Sjahdeini, suatu Undang-Undang Kepailitan, termasuk Undang-undang Kepailitan Indonesia, seyogyanya memuat asas-asas sebagai berikut:¹¹²

- a. Undang-Undang Kepailitan harus dapat mendorong kegairahan investasi asing, mendorong pasar modal, dan memudahkan perusahaan Indonesia memperoleh kredit dari luar negeri;
- b. Undang-Undang Kepailitan harus memberikan perlindungan yang seimbang bagi kreditor dan debitor;

¹¹¹ M. Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma dan Praktik Peradilan*, Edisi I, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 28.

¹¹² Sutan Remi Sjahdeini, *Hukum Kepailitan: Memahami Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2010, hlm. 53.

- c. Putusan pernyataan pailit seyogyanya berdasarkan persetujuan para kreditor mayoritas;
- d. Permohonan pernyataan pailit seyogyanya hanya dapat diajukan terhadap debitor yang insolven yaitu yang tidak membayar utang-utangnya kepada para kreditor mayoritas;
- e. Sejak dimulainya pengajuan permohonan pernyataan pailit seyogyanya diberlakukan keadaan diam (*standstill* atau *stay*);
- f. Undang-Undang Kepailitan harus mengakui hak separatis dari kreditor pemegang hak jaminan;
- g. Permohonan pernyataan pailit harus diputuskan dalam waktu yang tidak berlarut larut;
- h. Proses kepailitan harus terbuka untuk umum;
- i. Pengurus Perusahaan yang karena kesalahannya mengakibatkan perusahaan dinyatakan pailit harus bertanggung jawab secara pribadi;
- j. Undang-Undang Kepailitan seyogyanya memungkinkan utang debitor diupayakan direstrukturisasi terlebih dahulu sebelum diajukan permohonan pernyataan pailit;
- k. Undang-Undang Kepailitan harus mengkriminalisasi kecurangan menyangkut kepailitan debitor.

Keberadaan undang-undang kepailitan di Indonesia berdasarkan UUKPKPU harus dapat mendorong investasi asing dan menumbuhkan kehidupan pasar modal.

Selain itu, undang-undang kepailitan harus memudahkan perusahaan-perusahaan Indonesia untuk memperoleh kredit dari luar negeri. Untuk dapat mencapai tujuan tersebut, maka Undang-undang Kepailitan seyogyanya memuat asas-asas dan ketentuan-ketentuan yang dapat diterima secara global (*globally accepted principles*). Asas-asas tersebut harus merupakan asas-asas yang sejalan dengan asas-asas hukum kepailitan dari negara-negara para pemodal (*investor*) dan kreditor asing. Oleh karena itu, undang-undang kepailitan Indonesia bukan saja harus sejalan dengan falsafah Pancasila tetapi hendaknya juga memuat *globally accepted principles* dari suatu undang-undang kepailitan yang modern, yaitu seperti yang berlaku di negara-negara maju, misalnya Amerika Serikat, Uni Eropa (seperti Inggris, Jerman, Perancis, Belanda, Jepang dan lain-lain).¹¹³

Dari perkembangan sejarah hukum dan pengertian kepailitan tersebut dapat diklasifikasikan konsep dasar kepailitan adalah sebagai berikut:¹¹⁴

- a. *Debt collection* merupakan konsep pembalasan dari kreditor terhadap debitor pailit dengan menagih klaimnya terhadap debitor atau harta debitor;
- b. *Debt forgiveness* dimanifestasikan dalam bentuk *asset exemption* (beberapa harta debitor dikecualikan terhadap budel pailit), *relief from imprisonment* (tidak dipenjara karena gagal membayar utang), *moratorium* (penundaan pembayaran untuk jangka waktu tertentu), dan *discharge of indebtedness* (pembebasan debitor atau harta debitor untuk membayar utang pembayaran yang benar-benar tidak dapat dipenuhinya);

¹¹³ *Ibid.*,

¹¹⁴ Rahayu Hartini, *Penyelesaian Sengketa Kepailitan di Indonesia; Dualisme Kewenangan Pengadilan Kepailitan & Lembaga Arbitrase*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta, 2009), hlm.75-76.

- c. *Debt adjustment* merupakan hak distribusi dari para kreditor sebagai suatu grup, dengan menerapkan prinsip *pro rata distribution* atau *structured prorata* (pembagian berdasarkan kelas kreditor) serta reorganisasi serta Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU).

Sehingga secara singkat, dapat dinyatakan bahwa tujuan kepailitan adalah pembagian kekayaan debitor oleh kurator kepada semua kreditor dengan memperhatikan hak-hak mereka masing-masing. Dengan demikian hukum kepailitan dibutuhkan sebagai alat *collective proceeding*, dalam rangka mengatasi *collective action problem* yang timbul dari kepentingan masing – masing kreditor. Artinya, hukum kepailitan memberikan suatu mekanisme dimana para kreditor dapat bersama-sama menentukan apakah sebaiknya perusahaan atau harta kekayaan debitor diteruskan kelangsungan usahanya atau tidak, dan dapat memaksa kreditor minoritas mengikuti *skim* karena adanya prosedur pemungutan suara.¹¹⁵ Dalam penjelasan umum UUKPKPU dikemukakan mengenai beberapa faktor perlunya pengaturan mengenai kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang, yaitu:¹¹⁶

- a. Untuk menghindari perebutan harta debitor apabila dalam waktu yang sama ada beberapa kreditor yang menagih piutangnya dari debitor.
- b. Untuk menghindari adanya kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang menuntut haknya dengan cara menjual barang milik debitor tanpa memperhatikan kepentingan debitor atau para kreditor lainnya.

¹¹⁵ Syamsudin Sinaga, *Hukum Kepailitan Indonesia*, Tatanusa, Jakarta, 2012, hlm.34.

¹¹⁶ *Ibid.*,

- c. Untuk menghindari adanya kecurangan-kecurangan yang dilakukan oleh salah seorang kreditor atau debitor sendiri. Misalnya, debitor berusaha untuk memberi keuntungan kepada seorang atau beberapa orang kreditor tertentu sehingga kreditor lainnya dirugikan, atau adanya perbuatan curang dari debitor untuk melarikan semua harta kekayaannya dengan maksud untuk melepaskan tanggung jawabnya terhadap para kreditor.

Ketiga hal itulah yang menurut pembuat UUKPKPU merupakan tujuan dibentuknya undang-undang tersebut yang merupakan produk hukum nasional yang sesuai dengan kebutuhan dan pembangunan hukum masyarakat. Dapat dinyatakan bahwa tujuan-tujuan dari hukum kepailitan adalah:¹¹⁷

- a. Melindungi para kreditor konkuren untuk memperoleh hak mereka sehubungan dengan berlakunya asas jaminan, bahwa “semua harta kekayaan debitor baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang telah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi jaminan bagi perikatan debitor,” yaitu dengan cara memberikan fasilitas dan prosedur untuk mereka dapat memenuhi tagihan-tagihannya terhadap debitor. Menurut hukum Indonesia, asas jaminan tersebut dijamin oleh Pasal 1131 KUHPerdara. Hukum kepailitan menghindarkan terjadinya saling rebut di antara para kreditor terhadap harta debitor berkenaan dengan asas jaminan tersebut. Tanpa adanya undang-undang kepailitan, maka akan terjadi kreditor

¹¹⁷ Sudargo Gautama, *Komentar Atas Peraturan Kepailitan Untuk Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm.20.

yang lebih kuat akan mendapatkan bagian yang lebih banyak daripada kreditor yang lemah.¹¹⁸

- b. Menjamin agar pembagian harta kekayaan debitor di antara para kreditor sesuai dengan asas *pari passu* (membagi secara proporsional harta kekayaan debitor kepada para kreditor konkuren atau *unsecured creditors* berdasarkan pertimbangan besarnya tagihan masing-masing). Di dalam hukum Indonesia, asas *pari passu* dijamin oleh Pasal 1132 KUHPerduta.¹¹⁹
- c. Mencegah agar debitor tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dapat merugikan kepentingan para kreditor. Dengan dinyatakan seorang debitor pailit, maka debitor menjadi tidak lagi memiliki kewenangan untuk mengurus dan mengalihkan harta kekayaannya. Putusan pailit memberikan status hukum dari harta kekayaan debitor berada di bawah sita umum (disebut harta pailit).¹²⁰
- d. Pada hukum kepailitan Amerika Serikat, kepada debitor yang beritikad baik memberikan perlindungan dari para kreditornya, dengan cara memperoleh pembebasan utang. Menurut hukum kepailitan Amerika Serikat, seorang debitor perorangan (*individual debtor*) akan dibebaskan dari utang- utangnya setelah tindakan pemberesan atau likuidasi terhadap harta kekayaannya selesai. Untuk debitor yang nilai harta kekayaannya setelah dilikuidasi atau dijual oleh likuidator tidak cukup untuk melunasi seluruh utang-utangnya kepada para kreditornya tersebut, tidak lagi diwajibkan untuk melunasi utang-utang tersebut. Kepada debitor tersebut diberi kesempatan untuk memperoleh

¹¹⁸ *Ibid.*, hlm.21.

¹¹⁹ *Ibid.*, hlm.22.

¹²⁰ *Ibid.*, hlm.22.

financial fresh start. Debitor tersebut dapat memulai kembali melakukan bisnis tanpa dibebani dengan utang-utang yang menggantung dari masa lampau sebelum putusan pailit. *Financial fresh start* hanya diberikan kepada debitor pailit perorangan dan tidak diberikan kepada debitor badan hukum. Jalan keluar yang dapat ditempuh oleh perusahaan yang pailit ialah membubarkan perusahaan debitor yang pailit itu setelah likuidasi berakhir. Menurut UUKPKPU, *financial fresh start* tidak diberikan kepada debitor, baik debitor perorangan maupun debitor badan hukum setelah tindakan pemberesan oleh kurator selesai dilakukan. Artinya, apabila setelah tindakan pemberesan atau likuidasi terhadap harta kekayaan debitor selesai dilakukan oleh kurator dan ternyata masih terdapat utang yang belum lunas, debitor tersebut masih tetap harus menyelesaikan utang-utangnya. Penjelasan umum UUKPKPU menyatakan “Kepailitan tidak membebaskan seorang yang dinyatakan pailit dari kewajiban untuk membayar utang-utangnya”.¹²¹ Setelah tindakan pemberesan atau likuidasi selesai dilakukan oleh kurator, debitor kembali diberikan kewenangan untuk melakukan tindakan hukum yang berkaitan dengan harta kekayaannya, artinya debitor boleh kembali melakukan kegiatan usaha, tetapi tetap berkewajiban untuk menyelesaikan utang-utang yang belum lunas.

- e. Menghukum pengurus yang karena kesalahannya telah mengakibatkan perusahaan mengalami keadaan keuangan yang buruk sehingga perusahaan

¹²¹ *Ibid.*, hlm.22.

mengalami keadaan insolvensi dan kemudian dinyatakan pailit oleh pengadilan.

- f. Memberikan kesempatan kepada debitor dan para kreditornya untuk berunding dan membuat kesepakatan mengenai restrukturisasi utang-utang debitor. Dalam *Bankruptcy Code* Amerika Serikat, hal ini diatur di dalam *Chapter 11* mengenai *Reorganization*. Di dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia, kesempatan bagi debitor untuk mencapai kesepakatan restrukturisasi utang – utangnya dengan para kreditornya diatur dalam Bab III tentang Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU).

Permohonan mengajukan permohonan pernyataan pailit kepada Ketua Pengadilan Niaga. Panitera Pengadilan Niaga wajib mendaftarkan permohonan tersebut pada tanggal permohonan yang bersangkutan diajukan dan kepada pemohon diberikan tanda terima tertulis yang ditandatangani oleh pejabat yang berwenang dengan tanggal yang sama dengan tanggal pendaftaran. Pasal 6 ayat (3) UUKPKPU mewajibkan panitera untuk menolak pendaftaran permohonan pernyataan pailit bagi institusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) jika dilakukan tidak sesuai dengan ketentuan dalam ayat-ayat tersebut.

Kurator mempunyai tugas utama yaitu melakukan pengurusan dan pemberesan harta pailit. Agar kurator menjalankan tugasnya tersebut sesuai dengan aturan hak dan tidak sewenang-wenang, maka perlu ada bentuk pengawasan terhadap tindak-tindakan kurator. Disinilah perlunya peranan hakim pengawas untuk mengawasi setiap tindakan kurator. Dalam putusan pernyataan

pailit harus diangkat seorang hakim pengawas yang ditunjuk oleh hakim Pengadilan Niaga. Tindakan pengawasan yang dilakukan oleh Hakim Pengawas dituangkan dalam bentuk penetapan dan/atau dalam berita acara rapat. Penetapan tersebut bersifat final and binding, dan dapat dilaksanakan terlebih dahulu, kecuali Undang-Undang menentukan lain. Penetapan tersebut sebagai dasar bagi kurator dalam menjalankan tugas-tugasnya mengurus dan membereskan harta debitor pailit. Adapun tugas dari Hakim Pengawas adalah sebagai berikut:¹²² Hakim pengawas berwenang untuk mendengar keterangan saksi atau memerintahkan penyelidikan oleh para ahli untuk memperoleh kejelasan tentang segala hal mengenai kepailitan. Tugas hakim pengawas juga dapat dilihat dalam rapat kreditor, yaitu bertindak sebagai ketua. Hakim pengawas menentukan hari, tanggal, waktu, dan tempat rapat kreditor pertama, yang harus diselenggarakan dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari setelah tanggal putusan pailit diucapkan. Dalam hal pencocokan piutang, paling lambat 14 (empat belas) hari setelah putusan pernyataan pailit diucapkan, hakim pengawas harus menetapkan: batas akhir pengajuan tagihan; batas akhir verifikasi pajak untuk menentukan besarnya kewajiban pajak sesuai dengan peraturan perundang-undangan di bidang perpajakan; hari, tanggal, waktu, dan tempat rapat Kreditor untuk mengadakan pencocokan piutang.

E. Teori Kepastian Hukum

¹²² Anonim, *Tugas Kurator dan Hakim Pengawas*, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/c1738/tugas-tugas-kurator-dan-hakim-pengawas>, [diakses tanggal 25/04/2020, pukul 10.39]

Radburch menyatakan bahwa kepastian hukum bukan satu-satunya nilai yang harus ditegakkan oleh hukum, juga bukan nilai yang menentukan. Di samping kepastian hukum, terdapat 2 (dua) nilai lain, yakni kemanfaatan (*utility*) dan keadilan (*justice*). Namun, Radburch menekankan bahwa kepastian hukum merupakan *middle place* antara kedua nilai-nilai lain karena kepastian hukum diperlukan tidak hanya untuk kepentingan publik, tetapi juga keadilan. Bahkan ketika menyoroiti fenomena Pemerintahan Nazi yang ditandai oleh ketidakpastian hukum, Radburch menyatakan:

“Saya berpendapat bahwa setelah dua belas tahun menyangkal kepastian hukum, kita perlu lebih dari sebelumnya untuk mempersenjatai diri dengan legal form untuk melawan godaan yang dapat dengan mudah datang ke setiap orang yang telah hidup melalui tahun-tahun ancaman dan penindasan. Kita harus mencari keadilan, tetapi pada saat yang sama harus menghadirkan kepastian hukum, sebab kepastian hukum itu sendiri merupakan komponen keadilan.¹²³”

Dalam karya pasca perang itu, Radburch bukan hanya mengoreksi pandangan sebelumnya, tetapi juga membatasi ruang lingkup aplikasinya. Radburch mengungkapkan untuk pertama kalinya 2 (dua) formula yang menggambarkan ketika hukum tidak berlaku (*valid*) atau ketika ia tidak lagi memiliki sifat hukum. Radburch menguraikan tentang perbedaan waktu biasa yakni waktu untuk kepastian hukum dan waktu luar biasa yakni waktu untuk mempertimbangkan keadilan.

Pernyataan di atas mempertegas sudut pandang Radburch bahwa penegakan hukum harus didasarkan pada prinsip kepastian hukum, yang merefleksikan kehendak hukum positif. Namun kepastian hukum harus diabaikan

¹²³ Gustav Radburch, *Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law*, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, 26:1, *Oxford Journal of Legal Studies* (2006), p.6

jika ia secara radikal bertentangan dengan prinsip keadilan. Menurut Radburch, kondisi itu terjadi ketika suatu undang-undang tidak lagi mencerminkan semangat keadilan, yang dalam bahasa Radbruch disebut dengan istilah “hukum cacat” (*flawed law*). Poin penting dalam pemikiran Radburch adalah perbedaan antara waktu biasa dan waktu luar biasa. Waktu biasa adalah ketika suatu hukum positif mencerminkan keadilan masyarakat, sementara waktu luar biasa adalah ketika hukum positif tidak lagi mencerminkan keadilan masyarakat.

Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya, sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan. Penciptaan kepastian hukum dalam peraturan perundang-undangan, memerlukan persyaratan yang berkenaan dengan struktur internal dari norma hukum itu sendiri. Persyaratan internal tersebut adalah sebagai berikut: 1. Kejelasan konsep yang digunakan. Norma hukum berisi deskripsi mengenai perilaku tertentu yang kemudian disatukan ke dalam konsep tertentu; 2. Kejelasan hierarki kewenangan dari lembaga pembentuk peraturan perundang-undangan. Kejelasan hierarki ini penting karena menyangkut sah atau tidak dan mengikat atau tidaknya peraturan perundang-undangan yang dibuatnya. Kejelasan hierarki akan memberikan arahan kepada pembentuk hukum yang mempunyai kewenangan untuk membentuk suatu peraturan perundang-undangan tertentu.¹²⁴ Konsistensi norma hukum perundang-undangan. Ketentuan-ketentuan dari sejumlah peraturan perundang-undangan yang terkait dengan satu subjek tertentu, tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lain.

¹²⁴ *Ibid.*, hlm.7.

F. Teori Kepailitan

Beberapa norma hukum kepailitan bertumbuh dan berkembang dari prinsip hukum Romawi pada masa awal sejarah hukum kepailitan klasik. Misalnya, *collective execution* atau sita umum atas harta debitor yang diatur dalam Pasal 21 UUPKPU dibangun dari prinsip *bonorum emptio* atau disebut juga *bonorum vendito*. Menurut Levinthal, *bonorum emptio* atau *bonorum vendito* lahir dari sistem hukum kepailitan Romawi yang menjadi cikal bakal dan fondasi utama dari seluruh sistem hukum kepailitan yang ada pada saat ini.¹²⁵ *Bonorum emptio* atau *vendito* adalah eksekusi harta pailit pertama yang lebih manusiawi yang diperkenalkan pada masa Rutilius dan Julianus berkuasa. *Bonorum distractio* maupun *bonorum vendito* adalah prosedur pembayaran utang yang ditujukan untuk debitor perorangan pada umumnya. Ada kondisi yang harus terpenuhi untuk menggunakan proses ini yaitu, dalam hal debitor melarikan diri, debitor tidak melaksanakan putusan untuk membayar utangnya dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari atau debitor mengakui berutang, namun tidak melakukan tindakan apapun untuk melunasi utangnya.¹²⁶

Pembayaran utang berdasarkan prinsip *bonorum emptio* dilakukan dengan cara kreditor mengajukan permohonan untuk mendapatkan pembayaran utang debitor kepada *Praetor*. Selanjutnya *Praetor* akan mengeluarkan perintah untuk memiliki harta debitor yang disebut sebagai *missio in possessionem*. Surat *missio in possessionem* ini merupakan surat penyitaan yang menjadi alas hak kreditor

¹²⁵ Louis Edward Levinthal, *The Early History of Bankruptcy Law*, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 66, No. 5/6, (April, 1918), hlm. 237.

¹²⁶ *Ibid.*

untuk mengambil pelunasan utangnya dari harta debitor. Setelah seluruh harta debitor disita dan dikumpulkan, para kreditor menunjuk salah seorang kreditor sebagai perwakilan mereka yang disebut sebagai *magister atau curator* yang akan mengawasi dan menjual harta tersebut kepada penawar tertinggi (*bonorum emptor*). Setelah harta debitor dijual kepada penawar dengan harga tertinggi, maka hasil penjualan barang akan digunakan untuk membayar seluruh kreditor secara *pro rata*.¹²⁷

Dari praktik sita umum dan penjualan umum harta debitor di zaman Romawi kuno tersebut dapat disimpulkan bahwa sita umum (*bonorum distraction* maupun *bonorum vendito*) tidak dilakukan secara serta merta kepada debitor yang tidak membayar utangnya, akan tetapi ada serangkaian syarat yang harus dipenuhi, yaitu sebagai berikut:¹²⁸

1. Debitor dalam kondisi tidak membayar utangnya. Debitor telah diberi waktu dan kesempatan untuk membayar utangnya namun debitor tidak melakukannya atau debitor melarikan diri;
2. Sita umum tidak dapat dilakukan langsung oleh kreditor akan tetapi harus dimohonkan pada *Pretor*;
3. Perintah untuk melakukan sita umum atas harta debitor dikeluarkan oleh pihak yang berwenang yaitu *Pretor*;
4. Rencana penjualan harta secara umum harus dipublikasikan kepada masyarakat luas;

¹²⁷ *Ibid.*, hlm. 226, 235 dan 236.

¹²⁸ *Ibid.*,

5. Harta debitor pailit yang telah disita umum (*mission in bona*) harus dijual di depan umum dengan harga tertinggi;
6. Penjualan harta debitor harus dilakukan oleh pihak netral yang kompeten (*magistrate* atau *curator*);
7. Kreditor mendapatkan pembayaran secara *pro rata*.

Selain itu dikenal juga pembayaran utang berdasarkan prinsip *bonorum distraction* yang merupakan versi baru dari *bonorum vendito*. Sita umum berdasarkan *bonorum distraction* semula hanya diberlakukan kepada anggota senat yang tidak membayar utangnya. Pembayaran utang anggota senat diatur secara khusus dalam *senates consultum* yang dilakukan dengan cara, pertama-tama kreditor mengajukan permohonan sita pada *magistrate* dan kemudian *magistrate* mengeluarkan surat sita yang disebut *missio in bona*. Kemudian Praetor akan menunjuk seseorang yang disebut *curator* yang bertugas menyimpan harta debitor dan melakukan pembayaran utang kepada kreditor.¹²⁹ Prosedur pembayaran utang anggota senat dilakukan tanpa harus melakukan penjualan harta debitor, dan untuk pertama kalinya istilah dan fungsi *Curator* atau kurator mulai dikenal dalam hukum kepailitan dan terus digunakan hingga saat ini.

UUKPKPU mengadopsi praktik Romawi klasik *bonorum distraction* maupun *bonorum vendito* dalam menyelesaikan pembayaran utang debitor dengan jalur kepailitan atau sita umum (*general attachment*). Prosedur pembayaran utang berdasarkan prinsip *bonorum vendito* telah diadopsi sebagai prinsip yang mendasari norma dalam UUKPKPU yang mengatur harta pailit berada di bawah

¹²⁹ *Ibid.*, hlm. 235

sita umum terhitung sejak debitor dinyatakan pailit dan ditempatkan di bawah pengurusan kurator. Hal tersebut secara eksplisit dan implisit terkandung dalam Pasal 1 angka 1, Pasal 21, Pasal 24, Pasal 185, dan Pasal 189 UUKPKPU.

Sedangkan tata cara pembayaran utang bagi anggota senator yang diatur berdasarkan *senator actus* (dan kemudian menjadi *bonorum distraction*) diadopsi dalam penundaan kewajiban pembayaran utang atau reorganisasi utang (PKPU), dimana berlaku prinsip *debtor in possession* yaitu harta debitor tidak disita secara umum dan tetap dikuasai dan urus sendiri oleh debitor dibawah pengawasan seorang Pengurus.

Dalam praktik hukum Romawi kuno juga dikenal istilah *cession bonorum* yang diterapkan hanya kepada kepailitan debitor yang terjadi bukan karena akibat kecerobohnya. Debitor yang tidak lagi mampu membayar utang-utangnya bukan karena kecerobohnya diizinkan untuk melakukan pembayaran utang dengan mengajukan kesepakatan damai dengan para kreditor. Levinthal berpendapat bahwa sistem ini merupakan cikal bakal dari perdamaian sukarela dengan kreditor.¹³⁰ UUKPKPU juga mengadopsi *cession bonorum* dalam menyelesaikan pembayaran utang, baik melalui prosedur kepailitan sebagaimana diatur dalam Pasal 144 jo Pasal 166 ayat (1) maupun melalui prosedur penundaan pembayaran utang dalam Pasal 222 juncto Pasal 265 juncto Pasal 285 dan 286 UUKPKPU. Jika perdamaian tercapai, maka kepailitan debitor berakhir demi hukum dan para kreditor dibayar sesuai dengan kesepakatan damai yang telah disetujui oleh Pengadilan Niaga. Sedangkan jika perdamaian tercapai pada fase

¹³⁰ *Ibid.*, hlm. 238.

penundaan pembayaran utang, hal itu akan mencegah debitor menjadi pailit demi hukum.

Dalam praktiknya, hukum kepailitan di seluruh dunia menganut teori kombinasi antara *creditors bargain theory*, *procedure theory* dengan *contractarian approach* atau teori *multiple values*. Penggabungan teori tersebut adalah dalam rangka memberdayakan hukum kepailitan sebagai prosedur hukum penagihan dan pembayaran utang debitor secara kolektif. Adapun perlakuan yang berkaitan dengan etika maupun kepentingan publik akibat dari peristiwa kepailitan mendapat porsi maupun penekanan yang berbeda-beda di tiap-tiap negara berdasarkan sistem hukum, kebijakan hukum dan ekonomi maupun budaya hukum masing-masing negara.

UUKPKPU Indonesia secara fundamental menganut teori universalis kepailitan yang diadopsi dari Pasal 1131 dan 1132 KUHPerdara yang mengatur tentang pembayaran secara *pari passu* dan *pro rata parte*. Prinsip *collective execution* terkandung pada Pasal 21, Pasal 59, Pasal 178, dan 187 UUKPKPU yang mengatur seluruh harta debitor berada di bawah sita umum sejak debitor dinyatakan pailit oleh Pengadilan Niaga. *Collective execution* atau sita umum harta debitor pailit tidak dikecualikan dari harta debitor yang berstatus sebagai jaminan utang, meskipun Pasal 55 UUKPKPU menyatakan dengan tegas bahwa para kreditor pemegang hak jaminan atas kebendaan (gadai, hak tanggungan, jaminan fidusia, hipotik, dan hak agunan lainnya) dapat mengeksekusi haknya seolah-olah tidak terjadi kepailitan.

Collective execution atau sita umum dalam UUKPKPU belum memiliki kekuatan eksekutorial karena tujuannya semata-mata untuk mengamankan harta pailit dengan cara menghimpun dan membekukan/menghentikan segala tindakan hukum atas harta pailit, termasuk membekukan hak kreditor separatis untuk melaksanakan hak parate eksekusi atas harta debitor yang menjadi jaminan piutangnya. Pembekuan ini berlaku paling lama 90 (sembilan puluh) hari.¹³¹ Sita umum demi hukum baru memperoleh titel eksekutorial terhitung sejak debitor telah insolven, yaitu ketika harta pailit demi hukum dinyatakan tidak mampu membayar. Keadaan insolven secara implisit diatur dalam Pasal 57 ayat (1) dan Pasal 178 ayat (1) juncto Pasal 184 ayat (1) UUKPKPU. UUKPKPU terlihat jelas memberi perlindungan khusus pada kepentingan publik dengan cara membatasi pihak yang memiliki *persona standi in judicio* untuk mengajukan permohonan pailit suatu *entity* yang kegiatan usahanya menyangkut kepentingan masyarakat luas seperti Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau yang sifat kegiatannya menggalang dana dari masyarakat luas seperti bank, perusahaan asuransi, dana pensiun atau perusahaan efek.¹³²

Dengan tetap memperhatikan ketentuan Pasal 15 ayat (1), kurator harus memulai pemberesan dan menjual semua harta pailit tanpa perlu memperoleh persetujuan atau bantuan debitor apabila:

- a. Usul untuk mengurus perusahaan debitor tidak diajukan dalam jangka waktu sebagaimana diatur dalam undang-undang ini, atau usul tersebut telah diajukan tetapi ditolak;

¹³¹ UUKPKPU, Pasal 56.

¹³² UUKPKPU, Pasal 2 ayat (2), (3), (4), dan (5).

b. Atau pengurusan terhadap perusahaan debitor diberhentikan.

Dalam perkembangannya, sifat umum dari eksekusi secara kolektif mengalami perubahan dengan diakuinya hak-hak khusus dari kreditor separatis dan kreditor preferen. Berdasarkan prinsip *prior tempore potior jure*, yang bermakna siapa yang terdahulu dalam hukum adalah lebih kuat, hak kebendaan yang dibuat lebih dahulu adalah lebih kuat daripada yang buat kemudian. Kreditor yang piutangnya dijamin dengan suatu hak kebendaan dari debitor akan ditempatkan diluar eksekusi secara kolektif. Di sini, terlihat bahwa prinsip prioritas yang berlaku dalam hukum kepailitan klasik yang dahulu dinilai tidak memberi keadilan ternyata tidak mati atau ditinggalkan sepenuhnya, akan tetapi tetap hidup dengan pemaknaan yang lebih manusiawi.

Prinsip prioritas yang semula menempatkan siapa yang paling cepat mengeksekusi harta debitor akan mendapat pembayaran telah mengalami pergeseran makna menjadi prioritas pembayaran dari harta pailit diberikan hanya kepada kreditor separatis karena mereka memiliki hak *in rem* atas harta debitor. Dengan demikian, kreditor separatis tidak perlu berlomba-lomba dengan kreditor konkuren lainnya untuk mengeksekusi harta debitor. Bahkan kreditor separatis diposisikan berada diluar kepailitan debitor dan dapat mengeksekusi sendiri haknya seolah-olah tidak terjadi kepailitan setelah melewati masa *stay* atau *stand still* yang berlaku paling lama 90 (sembilan puluh) hari.

Ketentuan menempatkan kreditor berada diluar kepailitan debitornya diatur dalam Pasal 55 ayat (1) UUKPKPU.¹³³ Teori universalis pada umumnya dianut oleh semua sistem hukum yang ada di dunia termasuk Indonesia. Jika ditelusuri lebih jauh, tampaknya UUKPKPU tidak sepenuhnya menganut teori *contractarian approach* yang mengidealkan tujuan utama hukum kepailitan untuk meningkatkan nilai aset pailit dengan cara *going concern* atau memberikan kesempatan usaha debitor pailit untuk tetap berjalan sebagaimana biasanya. Sayangnya, tujuan meningkatkan harta pailit tersebut juga beriringan dengan meningkatnya tagihan-tagihan yang akan menjadi beban dari harta pailit. Hal ini dikarenakan teori *contractarian approach* menginginkan hukum kepailitan tidak hanya memperhatikan hak-hak kreditor yang terikat kontrak dengan debitor, namun juga hak-hak pihak lainnya yang kepentingannya tidak diatur dalam hukum kepailitan.

UUKPKPU memang menganut prinsip *going concern* namun urusan *going concern* tersebut diserahkan pada kewenangan kurator pada awal kepailitan berlangsung. Selanjutnya, jika terjadi keadaan insolven para kreditor konkuren berdasarkan suara terbanyak dapat mengusulkan usaha-usaha debitor pailit tetap dilanjutkan beroperasi.¹³⁴ Di samping itu UUKPKPU mengakui hanya 3 (tiga) kelompok kreditor yang berhak atas harta pailit yang pembayarannya ditentukan

¹³³ Jika debitor pailit, kreditor separatis berdasarkan hak jaminan kebendaan yang dimilikinya atas harta debitor (seperti gadai, hipotek, fiducia, hak tanggungan atau hak retensi atas barang) tetap dapat melaksanakan hak *parate executie* atas harta pailit. Namun hak tersebut dibekukan sesaat yaitu paling lama 90 hari. Selama masa pembekuan tersebut, kreditor separatis berkewajiban mendaftarkan piutangnya kepada kurator untuk dicocokkan dalam rapat kreditor.

¹³⁴ Lihat Pasal 104 UUKPKPU yang memberi kewenangan kurator dapat melanjutkan usaha debitor pailit (*going concern*) meskipun putusan pailit diajukan upaya hukum. Pasal 179 ayat (1) UUKPKPU memberi kesempatan kepada para kreditor maupun kurator untuk mengusulkan usaha debitor dilanjutkan (*going concern*) jika debitor tidak mengajukan proposal perdamaian atau proposal perdamaian diajukan tetapi ditolak oleh mayoritas kreditor konkuren.

berdasarkan jenis tagihannya yaitu kreditor separatis yang posisinya berada diluar kepailitan debitor.¹³⁵ Kreditor preferen yang diistimewakan pembayaran tagihannya berdasarkan undang-undang¹³⁶ dan kreditor konkuren yang tagihannya tidak dijamin dengan hak kebendaan dari harta pailit. UUKPKPU tidak sekedar membatasi kelompok kreditor yang berhak atas harta pailit, lebih jauh lagi UUKPKPU memberi hak pada kreditor untuk memutuskan apakah suatu tagihan dapat diterima atau ditolak dalam rapat verifikasi utang. Tujuan dari ketentuan ini adalah untuk menyaring tagihan-tagihan fiktif maupun nilai tagihan *mark up* yang akan membebani harta pailit sehingga mengurangi hak-hak kreditor konkuren.

Tidak seperti hukum kepailitan modern di negara lain, seperti Amerika Serikat, UUKPKPU tidak bertujuan memberi *fresh start* bagi debitor. Hal ini jelas tergambar dari skema prosedur kepailitan maupun prosedur PKPU yang diatur dalam UUKPKPU yang kesemuanya akan berakhir dengan melikuidasi harta debitor apabila tidak terdapat kesepakatan pembayaran utang secara berdamai antara debitor dengan para kreditor. Usulan untuk meneruskan usaha debitor pailit sebagai *going concern* dengan maksud meningkatkan nilai harta pailit hanyalah sebuah pilihan (alternatif meningkatkan nilai harta pailit) dan bukan tujuan utama dari UUKPKPU. Sementara itu, *contractarian approach theory* menekankan *going concern* dan pemberian *fresh start* sebagai tujuan utama hukum kepailitan dalam rangka meningkatkan nilai harta pailit. Ketentuan

¹³⁵ UUKPKPU, Pasal 55 ayat (1) dan Pasal 61

¹³⁶ Pasal 60 ayat (2) mengenai kewajiban pembayaran tagihan kreditor preferen didahulukan jo. Pasal 17 ayat (5), Pasal 189 ayat (5) UUKPKPU yang mengatur mengenai imbalan jasa kurator dan biaya kepailitan sebagai tagihan preferen atau didahulukan pembayarannya. Jika hasil penjualan harta pailit tidak mencukupi untuk membayar seluruh piutang preferen maka kreditor preferen demi hukum berkedudukan sebagai kreditor konkuren untuk sejumlah kekurangan pembayaran tersebut.

tersebut makin mempertegas bahwa UUKPKPU menganut teori *creditor's bargaining* dalam bentuk *creditors friendly bankruptcy law*.

Bercermin lebih dekat dari negara tetangga, yaitu Singapura, pengajuan permohonan kepailitan debitor tidaklah terlalu mudah seperti yang dipersyaratkan dalam UUKPKPU. Di Singapura, suatu permohonan kepailitan, harus memenuhi beberapa persyaratan yang dimuat dalam *Bankruptcy Act Revised Edition 2009* yang antara lain: 1. Jumlah utang atau jumlah keseluruhan utang tidak kurang dari \$15.000 (lima belas ribu dollar); 2. Utang atau masing-masing utang harus dibayarkan segera oleh debitor; 3. Debitor tidak dapat membayar utang atau semua hutangnya; 4. Apabila utang tersebut dilaksanakan di luar Singapura, maka utang tersebut haruslah dengan pengajuan permohonan di Singapura.

Berdasarkan cakupan penjelasan tersebut di atas, kepailitan hanya dapat dilakukan dengan nilai minimal utang tertentu, sehingga tidak semua utang dapat menjadi alasan untuk mempailitkan debitor. Persyaratan ketiga, yakni debitor tidak dapat membayar utang atau semua hutangnya, secara tersirat menunjukkan bahwa yang dapat dipailitkan hanyalah debitor yang berada dalam keadaan insolven. Insolven adalah suatu keadaan tidak mampu membayar dari debitor. Apabila debitor tidak membayar utang dengan penyebab ketidakmauan membayar (*willingness to pay*), maka tidak dapat diajukan dengan melakukan permohonan pailit namun dengan jenis perbuatan hukum yang lain. Menurut peneliti, ini tentu sangat baik karena Singapura sangat berusaha supaya pailit menjadi jalan terakhir (dan bukan dilakukan dengan begitu mudahnya, sehingga pailit menjadi hal yang biasa). Berdasarkan persyaratan yang telah disebutkan di atas, dapat dikatakan

bahwa *Bankruptcy Act Revised Edition 2009* (peraturan hukum kepailitan di Singapura) ini bersifat *debtor friendly* (ramah terhadap debitor), karena tidak mudah untuk mempailitkan debitor.

Teori Team Production of bankruptcy reorganization yang mengusung *debtors friendly bankruptcy law* tidak dikenal dalam UUKPKPU. UUKPKPU telah mengatur dengan tegas bahwa setelah debitor dinyatakan pailit, maka demi hukum debitor kehilangan kewenangannya untuk mengurus harta dan usahanya. Selanjutnya kewenangan tersebut akan digantikan oleh kurator atau Balai Harta Peninggalan (BHP) yang ditunjuk dalam putusan pailit¹³⁷. Oleh karena UUKPKPU diberlakukan pada orang perorangan maupun badan hukum (*legal entity*), pembekuan hak debitor pailit untuk mengurus harta dan usahanya juga diberlakukan pada Dewan Direksi Perusahaan yang pailit. Berkaitan dengan pengurusan dan pemberesan harta pailit, kewenangan ada pada kurator atau Balai Harta Peninggalan yang ditunjuk dalam putusan pailit.¹³⁸

Hukum Kepailitan Indonesia secara tegas telah menentukan siapa pihak yang berwenang mengurus harta pailit ketika kepailitan diakhiri dengan likuidasi atau diakhiri dengan reorganisasi utang. Dengan demikian, UUKPKPU tidak memberikan celah pada Direksi selaku pengurus dari perseroan yang telah dinyatakan pailit untuk mengambil alih kewenangan kurator atau Balai Harta

¹³⁷ Pasal 24 ayat (1) UUKPKPU menyatakan: “Debitor demi hukum kehilangan haknya untuk menguasai dan mengurus kekayaannya yang termasuk dalam harta pailit, sejak tanggal putusan pailit diucapkan.”

¹³⁸ Lihat ketentuan Pasal 70 ayat (1) jo Pasal 69 ayat (1) dan Pasal 16 UUKPKPU yang mengatur mengenai tugas dan kewenangan kurator/ Balai Harta Peninggalan.

Peninggalan (BHP) untuk melakukan pengurusan dan pemberesan harta perseroan pailit.

Khusus untuk kepailitan badan hukum seperti Perseroan Terbatas, kurator memang tidak mengambil alih seluruh kewenangan dari organ perseroan yang selama ini menjalankan perseroan seperti Direksi, Dewan Komisaris maupun Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS). Tugas pengampuan kurator atas perseroan pailit bersifat terbatas (*limited custodian*) yaitu hanya pada pengurusan dan pemberesan harta perseroan pailit. Pernyataan pailit atas suatu perseroan tidak serta merta menempatkan Direksi berada dibawah pengampuan kurator, karena Direksi selaku pengurus perseroan masih berkewajiban untuk mengurus Perseroan berdasarkan *fiduciary duty* dan *duty of care* sepanjang tidak menyangkut pengurusan dan pemberesan harta Perseroan pailit.

Dalam UUKPKPU, tidak ada diatur bahwa kurator dapat mendelegasikan kewenangan melakukan tugas pengurusan dan pemberesan harta pailit kepada pihak lain yang tidak diberi kewenangan oleh UUKPKPU untuk melakukan pengurusan dan pemberesan, termasuk kepada Direksi Perseroan. Ketentuan Pasal 104 ayat (2) dan Pasal 115 ayat (1) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 20047 tentang Perseroan Terbatas yang memperluas tanggungjawab Direksi dan Dewan Komisaris Perseroan untuk membayar utang Perseroan yang pailit akibat kelalaian mereka mengurus perseroan, menjadi salah satu alasan mengapa teori *team production of bankruptcy reorganization* dan *debtors friendly bankruptcy law*

tidak dapat diterapkan di Indonesia. Pengertian kepailitan sebagaimana yang sudah dijelaskan dan dipaparkan di atas dapat disimpulkan sebagai berikut:¹³⁹

1. Kepailitan dimaksudkan untuk mencegah adanya penyitaan serta eksekusi yang dimintakan oleh kreditor secara perorangan atau bahkan adanya penjarahan oleh para kreditor secara perorangan atau bahkan adanya penjarahan oleh para kreditor yang menginginkan uangnya kembali;
2. Menghentikan kewenangan debitor pada bidang hukum harta kekayaan selama berlangsungnya proses kepailitan;
3. Kepailitan hanya berhubungan dengan harta benda debitor, tidak menyangkut pribadinya, sehingga secara hukum debitor tetap cakap untuk melakukan perbuatan hukum di luar harta kekayaan yang dijadikan obyek pada perjanjian yang dilakukan. Sebagai contoh bahwa debitor tetap mempunyai hak sebagai kepala keluarga, juga hak yang timbul dari kedudukannya sebagai orang tua.

G. Teori Pertanggungan Utang

Pertanggungan Utang berasal dari konsep hukum jaminan, yang mana jaminan merupakan suatu lembaga yang menimbulkan suatu peralihan harta dari debitor kepada kreditor untuk mengamankan suatu utang atau kewajiban yang dibuat oleh debitor.

¹³⁹ *Ibid*, hlm. 16.

Penjaminan dalam hukum perdata didefinisikan sebagai apa yang didasari pada saat, untuk kewajiban khusus atau bersyarat, sekarang atau di masa depan, debitur memberikan kepada kreditor suatu benda bergerak atau kredit untuk mengamankan hutang atau kewajiban pokok. Janji komersial adalah apa yang dibentuk untuk mengamankan dan menjamin transaksi komersial dan berbeda dari sekedar janji biasa dalam hukum perdata dalam cara praktis di mana jaminan tersebut ditegakkan. Dalam undang-undang Prancis, janji komersial dipahami sebagai jaminan yang dibuat oleh pedagang atau bukan pedagang untuk memastikan realisasi transaksi komersial.¹⁴⁰ Jaminan yang diterbitkan oleh debitur kepada debitur biasanya adalah objek yang kemudian disebut sebagai objek jaminan. Dalam hal jaminan, debitur sering diminta untuk menjaminkan aset pribadi, seperti real estat, saham dan obligasi, dan aset pribadi lainnya.¹⁴¹

Ada 2 (dua) jenis penjaminan yaitu: Jaminan kinerja bersyarat adalah jaminan di mana penjamin menjadi bertanggung jawab kepada pihak, mengklaim di bawah jaminan atas bukti pelanggaran persyaratan dari kontrak yang mendasarinya, atau pada bukti kedua pelanggaran serta kerugian yang terjadi dari pelanggaran. Di bawah jaminan tanpa syarat, penjamin bertanggung jawab untuk membayar jumlah yang dinyatakan kepada penerima setiap kali permintaan dilakukan dengan cara yang ditentukan dalam jaminan, tanpa perlu agar penerima manfaat untuk membuktikan setiap pelanggaran atau kerugian; penjamin terikat

¹⁴⁰ Diterjemahkan dari Maritza Sanabria Mianda, <https://www.mondaq.com/unitedstates/project-financeppp-pfi/34918/legal-concept-of-guarantee>, United States: Legal Concept Of Guarantee, 26 September 2005, [diakses tanggal 01/07/2020, pukul 21.40].

¹⁴¹ Diterjemahkan dari Raymond Posey and Alan K. Reichert, 2011, "Terms of Lending for Small Business Lines of Credit: The Role of Loan Guarantees", *The International Journal of Business and Finance Research*, Volume 5 Issue 1, p.91.

untuk segera melakukan kontrak jaminan tanpa persyaratan lebih lanjut. Objek dari jaminan bank tanpa syarat atau atas permintaan bank garansi adalah untuk mengamankan transaksi komersial tanpa repot. Jika bank berjanji dan tidak dapat ditarik kembali untuk membayar berdasarkan permintaan, jumlah liabilitas yang dilakukan dalam jaminan tanpa 'keberatan atau perselisihan' berdasarkan ketentuan-ketentuan jaminan, liabilitas bank dianggap absolut dan tegas).¹⁴²

Penjaminan sendiri ada 3 (tiga) jenis, yang terdiri dari personal guarantee, corporate guarantee, dan bank guarantee. Corporate Guarantee adalah suatu perikatan dimana suatu badan hukum berupa Perseroan Terbatas berjanji dan mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan debitor. Biasanya corporate guarantee ini adalah anak Perusahaan/induk Perusahaan dari debitor. Sedangkan bank guarantee adalah jaminan pembayaran dari Bank yang diberikan kepada pihak penerima jaminan apabila pihak yang dijamin tidak dapat memenuhi kewajiban atau cidera janji. Bank menjamin nasabahnya untuk memenuhi suatu kewajiban kepada pihak lain sesuai dengan persetujuan atau berdasarkan suatu kontrak perjanjian yang disepakati. Dalam hal Bank mengeluarkan garansi bank artinya Bank membuat suatu pengakuan tertulis, yang isinya Bank mengikat diri kepada penerima jaminan bahwasanya dalam jangka waktu dan syarat-syarat tertentu apabila dikemudian hari ternyata pihak terjamin tidak memenuhi kewajibannya kepada si penerima jaminan (wanprerstasi). Dasar hukum ketiga guarantee di atas adalah sama, yakni mengacu pada Pasal 1820 - 1850

¹⁴² Diterjemahkan dari tulisan Rangeet poddar, *The law of bank guarantees: important tools of modern day commercial transactions.*, <https://cbcl.nliu.ac.in/banking-law/the-law-of-bank-guarantees-important-tools-of-modern-day-commercial-transactions/>, [diunduh 01/07/2020, pk 21.54]

KUHPerduta. Dan mengenai personal guarantee akan didefinisikan secara lebih rinci pada sub bab berikut ini dan merupakan fokus pembahasan dari peneliti dalam Disertasi ini.

Tentang penanggungan diatur dalam Pasal 1820 KUHPerduta yaitu suatu persetujuan dimana pihak ketiga mengikatkan dirinya untuk memenuhi perikatan debitor untuk kepentingan kreditor manakala debitor tidak dapat memenuhi prestasinya. Perjanjian penanggungan utang oleh pihak ketiga berdasarkan sifat perjanjiannya termasuk sebagai perjanjian yang melahirkan perikatan bersyarat, yaitu perikatan dengan syarat tangguh yang diatur oleh Pasal 1253 KUHPerduta juncto Pasal 1258 KUHPerduta. Sebagai perjanjian yang melahirkan perikatan dengan syarat tangguh, maka kewajiban dari penanggung dalam suatu penanggungan baru akan timbul pada saat syarat yang disebutkan tersebut terjadi.¹⁴³

Berdasarkan ketentuan Pasal 1834 ayat (1) dan Pasal 1833 jo. Pasal 1832 ayat (1) KUHPerduta, penanggung mempunyai hak istimewa agar debitor prinsipal yang akan ditagih terlebih dahulu untuk membayar utangnya jika debitor wanprestasi. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 1831 KUHPerduta yang mewajibkan debitor prinsipal bertanggungjawab penuh atas pelunasan utangnya. Sedangkan, penanggung hanya akan dimintakan tanggungjawabnya jika ternyata harta debitor prinsipal sudah tidak cukup lagi untuk melunasi utangnya. Dengan demikian, perjanjian penanggungan menjadi perjanjian bersyarat jika penanggung tidak melepaskan hak istimewanya.

¹⁴³ Gunawan Widjaja & Kartini Mulyadi, *Penanggung Utang dan Perikatan Tanggung Menanggung*, Penerbit PT. Radja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 87.

Namun ketentuan Pasal 1834 ayat (1) dan Pasal 1833 jo. Pasal 1832 ayat (1) KUHPerdara hanya berlaku dalam hal debitor melakukan wanprestasi. Apabila debitor prinsipal dinyatakan pailit, hak istimewa penanggung demi hukum menjadi hapus dan tidak lagi berlaku. Penanggung wajib membayar utang debitor pailit jika ada kreditor menagih pada penanggung. Ketentuan hapusnya hak istimewa penanggung dalam hal debitor prinsipal dinyatakan pailit secara tegas diatur dalam Pasal 1832 angka (4) KUHPerdara sebagai berikut: "Si penanggung tidak dapat menuntut supaya benda-benda si berutang lebih dahulu disita dan dijual untuk melunasi utangnya jika si berutang berada di dalam keadaan pailit."

Secara khusus, Pasal 141 UUKPKPU telah mengatur tata cara pencocokan utang yang dijamin oleh penanggung, baik perorangan (*personal guarantor*) maupun oleh badan hukum (*corporate guarantor*). Adapun pencocokan atas utang yang ditanggung oleh penanggung dilakukan sebagai berikut:

- a. Apabila debitor dinyatakan pailit, kreditor yang belum menagih pembayaran dari penanggung wajib mendaftarkan piutangnya ini kepada kurator untuk dicocokkan dalam rapat verifikasi utang;
- b. Kreditor dapat langsung menagih penanggung untuk membayar debitor yang telah dinyatakan pailit meskipun dalam perjanjian penanggung utang, pihak penanggung tidak melepaskan hak istimewanya;
- c. Jika kreditor telah menerima pembayaran dari penanggung maka sisa tagihan yang belum terpenuhi dapat didaftarkan ke kurator untuk diverifikasi dengan disertai bukti tertulis tentang adanya pembayaran yang telah diterima kreditor dari penanggung berikut bukti perjanjian

penanggung dan perjanjian pokok. Ketentuan ini harus dipenuhi, karena Pasal 1824 KUHPerdara mensyaratkan penanggung tidak dapat dipersangkakan tapi harus dinyatakan secara tertulis;¹⁴⁴

- d. Kreditor dapat mengajukan tagihannya langsung ke debitor pailit melalui kurator. Apabila tagihan kreditor tidak dapat dilunasi dari harta pailit, sementara kepailitan atas debitor berakhir dikarenakan Daftar Pembagian Penutup telah mengikat, maka kreditor berhak menuntut penanggung untuk membayar lunas sisa utang debitor. Berakhirnya kepailitan atas debitor dengan pembayaran tidak penuh tidak menghapuskan hak tagih kreditor kepada penanggung meskipun penanggung tidak melepaskan hak istimewanya. Kreditor tetap dapat menuntut penanggung untuk melunasi sisa utang debitor prinsipal yang tidak terbayar lunas dari harta debitor pailit. Kewajiban penanggung untuk membayar lunas sisa utang debitor pailit yang dijamininya berlaku efektif sejak kepailitan debitor berakhir;¹⁴⁵
- e. Penanggung yang telah membayar utang debitor berubah posisi dari penanggung utang debitor menjadi kreditor dari debitor pailit untuk sejumlah uang yang telah dibayarkannya tersebut.¹⁴⁶ Ketentuan yang diatur dalam Pasal 141 ayat (2) UUKPKPU ini bersesuaian dengan ketentuan Pasal 1839 KUHPerdara yang mengatur penanggung berhak untuk menuntut pelunasan pada debitor prinsipal dalam hal penanggung telah melunasi utang debitor. Berdasarkan UUKPKPU, penanggung yang telah membayar utang debitor pailit memiliki hak istimewa untuk diterima

¹⁴⁴ UUKPKPU, Pasal 141 ayat (1).

¹⁴⁵ UUKPKPU, Pasal 202 ayat (1) jo. Pasal 204 dan Pasal 205.

¹⁴⁶ UUKPKPU, Pasal 141 ayat (2).

tagihannya secara bersyarat apabila kreditor tidak melakukan pencocokan sendiri.¹⁴⁷ Dalam hal ini, kedudukan si penanggung berubah menjadi kreditor dari debitor pailit.

Jika penanggung telah melepaskan hak istimewanya, maka terjadi perjanjian utang tanggung-menanggung antara debitor prinsipal dengan penanggung yang juga berkedudukan sebagai debitor. Penanggung yang telah melepaskan hak istimewanya dianggap telah mengikatkan diri bersama-sama dengan debitor prinsipal secara tanggung menanggung untuk membayar utang debitor prinsipal dan mengambilalih semua tanggungjawab prinsipal untuk memenuhi prestasinya jika debitor prinsipal tidak mampu membayar. Jika ternyata di kemudian hari utang tidak dapat dibayar, kreditor dapat memohon pailit debitor prinsipal dan penanggung secara bersama-sama.¹⁴⁸

Melepaskan hak istimewa sebagai penanggung harus dinyatakan secara tegas dan tidak dapat diasumsikan atau dipersangkakan. Pelepasan hak istimewa penanggung memberi hak opsi bagi kreditor untuk mengajukan tuntutan kepada debitor prinsipal atau kepada penanggung atau keduanya. Dalam konteks hukum kepailitan, J. Djohansjah menyatakan kreditor tentunya akan memilih yang mempunyai asset yang dapat memenuhi tagihannya. Jadi, si kreditor dan dapat memohon kepailitan si penanggung tanpa terlebih dahulu memohon kepailitan terhadap si debitor.¹⁴⁹

¹⁴⁷ UUKPKPU, Pasal 141 ayat (2) dan (3) jo. Pasal 1840 KUHPerduta.

¹⁴⁸ Pasal 1832 angka (2) jo Pasal 1831 dan 1834 KUHPerduta.

¹⁴⁹ J. Djohansjah, "*Kreditor Separatis, kreditor Preferen dan penanggungan Utang Antara Induk dan Anak Perusahaan*", dalam Emmy Yuhassarie, *Et.al., (Ed), Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Penerbitan Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2005, hlm. 160.

Pencocokan piutang yang terbit dari perikatan tanggung menanggung antara debitor dengan penanggung yang telah melepaskan hak istimewanya tunduk pada ketentuan Pasal 142 UUKPKPU. Jika debitor prinsipal dinyatakan pailit, kewajiban penanggung tidak hapus, meskipun tercapai perdamaian antara debitor dengan para kreditornya untuk mengakhiri kepailitan. Pasal 165 ayat (1) UUKPKPU menyebutkan bahwa meskipun sudah ada perdamaian, kreditor tetap memiliki hak tagih terhadap para penanggung dan sesama debitor.

BAB III

KEPAILITAN DAN PENUNDAAN KEWAJIBAN PEMBAYARAN

UTANG DAN KEDUDUKAN PERSONAL GUARANTEE

A. Personal Guarantee (Penanggung)

1. Definisi Guarantor

“..... is a person or entity that agrees to be responsible for another’s debt or a performance under a contract, if the other fails to pay or perform.”

Dalam peraturan Indonesia yakni KUHPerdara istilah guarantor dikenal dengan nama penanggung utang. Istilah penanggung utang terdiri dari 2 (dua) kata yakni penanggungan dan utang. Pasal 1820 KUHPerdara definisi Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si kreditor, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si debitor ketika debitor tidak dapat memenuhi kewajibannya, sehingga dapat dikatakan pengertian penanggungan adalah menjamin dipenuhinya kewajiban atau prestasi yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan hukum.¹⁵⁰

Penanggungan adalah jaminan perorangan (*security right in personam*) yang diberikan oleh pihak ketiga dengan sukarela; guna kepentingan kreditor; dan untuk memenuhi kewajiban debitor bilamana debitor tidak memenuhinya (pasal 1820 KUHPerdara).¹⁵¹ Bahwa sifat sukarela terlihat dari ketentuan dalam pasal

¹⁵⁰ Salim H.S, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm.21.

¹⁵¹ Fred E.G. Tumbuan. "*Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Dikaitkan dengan Kedudukan Hukum Guarantor*". dalam Rudhy A. Lontoh, *et. al.* 2001. *Penyelesaian Utang-Plutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*. Alumni, Bandung, hlm. 399

1823 KUHPerdato. Namun demikian, penanggung tidak dapat dipersangkakan, melainkan harus diberikan dengan pernyataan yang tegas (pasal 1824 KUHPerdato).

Penanggung adalah perjanjian aksesoir (*accessoir*), dan oleh karena itu tidak ada penanggung tanpa perjanjian pokok yang sah (pasal 1821 KUHPerdato). Cakupan penanggung tidak dapat melebihi kewajiban debitor sebagaimana dimuat dalam perjanjian pokok (pasal 1822 KUHPerdato). Selanjutnya, hak- hak istimewa penanggung adalah:¹⁵²

a. Hak agar kreditor menuntut lebih dahulu debitor (*voorect van eerdere uitwinning = prior exhaustion or remedies against the debtor* sebagaimana dimuat dalam pasal 1831 KUHPerdato). Hak istimewa ini memungkinkan bahwa kekayaan penanggung hanya merupakan cadangan untuk menutup sisa hutang yang tidak dapat ditutup dengan kekayaan debitor. Kewajiban penanggung hanya sebatas kekurangan yang tidak dapat dilunasi debitor, tetapi penanggung tidak dapat menggunakan hak tersebut bilamana antara lain telah melepaskan hak istimewanya tersebut (Pasal 1832 KUHPerdato).

b. Hak untuk meminta pemecahan utang (*voorech vae schuldsplitsing = benefit of division of debt*) sebagaimana dimuat dalam pasal 1837 KUHPerdato. Hak istimewa terdapat hanya penting bilamana terdapat lebih dari satu orang penanggung. Dalam hal ada lebih dari satu penanggung, maka lazimnya para penanggung diminta untuk melepaskan hak istimewa tersebut sehingga berlaku

¹⁵² Sunarmi, *Hukum Kepailitan*, PT Softmedia, Jakarta, 2010, hlm. 196.

ketentuan dalam pasal 1836 KUHPerdara yang mengatur bahwa masing-masing penanggung terikat untuk seluruh utang yang mereka jamin (*jointly and severally liable*).

c. Hak untuk dibebaskan dari penanggungan. Bilamana karena salahnya debitor, si penanggung tidak dapat menggantikan hak-haknya, hipotik/hak tanggungan dan hak-hak istimewa yang dimiliki kreditor (pasal 1848 dan 1849 KUHPerdara).

Penanggung merupakan pihak yang langsung diminta pertanggungjawaban bila debitor tidak mampu lagi memenuhi kewajibannya. Berdasarkan pemikiran tersebut maka undang-undang memberikan beberapa hak istimewa kepada penanggung dalam hubungan dengan kewajibannya terhadap kreditor.¹⁵³ Sedangkan *personal guarantee* adalah penanggungan utang yang dilakukan oleh orang baik secara individu atau bersama-sama yang mengikatkan diri mereka secara pribadi. Istilah jaminan perorangan berasal dari kata *borgtocht*. Ada juga yang menyebutkan dengan istilah jaminan immateril. Pengertian jaminan perorangan dapat dilihat dari berbagai pandangan dan pendapat para ahli. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, mengartikan jaminan immateril (perorangan) adalah jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitor tertentu, terhadap harta kekayaan debitor utamanya. Unsur jaminan perorangan, yaitu: a. Mempunyai hubungan

¹⁵³ Aria Suyudi, Eryanto Nugroho dan Herni Sri Nurhayanti, *Kepailitan Di Negeri Pailit*, Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia, Jakarta, 2003, hlm. 96.

langsung pada orang tertentu; b. Hanya dapat dipertahankan terhadap debitor tertentu; dan c. Terhadap harta kekayaan debitor umumnya.¹⁵⁴

Adanya lebih dari seorang debitor, bisa karena ada debitor serta tanggung menanggung atau karena adanya orang pihak ketiga yang mengikatkan dirinya sebagai *borg*. Hak jaminan tampak sekali mempunyai arti penting, kalau kekayaan yang dimiliki oleh debitor tidak mencukupi guna melunasi semua utangnya atau dengan perkataan lain passivanya melebihi aktivasinya. Kalau kekayaan debitor cukup untuk menutup semua hutangnya maka berdasarkan Pasal 1131 KUHPerdara, bahwa semua kreditor akan menerima pelunasan, karena pada prinsipnya semua kekayaan debitor dapat diambil untuk pelunasan utang. Dalam hal seperti itu, ada kreditor yang lebih muda dalam mengambil pelunasannya, tetapi semuanya mempunyai kesempatan untuk terpenuhi. Sutarno dalam bukunya menjelaskan bahwa penanggung ialah cadangan artinya penanggung baru membayar utang debitor jika debitor tidak memiliki kemampuan lagi atau debitor sama sekali tidak mempunyai harta benda yang dapat disita. Kalau pendapatan lelang sita atas harta benda debitor tidak mencukupi untuk melunasi utangnya, barulah tiba gilirannya untuk menyita harta benda penanggung.¹⁵⁵ Apabila dikaitkan dengan Pasal 1234 KUHPerdara dapat pula diklasifikasikan sebagai utang yaitu kewajiban untuk memberikan sesuatu atau untuk melakukan sesuatu atau untuk tidak melakukan sesuatu, baik itu yang menimbulkan kerugian dan

¹⁵⁴ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Op.Cit.*, hlm. 82.

¹⁵⁵ J. Satrio, *Hukum Jaminan Hak Jaminan kebendaan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 13.

juga yang tidak menyebabkan kerugian. Contohnya antara lain adalah sebagai berikut:¹⁵⁶

- a. Kewajiban penjual untuk menyerahkan barang kepada pembeli barang tersebut. Kewajiban pembangun untuk membuat sebuah rumah dan menyerahkannya kepada pembeli rumah tersebut;
- b. Kewajiban penyewa rumah untuk merawat rumah yang disewanya, tidak membongkar rumahnya atau merenovasi rumah yang disewanya;
- c. Kewajiban penanggung (guarantor) untuk menjamin pembayaran kembali pinjaman debitor kepada kreditor.

Definisi utang dalam UUKPKPU jika dikaitkan dengan Pasal 1234 KUHPerdara adalah suatu prestasi. Prestasi dapat timbul dari perjanjian, undang-undang, dan putusan Hakim. Prestasi adalah kewajiban debitor terhadap pemenuhan hak kreditor. Pada dasarnya guarantor tidak pernah memiliki utang kecuali debitor gagal membayar utangnya kepada kreditor dan harta debitor tidak cukup untuk melakukan pembayaran utangnya, maka timbullah hak dan kewajiban guarantor yang berupa utang kepada kreditor.

2. Hubungan Keperdataan Antara Kreditor, Debitor dan Guarantor

Debitor berdasarkan Pasal 1 angka 3 UUKPKPU adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan; Sedangkan yang dimaksud kreditor berdasarkan Pasal 1 angka (2) UUKPKPU adalah orang yang mempunyai piutang

¹⁵⁶ *Ibid.*,

karena perjanjian atau undang-undang yang dapat ditagih di muka pengadilan, sehingga apabila pasal tersebut dikaitkan maka, dapat dikatakan debitor adalah pihak yang memiliki utang (prestasi) terhadap kreditor dan kreditor adalah pihak yang memiliki piutang (kontraprestasi) terhadap debitor. Penanggung dalam istilah bahasa Belanda disebut *Borgtocht* atau *Personal Guarantee* dalam bahasa Inggris, orangnya disebut sebagai *Borg* (istilah Belanda) atau *Guarantor* (istilah bahasa Inggris) atau Penanggung (istilah yang digunakan di KUHPerduta Indonesia) adalah orang atau badan hukum yang memberikan jaminan dengan mengikatkan diri kepada kreditor bahwa dia akan menanggung atau menjamin kewajiban debitor terhadap perikatan yang terjadi diantara kreditor dan debitor. Jaminan perorangan ini dituangkan secara tegas dalam perjanjian *personal guarantee* antara pihak kreditor dengan seorang atau lebih guarantor sebagaimana diatur dalam Pasal 1820 KUHPerduta yang menyebutkan bahwa guarantor adalah suatu perjanjian dengan mana pihak ketiga, guna kepentingan si kreditor, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si debitor, manakala dia tidak memenuhinya. Dari perumusan pasal tersebut, terdapat beberapa unsur terkait tentang perjanjian personal guarantee yaitu: a. *Personal Guarantee* merupakan suatu perjanjian, b. Guarantor adalah pihak ketiga, c. Guarantor diberikan demi kepentingan kreditor; d. Guarantor mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan debitor jika debitor tidak memenuhi kewajibannya. Bentuk dari perjanjian *personal guarantee* adalah tidak dipersangkakan, tetapi harus diadakan dengan pernyataan yang tegas dan tidak diperbolehkan memperluas *personal guarantee*

hingga melebihi ketentuan-ketentuan yang menjadi syarat saat perjanjian.¹⁵⁷ Namun dapat melebihi suatu perikatan pokok, yang meliputi segala akibat utangnya bahkan biaya-biaya gugatan yang dimohonkan terhadap debitor serta terhitung pula segala biaya yang dikeluarkan setelah si guarantor diperingatkan tentang itu. perikatan para guarantor dapat beralih kepada ahli warisnya.

Dalam melaksanakan kewajibannya, guarantor oleh undang-undang diberi hak-hak tertentu yang sifatnya memberikan perlindungan bagi guarantor. Hak-hak guarantor tersebut menurut ketentuan peraturan perundang-undangan berupa: a. Hak untuk menuntut kembali (hak regres). Hak untuk menuntut kembali kepada debitor agar debitor membayar kembali apa yang sudah dibayarkan guarantor kepada kreditor sebesar jumlah yang dibayarkan. Hak ini disebut hak regres yang timbul karena diberikan oleh undang-undang. Penuntutan kembali ini didasarkan pada Pasal 1839 ayat (1) KUHPerdara yang menyatakan bahwa si guarantor yang telah membayar dapat menuntutnya kembali dari yang berpiutang, baik personal guarantee itu telah diadakan dengan maupun tanpa pengetahuan si debitor, b. Hak guarantor menggantikan demi hukum semua hak-hak di kreditor kepada debitor guarantor yang telah membayar itu karena hukum bertindak menggantikan kedudukan kreditor mengenai hak-haknya terhadap si debitor. Pasal 1840 KUHPerdara menyatakan bahwa guarantor yang telah membayar menggantikan demi hukum segala hak si berpiutang terhadap si berutang. Pergantian kreditor

¹⁵⁷ Adrian Sutedi, *Hukum Kepailitan*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2009, hlm. 33.

terjadi karena subrogasi.¹⁵⁸ Subrogasi adalah penggantian hak-hak si kreditor oleh seorang pihak ketiga, yang membayar kepada kreditor itu, yang terjadi berdasarkan persetujuan maupun demi undang-undang.¹⁵⁹ c. Hak untuk membagi utang¹⁶⁰. Bila dalam perjanjian ada beberapa guarantor yang mengikatkan diri untuk menjamin satu debitor dan utang yang sama maka masing-masing guarantor terikat untuk seluruh utang, sehingga guarantor bertanggung jawab untuk menjamin seluruh utang. Adanya lebih dari seorang guarantor dapat berupa sesama guarantor. Pasal 1836 KUHPerdara secara tegas menyebutkan adanya kemungkinan *personal guarantee* yang seperti itu. Kesemua guarantor tersebut mengikatkan diri kepada kreditor untuk menjamin debitor yang sama dan untuk perikatan tertentu yang sama. pada dasarnya masing-masing guarantor dapat ditagih untuk seluruh utang debitor.

Ketentuan penanggung dapat diajukan permohonan pailit ketika penanggung telah melepaskan hak-hak istimewanya, terutama untuk penanggung yang telah menyatakan dirinya bertanggung jawab renteng dengan debitor prinsipal terhadap utang kepada kreditor, maka kreditor dapat langsung mengajukan permohonan pailit dengan pengajuan sebagai berikut:¹⁶¹

1. Surat perjanjian kredit;
2. Surat perjanjian penanggungan guarantor telah melepaskan hak istimewa dan menyatakan bertanggung jawab renteng dengan debitor utama;

¹⁵⁸ J. Satrio, *Cessie, Subrogatie, Novatie, Kompensatie dan Percampuran Utang*, Alumni, Bandung, 1999, hlm. 50.

¹⁵⁹ Pasal 1400, 1401, 1402 KUHPerdara.

¹⁶⁰ Pasal 1836 KUHPerdara

¹⁶¹ Luky Pangastuti, *Pertanggungjawaban Pihak Personal Guarantee Yang Dinyatakan Pailit*, Jurnal Repertorium, Jakarta, Vol. II, 2015, hlm. 152 .

3. Guarantor termohon pailit mempunyai utang pada kreditor lain;
4. Salah satu utang tersebut telah jatuh waktu dan dapat ditagih.

Menurut Sunarmi, ketika penanggung mempunyai hak istimewa namun hak istimewa tersebut dapat dilepaskan, adapun uraiannya adalah sebagai berikut:¹⁶² penanggung/guarantor tidak dapat menuntut supaya harta debitor disita terlebih dahulu dan dijual untuk melunasi utangnya jika penanggung telah melepaskan hak istimewanya yang diatur dalam Pasal 1831 KUHPerdara. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1832 KUHPerdara yang menentukan bahwa penanggung tidak dapat menuntut supaya benda-benda debitor lebih dahulu disita dan dijual untuk melunasi utangnya.¹⁶³

- a. Apabila penanggung telah melepaskan hak istimewanya untuk menuntut supaya benda-benda debitor lebih dahulu disita dan dijual;
- b. Apabila penanggung telah mengikatkan dirinya bersama-sama dengan debitor utama secara tanggung menanggung; dalam hal mana akibat-akibat perikatanya diatur menurut asas-asas yang ditetapkan untuk utang-utangnya secara tanggung renteng;
- c. Jika debitor dapat memajukan suatu tangkisan yang hanya mengenai dirinya sendiri secara pribadi;
- d. Jika debitor dalam keadaan pailit;
- e. Dalam hal penanggungannya yang diperintahkan oleh Hakim.

¹⁶² Sunarmi, *Hukum Kepailitan*, USU Press, Medan, 2009, hlm. 197.

¹⁶³

Rizky

Dwinanto,

<https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt5dc513c2f2e31/dapatkah-diajukan-permohonan-pkpu-bagi-debitur-penanggung-i-borgtocht-i-/>. [diakses tanggal 19/03/2020, pukul 12.21]

Sunarmi juga menjelaskan Hak Istimewa yang dilepaskan apabila debitor dinyatakan pailit, yakni sebagai berikut:¹⁶⁴

”Dalam hal seorang penanggung/guarantor melepaskan hak istimewa yang dimiliki olehnya berdasarkan Pasal 1831 KUHPerdara, juga membawa akibat hukum yaitu dapat saja dimintakan kepailitannya, tanpa harus dimintakan terlebih dahulu kepailitan dari debitornya. Sebab, dengan melepaskan hak-hak istimewanya yang dimiliki oleh penanggung/guarantor itu sebenarnya sama saja kedudukannya dengan seorang debitor, sekalipun secara formal ia tetap dinamakan sebagai penanggung/guarantor.”

Kepailitan debitor tidak mengakibatkan bahwa penanggung juga pailit. Pasal 1829 KUHPerdara menentukan “Apabila penanggung yang telah diterima oleh si berpiutang secara sukarela atau secara putusan hakim, kemudian menjadi tidak mampu, maka haruslah ditunjuk seorang penanggung baru”. Sebaliknya, Pasal 11 UUKPKPU menentukan “Walaupun sudah ada perdamaian, para kreditor tetap mempunyai hak terhadap para penanggung dan semua pengikut serta utang dari debitor pailit tersebut” . Penanggung tidak dapat menarik manfaat dari penundaan pembayaran yang tidak diberikan kepada debitor. Hal ini dengan tegas dinyatakan dalam pasal 239 UUKPKPU: “Penundaan pembayaran tidak berlaku untuk keuntungan para peserta debitor dan para penanggung” .

B. Kurator

1. Sejarah Kurator

Kurator di atur di dalam Pasal 70 ayat (1) UUKPKPU dapat berupa a) Balai Harta Peninggalan, dan b) Kurator lainnya. Asal usul istilah kurator atau

¹⁶⁴ *Ibid.*,

curator dapat ditelusuri dari sejarah hukum kepailitan. Dari catatan Levinthal pada zaman Romawi kuno, pada masa pemerintahan Rutilius, jika ada seorang pedagang yang memiliki beberapa orang kreditor tidak dapat lagi membayar utang-utangnya, maka hakim yang disebut *praetor* akan memberi surat sita pada kreditor yang disebut *a missio in possessiomen*.¹⁶⁵

Berdasarkan surat tersebut, para kreditor berhak menyita harta benda milik debitor yang ada untuk dijual sebagai pembayaran utang-utang kreditor. Pada saat itu, istilah kurator atau *curator* belum dikenal. Agar penjualan secara umum dapat diawasi dengan efektif, maka para kreditor sepakat menunjuk salah satu kreditor dari antara mereka untuk mengawasi dan melakukan penjualan umum harta debitor. Perwakilan kreditor ini disebut *magister*¹⁶⁶. Harta debitor akan dijual kepada penawar tertinggi (*bonorum emptor*) dan tugas magister selanjutnya adalah membayar seluruh kreditor secara pro rata¹⁶⁷. Menurut Levinthal, *magister* adalah agen dari kreditor yang memilihnya dan *magister* tidak berstatus sebagai pejabat publik yang ditunjuk oleh hakim (*praetor*) untuk menangani pemberesan harta pailit.¹⁶⁸

Istilah kurator atau *curator* mulai muncul pada masa Pemerintahan Justianus. Pada masa itu, berlaku prosedur sita umum harta debitor yang berstatus sebagai anggota senat yang disebut *Isenatus consultum*. Harta dari anggota senat yang pailit tidak dijual secara umum (*bonorum venditio*). Tapi hakim menunjuk seseorang yang akan menghimpun dan menyimpan seluruh harta anggota senat

¹⁶⁵ Louis Edward Levinthal, *The Early History of Bankruptcy Law*, University of Pennsylvania Law Review and America Law Register, USA, vol. 66, No. 5/6, April, 1918.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 236

¹⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 239.

tersebut dan membayar seluruh tagihan kreditor secara pro rata. Orang yang ditunjuk untuk mengurus harta senator yang pailit disebut *curator bonorum*¹⁶⁹. Berbeda dengan *magister*, seorang *curator bonorum* yang dipilih oleh hakim (*praetor*) tidak menjual harta debitor, tapi hanya menyita dan menyimpan harta tersebut dan dengan uang milik debitor sendiri melakukan pembayaran pada kreditor.¹⁷⁰

Dengan demikian, dari sejarah kelahirannya seorang kurator adalah orang kepercayaan yang ditunjuk oleh kreditor atau oleh hakim untuk mengurus kepentingan kreditor manakala debitornya jatuh pailit atau tidak lagi mampu membayar para kreditornya. Selain dari kurator, kita mengenal juga Balai Harta Peninggalan. Dalam konteks UUKPKPU, kurator didefinisikan dalam Pasal 1 angka (5) yang berbunyi: “Kurator adalah ‘Balai Harta Peninggalan’ atau orang perseorangan yang diangkat oleh Pengadilan untuk mengurus dan membereskan harta debitor pailit di bawah pengawasan ‘Hakim Pengawas’ sesuai dengan undang-undang ini.”

Dari pengertian umum tersebut dapat disimpulkan bahwa yang disebut oleh UUKPKPU sebagai kurator adalah ‘Balai Harta Peninggalan’ (BHP) atau orang-perseorangan. Pengertian kurator kembali ditegaskan dalam Pasal 70 ayat (1) UUKPKPU, yaitu ‘Balai Harta Peninggalan’ atau ‘kurator lainnya’. Rumusan Pasal 70 ayat (1) ini agak sedikit membingungkan, seolah-olah mengindikasikan selain ada kurator orang-perorangan ada pihak lain yang disebut ‘kurator lainnya’ yang dapat ditunjuk dalam putusan pailit sebagai pengurus dan pemberes harta

¹⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 236.

¹⁷⁰ Sunarmi, *Op.cit.*, hlm. 240.

pailit. Namun, jika ketentuan Pasal 70 ayat (2) UUKPKPU ditelusuri lebih jauh, ternyata yang dimaksud dengan istilah ‘kurator lainnya’ mengacu pada istilah subjek hukum ‘orang-perorangan’ sebagaimana dirumuskan oleh Pasal 1 angka 5 UUKPKPU.

Dari ketentuan Pasal 70 ayat (2) huruf a dan b tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa khusus bagi kurator orang-perorangan, disyaratkan ada keahlian khusus di bidang pengurusan dan pemberesan harta pailit, dan secara administratif telah terdaftar pada Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia.¹⁷¹ Selain itu kurator perorangan merupakan anggota aktif organisasi profesi kurator dan pengurus. Organisasi profesi kurator berperan menjaga martabat dan kehormatan kurator serta mampu mendorong kurator bertindak profesional dalam tugasnya. Persyaratan yang demikian tidak diterapkan pada Balai Harta Peninggalan (BHP) yang merupakan suatu unit pelaksana di instansi Pemerintah yang berada di lingkungan Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia yang bertanggung jawab kepada Direktorat Perdata pada Direktorat Jenderal Administrasi Hukum Umum.

Bagi Balai Harta Peninggalan (BHP) tidak disyaratkan memiliki keahlian khusus dalam mengurus dan membereskan harta pailit. Hal ini berkaitan dengan rekam jejak sejarah eksistensi dan kiprah Balai Harta Peninggalan yang salah satu fungsinya adalah menjadi pengampu, pengurus dan pemberes harta benda berdasarkan perintah dari Undang-Undang. Berdasarkan sejarah pendiriannya di Indonesia, BHP semula bernama *Wees En Boedel/Kamer*, pertama kalinya

¹⁷¹ Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia No. 18 Tahun 2013 Tentang Pendaftaran kurator yang mengatur syarat-syarat untuk mendaftar sebagai Kurator dan Pengurus.

didirikan di Jakarta pada tanggal 1 Oktober 1624, pada awal pendiriannya, BHP telah mengemban tugas sebagai pengampu, pengurus dan pemberes kepentingan dan harta benda sebagaimana diatur dalam KUHPerduta. Misalnya, Balai Harta Peninggalan menjadi pengampu bagi anak yang masih berada dalam kandungan, menjadi pengampu kepentingan dan harta benda dari anak di bawah umur yang belum ditunjuk walinya dalam hal kedua orang tuanya meninggal dunia atau menjadi wali sementara bagi anak di bawah umur yang kekuasaan orang tuanya dicabut, atau sebagai pengurus harta peninggalan yang tidak ada ahli warisnya (warisan yang terlantar), atau mejadi pengurus harta dari orang yang tidak diketahui lagi keberadaannya (*afwezig*). Dalam perkembangannya, UUKPKPU memperluas kewenangan Balai Harta Peninggalan untuk menjadi pengampu debitor pailit dan bertugas sebagai pengurus dan pemberes harta pailit yang disebut “kurator”.¹⁷²

2. Hak, Kewajiban, Tanggung Jawab, dan Kewenangan Kurator

Menurut UUKPKPU, yang menjadi hak, kewajiban, tanggung jawab, dan kewenangan khusus dari kurator sangat banyak, antara lain yang terpenting diantaranya adalah sebagai berikut:¹⁷³

1. Tugas kurator secara umum adalah melakukan pengurusan dan/membereskan harta pailit (pasal 69 ayat (1)). Tugas ini sudah dapat dijalankannya, sejak tanggal keputusan pernyataan pailit dijatuhkan.

¹⁷² Elyta Ras Ginting, *Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit (Buku ke-3)*, Sinar Grafika, Bandung, 2018, hlm. 121.

¹⁷³ Parwoto Wignjosumarto, *Tugas dan Wewenang Hakim Pemeriksa/Pemutus Perkara, Hakim Pengawas, Kurator, Pengurus*, PT Tatanusa, Jakarta, 2004, hlm. 193-205.

Meskipun keputusan tersebut belum *inkracht*, yakni meskipun terhadap putusan tersebut masih diajukan kasasi dan/atau peninjauan kembali (pasal 16 ayat (1)).

2. Seorang kurator yang ditunjuk untuk tugas khusus berdasarkan putusan pernyataan pailit, berwenang untuk bertindak sendiri sebatas tugasnya (pasal 73 ayat (3)).
3. Dapat melakukan pinjaman (mengambil *loan*) dari pihak ketiga dengan syarat bahwa pengambilan pinjaman tersebut semata mata dilakukan dalam rangka meningkatkan harta pailit (pasal 69 ayat (2)).
4. Terhadap pengambilan pinjaman dari pihak ketiga, dengan persetujuan hakim pengawas, pihak kurator berwenang pula untuk membebani harta pailit dengan hak tanggungan, gadai dan hak agunan lainnya (pasal 69 ayat (3)).
5. Kurator dapat menghadap Pengadilan dengan seizin hakim pengawas kecuali untuk hal-hal tertentu (pasal 69 ayat (3)).
6. Kewenangan yang dimaksud dalam pasal 36 (perjanjian timbal balik).
7. Kewenangan untuk menjual agunan dari kreditor separatis setelah 2 (dua) bulan insolvensi (pasal 59 ayat (1)) atau kurator menjual barang bergerak dalam masa *stay* (pasal 66 ayat 3)). Ataupun membebaskan barang agunan dengan membayar kepada kreditor separatis yang bersangkutan jumlah terkecil antara harga pasar dan jumlah utang yang dijamin dengan barang agunan tersebut (pasal 59 ayat (3)).

8. Kewenangan untuk melanjutkan usaha debitor yang dinyatakan pailit (atas persetujuan panitia kreditor atau hakim pengawas jika tidak ada panitia kreditor) walaupun terhadap putusan pernyataan pailit tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali (pasal 104).
9. Kurator berwenang untuk mengalihkan harta pailit sebelum verifikasi (atas persetujuan hakim pengawas) (pasal 107 ayat (1)).
10. Kewenangan untuk menerima atau menolak permohonan pihak kreditor atau pihak ketiga untuk mengangkat penangguhan atau mengubah syarat-syarat penangguhan pelaksanaan hak eksekusi hak tanggungan, gadai atau hak agunan lainnya (pasal 57 ayat (2)).
11. Membuat uraian mengenai harta pailit (pasal 100)
12. Mencocokkan piutang dan membuat daftar piutang (pasal 116 juncto pasal 117)
13. Melaksanakan pembayaran kepada kreditor dalam proses pemberesan (pasal 201)
14. Melakukan tuntutan berdasarkan pranata hukum *actio pauliana* (pasal 41 juncto 47 ayat (1)) atau tindakan pembatalan lainnya (pasal 45 juncto pasal 47 ayat (1))
15. Membebaskan barang yang menjadi agunan dengan membayar kepada kreditor yang bersangkutan jumlah terkecil antara harga pasar barang agunan dan jumlah uang yang dijamin dengan barang agunan tersebut (pasal 59 ayat (3)).

16. Hak kurator atas imbalan jasa (fee) yang ditetapkan dalam putusan pernyataan pailit oleh hakim yang berlandaskan pada pedoman yang ditetapkan oleh Menteri Hukum dan HAM (pasal 75 juncto pasal 76)
17. Kurator bertanggung jawab terhadap kesalahan atau kelalaiannya dalam melaksanakan tugas-tugas pengurusan dan/atau pemberesan yang menyebabkan kerugian terhadap harta pailit (pasal 72)
18. Kurator harus independen dan terbebas dari setiap benturan kepentingan dengan debitor atau debitor dan tidak boleh sekaligus memegang lebih dari 3 (tiga) kasus kepailitan/PKPU (pasal 15 ayat (3)).
19. Kewajiban menyampaikan laporan 3 (tiga) bulanan kepada hakim pengawas mengenai keadaan harta pailit dan pelaksanaan tugasnya (pasal 74 ayat (1)).
20. Apabila telah ditetapkan hari pelanggannya, pelelangan dilanjutkan oleh kurator atas beban harta pailit dengan kuasa dari Hakim Pengawas (pasal 33).
21. Kurator dapat menghentikan ikatan sewa-menyewa (pasal 38).
22. Sewa menyewa dapat dihentikan karena debitor dinyatakan pailit adalah jika debitor pailit tersebut menyewakan suatu barang dari pihak lain. Dalam hal ini, baik kurator ataupun pihak yang menyewakan barangnya sama-sama dapat memutuskan hubungan sewa menyewa tersebut. Untuk hal tersebut undang-undang mensyaratkan agar dilakukan suatu pemberitahuan pengakhiran sewa (*notice*), dengan jangka waktu sebagai berikut:
 - a. Jangka waktu dilihat pada kebiasaan setempat, dan

- b. Jangka waktu dilihat pada pengaturannya dalam kontrak, atau
- c. Jangka waktu dilihat pada kelaziman untuk kontrak seperti itu, atau
- d. Setidak-tidaknya jangka waktu 90 (sembilan puluh) hari dianggap sudah cukup.

Akan tetapi jika sudah dibayar uang sewa dimuka, sewa-menyewa tersebut tidak dapat diakhiri sampai dengan berakhirnya jumlah uang sewa yang dibayar di muka tersebut. Sejak pernyataan pailit, segala uang sewa yang harus dibayar oleh debitor merupakan hutang harta pailit (*estate debt*). Ketentuan tentang sewa menyewa diatas berlaku jika yang mempailit justru sebagai pihak yang menyewakan barangnya. Tidak ada pengaturannya dalam undang-undang kepailitan, sehingga yang berlaku adalah kontrak yang bersangkutan dan peraturan sewa menyewa pada umumnya.

23. Kurator dapat memutuskan hubungan kerja dengan karyawan (pasal 39).

Jika setelah diputuskan pernyataan pailit, ada karyawan yang bekerja pada debitor pailit, baik karyawan maupun kurator sama sama berhak untuk memutuskan hubungan kerja tersebut diperlukan pemberitahuan PHK (*notice*) dengan jangka waktu pemberitahuan sebagai berikut:

- a. Jangka waktu pemberitahuan PHK yang sesuai dengan perjanjian kerja, atau
- b. Jangka waktu tersebut sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku di bidang ketenagakerjaan, atau
- c. Dapat di PHK dengan pemberitahuan minimal dalam jangka waktu 45 (empat puluh lima) hari.

Disamping itu, sama dengan uang sewa yang belum dibayar, maka sejak debitor dinyatakan pailit (*estate debt*), sebagaimana diatur dalam pasal 39 ayat (2) UUKPKPU. Ketentuan tentang PHK seperti tersebut diatas hanya berlaku jika pihak karyawan yang bekerja pada debitor pailit. Jika debitor pailit yang menjadi karyawan dalam pihak lain, tidak ada peraturannya dalam perundang-undangan tentang kepailitan, sehingga untuk hal yang demikian sepenuhnya berlaku perjanjian kerja dan perundang-undangan di bidang ketenagakerjaan.

24. Kurator dapat menerima warisan, tetapi jika menguntungkan harta pailit (pasal 40 ayat (1)).
25. Kurator dapat menolak warisan dengan izin dari hakim pengawas (pasal 40 ayat (2)).
26. Barang-barang berharga milik debitor pailit disimpan oleh kurator. Adalah wajar jika kurator sangat berkepentingan terhadap barang-barang berharga milik debitor pailit. Karena itu, kurator berhak untuk menyimpannya dengan cara yang dianggap paling aman. Misalnya, emas, berlian atau surat berharga disimpan oleh kurator dalam *save deposit* pada bank-bank. Akan tetapi, hakim pengawas berwenang pula untuk menentukan cara-cara penyimpanan oleh kurator tersebut (Vide pasal 108 UUKPKPU).
27. Kurator berkewajiban menjual harta pailit dalam rangka pemberesan.
Menjual aset-aset debitor pailit sebenarnya merupakan salah satu tugas utama dari kreditor sesuai dengan prinsip "*Cash is the king*". Penjualan aset debitor ini (setelah insolvensi dan tidak dilakukan pengurusan harta

debitor) tidak memerlukan persetujuan siapapun. Lihat pasal 184 ayat (1), pasal 16 ayat (1) dan pasal 69 ayat (2) UUKPKPU, kecuali ditentukan lain dalam undang-undang, seperti yang terdapat dalam pasal 107 ayat (1) ini mensyaratkan adanya persetujuan hakim pengawas dalam hal pengalihan aset debitor pailit untuk tujuan tertentu dalam masa sebelum insolvensi.

Bagaimana menjual harta debitor pailit juga hal yang harus selalu diperhatikan dalam proses pemberesan harta pailit. Untuk itu harus dilakukan pertimbangan-pertimbangan sebagai berikut:¹⁷⁴

a. Pertimbangan yuridis

Tentunya agar pihak kurator yang menjual harta debitor pailit tidak disalahkan, yang pertama sekali harus diperhatikan adalah apa persyaratan yuridis terhadap tindakan tersebut, misalnya, kapan dia harus menjualnya, bagaimana prosedur menjual, apakah memerlukan izin tertentu, undang-undang mana dan pasal berapa yang mengaturnya, dan sebagainya.

b. Pertimbangan bisnis

Selain dari pertimbangan yuridis, kurator yang menjual aset debitor juga harus memperhatikan pertimbangan bisnis. Jika perlu, dapat disewa para ahli untuk memberikan masukan-masukan untuk bahan pertimbangan bagi kurator. Fokus utama dari pertimbangan bisnis disini adalah apakah dengan penjualan tersebut dapat dicapai harga yang

¹⁷⁴ Djoko Prakoso, Bambang Riadi Lany, *Dasar Hukum Persetujuan Tertentu di Indonesia*, PT Bina Aksara, Jakarta, 1987, hlm. 202.

setinggi-tingginya karna itu, harus dipertimbangkan, antara lain hal-hal sebagai berikut:

1. Kapan saat yang tepat untuk menjual aset debitor tersebut agar diperoleh harga yang tinggi;
2. Apakah lebih baik dijual secara borongan atau dijual retail;
3. Apakah lebih baik dijual sebagian-sebagian dari bisnis atau dijual seluruh bisnis dalam 1 (satu) paket;
4. Apakah perlu memakai perantara profesional atau tidak;
5. Apakah perlu dilakukan tender atau tidak;
6. Apakah perlu dibuatkan iklan penjualan atau tidak.

Pasal 185 UUKPKPU mengintrodusir 2 (dua) cara penjualan aset-aset debitor, yaitu sebagai berikut :

1. Menjual di depan umum; atau
2. Menjual di bawah tangan (dengan izin Hakim Pengawas);

Dengan penjualan di depan umum ini dimaksudkan bahwa penjualan dilakukan di depan kantor lelang sebagaimana mestinya. Sementara penjualan dibawah tangan dapat dengan berbagai cara, seperti lewat negosiasi, tender bebas atau tender terbatas, iklan di surat kabar, pemakaian agen penjualan profesional, dan sebagainya. Untuk penjualan dibawah tangan ini diperlukan izin hakim pengawas.

Salah satu hal penting yang mesti diperhatikan oleh kurator adalah tidak setiap kewenangan bisa bebas dilakukan sendiri. Bahkan, sangat disarankan agar setiap kegiatannya yang dianggap penting haruslah dengan konsultasi atau bahkan

persetujuan oleh hakim pengawas, termasuk terhadap hal-hal oleh undang-undang tidak diharuskan berkonsultasi atau meminta izin dari hakim pengawas. Akan tetapi, sungguhpun telah dikonsultasikan atau memperoleh izin dari hakim pengawas, hal tersebut tidak mengurangi tanggung jawab hukum dari kurator sebagai pihak profesional.

Kekayaan debitor yang telah dinyatakan pailit berada dalam keadaan sita umum yang merupakan harta pailit (boedel pailit). Dalam hal ini apabila perusahaan dan direksi serta komisaris secara bersama-sama dinyatakan pailit maka seluruh harta kekayaan perusahaan, direksi, komisaris adalah merupakan harta pailit yang wajib dibereskan (dilikuidasi) oleh kurator. Sedangkan, apabila hanya perusahaan yang dinyatakan pailit, maka dapat ditafsirkan bahwa harta direksi dan komisaris yang dijadikan jaminan utang perusahaan secara kebendaan (hak tanggungan) tidak termasuk dalam harta pailit. Sehingga eksekusi terhadap aset direksi dan Dewan Komisaris dilakukan langsung oleh Kreditor pemegang jaminan kebendaan hak tanggungan (kreditor separatis) (dalam hal ini, misalnya bank).

Namun dalam praktik, hal ini terkadang menjadi perdebatan antara kurator dan kreditor separatis apakah aset pihak ketiga yang dijadikan jaminan utang debitor yang dinyatakan pailit masuk dalam boedel pailit atau tidak. Sering ditemui adalah aset pihak ketiga yang dijamin untuk menjamin utang debitor pailit sesungguhnya adalah harta debitor pailit, namun belum dilakukan pencatatan pengalihannya secara hukum. Terhadap keadaan tersebut dalam ketentuan Pasal 6 angka 4 huruf a ke-4 Peraturan Direktur Jenderal Kekayaan

Negara Nomor 2/KN/2017 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Lelang (“Perdirjen KN 2/2017”) salah satu syarat lelang eksekusi harta pailit adalah dengan melampirkan asli dan/atau fotokopi bukti peralihan hak atau bukti/dokumen lain yang menyatakan aset merupakan milik terpailit, dalam hal aset masih tertulis milik pihak ketiga, kecuali objek lelang merupakan milik pihak lain yang dijaminakan dengan hak kebendaan untuk menanggung utang terpailit.

Dalam ketentuan itu dapat dilihat bahwa aset pihak ketiga yang belum dilakukan perubahan pencatatan dan namun sesungguhnya adalah asset Debitor pailit adalah merupakan boedel pailit selama dapat dibuktikan adanya dokumen-dokumen mengenai hal tersebut. Namun, dikecualikan apabila aset pihak ketiga tersebut adalah objek lelang yang dijaminakan dengan hak kebendaan (misalnya hak tanggungan) untuk menanggung utang terpailit. Ketentuan ini dapat seolah-olah ditafsirkan bahwa aset pihak ketiga yang dijaminakan dengan hak kebendaan untuk melunasi utang debitor pailit adalah merupakan harta pailit karena tidak diperlukan adanya dokumen-dokumen pendukung peralihannya. Namun menurut kami, aset pihak ketiga tersebut tetap bukan merupakan boedel pailit dan namun apabila Kurator melakukan penjualan aset pihak ketiga yang dijadikan jaminan untuk melunasi utang Debitor pailit itu merupakan diskresi kreditor separatis pemegang jaminan kebendaan untuk dijual melalui kurator.

C. Perjanjian Penanggungan Merupakan Perjanjian Baku

Peneliti dalam hal ini berusaha mengambil contoh draft akta perjanjian penanggungan yang dibuat oleh beberapa Notaris di DKI Jakarta. Yang pertama

adalah akta Notaris Buntario Tigris, Notaris di Jakarta Pusat, dapat disampaikan bahwa isi perjanjian penanggungan Pribadi (borg), berbunyi:

----- *Pasal 1.* -----

Jaminan ini diberikan oleh penanggung kepada KREDITUR dengan melepaskan semua dan setiap hak serta hak-hak utama yang oleh peraturan hukum yang berlaku diberikan kepada seorang penanggung (borg), yakni antara lain (tetapi tidak terbatas) hak-hak dan hak-hak utama yang termaktub di dalam pasal-pasal 1830, 1831, 1837 dan 1847 sampai dengan 1849 dari Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

----- *Pasal 2.* -----

Jaminan ini meliputi semua dan setiap jumlah uang yang terhutang dan wajib dibayar oleh DEBITUR kepada KREDITUR, berdasarkan PERJANJIAN tersebut maupun perubahan-perubahannya, pembaharuan-pembaharuannya, penambahan-penambahannya serta perpanjangan-perpanjangannya, baik karena hutang pokok, denda dan lain-lainnya atau sisanya yang masih belum terbayar lunas.

----- *Pasal 3.* -----

- KREDITUR berhak, dan sepanjang perlu dengan ini diberi kuasa oleh penanggung, untuk menetapkan sendiri jumlah uang yang terhutang dan wajib dibayar oleh DEBITUR kepada KREDITUR berdasarkan PERJANJIAN tersebut maupun perubahan-perubahannya, pembaharuan-pembaharuannya, penambahan-penambahannya serta perpanjangan-perpanjangannya, baik karena hutang pokok, denda, dan lain-lain biaya yang wajib dibayar, dan penanggung akan menerima baik perhitungan yang dibuat dan diberikan oleh KREDITUR sebagaimana yang diuraikan di atas.

----- *Pasal 4.* -----

-Jaminan yang diberikan oleh penanggung kepada KREDITUR yang termaktub dalam akta ini akan berlaku secara terus menerus, yakni akan tetap berlaku dan mempunyai kekuatan hukum yang mengikat terhadap penanggung, selama DEBITUR masih mempunyai sesuatu hutang berupa dan berapapun juga jumlahnya kepada KREDITUR sebagaimana diuraikan di atas, dan tanpa persetujuan tertulis terlebih dahulu dari KREDITUR maka pemberian jaminan ini dengan alasan atau cara bagaimanapun juga tidak dapat ditarik atau dicabut kembali oleh penanggung.

----- *Pasal 5.* -----

-Sepanjang masih diperlukan, penanggung dengan ini pula menyatakan turut bertanggung jawab sepenuhnya terhadap KREDITUR mengenai pelaksanaan yang tertib dan dengan secara sebagaimana mestinya atas

semua dan setiap kewajiban-kewajibannya DEBITUR kepada KREDITUR yang timbul berdasarkan PERJANJIAN tersebut maupun perubahan-perubahannya, pembaharuan-pembaharuannya, penambahan-penambahannya serta perpanjangan-perpanjangannya, dan sebagai demikian maka atas kekuatan akta ini KREDITUR berhak mengajukan penuntutan hukum baik terhadap penanggung secara tersendiri maupun secara bersama-sama dengan DEBITUR dan segala sesuatu itu atas pertimbangan dan keputusan KREDITUR sendiri.

----- *Pasal 6.* -----

- 1. Terhadap pemberian jaminan ini akan berlaku ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku di Negara Republik Indonesia.*
- 2. Mengenai pemberian jaminan ini dan segala akibatnya penanggung memilih tempat kediaman hukum (domisili) yang tetap dan seumumnya di kantor Panitera Pengadilan Negeri Jakarta, akan tetapi demikian itu dengan tidak mengurangi hak-hak dari KREDITUR untuk mengajukan tuntutan-tuntutan hukum terhadap penanggung dihadapan Pengadilan (pengadilan) lainnya dimanapun juga.*

Selanjutnya, draft Akta Notaris Hasbullah Abdul Rasyid, Notaris di

Jakarta Selatan, berbunyi:

- penanggung dengan ini menjamin dan berjanji secara tidak dapat ditarik kembali dan tanpa syarat untuk membayar sepenuhnya kepada Kreditur atas permintaan pertama dari Kreditur kepada penanggung semua jumlah-jumlah uang yang sekarang atau pada suatu waktu akan terhutang oleh Debitur kepada Kreditur karena sebab apapun juga, baik karena Perjanjian, hutang pokok, bunga dan biaya-biaya, baik karena fasilitas garansi bank, jaminan, surat-surat wesel, promesse, akseptasi atau surat dagang lain yang ditandatangani oleh Debitur sebagai acceptace, endosante, penarik atau avaliste atau berdasarkan apapun juga.*
- Penanggung dengan ini melepaskan untuk kepentingan Kreditur semua hak untuk dilunaskan lebih dahulu atau pembagian hutang (eedere uitunning en schudslitsing) dan segala hak utama dan eksepsi yang oleh Undang-undang diberikan kepada seorang borg, di antaranya tetapi tidak terbatas pada ketentuan-ketentuan yang disebut dalam pasal-pasal 1843, 1847, 1848, 1849 dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang berlaku di Indonesia.*
- Jaminan ini tidak dapat dianggap sebagai telah dipenuhi dengan pembayaran atau pelunasan untuk sebagai dari jumlah uang yang terhutang oleh Debitur kepada Kreditur sebagaimana tersebut diatas, akan tetapi untuk jumlah uang yang sewaktu-waktu terhutang oleh*

Debitur kepada Kreditor berdasarkan Perjanjian atau berdasarkan hal-hal lain yang tersebut diatas.

- *Jumlah yang pada suatu saat karena sebab apapun juga terhutang oleh Debitur kepada Kreditor baik berupa pokok maupun biaya-biaya lain, bagi penanggung dan mereka yang menerima hak dari penanggung (rechtverkrijgenden) adalah suatu hutang yang tak terbagi (ondeelbare schuld).*

- *Pembukuan dari Kreditor mengenai jumlah uang yang sewaktu-waktu terhutang oleh Debitur kepada Kreditor berdasarkan perjanjian 5 atau berdasarkan apapun juga merupakan bukti yang sempurna dan mengikat dalam segala hal terhadap penanggung baik didalam pengadilan atau dimanapun juga.*

- *Penanggung dengan ini menjamin Kreditor bahwa penanggung berhak penuh untuk membuat dan melaksanakan jaminan yang dimuat dalam akta ini dan jaminan ini merupakan kewajiban yang sah dan mengikat diri penanggung dan bahwa tidak ada perkara atau perkara administrasi di hadapan Pengadilan yang sekarang berjalan atau hal-hal yang menurut penanggung mengancam kekayaan penanggung yang dapat mempengaruhi keadaan harta kekayaan penanggung.*

- *Penanggung dengan ini memberikan kuasa yang tidak dapat ditarik kembali dan yang tidak akan berakhir karena sebab-sebab yang tercantum dalam pasal 1813 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata kepada Kreditor untuk memenuhi jaminan yang diberikannya berdasarkan akta ini, tanpa mengurangi setiap hak yang mungkin akan diperoleh oleh kreditor berdasarkan jaminan ini serta berdasarkan Undang-Undang dan berdasarkan setiap upaya hukum lain untuk mendapatkan kembali jumlah yang mungkin masih tersisa.*

- *Setiap pemberitahuan atau tagihan berdasarkan jaminan-jaminan ini dianggap telah diberikan sebagaimana mestinya kepada penanggung dengan dikirimnya pemberitahuan atau tagihan itu dengan pos ditujukan kepada penanggung dengan alamat:*

Kecuali pemberitahuan tertulis mengenai perubahan alamat tersebut diatas telah terlebih dahulu diberikan kepada Kreditor.

- *Pemberitahuan Kreditor kepada penanggung dianggap telah diterima 48 (empat puluh delapan) jam setelah dimasukkan ke dalam pos dan cukup dibuktikan bahwa surat yang memuat tagihan tersebut diberikan alamat sebagaimana mestinya dan dimasukkan pada Kantor Pos.*

- *Pemberian jaminan borg yang diatur dalam akta ini tidak dapat diakhiri/dicabut oleh penanggung tanpa persetujuan tertulis dari Kreditur.*
- *Mengenai akta jaminan ini dan segala akibatnya serta pelaksanaannya penanggung memilih tempat tinggal yang tetap dan seumumnya pada Kantor Panitera Pengadilan Negeri*

Selanjutnya, dalam draft akta penanggungan dari Notaris Humbert Lie,

Notaris di Jakarta Utara, akta jaminan pribadi berbunyi sebagai berikut:

-Maka sekarang penghadap tersebut diatas menerangkan didalam akta ini, dengan tidak dapat ditarik kembali dan tanpa syarat, mengikat dirinya sendiri sebagai penanggung dari Debitur tersebut, yang timbul karena Akta Pengakuan Hutang dengan Kreditur tersebut maupun terhadap perjanjian hutang lainnya yang akan dibuat kemudian dengan Kreditur dan yang keseluruhan persyaratannya telah diketahui dengan jelas oleh penghadap sehingga karena itu tidak perlu diuraikan lebih lanjut dalam akta ini, dan karena itu pula penghadap mengikat dirinya sendiri dengan segenap harta bendanya untuk bertanggung jawab sepenuhnya untuk membayar seluruh hutang pokok atau sisa hutang pokok apabila telah diangsur, bunga-bunga, denda-denda dan segala biaya-biaya lainnya yang dibebankan oleh Kreditur tersebut kepada Debitur tersebut, sebagai hutang penghadap sendiri, yaitu pada peringatan pertama dari Kreditur tanpa perlu dibuktikan bahwa Debitur tersebut lalai dalam memenuhi kewajibannya.

Pengikatan sebagai penanggung (borg) ini dilakukan dengan mengindahkan ketentuan pasal 1826 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan dengan melepaskan hak-hak yang oleh Undang-Undang diberikan kepada penanggung, terutama:

1. *Hak untuk meminta supaya harta bendanya Debitur disita dan dijual terlebih dahulu menurut pasal 1831 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.*
2. *Hak untuk menyuruh memecah-mecah hutang tersebut diantara penanggung menurut pasal 1837 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata; dan.*
3. *Hak-hak lainnya serta exeptions (tangkisan-tangkisan) yang termaksud dalam pasal-pasal 1430, 1843, 1847 dan 1849 dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pernyataan jaminan yang termuat dalam akta ini terus sampai semua syarat-syarat dan*

ketentuan-ketentuan dalam Akta Pengakuan Hutang tersebut beserta perubahan, penambahan dan/atau perpanjangannya dikemudian hari sudah dilaksanakan sepenuhnya dan selengkapnya oleh Debitur atau Debitur tersebut telah dibebaskan dengan cara lain oleh Kreditor tersebut. Tentang perjanjian ini dan segala akibatnya para pihak memilih tempat kedudukan hukum (domisili) yang umum dan tetap di Kantor Kepaniteraan Pengadilan Negeri

Dari beberapa contoh draft perjanjian *personal guarantee*, walaupun dimungkinkan bahwa penanggung dapat tidak melepaskan hak istimewanya, terlihat bahwa yang terjadi di lapangan justru penanggung melepaskan hak istimewa mereka yang diatur dalam KUHPerdara, sehingga penanggung menyatakan mereka bertanggungjawab akan seluruh utang debitor baik dalam seluruh perjanjian utang yang telah ditandatangani maupun segala amandemen/perubahannya. Ini bisa dilihat dari draft perjanjian penanggungan yang peneliti kumpulkan dari beberapa kantor Notaris di Jakarta. Template perjanjian penanggungan bisa dikatakan telah diatur klasulanya untuk mengesampingkan hak istimewa. Peneliti berpendapat jenis perjanjian ini tidak ada bedanya dengan perjanjian baku, dimana si penandatangan (yakni pihak penanggung) tidak mempunyai pilihan lain untuk tidak menandatangani perjanjian tersebut atau dengan kata lain *take it or leave it*. Perjanjian penanggungan di mata peneliti adalah perjanjian baku karena jika penanggungan ini tidak ditandatangani, tentu kreditor tidak akan mau memberikan kreditnya/prestasinya kepada debitor. Penanggung dalam hal ini tidak memiliki hak tawar kepada kreditor untuk tidak mengesampingkan hak istimewanya.

D. Kepailitan Yang Menarik Personal Guarantee Sebagai Pihak Banyak Terjadi di Indonesia

Kepailitan/Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang sesungguhnya melibatkan penanggung sebagai pihak telah banyak terjadi di Indonesia. Hal ini tidak lepas dari tujuan *recovery* utang debitor utama agar dapat segera terlaksana dengan cepat. Namun, kemahiran dan pemahaman yang mendalam dari kuasa hukum tentunya akan menjadi suatu rekayasa fenomena baru dari proses kepailitan debitor utama dan/atau penanggung.

Peneliti mencoba mengambil beberapa kasus untuk dibahas terkait debitor yang memiliki *personal guarantee*, yang kemudian diajukan pailit/PKPU oleh para kreditornya. Yang pertama adalah kasus di Pengadilan Niaga Jakarta Pusat pada tahun 2015, antara Slamet Buntaran selaku pemohon pailit dan PT Mega Graha Internasional (Termohon Pailit), yang mana PT Mega Graha Internasional memiliki *personal guarantee* untuk turut membantu melunasi hutang-hutangnya khususnya kepada kreditor separatis. Kurator terpilih yaitu Dr Bernard Nainggolan yang diputus oleh Pengadilan Niaga, meski *personal guarantee* tidak pailit, tetap berusaha mencari/mengejar harta dari *personal guarantee* agar dapat mempercepat proses *recovery asset* kepada seluruh kreditor dari PT Mega Graha International. Usul punya usul, ternyata harta yang terdaftar atas nama *personal guarantee*, merupakan harta yang telah diinbregkan ke dalam PT Mega Graha International sebagai bentuk tambahan setoran modal pribadi *personal guarantee*. Dari proses ini terjadi suatu isu hukum dalam pemberesan budel pailit, dimana walaupun *personal guarantee* dari debitor utama tidak dimohonkan pailit

bersamaan dengan debitor utama, namun harta yang terdaftar atas nama personal guarantee tetap diambil dan dilakukan pengurusan serta pemberesan oleh kurator yang ditunjuk oleh Pengadilan Niaga.

Kasus kedua yang pernah terjadi adalah kepailitan dari PT Pundi Abadi Intisari. PT Pundi Abadi Intisari (selaku debitor prinsipal) juga memiliki *personal guarantee* untuk menjamin pelunasannya kepada para kreditor separatis (bank). *Personal guarantee* dari PT Pundi Abadi Intisari adalah Direktur dari PT tersebut. Dikarenakan penanggung juga telah mengesampingkan hak istimewanya sebagai penanggung, dan utang dari PT Pundi Abadi Intisari sangat besar jumlahnya, maka personal guarantee sangat rawan untuk dimohonkan pailit oleh para kreditornya. Pihak kreditor hampir dapat dipastikan akan mengajukan kepailitan terhadap debitor utama dan juga penanggung. Mungkin tidak dengan kreditor separatis yang memiliki hak untuk didahulukan dari jenis kreditor lain (selain kreditor preferen), yang masih dapat bernafas lega karena mereka memiliki hak prioritas dibandingkan yang lain. *Personal guarantee* yang rawan kehilangan seluruh hartanya (karena harta debitor pailit jumlahnya sedikit), berusaha mencari cara untuk menghindar dengan cara memanfaatkan kepailitan debitor utama (PT Pundi Abadi Intisari). Dengan harapan, jika debitor utama pailit, maka hal tersebut akan mengulur waktu yang sangat lama, bahkan bisa sampai puluhan tahun untuk sampai pada pertanggungjawaban kepailitan personal guarantee. Kemudian, salah satu dari kreditor konkuren PT Pundi, yakni PT Tidar Sinar Pratama yang diduga atas kerjasamanya dengan debitor prinsipal (PT Pundi Abadi Intisari) mengajukan permohonan pailit PT Pundi Abadi Intisari. Permohonan

pailit berhasil, dan berdasarkan Putusan No:46/Pdt.Sus-Pailit/2014/PN Niaga.Jkt.Pst, PT Pundi Abadi Intisari dinyatakan pailit. Dan menurut informasi yang peneliti terima, bahwa sampai dengan bulan Desember 2019, proses pemberesan boedel pailit PT Pundi Abadi Intisari sampai dengan saat ini belum selesai.

Yang ketiga adalah kasus mengenai penundaan kewajiban pembayaran utang ('PKPU') antara debitor utama dan *personal guarantee* yang dimohonkan secara bersama-sama oleh pemohon PKPU. Kreditor separatis yakni PT Bank CIMB Niaga Tbk. selaku pemohon PKPU I dan PT BANK UOB INDONESIA selaku pemohon PKPU II mengajukan permohonan PKPU terhadap debitor utama yakni PT Jaba Garmino, suatu perseroan terbatas yang didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan beralamat di JL Industri Raya III, Kabupaten Tangerang. Turut dimohonkan PKPU adalah Djoni Gunawan, selaku *personal guarantee* dari debitor utama tersebut. PKPU sesungguhnya diharapkan oleh tiap debitor ataupun penanggungnya, agar mereka masih diberikan kesempatan untuk bernafas (dalam artian ada waktu dan cara untuk merestrukturisasi utang yang ada). Dimana, strategi jitu dari debitor utama dan *personal guarantee* dibutuhkan agar rencana perdamaian yang telah dibuat dapat disampaikan dan disetujui oleh mayoritas kreditor yang hadir dalam rapat pembahasan rencana perdamaian. Sayangnya, rencana perdamaian debitor PT Jaba Garmino (dalam PKPU tetap) dan Djoni Gunawan (dalam PKPU tetap) ditolak 100% oleh kreditor konkuren baik terhadap PT Jaba Garmino (PKPU tetap) dan Djoni Gunawan (dalam PKPU tetap), 87,49% kreditor separatis PT Jaba Garmino (dalam PKPU tetap) dan 83,99%

kreditor separatis Djoni Gunawan (dalam PKPU tetap), maka para debitor tersebut harus dinyatakan pailit dengan segala akibat hukumnya. Permohonan perpanjangan PKPU yang diajukan debitor PKPU juga dinyatakan tidak diterima/ditolak.¹⁷⁵

Dalam pelaksanaannya, sempat ditemukan bahwa debitor prinsipal selaku pihak yang menikmati fasilitas kredit, tidak turut dimohonkan sebagai termohon pailit dalam permohonan pailit. Jika debitor prinsipal dan penanggung dimohonkan bersama-sama, ini mungkin masih dapat dipahami. Tetapi, telah terjadi beberapa kasus dimana hanya penanggung saja yang digugat pailit sampai akhirnya penanggung pailit. Ada beberapa Putusan Mahkamah Agung terkait hal ini yaitu Putusan Mahkamah Agung Nomor 762 K/PDT.SUS/2010 tanggal 29 September 2010 juncto Putusan Mahkamah Agung Nomor 03/PAILIT/2009/PN.NIAGA/ MDN., tanggal 10 Februari 2010 dalam Perkara Permohonan Kepailitan yang diajukan oleh CITIBANK N.A, selaku Pemohon Pailit terhadap Sdr. Wijayanto, selaku Termohon Pailit I dan Sdr. Shelly Kustamin, selaku Termohon Pailit II, telah mengabulkan Permohonan Pailit terhadap para penanggung tanpa menarik debitor Utama (PT Berkah Sawit Sumatera) sebagai Termohon Pailit.

Dalam putusan Mahkamah Agung yang lain mengenai kepailitan penanggung yaitu Putusan No. 42K/N/1999 dalam perkara kepailitan antara (1) Bank Artha Graha dan (2) PT. Bank Pan Indonesia, Tbk (PT. Bank Panin, Tbk) melawan (1) Cheng Basuki dan (2) Aven Siswoyo, Majelis Hakim Kasasi

¹⁷⁵ Putusan Nomor:04/Pdt.Sus/PKPU/2015/PN.Niaga.Jkt.Pst., Nomor:04/Pdt.Sus/Pailit/2015/PN.Niaga.Jkt.Pst.

mengemukakan dalam pertimbangannya sebagai berikut:¹⁷⁶ Bahwa dengan perjanjian penjaminan Nomor 50 dan perjanjian jaminan Nomor 51 (bukti P2 dan P3) yang diantaranya menyatakan bahwa para Termohon Kasasi selaku para penanggung melepaskan segala hak-hak yang diberikan oleh Undang-Undang kepada seorang penjamin, berarti Para Termohon Kasasi sebagai para penanggung adalah menggantikan kedudukan Debitor (PT.Tensindo) dalam melaksanakan kewajiban Debitor (PT.Tensindo) terhadap para Pemohon (para Pemohon Kasasi) sehingga para Termohon (Termohon Kasasi) dapat dikategorikan sebagai debitor.

Secara umum, penanggung selalu dianggap harus bertanggungjawab terhadap harta debitor ketika telah mengesampingkan hak istimewanya sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1831 KUHPerdara. Hakim Pemutus seharusnya juga memikirkan unsur kemanfaatan dari proses mempailitkan penanggung, yang artinya tidak serta merta memakai kaca mata kuda dalam memberikan putusan (karena putusan ini akan menjadi yurisprudensi untuk ke depannya). Contoh kasus mengenai hal ini, dapat dilihat dari: Putusan Nomor 39 K/N/1999: PT Deemte Sakti Indo sebagai Pemohon Kasasi (Debitor) melawan PT Bank Kesawan sebagai Termohon Kasasi (Kreditor) PT. Dharmala Realindo telah berutang pada PT Bank Keawan sebesar Rp 9.015.479.476,- yang terdiri dari utang pokok, bunga tertunggak, bunga OD. Utang tersebut bersumber dari Perjanjian Kredit Nomor 22/DL-V/BK-97 tanggal 7 Mei 1997 dan Akta

¹⁷⁶ Bagus Wicaksono, *Siapa Bilang Penjamin Pribadi (Personal Guarantee) atau Penjamin Perusahaan (Corporate Guarantee) Tidak Dapat Dimohonkan Pailit Di Pengadilan? Simak aturan hukumnya*, <http://abpadvocates.com/siapa-bilang-penjamin-atau-penanggung-baik-penjamin-pribadi-personal-guarantee-atau-penjamin-perusahaan-corporate-guarantee-tidak-dapat-dimohonkan-pailit-di-pengadilan/>, [diunduh pada 16/03/2020, pukul 10.37]

Pengakuan Utang Nomor 48. Pasal 6 huruf b perjanjian kredit tersebut menyatakan PT Deemte Sakti Indo memberikan jaminan berupa *corporate guarantee* dengan melepaskan ,hak-hak istimewanya, sehingga dengan tidak dibayarnya utang-utang PT Dharmaia Reaiindo, maka PT Deemte Sakti Indo sebagai garantor menjadi berkedudukan sebagai debitor. Karena debitor tersebut telah melepaskan hak-hak istimewanya, maka kreditor dapat langsung mengajukan permohonan pernyataan pailit. Disamping adanya utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, debitor terbukti mempunyai kreditor lain yaitu PT Bank Mandiri. Terhadap fakta tersebut, hakim pengadilan niaga melalui Putusan Nomor 59/PAILIT/1999/PN.Niaga/Jkt Pst. 5 Oktober 1999 menyatakan PT Deemte Sakti Indo pailit. Mahkamah Agung menguatkan putusan Pengadilan Niaga tersebut dengan dasar pertimbangan antara lain berdasarkan Pasal 1832 ayat (1) KUHPerdara, guarantor tidak dapat menggunakan haknya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1831 apabila telah melepaskan hak-hak istimewanya, sehingga kreditor dapat secara langsung menuntut guarantor (& debitor) untuk memenuhi kewajibannya. Jenis putusan ini yang perlu kita garis bawahi karena sebenarnya Majelis Hakim hanya menerapkan ketentuan dalam KUHPerdara, tanpa mempertimbangkan kondisi peraturan dalam kepailitan. Berikut ini adalah contoh-contoh perkara dimana penanggung dinyatakan pailit oleh Pengadilan Niaga, yakni sebagai berikut:

1. Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN) terhadap PT. Ilmu Intiswadaya (debitor prinsipal), Linda Januarita Tani (penanggung), dan PT.

Optimal Teknindo Internasional (penjamin perusahaan) (Putusan No. 79/PAILIT/2000/PN.NIAGA.JKT. PST.)

2. Bank Credit Lyonnais Indonesia terhadap PT. Sandjaja Graha Sarana (penjamin perusahaan), Tjokro Sandjaja (penanggung), dan Patricia Sandjaja (penanggung) (Putusan No.29/PAILIT/1999/PN.NIAGA/ JKT. PST);
3. Hasim Sutiono dan PT. Muji Inti Utama terhadap PT. Kutai Kartanegara Prima Coal (penanggung) dan Ny. Iswati Sugianto (penanggung) (Putusan No. 18/PAILIT/1998/ PN.NIAGA/JKT.PST).

BAB IV
KEBERADAAN DAN TANGGUNG JAWAB PERSONAL GUARANTEE
PADA PROSES KEPAILITAN

A. Kedudukan Personal Guarantee Dalam Proses Kepailitan Debitor

Kepailitan merupakan sita umum yang mencakup seluruh kekayaan debitor (*algemen beslag*) untuk kepentingan semua kreditor dari pihak debitor. Tujuan kepailitan adalah pembagian kekayaan debitor oleh kurator kepada semua kreditor dengan memperhatikan hak-hak masing-masing kreditor secara adil. Dengan demikian, dalam pelaksanaan sita umum harus dihindari sita dan eksekusi oleh para kreditor secara sendiri-sendiri. Para kreditor harus bertindak secara bersama-sama (*concurcus creditorum*) sesuai dengan asas yang ditetapkan dalam Pasal 1132 KUHPerduta.¹⁷⁷ Pelaksanaan sita umum tersebut juga mencakup kekayaan debitor yang berada di luar negeri, meskipun dianut asas teritorialitas sehubungan dengan prinsip kedaulatan negara.¹⁷⁸

Dapat diketahui bahwa, dengan putusan pernyataan pailit, seluruh harta kekayaan debitor pailit nantinya berada dalam sitaan umum, bahkan penyitaan jenis apapun yang sudah pernah dilaksanakan, dinyatakan batal demi hukum dan harus diangkat. Dalam hubungannya dengan Pasal 1832 angka 4 KUHPerduta, maka jelaslah bahwa dalam hal debitor telah dinyatakan pailit, maka tidak mungkin lagi bagi penanggung untuk menuntut supaya harta debitor disita terlebih dahulu dan dijual untuk melunasi utang-utangnya. Harta kekayaan debitor

¹⁷⁷ R. Anton Suyatno, *Pemanfaatan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Sebagai Upaya Mencegah Kepailitan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, hlm.45.

¹⁷⁸ UUKPKPU, Pasal 212-214.

pailit akan dijual oleh kurator untuk dibagikan secara *pari passu* dan *pro rata* untuk kepentingan seluruh kreditor. Kemudian, dari harta penanggung juga harus diambil untuk melunasi utang debitor pailit (jika ternyata harta debitor tidak mencukupi).

Borghtoct sebagai suatu bentuk jaminan khusus erat kaitannya dengan proses kepailitan. *Personal guarantee* yang lahir sebagai perjanjian *accessoir*, dimana hal ini merupakan perjanjian ‘ikutan/turunan’ karena telah didahului dengan perjanjian pokok (yang berupa perjanjian kredit) terlebih dahulu. Lahirnya lembaga penanggung berangkat dari dasar prinsip utama hukum jaminan yang berlandaskan pada Pasal 1131 KUHPerdara yang pada intinya menyatakan bahwa seluruh harta benda milik debitor (pihak yang berhutang) baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang telah ada sekarang pada saat ia berhutang maupun yang baru akan ada di kemudian hari menjadi tanggungan/ jaminan untuk menjamin segala perikatan perseorangan yang dibuatnya. Selanjutnya, Pasal 1132 KUHPerdara pada intinya menyatakan bahwa segala harta kebendaan si berhutang (debitor tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya (seluruh kreditor) yang mana nantinya hasil penjualan benda-benda jaminan itu dibagi menurut besar kecilnya piutang. Sehubungan dengan itu, dikarenakan jaminan yang diatur dalam Pasal 1131 dan 1132 KUHPerdara adalah jaminan yang sifatnya umum yang mana hal tersebut sering dirasakan kurang aman bagi kreditor, karena kekayaan si berhutang pada suatu waktu nantinya akan habis dan jaminan secara umum itu berlaku umum untuk semua kreditor tanpa ada kekhususan tertentu; alasan inilah yang mendorong

lahirnya lembaga jaminan khusus yang antara lain adalah *personal guarantee/borghtoct*.

Keberlakuan kepada semua kreditor (secara umum) tentu tidak memberikan rasa aman kepada kreditor. Akhirnya dipilihlah jaminan khusus, yang diberikan oleh kreditor inilah yang berupa jaminan kebendaan/jaminan pribadi yang dinamakan penanggungan atas utang oleh seorang pribadi. Jaminan merupakan faktor kunci yang berperan penting bagi kreditor dalam rangka memperoleh kepastian bahwa pinjaman yang diberikan itu akan dilunasi oleh debitor sesuai perjanjiannya dan secara tepat waktu.

Faktor untuk menentukan adanya ketergantungan keuangan antara 2 (dua) pihak yaitu adanya pengalihan risiko kredit melalui penanggungan dimana pihak yang menjamin akan mengambil alih sebagian atau keseluruhan risiko keuangan dari pihak yang dijaminnya. Bentuk penanggungan yang diberikan dalam menentukan hubungan keuangan dapat terdiri dari berbagai bentuk seperti: *personal guarantee*, *corporate guarantee*, dan/atau *aval*. Penelitian dalam Disertasi ini dibatasi mengenai *personal guarantee* saja.

Perjanjian utama dari *personal guarantee* berdasar dari masalah utang. Utang merupakan bentuk kewajiban yang dapat dinilai uang. Utang paling utama yang kita ketahui tentu utang yang bernilai bentuk uang (misalnya kepada bank), tetapi utang yang dikenal dalam UUKPKPU bersifat luas, sehingga segala bentuk kewajiban yang bernilai uang juga merupakan utang. Utang yang dianut pada UUKPKPU terdahulu (yakni Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998), sifatnya sempit. Sekarang, di dalam UUKPKPU yang baru; definisi utang telah diperluas,

dimana kewajiban dalam bentuk non uang, juga merupakan utang. Jadi, utang adalah kewajiban yang berbentuk uang dan non uang.

*Guaranties and sureties are known as some of the oldest concepts of securing a debt and are common in both civil and common-law jurisdictions.' Both concepts function as a security mechanism for creditors, giving them the right to seek satisfaction from more than one person and incidentally reducing the risk of default. In the United States, guaranty and suretyship laws have primarily evolved from common law, but are also outlined in various statutes.*¹⁷⁹ Jika diterjemahkan dalam bahasa Indonesia, maka artinya adalah jaminan dan penjaminan adalah sesuatu yang sifatnya lazim dipergunakan untuk menjamin suatu utang, dan dikenal baik di yurisdiksi hukum *common law* dan *civil law*. Kedua konsep tersebut adalah jalan untuk menemukan pemenuhan dari lebih dari 1 (satu) pihak dan tentunya untuk mengurangi risiko dari kegagalan dari suatu pihak, dalam memenuhi kewajibannya. Di Amerika Serikat, maka mengenai penjaminan berasal dari hukum *common law*, yang mana juga diikuti oleh statuta-statuta.

Secara umum, penanggung di Indonesia sejalan dengan penanggung di negara Amerika, seperti di atas. Tanggung jawab dari penanggung secara umum tentu bertanggung jawab terhadap utang dari debitor, tentu tujuannya supaya kreditornya terjamin. Tanggung jawab penanggung tidak dapat lebih berat dari jumlah utang debitor. Jika ternyata lebih berat, maka perjanjian penanggungan

¹⁷⁹ Christoph Henkel, Personal Guarantees and Sureties between Commercial Law and Consumers in the United States Mississippi College School of Law, Mississippi College School of Law, 2014, <https://dc.law.mc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1111&context=faculty-journals>, [diunduh pada 16/05/2020, pk. 13.00]

tidak batal, namun hanya berlaku sebatas perjanjian pokoknya (perjanjian kreditnya). Jika terdapat bunga, atau biaya yang terkait dengan utang pokok, maka penanggung juga bertanggung jawab terhadap hal tersebut.

Pasal 1831 KUHPerdara yang menyatakan bahwa penanggung tidak memiliki kewajiban untuk membayar sejumlah uang kepada kreditor ketika debitor tidak lalai akan kewajibannya (wanprestasi). Ini adalah pasal utama yang sebenarnya secara eksplisit telah menyatakan bahwa penanggung adalah pihak kedua dari debitor prinsipal (dalam hal debitor tidak lagi mencukupi dananya untuk memenuhi kewajibannya). Jadi, tahapan pertama adalah eksekusi harta debitor prinsipal terlebih dahulu yang dilakukan melalui proses lelang di hadapan publik sampai harta debitor habis. Ketika tidak mencukupi, maka penanggung dapat dipanggil untuk menambah kekurangan tersebut. Hal ini adalah inti dari teori pertanggung yang dikemukakan Yahya Harahap.

UUKPKPU tidak mengatur mengenai kepailitan *personal guarantee* (penanggung), sehingga pelaksanaan proses kepailitan yang melibatkan *personal guarantee*, dilaksanakan melalui proses penafsiran penegak hukum, sehingga memungkinkan terciptanya kondisi ketidakpastian hukum bagi penanggung. Kepailitan *personal guarantee* masih banyak didasarkan pada penggunaan putusan hakim berkuatan hukum tetap (yurisprudensi) terdahulu karena belum diatur dalam UUKPKPU sebagai payung hukum tertinggi dalam kepailitan. Peneliti di dalam Disertasi ini tertarik untuk membahas mengenai fenomena pailitnya penanggung dalam pranata kepailitan.

UUKPKPU menyebut *personal guarantee* dengan istilah penanggung dan berdasarkan hasil penelusuran peneliti, hanya ada 4 (empat) pasal dalam UUKPKPU yang membahas mengenai penanggung, yang mana hal ini sangat minim. Tidak ada Pasal yang secara spesifik membahas kepailitan penanggung. Keempat pasal tersebut adalah pasal 141, 165, 254, 287 (hanya 4 pasal), tetapi, karena tidak dilarang secara tegas dalam UUKPKPU, maka banyak pihak yang mencoba menciptakan suatu metode/rekayasa yang tidak melanggar hukum, supaya dapat secara lebih simpel dan cepat dalam memperoleh pelunasan utang debitor, yakni dengan cara memanfaatkan pengesampingan hak istimewa penanggung sebagai dasar untuk mengajukan kepailitan atas nama penanggung, padahal pada kenyataannya pelaksanaan/prosedur kepailitan dari penanggung juga tidak diatur sama sekali. Tahapan-tahapannya hanya dilaksanakan berdasarkan penafsiran dari Hakim Niaga & Hakim Pengawas atas pasal yang sudah ada di dalam UUKPKPU yang berlaku untuk debitor prinsipal.

Sebelum berbicara lebih jauh mengenai kepailitan penanggung, apabila debitor maupun penanggung tidak dengan sukarela memenuhi utang debitor, kreditor dimungkinkan untuk menempuh jalur hukum. Dalam hukum perdata ada 3 (tiga) kemungkinan yang dapat ditempuh oleh pihak kreditor.¹⁸⁰ Pertama, dapat mengeksekusi jaminan-jaminan yang diberikan. Kedua, mengajukan permohonan pernyataan pailit terhadap debitor dan/atau kepada penanggung. Ketiga,

¹⁸⁰ Kartini Muljadi, *loc.cit.*, hlm.78

mengajukan gugatan wanprestasi atau cidera janji terhadap debitor dan penanggung.¹⁸¹

Bank dalam hal bertindak selaku kreditor pemegang hak jaminan kebendaan (misalnya: hak tanggungan) selanjutnya menjadi kreditor separatis, sedangkan bank selaku pemegang jaminan pribadi berupa *corporate guarantee* dan/atau *personal guarantee* sebagai jaminan dan ketika kemudian debitor dinyatakan pailit, bank akan berkedudukan sebagai kreditor konkuren dan asset yang didaftarkan dalam *corporate guarantee* dan/atau *personal guarantee* akan dimasukkan dalam boedel pailit.

Kreditor pemegang jaminan perorangan (*personal guarantee*) tidak mempunyai hak khusus seperti yang dimiliki oleh kreditor pemegang jaminan kebendaan (kreditor separatis) terhadap harta kekayaan debitor. Penanggungan jenis ini memang tidak ditunjuk suatu benda tertentu sebagai obyek jaminan. Yang terjadi dalam proses pemberian jaminan jenis *personal guarantee* hanyalah suatu kesepakatan antara penanggung dengan kreditor bahwa seorang pribadi hukum mengikatkan dirinya dan berjanji untuk menjamin dengan kekayaannya yang dipunyai untuk memenuhi kewajiban debitor pada saatnya nanti dengan syarat-syarat tertentu. Oleh karena, dalam perjanjian *personal guarantee* tidak sama sekali menunjuk benda (-benda) tertentu milik penanggung sebagai obyek jaminan yang kemudian diikat melalui bentuk pengikatan jaminan yang sudah ditetapkan. Maka dari itu, jaminan perorangan hanyalah efektif dan bermanfaat

¹⁸¹ Erman Rajagukguk, *Corporate Guarantee sebagai Salah Satu Bentuk Penjaminan*, One Day Seminar Resiko dan Pengamanan Bank Guarantee, Corporate Guarantee & Personal Guarantee. Surabaya: Finance Association Surabaya, 2 Desember 1995.

apabila pada waktu hendak dilaksanakannya jaminan tersebut, penanggung mempunyai kekayaan yang jumlahnya juga memadai untuk turut membantu melunasi utang debitor dan tidak dalam kondisi sedang dikejar oleh pemegang jaminan perorangan yang lain untuk maksud yang serupa. Dalam keadaan seperti ini maka seorang kreditor yang hanya memegang *personal guarantee* atau *corporate guarantee* saja termasuk ke dalam kelompok *unsecured creditor*/kreditor konkuren, tempatnya ada di urutan paling terakhir dibandingkan *secured creditor*/kreditor separatis. Sehingga, apabila diajukan tuntutan terhadap seorang debitor dan penanggungnya oleh beberapa kreditor, maka *unsecured creditor* hanya dapat mengharapkan pelunasan setelah *secured creditor*/kreditor separatis dibayar, penanggung yang bersangkutan masih mempunyai kekayaan yang dapat dijual.¹⁸² Contohnya adalah kasus PT. Bank Astria Raya, 2 (dua) guarantor terhadap debitor PT Bank Astria Raya telah dinyatakan pailit (kasus nomor 12/Pailit/1998/Pn Niaga/Jkt/Pst). Para guarantor tersebut mempunyai utang untuk melaksanakan kewajiban untuk menjamin pembayaran utang debitor.¹⁸³

Kepailitan debitor sesungguhnya melanggar teori penanggungan karena beberapa hal yang antara lain adalah dalam hal debitor digugat pailit terlebih dahulu (tidak bersamaan dengan penanggung), maka ketika debitor dinyatakan pailit, terdapat suatu mekanisme pembagian harta debitor yang telah dilakukan pemberesan oleh kurator, yaitu pembagian berdasarkan klasifikasi (hierarki)

¹⁸² Arsul Sani, *Tinjauan Hukum Mengenai Praktek Pemberian Jaminan Pribadi dan Jaminan Perusahaan*, Jurnal Hukum dan Pembangunan, Jurnal Hukum dan Pembangunan nomor 5 Tahun XXIII, Jakarta, 2018, hlm. 430.

¹⁸³ Sis Abdi, *Kepailitan Ditinjau dari Aspek Perbankan*, dalam buku *Penyelesaian Hutang Piutang Melalui Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Jakarta, 2001, hlm.426.

kreditor. Urutan pembagian harta pailit kepada para kreditor yang diatur oleh UUKPKPU, urutannya dimulai dari kreditor khusus/preferen yang mana terdiri dari kreditor pajak dan karyawan debitor pailit. Kedua adalah kreditor separatis yang artinya adalah kreditor pemegang jaminan kebendaan (yang biasanya adalah bank) yang dapat berupa kreditor pemegang hak tanggungan, kreditor pemegang hak gadai atau pemegang hak agunan, dan berada pada urutan terakhir adalah kreditor konkuren, yang artinya adalah kreditor tanpa hak jaminan kebendaan. Personal guarantee berada dalam golongan ini. Kreditor konkuren ini adalah kreditor yang paling umum dan selalu paling banyak jumlahnya.

Dalam proses pendaftaran utang, seluruh kreditor dari debitor pailit akan didaftarkan, sehingga akan diperoleh data yang jelas mengenai siapa-siapa saja kreditor yang akan memperoleh pelunasan nantinya dari hasil pemberesan harta debitor. Atas pengetahuan mengenai urutan pelunasan utang inilah, kreditor dan kuasa hukum kreditor (jika ada), terutama bank, berusaha supaya utangnya dapat segera dikembalikan sepenuhnya dan tentu dalam waktu sesingkat-singkatnya. Bank umumnya merupakan kreditor separatis yang memegang hak jaminan (misalnya hak tanggungan), sekaligus kreditor konkuren dalam hal jaminan atas utang diberikan dalam bentuk *personal guarantee*.

Kepailitan terjadi melalui suatu proses yang panjang, dimana setidaknya debitor sudah lama memiliki utang kepada kreditornya, salah satu utang telah jatuh tempo, dan tidak dibayar. Setidaknya sebelum kondisi tidak dibayar, harus sudah harus dilakukan 3 (tiga) kali somasi/peringatan, dan peringatan tersebut tidak dihiraukan, sampai akhirnya karena tidak dihiraukan, ditempuh jalan

kepailitan agar utang-utang debitor dapat segera dilunasi untuk kepentingan kreditor.

Dengan memanfaatkan celah/kelemahan dari UUKPKPU, kreditor separatis (bank) sebagai pemegang jaminan pribadi tersebut bersama satu kreditor lain kerap memanfaatkan celah kekosongan hukum yang terjadi dalam UUKPKPU dengan cara turut menggugat pailit penanggung bersamaan dengan diajukannya kepailitan debitor. Atau bahkan, penanggung dapat dipailitkan sendiri (tanpa pailitnya debitor prinsipal). Sesungguhnya penanggung tidak pernah berjanji untuk bersedia dipailitkan, yang mana hal ini termaktub dalam perjanjian penanggungan yang ditandatangani. Perjanjian penanggungan standard hanya memuat janji penanggung untuk mengesampingkan seluruh hak istimewa yang dimiliki penanggung, untuk membantu pelunasan utang debitor (seketika dapat langsung ditagih juga kepada penanggung). Kekosongan hukum akhirnya membuat kondisi ini menjadi mungkin bagi pihak-pihak yang berkepentingan memajukan permohonan pailit atas nama penanggung.

Perjanjian penanggungan ada 2 (dua) jenis, dimana 1) dapat dinyatakan dengan tegas mengenai pengesampingan hak istimewa dari *personal guarantee* dalam hal debitor pailit tidak mampu lagi membayar kewajibannya (wanprestasi dari apa yang telah diperjanjikan dalam suatu perjanjian pokok). atau 2) tanpa pengesampingan hak istimewa (tapi dalam prakteknya tidak pernah peneliti temukan). Seperti yang telah dijelaskan pada bab sebelumnya, bahwa seorang penanggung memiliki beberapa hak istimewa yang diberikan oleh KUHPerdara terhadap dirinya. Hak istimewa tersebut adalah dimana harta penanggung tidak

akan dieksekusi selama pihak debitor (prinsipal) yang pailit masih memiliki harta untuk melunasi segala kewajibannya. Selanjutnya, dapat disebutkan bahwa hak-hak istimewa yang dimiliki oleh penanggung:¹⁸⁴ adalah hak meminta agar pemenuhan utang debitor dilakukan dengan cara menyita dan selanjutnya menjual harta debitor terlebih dahulu; melakukan perjumpaan utang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1430 KUHPerdara; atas permintaan penanggung, kreditor tidak diwajibkan menjual ataupun menyita harta debitor; dalam hal yang bertindak sebagai penanggung terdiri dari beberapa orang atau beberapa perusahaan, para penanggung tersebut berhak meminta pemecahan terhadap utang yang ditanggung secara bersama-sama, sesuai dengan proporsinya masing-masing; penanggung berhak meminta ganti rugi kepada debitor atau dibebaskan dari kewajibannya untuk memberikan jaminan perseorangan/perusahaan kepada debitor atas utang debitor yang bersangkutan; penanggung berhak mengajukan segala bantahan (dapat digunakan oleh debitor kepada kreditor); penanggung berhak menuntut debitor agar memenuhi kewajibannya kepada kreditor atau menuntut debitor agar melepaskan penanggung dari kewajiban membayar utang debitor kepada kreditor.

Hak-hak istimewa tersebut sebenarnya merupakan hak khusus yang diberikan oleh undang-undang kepada penanggung ketika penanggung membuat suatu perjanjian penanggungan. Namun, hak-hak tersebut dalam praktiknya disadari betul dapat mempersulit kreditor dalam meminta pemenuhan kewajiban penanggung pada saat debitor macet atau wanprestasi. Dengan adanya hak-hak

¹⁸⁴ Irma Devita Purnamasari, *Kiat-kiat Cerdas, Mudah dan Bijak Memahami Masalah Hukum Jaminan Perbankan*, Kaifa, Bandung, 2011, hlm.147-148.

istimewa tersebut, penanggung dapat mengelak dari kewajibannya. Oleh karena itu, jika diperhatikan, hampir semua bentuk penanggungan perorangan baik *personal* maupun *corporate guarantee*, biasanya akan mencantumkan klausul yang menunjuk pada pasal 1832 KUHPerdara yaitu mengesampingkan (*waive*) seluruh hak istimewa penanggung. Pengesampingan tersebut dikarenakan kreditor tidak berani mengambil resiko jika debitor gagal memenuhi janji-janjinya dalam perjanjian kredit..

Terkait pengesampingan hak istimewa ini, sebenarnya memang diwajibkan oleh kreditor separatis, karena dengan mengesampingkan hak-hak istimewa penanggung, kreditor dapat langsung mengajukan tuntutan kepada penanggung untuk memenuhi kewajiban debitor. Hal tersebut juga berlaku jika terjadi peristiwa debitor resmi dinyatakan pailit. Dengan demikian, walaupun tidak mengesampingkan hak-hak istimewa penanggung, tetap saja demi hukum penanggung harus memenuhi kewajiban debitor yang masih belum selesai kepada kreditor. Hanya saja, cara ini jarang ditempuh, karena satu proses kepailitan saja bisa selesai bertahun-tahun lamanya. Jika hak istimewa tidak dikesampingkan, penanggung baru lahir kewajibannya setelah harta debitor prinsipal dihabiskan terlebih dahulu sampai tidak ada sama sekali, baru harta penanggung akan dikejar. Kreditor dipastikan tidak sanggup menunggu selesainya kepailitan debitor prinsipal karena memakan waktu terlalu lama.

Disamping karena alasan penanggung telah secara tegas melepaskan haknya agar kreditor lebih dahulu menyita harta kekayaan debitor dengan mengesampingkan ketentuan Pasal 1831 KUHPerdara, penanggung juga tidak

bisa menuntut agar harta kekayaan debitor disita terlebih dahulu dalam hal sebagai berikut:¹⁸⁵

- a. Apabila penjamin telah mengikatkan dirinya bersama-sama dengan si berhutang secara tanggung-menanggung, dalam hal ini akibat-akibat perikatannya diatur menurut asas-asas untuk hutang tanggung-menanggung (Pasal 1832 ayat 2 KUHPerduta);
- b. Jika si berhutang dapat memajukan suatu tangkisan yang hanya mengenai dirinya sendiri secara pribadi (Pasal 1832 ayat 3 KUHPerduta);
- c. Jika si berhutang dalam keadaan pailit (Pasal 1832 ayat 4 KUHPerduta). Dengan dinyatakan seseorang dalam keadaan pailit, berarti ia *in casu* tidak dapat berbuat tindakan hukum lagi terhadap harta kekayaannya. Kewenangan itu telah berada di tangan balai harta peninggalan. Demikian juga debitor yang pailit tidak dapat lagi digugat di muka pengadilan dan juga penyitaan tidak lagi dilakukan atas harta kekayaannya.
- d. Dalam hal penanggungan yang diperintahkan oleh hakim (Pasal 1832 KUHPerduta).

Kreditor tentu tidak mau dirugikan dan dengan segala cara akan mencari cara untuk memperoleh pelunasan atas utangnya. Perjanjian penanggungan hampir dapat dipastikan mewajibkan penanggung untuk melepaskan/mengesampingkan hak istimewanya, sehingga penanggung dapat diminta untuk melunasi utang-utang debitor prinsipal, dimana seolah-olah penjamin akan menjadi debitor lain (debitor ke-2) setelah debitor prinsipal.

¹⁸⁵ Kartono, *Kepailitan dan Pengunduran Pembayaran*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1974, hlm.9.

Mungkin bisa dikatakan debitor yang tadinya hanya 1 (satu) pihak menjadi 2 (dua) pihak, padahal kewajiban/utangnya sesungguhnya awal mulanya hanya ada 1 (satu), yakni utang yang muncul dari debitor prinsipal. Pengesampingan hak istimewa mengakibatkan persepsi bahwa penanggung dapat dipailitkan. UUKPKPU menganut bahwasanya segala sesuatu yang tidak/belum diatur dalam undang-undang tersebut akan mengacu kembali kepada KUHPerdara. Karenanya, jika hak istimewa telah dikesampingkan, maka banyak pihak yang menafsirkan bahwa *personal guarantee* dapat ditarik untuk turut bertanggungjawab dan karenanya *personal guarantee* ditafsirkan dapat dimohonkan pailit bersamaan dengan dipailitkannya debitor (prinsipal)/tanpa dipailitkannya debitor prinsipal. Penafsiran inilah yang sekiranya menimbulkan kerugian ekonomis bagi penanggung. Tidak adanya aturan hukum yang memadai untuk penanggung tentu berbahaya untuk penanggung.

Mengenai seorang penanggung yang telah mengesampingkan hak istimewa sebagaimana diatur dalam akta penanggungan, dan kondisi penanggung dapat dipailitkan. Untuk guarantor yang tidak mengesampingkan hak-hak istimewanya, terang adanya bahwa kreditor harus menggugat debitor prinsipal terlebih dahulu. Setelah harta debitor prinsipal disita dan dilelang tetapi tidak cukup untuk melunasi seluruh utangnya, jadi masih ada sisa utang yang belum terbayar atau telah terbukti debitor prinsipal telah tidak mempunyai harta apapun lagi (kondisi nol) atau debitor prinsipal telah dinyatakan pailit oleh pengadilan niaga atas permohonan kreditor lain, baru kemudian kreditor dapat menagih utang

debitor baru kemudian kreditor dapat menagih utang debitor prinsipal kepada guarantor.

Apabila guarantor setelah ditagih tidak mau membayar maka dapat diajukan permohonan kepailitan, untuk kreditor pemohon harus dapat membuktikan bahwa kreditor pemohon telah menagih/menggugat debitor prinsipal terlebih dahulu, tetapi ternyata misalnya debitor prinsipal tidak mempunyai harta sama sekali/harta debitor prinsipal tidak cukup untuk melunasi utangnya, debitor prinsipal dalam keadaan pailit, dimana a. Guarantor sebagai debitor mempunyai lebih dari 1 (satu) kreditor, b. bahwa salah satu utang tersebut telah jatuh waktu dan dapat ditagih.

Untuk guarantor yang telah melepaskan hak-hak istimewanya, terutama untuk guarantor yang telah menyatakan dirinya bertanggung jawab renteng dengan debitor prinsipal terhadap utang debitor prinsipal kepada kreditor maka kreditor dapat langsung mengajukan permohonan kepailitan terhadap guarantor tersebut dengan mengajukan sebagai bukti:¹⁸⁶

1. Surat perjanjian kredit;
2. Surat perjanjian penanggungan dimana guarantor telah melepaskan hak-hak istimewanya dan menyatakan bertanggung jawab renteng dengan debitor utama;
3. Guarantor termohon pailit mempunyai utang pada kreditor lain;

¹⁸⁶ Luky Pangastuti, *Pertanggung Jawaban Pihak Personal Guarantee yang Dinyatakan Pailit*, *Jurnal Repertorium*, ISSN:2355-2646, Volume II No. 2 Juli - Desember 2015.

4. Salah satu utang tersebut telah jatuh waktu dan dapat ditagih tetapi guarantor sebagai pihak yang bertanggung jawab renteng dengan debitor utama terhadap utang tersebut, tetap tidak dibayar.

Seperti yang telah dikemukakan pada bab sebelumnya bahwa, Yahya Harahap menyatakan:¹⁸⁷

“ Borg atau Guarantor menurut pasal 1820 KUHPerdara, bukan debitor. Tetapi hanya seseorang yang mengikat diri untuk memenuhi perikatan apabila debitor sendiri tidak memenuhi. Dalam kedudukan perikatan yang demikian baik secara teknis dan substantif, penanggung bukan berubah menjadi debitor. Kedudukannya secara yuridis telah dilembagakan secara murni dalam bentuk BORGTOCHT.”

“ Tidak ada dasar hukum untuk menuntut dan menempatkan seorang guarantor dalam keadaan pailit, pada prinsipnya sifat BORGTOCHT, hanya menempatkan guarantor menanggung pembayaran yang akan dilaksanakan debitor, oleh karena itu yang memikul pembayaran utang yang sebenarnya tetap berada pada diri debitor. Pada saat Guarantor berada dalam keadaan tidak mampu kedudukannya sebagai penanggung harus diakhiri dan menggantinya dengan penanggung baru.”

Asas dari kepailitan yang termaktub dalam UUKPKPU adalah harta ‘**milik debitor pailit**’ akan dikumpulkan dan digunakan untuk melakukan pengurusan dan pemberesan untuk kepentingan para kreditornya. Debitor harus bertanggung jawab dan memikul kewajiban penuh untuk melunasi utang atas perikatannya yang ia buat sebelumnya dengan kreditor. Kasus di Pengadilan Niaga Jakarta Pusat pada tahun 2015, antara Slamet Buntaran selaku pemohon pailit dan PT Mega Graha Internasional (Termohon Pailit), yang mana PT Mega Graha

¹⁸⁷ Yahya Harahap, *Masalah Pailit Dikaitkan dengan Guarantor*, makalah, Bukti T-3 dalam perkara No. 037/Pailit/2001/PN.Niaga/JKT.PST, dalam Disriani Latifah Sorinda, *Kedudukan Garantor dalam Kepailitan*, [<https://staff.blog.ui.ac.id/disriani.latifah/2009/06/09/kedudukan-guarantor-dalam-kepailitan/>], diunduh pada 20/01/2020, pk. 14.00]

Internasional memiliki *personal guarantee* untuk turut membantu melunasi utang-utangnya khususnya kepada kreditor separatis. Kurator terpilih saat itu adalah Dr. Bernard Nainggolan, yang diputus oleh Pengadilan Niaga. Meski *personal guarantee* tidak pailit, tetapi kreditor tetap berusaha mencari/mengejar harta *personal guarantee* agar dapat mempercepat proses *recovery asset* kepada seluruh kreditor dari PT Mega Graha International. Usul punya usul, ternyata harta yang terdaftar atas nama *personal guarantee*, merupakan harta yang pernah diinbrogkan¹⁸⁸ ke dalam PT Mega Graha International sebagai bentuk tambahan setoran modal pribadi *personal guarantee* ke dalam PT tersebut. Kasus ini menggambarkan suatu isu hukum terkait pertanggung; dimana walaupun *personal guarantee* dari debitor prinsipal tidak dimohonkan pailit bersamaan dengan debitor prinsipal, namun harta yang terdaftar atas nama *personal guarantee* tetap saja diusahakan untuk diambil/ditarik dan dilakukan pengurusan serta pemberesan oleh kurator Bernard Nainggolan yang ditunjuk oleh Pengadilan Niaga.

Dari perkara kepailitan yang dipaparkan tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa kedudukan hukum penanggung apabila debitor prinsipal dinyatakan pailit maka penanggung wajib memberikan pertanggungjawabannya kepada kreditor apabila debitor prinsipal tidak mampu memenuhi kewajibannya sesuai dengan isi dari perjanjian penanggung yang telah disepakati oleh kreditor dan penanggung. Apabila penanggung tidak juga menunjukkan itikad baik, untuk memenuhi kewajibannya maka kreditor dapat memohon kepada pengadilan untuk

¹⁸⁸ Putusan Perkara Nomor: 16/PDT-SUS-Pailit/2015/PN.NIAGA.Jkt.Pst.

mempailitkan pula *personal guarantor*. Dikaitkan dengan teori kepastian hukum, maka pelaksanaan pengambilan harta dari penanggung tersebut apakah telah sesuai dengan prosedur hukum yang berlaku karena sebenarnya harta dari penanggung selaku subyek hukum mandiri tentu berbeda dengan harta dari pihak debitor prinsipal. Debitor adalah debitor dan penanggung adalah penanggung. Ketika kurator melakukan proses pengurusan dan pemberesan, dan menyatakan bahwa harta penanggung adalah bagian dari setoran modalnya kepada debitor, maka harus dapat dibuktikan mengenai validitas dari proses inbreng, karena tidak dapat dijamin bahwa akta inbreng tersebut adalah tanpa rekayasa. Seyogyanya adalah jika dijadikan setoran modal penanggung selaku salah satu pemegang saham dalam PT Mega Graha Internasional, maka akta inbreng seharusnya dibuat pada saat PT didirikan dan sifatnya adalah tidak boleh terlambat. Dikaitkan dengan teori kepailitan dari Levinthal, dimana tujuan dari lembaga kepailitan adalah untuk menyelesaikan masalah utang-piutang antara debitor dan kreditor, karena utang-utang debitor lebih besar daripada aset-asetnya. Berkenaan dengan pentingnya hukum kepailitan, peneliti berpendapat bahwa harta debitor prinsipal harus dihabiskan untuk membayar utangnya, dan tidak sepatutnya mencari harta 'lain' yang akhirnya menyentuh harta milik penanggung. Harus dibuktikan dengan seksama bahwa betul adanya harta penanggung sudah pernah diinbrengkan kepada debitor prinsipal sebagai setoran modal dari penanggung kepada debitor prinsipal karena penanggung adalah juga pemegang saham dari debitor prinsipal; namun jika dilihat dari sisi penanggung, maka penanggung tentu dirugikan, karena hartanya diambil oleh debitor prinsipal. Personal guarantee

dalam kasus ini tidak dipailitkan, sehingga hartanya yang diambil untuk membayar kreditor dari debitor prinsipal tentu tidak tepat. Jika debitor prinsipal dipailitkan, maka yang tepat adalah harta debitor prinsipal dihabiskan terlebih dahulu & kepailitan diselesaikan. Jika terdapat kekurangan, maka akhirnya personal guarantee akan tampil untuk bertanggung jawab akan kekurangannya. Dikaitkan dengan teori penanggungan menurut Yahya Harahap, SH; maka harta penanggung tidak seharusnya diambil dalam kepailitan debitor prinsipal karena meski *personal guarantee* tidak pailit, tetapi kurator tetap mencari/mengejar harta dari *personal guarantee* agar dapat mempercepat proses *recovery asset*/ membantu pemulihan asset debitor prinsipal kepada seluruh kreditor dari PT Mega Graha International. Ketidaksesuaian dengan teori penanggungan terletak pada saat kurator melakukan pemberesan budel pailit, walaupun *personal guarantee* dari debitor prinsipal tidak dimohonkan pailit bersamaan dengan debitor prinsipal, namun harta yang terdaftar atas nama *personal guarantee* tetap diambil dan dilakukan pengurusan serta pemberesan oleh kurator dengan alasan pernah diinbrikan oleh penanggung sebagai bentuk setoran modal atas nama dirinya ke dalam Perseroan yang sekarang diputus pailit.

Pada kasus kepailitan lainnya, yakni kepailitan dari PT Pundi Abadi Intisari (selaku debitor prinsipal) dengan personal guarantee dari PT Pundi Abadi Intisari yang merupakan Direktur dari PT tersebut. Dikarenakan *personal guarantee* juga telah mengesampingkan hak istimewa sebagai penanggung, dan utang dari PT Pundi Abadi Intisari sangat besar jumlahnya, maka *personal guarantee* sangat rawan untuk dimohonkan pailit oleh para kreditornya. Pihak

kreditor dapat dipastikan akan mengajukan kepailitan terhadap debitor prinsipal dan juga *personal guarantor*. *Personal guarantor* rawan kehilangan seluruh hartanya karena harta debitor pailit saat itu jumlahnya terlalu sedikit, untuk kemudian mencari cara untuk menghindar dengan cara memanfaatkan kepailitan debitor prinsipal. Dengan harapan, jika debitor prinsipal pailit, maka hal tersebut dapat mengulur waktu yang lama, bahkan bisa sampai puluhan tahun untuk sampai pada pertanggungjawaban kepailitan penanggung (karena harta debitor prinsipal dalam hal ini PT Pundi harus diselesaikan terlebih dahulu sampai titik terakhir). Skenario yang terjadi saat itu adalah salah satu dari kreditor konkuren PT Pundi Abadi Intisari, yakni PT Tidar Sinar Pratama yang diduga atas kerjasamanya dengan debitor prinsipal (PT Pundi Abadi Intisari) mengajukan permohonan pailit terhadap PT Pundi Abadi Intisari (tidak menggugat pailit penanggungnya). PT Pundi dan PT Tidar memiliki hubungan yang cukup baik, dan karenanya kedua PT tersebut dapat memuluskan rencana pailitnya PT Pundi. Permohonan pailit berhasil, dan berdasarkan Putusan No: 46/Pdt.Sus-Pailit/2014/PN Niaga.Jkt.Pst, PT Pundi Abadi Intisari dinyatakan pailit. Dan menurut informasi yang peneliti terima dari advokat yang mengurus kasus ini, bahwa sampai dengan bulan Desember 2019, proses pemberesan boedel pailit PT Pundi Abadi Intisari sampai dengan saat ini belum selesai. Perkara ini jika tidak sesuai dengan teori kepastian hukum dari Gustav Radburch, yang mana menyatakan bahwa kepastian hukum adalah hal yang paling dicari dari diciptakannya hukum. Keadaan penanggung dalam kasus ini tentu harus diselamatkan, dengan cara segera memohonkan pailit PT Pundi Abadi Intisari

selaku debitor prinsipal. Kekosongan aturan mengenai kedudukan hukum penanggung, memunculkan ide/skenario dari PT Pundi Abadi Intisari untuk menyelamatkan penanggungnya, yaitu dengan cara salah satu kreditor konkuren diminta untuk memohonkan terlebih dahulu debitor prinsipal, dengan cara membuktikan terlebih dahulu persyaratan yang diwajibkan dalam Pasal 2 UUKPKPU. Kekosongan aturan UUKPKPU yang mana dalam praktek memperbolehkan penanggung untuk dipailitkan bersamaan dengan debitor prinsipal sama sekali tidak mencerminkan tercapainya kepastian hukum. Yang terjadi adalah spekulasi hukum. Penanggung dalam hal ini berspekulasi dengan meminta kreditor konkuren PT Pundi untuk mempailitkan PT Pundi agar penanggung selamat. Kondisi terlalu lamanya kepailitan PT Pundi menurut peneliti juga menimbulkan masalah karena akan menjadi sulit bagi penanggung ketika terikat dalam suatu perjanjian penanggungan untuk jangka waktu yang tidak tentu lamanya (karena kepailitan PT Pundi sampai dengan Juni 2020 juga belum selesai). Dikaitkan dengan teori kepailitan, dimana tujuan yang ingin dicapai oleh lembaga kepailitan menurut Levinthal adalah untuk memperoleh dan mengupayakan pembayaran bagi para kreditor, atas segala utang yang pernah dibuat oleh debitor, kasus ini menggambarkan adanya skenario hukum yang diambil oleh kuasa hukum untuk mencoba memutus kemungkinan dipailitkannya penanggung, PT Pundi Abadi Intisari sebagai pihak yang berhubungan dan memperoleh manfaat ekonomi langsung dari kreditor, yang antara lain adalah PT Tidar Sinar Pratama; haruslah bertanggung jawab terlebih dahulu terhadap utang yang dibuatnya. Ketidaksesuaian dengan teori kepailitan yang peneliti analisis di

sini adalah kemungkinan persekongkolan dari PT Tidar dan PT Pundi. Alasan apa yang membuat PT Tidar tidak mempailitkan penanggung. UUKPKPU perlu memberikan petunjuk yang jelas mengenai kemungkinan dipailitkannya dan kapan penanggung pantas dimohonkan pailit. Penanggung harus dilindungi keberadaannya. Pengajuan kepailitan PT Pundi yang dilakukan oleh PT Tidar nampak sebagai suatu rekayasa, demi menyelamatkan perekonomian penanggung. Dikaitkan dengan teori penanggungan Yahya Harahap dimana penanggung merupakan pihak yang diharapkan untuk membantu debitor prinsipal untuk melunasi utang-utangnya kepada kreditor. Kepailitan PT Pundi Abadi Intisari ini adalah bentuk perwujudan teori penanggungan. Guarantor “yang membantu debitor prinsipal”, bukan pihak yang utama untuk dimohonkan pailit. Pihak yang memikul pembayaran utang yang sebenarnya tetap berada pada diri debitor. Pada saat guarantor berada dalam keadaan tidak mampu kedudukannya sebagai penanggung harus diakhiri dan menggantinya dengan penanggung baru. Dalam kasus ini telah dengan jelas dan tegas dinyatakan bahwa debitor prinsipal memang ingin bertanggung jawab, tentu dengan tanpa melibatkan penanggung. Penanggung (yang mana merupakan Direktur dari pihak debitor prinsipal) diselamatkan, dan akhirnya kuasa hukum dari debitor prinsipal berusaha menempuh upaya agar debitor prinsipal sendiri saja yang dimohonkan pailit, dimana penanggung setidaknya dapat bebas dan menunggu untuk sementara waktu sampai menunggu selesainya kepailitan debitor prinsipal. Di sela waktu itu, penanggung akan memanfaatkannya dengan mengamankan diri agar tidak memenuhi unsur pasal 2 UUKPKPU, agar supaya penanggung tidak memenuhi

syarat untuk pailit. Hal ini disebabkan karena hukum kepailitan di Indonesia yang menurut peneliti kurang sempurna, dimana berapapun utangnya (tanpa memikirkan kekuatan debitor prinsipal), mudah sekali dipailitkan jika memenuhi unsur Pasal 2 UUKPKPU. Jika telah memenuhi syarat yang diwajibkan secara kumulatif, meski karena tidak mau membayar (bukan tidak mampu), maka seorang debitor akan ditetapkan dalam kondisi pailit melalui suatu putusan pailit. Setelah nantinya debitor prinsipal tidak sanggup lagi dari sisi keuangan untuk melaksanakan kewajibannya, barulah direktur PT Pundi Abadi Intisari yang merupakan penanggung, akan maju untuk membantu melunasi utang PT Pundi Abadi Intisari.

Kasus penundaan kewajiban pembayaran utang antara debitor prinsipal dan *personal guarantee* yang dimohonkan secara bersama-sama oleh pemohon PKPU dapat dilihat dalam kasus PT Jaba Garmino. Kreditor separatis dari debitor prinsipal yakni PT Bank CIMB Niaga Tbk selaku pemohon PKPU I dan PT BANK UOB INDONESIA selaku pemohon PKPU II mengajukan permohonan PKPU terhadap debitor prinsipal yakni PT Jaba Garmino, suatu perseroan terbatas yang didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan beralamat di JL Industri Raya III, Kabupaten Tangerang. Turut dimohonkan PKPU adalah Djoni Gunawan, selaku *personal guarantor* dari debitor prinsipal tersebut. PKPU sesungguhnya diharapkan oleh tiap debitor ataupun penanggungnya, agar mereka masih diberikan kesempatan untuk bernafas (dalam artian ada waktu dan cara untuk merestrukturisasi utang yang ada melalui penawaran proposal perdamaian). Dimana di dalam proses ini, strategi jitu dari debitor prinsipal dan *personal*

guarantee dibutuhkan agar rencana perdamaian yang telah dibuat dapat disampaikan dan disetujui oleh mayoritas kreditor yang hadir dalam rapat pembahasan rencana perdamaian. Sayangnya, rencana perdamaian debitor PT Jaba Garmino (dalam PKPU tetap) dan Djoni Gunawan (dalam PKPU tetap) ditolak 100% oleh kreditor konkuren baik terhadap PT Jaba Garmino (PKPU tetap) dan Djoni Gunawan (dalam PKPU tetap), 87,49% kreditor separatis PT Jaba Garmino (dalam PKPU tetap) dan 83,99% kreditor separatis Djoni Gunawan (dalam PKPU tetap), maka para debitor tersebut harus dinyatakan pailit dengan segala akibat hukumnya. Permohonan perpanjangan PKPU yang diajukan debitor PKPU juga dinyatakan tidak diterima/ditolak.¹⁸⁹

Dikaitkan dengan teori kepastian hukum yang dikemukakan oleh Gustav Radburch bahwa penegakan hukum harus didasarkan pada prinsip kepastian hukum, yang merefleksikan kehendak hukum positif. Meskipun begitu, undang-undang harus pula mencerminkan semangat keadilan. Penanggung (Djoni Gunawan) dalam kasus ini tidak memperoleh jaminan akan kepastian hukum ataupun keadilan bagi dirinya, dikarenakan dari awal telah sama-sama dimohonkan PKPU sementara dan rencana perdamaian akhirnya ditolak oleh para kreditor, dan akhirnya keduanya pailit bersamaan. Keadilan dan kepastian hukum memang dua hal yang bermata dua, karena biasanya sangat sulit untuk dicapai dalam suatu kondisi. Para penanggung dalam kasus ini tentu tidak memperoleh penegakan hukum yang mengutamakan kepastian hukum. Hanya supaya para kreditor separatis dapat cepat memperoleh penggantian atas utang-utangnya,

¹⁸⁹ Putusan Nomor:04/Pdt.Sus/PKPU/2015/PN.Niaga.Jkt.Pst.,
Nomor:04/Pdt.Sus/Pailit/2015/PN.Niaga.Jkt.Pst.

kreditor separatis kemudian memohonkan debitor prinsipal berbarengan dengan penanggungnya. Kepastian hukum tidak tercapai. Selanjutnya dikaitkan dengan teori kepailitan, dimana yang sepatasnya hartanya dikumpulkan untuk memperoleh pelunasan bagi para kreditor adalah harta debitor. Harta penanggung sifatnya semestinya adalah tambahan saja, ketika harta debitor prinsipal tidak mencukupi. Kejadian bahwa debitor prinsipal dan penanggung bersama-sama dipailitkan tentu tidak sesuai dengan teori kepailitan. Personal guarantor bukan debitor. Dikaitkan dengan teori penanggungan, menurut Yahya Harahap yang mana tidak sepatutnya penanggung dimohonkan PKPU/pailit bersamaan dengan debitor prinsipal. Menimbang adanya teori ini, maka dimohonkannya PKPU PT Jaba Garmino dan Bapak Djoni Gunawan secara berbarengan sampai akhirnya rencana perdamaian tidak diterima dan keduanya pailit bersamaan, tidak sesuai dengan teori penanggungan. Lain halnya dan masih dapat diterima adalah penanggung dimohonkan pailit tidak bersamaan/setelah debitor prinsipal dinyatakan pailit terlebih dahulu dan ternyata hartanya tidak mencukupi untuk melunasi seluruh utang-utang yang dimilikinya. Bapak Djoni Gunawan sejak awal diajukan permohonan PKPU, mulai dari perumusan rencana perdamaian, rapat kreditor sampai akhirnya rencana perdamaian ditolak dan berujung pailit bersamaan dengan pihak debitor prinsipal. Nantinya segala proses juga akan dilaksanakan secara bersamaan, dan muncul berbagai masalah dalam pelaksanaan kepailitan karena terdapat 2 (dua) subyek hukum berbeda di dalam 1 (satu) peristiwa kepailitan.

Dalam pelaksanaannya, sempat ditemukan bahwa debitor prinsipal selaku pihak yang menikmati fasilitas kredit, tidak turut dimohonkan sebagai termohon pailit dalam permohonan pailit. Jika debitor prinsipal dan penanggung dimohonkan bersama-sama, ini mungkin masih dapat dipahami karena mengacu pada KUHPerdara mengenai telah dikesampingkannya hak istimewa, tetapi telah terjadi beberapa kasus dimana hanya penanggung saja yang digugat pailit sampai akhirnya penanggung pailit. Ada beberapa Putusan Mahkamah Agung terkait hal ini yaitu Putusan Mahkamah Agung Nomor 762 K/PDT.SUS/2010 tanggal 29 September 2010 juncto Putusan Mahkamah Agung Nomor 03/PAILIT/2009/PN.NIAGA/MDN., tanggal 10 Februari 2010 dalam Perkara Permohonan Kepailitan yang diajukan oleh CITIBANK N.A, selaku pemohon pailit terhadap Sdr. Wijayanto, selaku Termohon Pailit I dan Sdr. Shelly Kustamin, selaku Termohon Pailit II, telah mengabulkan Permohonan Pailit terhadap para penanggung tanpa menarik debitor prinsipal (PT Berkah Sawit Sumatera) sebagai Termohon Pailit.

Jadi, ketika debitor prinsipal pailit dan secara sengaja kreditor turut memohonkan penanggung agar turut pailit bukanlah sesuatu yang bertentangan dengan hukum; namun hal ini tidak sesuai dengan teori kepailitan dan teori penanggungan yang pada akhirnya bertentangan dengan teori kepastian hukum. Yahya Harahap sejalan dengan teori kepailitan, dengan menyatakan pendapat tersebut di atas. Bahwa penanggung sampai kapanpun akan tetap perannya adalah penanggung. Kedudukannya telah diatur oleh hukum sebagai pihak setelah pihak debitor (prinsipal) pailit. Sifat penanggung hanyalah berlaku secara sekunder.

Dikabulkannya kepailitan terhadap Sdr. Wijayanto, selaku Termohon Pailit I dan Sdr. Shelly Kustamin, selaku Termohon Pailit II yang mana kedudukan mereka sesungguhnya adalah sebagai penanggung, sedangkan debitor prinsipalnya yaitu PT Berkah Sawit Sumatera yang ternyata justru bebas sama sekali tidak sejalan dengan teori penanggung. Fakta hukum ini tidak sesuai dengan teori hukum yang telah peneliti kemukakan di atas, teori kepastian hukum selaku *grand theory*, teori kepailitan sebagai *middle ranged theory*, dan teori kepastian hukum selaku *applied theory*. Teori kepastian hukum dari Gustav Radburch menyatakan bahwa hukum positif haruslah mencerminkan keadilan masyarakat, sementara Gustav mengemukakan adanya waktu luar biasa adalah ketika hukum positif tidak lagi mencerminkan keadilan masyarakat. Ketika hukum positif yang mengedepankan kepastian hukum juga menonjolkan keadilan bagi masyarakat, maka tujuan hukum tercapai. Dalam kepailitan terhadap Sdr. Wijayanto, selaku Termohon Pailit I dan Sdr. Shelly Kustamin, selaku Termohon Pailit II, tentu sama sekali tidak tercermin mampunya aturan hukum untuk melindungi kepentingan para penanggung dalam mewujudkan kepastian hukum yang akhirnya menimbulkan keadilan. Debitor prinsipal yaitu PT Berkah Sawit Sumatera justru bebas dari kepailitan, padahal debitor prinsipal yang menikmati keuntungan dari kerjasamanya dengan kreditor. Tidak ada sama sekali kepastian hukum apalagi keadilan yang tercermin dalam kasus ini. Teori kepailitan dari Levinthal, juga tidak sama sekali tergambar adanya pemanfaatan lembaga kepailitan untuk memenuhi kepentingan kreditor dalam hal pelunasan dari utang-utangnya. Yang dikumpulkan semestinya adalah harta dari debitor, bukan langsung dari harta

penanggung. Hal ini juga sama sekali tidak sejalan dengan teori penanggungan, karena penanggung adalah pintu kedua untuk memperoleh pelunasan. Kasus ini justru berjalan terbalik. Wijayanto dan Shelly Kustamin justru dijadikan kreditor sebagai pintu pertama untuk memperoleh pelunasan utang. Kasus seperti ini tentu akan menjadi preseden kurang baik bagi kasus-kasus kepailitan penanggung di kemudian hari karena akan dijadikan acuan bagi putusan Hakim selanjutnya.

Urgensi dari masalah yang diangkat dalam Disertasi ini adalah kedudukan/eksistensi penanggung dalam hal penanggung telah mengesampingkan hak istimewa dalam perjanjian penanggungan. Hal ini disebabkan karena ketika penanggung mudah dipailitkan dan dirugikan dalam proses kepailitan, maka tentunya tidak banyak atau mungkin tidak akan ada lagi orang yang mau memajukan diri menjadi penanggung debitor pailit. Mereka harus mendapatkan perlindungan hukum atas kedudukannya. Seseorang yang menjadi penanggung lalu kemudian dinyatakan pailit, maka secara langsung nama baik mereka rusak karena seolah-olah masyarakat berasumsi bahwa penanggung kurang/tidak memiliki kecakapan dalam mengurus usaha/bisnisnya sehingga bisnis menjadi menurun, gagal, sampai pada akhirnya Perusahaan yang dipimpinnya dinyatakan pailit oleh Pengadilan Niaga. Selain itu, dalam Pasal 93 dan Pasal 110 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 dibahas mengenai siapa saja yang dapat diangkat menjadi anggota Direksi adalah orang perseorangan yang cakap melakukan perbuatan hukum, kecuali dalam waktu 5 (lima) tahun sebelum pengangkatannya pernah: a.dinyatakan pailit; atau b.menjadi anggota Direksi atau anggota Dewan Komisaris yang dinyatakan bersalah menyebabkan suatu Perseroan dinyatakan

pailit; atau c. dihukum karena melakukan tindak pidana yang merugikan keuangan negara dan/atau yang berkaitan dengan sektor keuangan. Senada dengan Direksi, dinyatakan bahwa yang dapat diangkat menjadi anggota Dewan Komisaris adalah orang perseorangan yang cakap melakukan perbuatan hukum, kecuali dalam waktu 5 (lima) tahun sebelum pengangkatannya pernah: a. dinyatakan pailit; b. menjadi anggota Direksi atau anggota Dewan Komisaris yang dinyatakan bersalah menyebabkan suatu Perseroan dinyatakan pailit; atau dihukum karena melakukan tindak pidana yang merugikan keuangan negara dan/atau yang berkaitan dengan sektor keuangan.

Seseorang yang telah dinyatakan pailit, dinyatakan bahwa dalam waktu 5 (lima) tahun sejak diputusnya pailit, tidak memenuhi syarat untuk menjadi anggota Direksi/Dewan Komisaris di Perusahaan manapun. Meskipun UUKPKPU menyediakan peluang rehabilitasi (pemulihan) nama baik, tetapi hal tersebut membuat kerugian untuk penanggung. Kepailitan *personal guarantee* baiknya diatur dengan lebih jelas sehingga tidak menimbulkan penafsiran bagi hakim pemutus yang pada akhirnya merugikan mereka-mereka yang menjadi penanggung dari debitor. Terlebih lagi perjanjian penanggungan, dimata peneliti adalah perjanjian yang termasuk dalam jenis perjanjian baku. Penanggung secara tidak langsung diminta dan dipaksa untuk mengesampingkan hak-hak istimewa yang dimilikinya, sehingga menghilangkan hak bagi penanggung untuk meminta agar harta debitor prinsipal dieksekusi terlebih dahulu. Penanggung yang biasanya adalah pihak yang berhubungan erat dan memiliki kepentingan langsung dengan debitor prinsipal akhirnya tidak memiliki pilihan, dan mau tidak mau harus setuju

terhadap isi perjanjian tersebut. Dipastikan, tidak ada sama sekali peluang/kemungkinan negosiasi di dalamnya. Sepatutnya, penanggung diperhatikan kepentingan hukumnya.

Proses kepailitan dimulai dari pihak kreditor dan kuasa hukum kreditor yang mengajukan permohonan pailit kepada debitor, dimana UUKPKPU menyatakan bahwa proses kepailitan dapat dilihat pada pasal 6,8 dan 9. Dalam kondisi debitor prinsipal yang dinyatakan pailit, maka setelah debitor dinyatakan pailit melalui putusan pailit dari Hakim Pengadilan Niaga, semua hartanya agar segera dilakukan pengurusan untuk kemudian nantinya dijual oleh kurator untuk membayar utang-utangnya. Apabila hasil penjualan itu tidak mencukupi untuk melunasi utang-utangnya, maka kurator dapat menjual harta garantor untuk menutupi kekurangannya. Jadi, secara umum, penanggung baru tampil memenuhi kewajibannya apabila debitor prinsipal sudah kehabisan harta untuk membayar utang-utangnya. Jadi, penanggung yang tidak mengesampingkan hak istimewa, nantinya tetap harus bertanggung jawab setelah harta debitor (prinsipal) yang pailit telah habis. Jika penanggung telah mengesampingkan hak istimewa, yang terjadi adalah serupa. Pilihan pertama, mereka turut dipailitkan. Pilihan kedua, debitor prinsipal dipailitkan terlebih dahulu dan proses kepailitannya diselesaikan, baru jika terdapat kekurangan, penanggung akan tampil untuk melunasi sisa kekurangan yang terjadi.

Penanggung utang pada umumnya telah dipaksa untuk melepaskan hak istimewanya sesuai Pasal 1837 KUHPerdara melalui perjanjian penanggungan yang peneliti anggap mirip seperti perjanjian baku, sehingga pada umumnya

penanggung dapat dimohonkan pailit oleh kreditor dari debitor prinsipal. Perjanjian baku artinya adalah perjanjian yang memang bentuknya sudah tidak dimungkinkan ruang untuk negosiasi. Intinya hanya *take it or leave it*. Biasanya penanggung (sebagai termohon pailit) akan berpendapat dalam jawaban yang dibuatnya dengan dalih bahwa termohon pailit (dirinya) belum punya kewajiban untuk melaksanakan kewajiban mereka selaku penanggung dikarenakan belum ada bukti dimana debitor tidak bisa membayar utangnya kepada pemohon pailit. Dalih ini sering tidak kuat karena penanggung telah melepaskan hak istimewa yang mereka miliki lewat perjanjian penanggungan baku yang telah ditandatanganinya. Bahwa seorang penanggung dapat menjadi debitor apabila: 1. debitor prinsipal cidera janji dan/atau telah disita dan dilelang hartanya, tetapi hasilnya tidak cukup untuk membayar utangnya, maka penanggung mempunyai kewajiban untuk melunasi utang tersebut atau; 2. Apabila penanggung melepaskan hak istimewanya untuk menuntut agar harta dan benda debitor lebih dahulu disita dan dijual seperti sebagaimana diatur dalam 1831 KUHPerdara. Ketika *personal guarantor* telah melepaskan hak-hak istimewanya, maka ketika debitor prinsipal wanprestasi, maka kedudukan penanggung dapat beralih menjadi debitor yang dapat dimohonkan pailit (tidak dapat lagi menghindar), dengan tetap memenuhi syarat untuk seorang dinyatakan pailit yaitu mempunyai dua/lebih kreditor dan tidak membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih yang diatur dalam Pasal 2 UUKPKPU. Permohonan pernyataan pailit harus dikabulkan apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit sebagaimana dimaksud

dalam Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU telah terpenuhi. Terlihat bahwa sebenarnya pada kasus-kasus kepailitan yang melibatkan penanggung, terkadang tidak terdapat urgensi penanggung untuk dipailitkan. Kehadiran mereka hanya seperti teknik coba-coba untuk memperoleh pelunasan utang dengan cepat.

Hakim akan memberikan pertimbangan hukum bahwa apakah ketentuan Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU telah terbukti secara sederhana bahwa penanggung dan debitor prinsipal memang memiliki utang kepada kreditor-kreditor lain. Berdasarkan Pasal 1836 KUHPerdara mengatur apabila terdapat beberapa orang yang telah mengikatkan diri sebagai *personal guarantor* untuk seorang kreditor yang sama, tapi pula untuk utang yang sama, maka masing-masing adalah terikat untuk seluruh utang. *Personal guarantor* yang secara sukarela melepaskan hak istimewanya maka demi hukum akan menggantikan kedudukan debitor prinsipal dalam melaksanakan kewajiban debitor prinsipal terhadap kreditor sehingga termohon pailit dapat dikategorikan sebagai debitor.

Peneliti berpendapat bahwa konsep kepailitan dalam UUKPKPU memang tidak dijelaskan secara rinci dan lengkap mengenai kedudukan penanggung, baik *corporate guarantee* atau *personal guarantee*. Dalam kepailitan memang hanya disebutkan mengenai definisi debitor yang tertera pada Pasal 2 UUKPKPU. Definisi yang tertera di dalam pasal ini juga cukup luas dimana dikatakan bahwa debitor adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan.

Mencermati konsep yang dianut oleh UUKPKPU (terutama konsep mengenai siapa debitor dan apa itu utang), seharusnya memang betul pihak yang

wajib ditagih adalah debitor terlebih dahulu, dan tidak melibatkan *personal guarantee* secara langsung. Akan tetapi, karena banyaknya kreditor yang justru lebih memilih untuk mengajukan permohonan pernyataan pailit kepada penanggung/setidaknya bersama-sama antara debitor prinsipal dan penanggung. Walaupun hal ini tidak bertentangan dengan ketentuan penanggungan dalam KUHPerdara dan juga tidak dilarang secara tegas dalam UUKPKPU, namun hal ini seyogyanya akan melahirkan celah yang dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Keputusan ini biasa diambil oleh sebagian besar kreditor setelah melakukan penelusuran mengenai ada tidaknya harta kekayaan dari debitor untuk membayar utang. Para kreditor dan kuasanya tentu sudah melakukan penelitian mengenai siapa yang seharusnya digugat pailit dan untung ruginya jika menggugat mereka. Dalam menentukan pernyataan pailit terhadap penanggung, perhatian pertama seharusnya dipusatkan pada apakah penanggung telah melepaskan hak istimewanya untuk menuntut supaya harta benda debitor prinsipal lebih dahulu disita dan dijual, atau tidak. Atas alasan tersebut, peneliti membahas pokok permasalahan mengenai hak istimewa di dalam pokok permasalahan pertama dikarenakan hal ini sangatlah berkaitan.

Dalam hal penanggung tidak melepaskan hak istimewanya; maka waktu pengajuan permohonan pernyataan pailit terhadap penanggung yang paling tepat menurut peneliti adalah setelah debitor dinyatakan pailit terlebih dahulu. Hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 1831 KUHPerdara yang menentukan bahwa penanggung tidak diwajibkan membayar utang debitor kepada kreditor selain apabila debitor lalai dan harta kekayaan debitor telah terlebih dahulu disita dan

dijual untuk melunasi utangnya. Setelah debitor dinyatakan pailit dan harta kekayaan debitor dijual namun belum juga dapat melunasi utang-utangnya, setelah itu kreditor dapat menagih kepada penanggung. Apabila penanggung tidak mau membayar, maka kreditor dapat memohon pernyataan pailit atas penanggung. Dengan kata lain, pengajuan permohonan pernyataan pailit terhadap penanggung yang tidak melepaskan hak istimewanya adalah setelah terlebih dahulu mengajukan permohonan pernyataan pailit terhadap debitor. Jadi, permohonan pailit diselesaikan dahulu atas nama debitor prinsipal.

Dalam hal pernyataan pailit terhadap penanggung yang telah melepaskan hak istimewanya, dapat diajukan bersamaan dengan pengajuan permohonan pernyataan pailit terhadap debitor, atau bahkan dapat diajukan tanpa mengajukan terlebih dahulu permohonan pernyataan pailit terhadap debitor.¹⁹⁰ Hal ini diartikan apabila debitor lalai memenuhi kewajibannya, maka kreditor dapat langsung menagih utang kepada penanggung. Oleh karena penanggung telah melepaskan segala hak-hak istimewa mereka yang diberikan Undang-Undang maka mereka dapat dituntut langsung oleh kreditor atas utang yang dimiliki debitor prinsipal. Kecuali, setelah diberitahukan dan ditegur sampai pada saat penanggung dituntut pertama kali di muka hakim juga tidak meminta penyitaan dan penjualan kebendaan debitor dan penanggung juga tidak melakukan kewajibannya, maka sesuai rumusan pasal 1238 KUHPerdara, penanggung dapat dinyatakan lalai, dan atas kelalaiannya tersebut penanggung dapat dipailitkan.¹⁹¹

¹⁹⁰ Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit*, hlm. 86.

¹⁹¹ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Pedoman Menangani Perkara Kepailitan*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 159.

Namun harus digaris bawahi bahwa kapasitas penanggung adalah sebagai penanggung, bukan sebagai debitor yang kedudukannya sama dengan debitor prinsipal. Inilah inti yang ingin diteliti oleh peneliti dalam Disertasi ini. Kedudukan penanggung yang seharusnya menjadi cadangan sekunder (tambahan), namun pailit bersamaan dengan debitor. Bisa dipailitkan, tetapi harus disediakan rambu-rambu melalui peraturan perundang-undangan yang memadai untuk mengurangi kemungkinan penyalahgunaan hukum. Alasannya tentu kembali kepada falsafah yang dianut oleh Hukum Kepailitan bahwasanya debitor prinsipal adalah pihak yang harus bertanggung jawab untuk melakukan pelunasan utang. Peneliti setuju dengan konsep pengajuan permohonan pernyataan pailit kepada penanggung tidaklah melanggar hukum. Hanya, praktik seperti ini menimbulkan penafsiran yang berbeda antara para Hakim Niaga dalam memutus. Seperti halnya dalam Putusan Hakim Mahkamah Agung Nomor 868 K/Pdt.Sus/2010 dikatakan bahwa dimungkinkan untuk menyatakan pailit secara bersamaan terhadap debitor dan penanggung. Kreditor dapat mengajukan permohonan dan mendaftarkan tuntutananya 100% (seratus persen) secara utuh dalam kepailitan terhadap debitor dan penanggung. Proses pengajuan pernyataan pailit terhadap penanggung didasarkan pada Pasal 1831 dan Pasal 1832 KUHPerdara serta Pasal 2 Ayat (1) UUKPKPU. Bagi para kreditor yang menggugat pailit penanggung, kadang kala seperti dipaksakan dikarenakan pemohon tetap diwajibkan oleh Undang-Undang untuk mencari satu orang kreditor lain seperti yang disyaratkan dalam Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU, yang mana intinya bahwa dalam rangka memohonkan pailit/PKPU, maka debitor

haruslah mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan, dan kepalilitan dapat terjadi baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya. Peneliti berpendapat bahwa lain halnya jika memang penanggung memiliki kreditor lain selain daripada utangnya kepada kreditor yang lahir dari pertanggung atas debitor yang dijaminnya. Karena bukan tidak mungkin, ternyata penanggung tidak memiliki kreditor lain. Mengenai hal ini pula sejalan dengan asas yang berlaku dalam Hukum Acara Perdata (Pasal 163 HIR) yang mana pada intinya menyatakan bahwa siapa yang mendalilkan adanya suatu hak, maka wajib membuktikan adanya hak tersebut.

Yang artinya siapa yang mendalilkan dialah yang harus membuktikan. Akhirnya para kreditor (terutama kreditor separatis) akan ‘mencari-cari’ kreditor lain selain mereka, sehingga persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 UUKPKPU dapat terbukti secara sederhana. Dari hal inilah, peneliti melihat bahwa pelepasan hak istimewa juga perlu dibuktikan bahwa hak istimewa tersebut memang dilepaskan oleh pihak yang mempunyai hubungan hukum. Sesuai dengan prinsip HIR dimana siapa yang mendalilkan sesuatu maka ia harus membuktikan. Dengan dapat dibuktikannya penanggung memiliki beberapa utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, maka mereka dapat dimohonkan pailit karena telah memenuhi syarat Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU juncto Pasal 1831 KUHPPerdata melalui prosedur permohonan pailit ke Pengadilan Niaga.

Menarik untuk menjadi bahan pembahasan dalam hal debitor prinsipal bebas lepas dari jerat kepailitan padahal debitor prinsipal yang telah menikmati semuanya, dan akhirnya kreditor hanya memohonkan pailit terhadap penanggungnya serta merta dikarenakan penanggung telah melepaskan hak istimewanya selaku penanggung. Hal tersebut peneliti lihat sebagai suatu bentuk konsekuensi dari pelepasan hak istimewa dari penanggung seperti yang telah peneliti jelaskan di atas, tetapi pelepasan hak istimewa yang tidak dibatasi, juga tentu akan membahayakan para penanggung. Tidak ada perlindungan hukum yang cukup untuk membuat penanggung menjadi lembaga yang sesuai dengan nafasnya, yaitu untuk menjaga/menjamin debitor. Tujuan penanggungan adalah baik, dimana selalu ingin menjaga kelangsungan debitor. Debitor tentu tidak sepatasnya jika dapat bebas lepas. Mencermati hal ini, peneliti melihat ada sebuah celah yang dirasa dapat berkembang menjadi suatu bentuk ketidakpastian hukum yang akan merugikan penanggung dalam proses kepailitan. Hal ini terjadi ketika seorang debitor prinsipal tidak melunasi utang-utangnya bukan diakibatkan oleh ketidakmampuan debitor prinsipal untuk melunasi, namun bisa saja debitor prinsipal ternyata hanya tidak mau melunasi/sengaja tidak melunasi karena telah memiliki skenario/rekayasa yang telah diaturnya.

Kondisi ketidakpastian hukum dalam hal seperti ini akan menimbulkan ketidakpastian berupa pemaksaan kepailitan dari penanggung dan bahkan pemanfaatan penanggung oleh debitor prinsipal. Filosofi bahwa yang berutang harus bertanggungjawab, bisa saja dipertanyakan karena ketidakpastian pengaturan masalah penanggung. Debitor prinsipal bisa saja bertindak ‘semena-

mena' untuk tidak mau membayar utangnya kepada kreditor, bukan dikarenakan debitor tidak mampu, namun karena tidak mau. Jika dilihat dari sisi penanggung, hal ini tentunya membuat penanggung dalam kondisi yang kurang beruntung (dirugikan). Seorang penanggung tentu ingin debitor prinsipal sukses dalam menjalani bisnis atau perusahaannya, sehingga dapat berkembang dengan pesat. Penanggung memiliki niat baik untuk menjamin utang-utang debitor prinsipal, karena penanggung biasanya memang pihak yang memiliki kepentingan akan debitor prinsipal.

Debitor prinsipal yang kurang baik, dapat pula membuat pembelaan bahwa perjanjian penanggungan antara debitor dan penanggung tidaklah melanggar ketentuan yang terdapat di KUHPerduta. Tujuannya ialah supaya tanggung jawab dapat beralih dari debitor prinsipal kepada penanggung. Debitor juga berdalih telah mematuhi seluruh isi Buku III KUHPerduta yang bersifat bebas dan terbuka serta dapat disimpangi dengan isi perjanjian diantara para pihak. Harus tercipta hubungan hukum saling menguntungkan antara debitor prinsipal dan penanggungnya. Jangan sampai justru muncul celah untuk saling memanfaatkan, apalagi merugikan salah satu pihak. Masalah lain dari kepailitan penanggung adalah tidak adanya perlindungan hukum terhadap harta penanggung saat penanggung diputus pailit bersama-sama dengan debitor prinsipal yang dijaminnya.

Tidak adanya aturan yang menjelaskan bagaimana cara melakukan pengambilan keputusan rencana perdamaian, jika dalam 1 (satu) permohonan pailit terdapat 2 (dua) pihak termohon, akhirnya seolah-olah kreditor dari debitor

dan kreditor dari penanggung akan tercampur. Akibatnya tentu akan berlaku proses kepailitan umum, dimana harta debitor dan harta penanggung yang telah diputus pailit akan digabung, dilakukan pengurusan dan pemberesan secara bersamaan, dan akhirnya pada ujungnya akan dibagi kepada para kreditor mereka. Menjadi tidak ada kepastian hukum untuk penanggung, karena sesungguhnya penanggung hanya menjamin utang debitor prinsipal kepada 1 (satu) kreditor saja, bukan kepada seluruh kreditor. Oleh karenanya, tidak seharusnya harta penanggung harus habis seluruhnya dan dibagikan kepada para kreditor dari pihak debitor prinsipal (yang bahkan sama sekali tidak dikenal oleh si penanggung).

Pemberesan budel pailit menuntut kurator untuk mendata, mengumpulkan kemudian menjual aset-aset dari debitor pailit untuk kepentingan para kreditornya. Semakin banyak terkumpul harta pailit tentu akan menjadi lebih baik. Dalam praktik, jika ternyata debitor pailit dimohonkan pailit terlebih dahulu, baru kemudian penanggung dimohonkan pailit, maka harus diperhatikan adalah harta-harta yang dijaminakan dengan hak kebendaan untuk kepentingan debitor pailit, kerap ditemukan bahwa atas harta tersebut ternyata terdaftar atas nama penanggung. Bagaimanakah status hukum atas harta seperti ini. Kreditor separatis yang memiliki hak untuk mengeksekusi hak jaminan kebendaan yang dimilikinya dalam waktu 60 (enam puluh) hari, dan ternyata jika barang jaminan tersebut belum terjual, maka biasanya kreditor separatis tidak akan mengembalikannya. Akhirnya kurator menggunakan segala cara untuk tidak berebutan dengan kreditor separatis, antara lain dengan cara melakukan rekayasa terhadap harta tersebut agar harta tersebut menjadi terdaftar atas milik debitor pailit. Misalnya, dengan

membuktikan dari pembukuan/neraca audit bahwa benda jaminan atas nama penanggung memang dibeli atas uang milik debitor pailit. Bisa juga dibuat akta inbreng (yang mungkin rekayasa dengan dibuat backdated). Praktik seperti ini yang peneliti berpendapat tidak memberikan kepastian hukum terhadap penanggung.

Tidak adanya kejelasan bagi penanggung, antara lain disebabkan oleh Undang-Undang Kepailitan di Indonesia yang terlalu melonggarkan persyaratan kepailitan suatu badan hukum/perorangan. Seseorang dapat dipailitkan cukup dengan dapat dibuktikan bahwa ia mempunyai dua atau lebih kreditor, tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dan kepailitan dapat dibuktikan secara sederhana. Apabila telah terpenuhi keseluruhannya; maka dapat dipastikan termohon akan pailit. Inilah kelemahan UUKPKPU yang memang sudah banyak mengundang banyak tanggapan dari berbagai pihak. UUKPKPU seakan melonggarkan ranah kepailitan bukan dikarenakan debitor tidak mampu membayar, tetapi boleh juga karena tidak mau membayar.

Ada perbedaan konsekuensi hukum yang terjadi ketika kreditor memilih untuk memohon pailit terhadap penanggung saja, bukan kepada debitor prinsipal. Konsekuensi yang timbul dari hal ini adalah debitor prinsipal tidak lagi memiliki kewajiban membayar kepada kreditor, namun penanggung yang dalam hal ini telah melepaskan hak istimewanya akan menanggung semua kewajiban tersebut. Sehingga, tidak terjadi likuidasi terhadap harta kekayaan debitor prinsipal. Hal ini merupakan celah yang melahirkan kondisi ketidakpastian hukum bahkan

ketidakadilan. Berbeda halnya jika kreditor memilih untuk memohon pernyataan pailit terhadap debitor prinsipal/bersamaan antara debitor prinsipal dan penanggung. Konsekuensi hukum yang akan timbul ketika debitor prinsipal dimohonkan pailit (secara individual) adalah ketika perusahaan tersebut dinyatakan pailit, maka akan berdampak pada likuidasi. Apabila harta kekayaan debitor prinsipal telah disita dan dilelang tetapi tidak cukup untuk melunasi seluruh utangnya sehingga masih terdapat sisa utang yang belum terbayar atau telah terbukti debitor telah tidak memiliki harta apapun lagi atau debitor prinsipal telah dinyatakan pailit oleh kreditor lain, baru kemudian kreditor dapat menagih utang debitor prinsipal kepada penanggung.

J Satrio berpendapat bahwa penanggungan memang bisa membawa konsekuensi yang luas bagi borg (penanggung), maka kepada borg perlu diberikan perlindungan.¹⁹² Kondisi debitor tidak mau membayar sangat memungkinkan membuat kedudukan penanggung yang dirugikan dalam kepailitan. Terlebih lagi peraturan perundang-undangan yang ada belum mengatur secara detail mengenai hal ini, seperti KUHPerdara yang hanya banyak mengatur mengenai hak-hak istimewa serta UUKPKPU tidak mengatur secara spesifik mengenai proses kepailitan/penundaan kewajiban pembayaran utang bagi penanggung dan UUKPKPU yang melahirkan kesempatan kepada kreditor mempailitkan seorang debitor, dengan mengacu pada KUHPerdara.

Kedudukan penanggung, terutama yang telah melepaskan hak istimewanya dalam proses kepailitan juga melahirkan masalah yang antara lain

¹⁹² J. Satrio, *Hukum Jaminan: Hak-Hak Jaminan: Hak-Hak Jaminan Pribadi*, PT Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hlm. 18.

adalah tidak ada pembatasan terhadap seorang *personal guarantor* yang melepaskan hak istimewanya untuk dapat memilih antara ingin melepaskan/tidak melepaskan hak istimewanya. Memang akta-akta penanggungan kerap disebut sebagai *form guarantee*, lazim dibuat janji-janji khusus antara kreditor dan penanggung, dimana dimaksudkan untuk berjanji agar penanggung melepaskan hak-haknya tertentu sebagaimana telah diberikan oleh undang-undang dalam rangka menghindari berlakunya ketentuan-ketentuan hak istimewa dalam undang-undang. Hal ini melahirkan konsekuensi bahwa pelepasan hak istimewa menyebabkan diri penanggung menjadi pihak yang melunasi utang debitor prinsipal jika memang debitor utama wanprestasi, yang jumlah utangnya mungkin spesifik tertera atau menjamin berapapun dalam perjanjian penanggungan (*form guarantee*). Asas *pacta sunt servanda* yang diacu dari Pasal 1338 KUH Perdata, dimana para pihak dalam suatu perjanjian timbal balik harus mematuhi apa yang telah disepakatinya sebagai undang-undang bagi kedua belah pihak tersebut, dimana dalam hal ini para penanggung harus mematuhi apa yang telah menjadi kewajiban penanggung yang telah melepaskan hak-haknya berdasarkan perjanjian ini, yaitu menjalankan kewajibannya sebagai *personal guarantor* dimana ia tanpa syarat dan tidak dapat ditarik kembali menjamin kepada kreditor atas kewajiban debitor yang dijaminnya dalam perjanjian kredit. Perjanjian penanggungan sangat mirip seperti perjanjian baku dimana penanggung hanya memiliki pilihan untuk *take it* atau *leave it*. Tidak ada sama sekali ruang untuk bernegosiasi mengenai hal tersebut.

Kondisi ketidakpastian bagi penanggung menimbulkan momok bagi penanggung akan bahaya kelemahan hukum kepailitan untuk mereka. Akhirnya ditempuh berbagai cara agar penanggung dapat lepas dari jerat kepailitan. Strategi yang ditempuh adalah akhirnya debitor prinsipal akhirnya memohonkan pailit secara sukarela (pailit *volunteer*) atas diri debitor supaya penanggung memiliki kemungkinan untuk selamat. Strategi lain yang sering pula dilakukan adalah kondisi dimana penanggung dianggap terlalu mampu/memiliki banyak harta, maka ada kecenderungan bahwa penanggung justru tidak akan dibiarkan pailit oleh debitor prinsipal. Berbeda jika penanggung kurang memiliki harta, maka justru penanggung dijadikan sasaran kepailitan. Jika penanggung dianggap terlalu kuat, maka strategi yang dipakai oleh debitor demi menyelamatkan penanggungnya dilakukan rekayasa atas utang kepada pihak ketiga (anak perusahaan) dari debitor prinsipal, dijadikan pihak untuk menjadi pemohon pailit atas debitor prinsipal. Sehingga debitor yang akan menyelesaikan proses kepailitan yang sedemikian panjangnya, dan penanggung saat itu dapat bernafas lega karena proses kepailitan harus diselesaikan terlebih dahulu, baru ketika harta debitor prinsipal tidak cukup, penanggung akan tampil untuk membayar kekurangannya. Kejadian seperti ini, menurut peneliti tidak selayaknya terjadi di Indonesia, suatu negara yang mengedepankan kepastian hukum. Lembaga penanggung utang tentu tidak diciptakan untuk mengatasi kondisi untung-untungan. Harus ada pengaturan yang jelas mengenai penanggung dan bagaimana posisi penanggung dalam proses pemberesan budel pailit.

B. Strategi Agar Tercipta Kepastian Hukum Bagi Para Penanggung

Penanggung menurut KUHPerdota dapat menjadi debitor ketika debitor prinsipal yang wanprestasi telah disita dan dilelang hartanya, tetapi hasilnya tidak cukup untuk membayar utangnya, maka penanggung mempunyai kewajiban untuk melunasi kekurangan tersebut; atau apabila penanggung melepaskan hak istimewanya seperti yang telah peneliti jelaskan pada paragraf yang lalu.

Penanggungan menurut teori hukum jaminan pada dasarnya lahir dan merupakan “*a second pocket to pay if the first should be empty*”. Dari sini dapat dilihat bahwa penanggung merupakan pihak ketiga yang diminta pertanggungjawaban bila debitor tidak lagi dapat/tidak mampu memenuhi kewajibannya untuk melaksanakan suatu prestasi. Sifatnya tentunya adalah sekunder. Berdasarkan pemikiran tersebut maka undang-undang memberikan beberapa hak istimewa kepada penanggung dalam hubungan dengan kewajibannya terhadap kreditor.

Hak istimewa pertama yang merupakan hak terpenting seorang penanggung adalah hak untuk menuntut lebih dahulu (*worrecht van uitwinnig*) agar asset debitor disita dan dilelang terlebih dahulu sebelum diminta melaksanakan kewajibannya selaku penanggung bila terjadi wanprestasi. Hal ini diatur dalam Pasal 1831 KUHPerdota, yang isinya sebagai berikut: “Si penanggung tidaklah diwajibkan membayar kepada si berpiutang selain jika si berhutang lalai, sedangkan benda-benda si berutang ini harus lebih dahulu disita dan dijual untuk melunasi utangnya.” Namun, hak istimewa yang dimiliki penanggung, menjadi tidak berlaku apabila:

1. Dalam perjanjian penanggungannya sendiri penanggung melepaskan hak istimewa secara tegas dan nyata;
2. Penanggung menempatkan diri seolah-olah sebagai debitor dengan mengikatkan diri secara tanggung renteng dengan debitor memenuhi kewajiban debitor terhadap kreditor;
3. Debitor mengajukan tangkisan mengenai keadaan pribadinya kepada hakim (seperti belum dewasa atau sedang di bawah pengampunan ketika menandatangani perjanjian);
4. Debitor dinyatakan pailit;
5. Penanggung tersebut merupakan penanggung yang mengikatkan diri sesuai dengan perintah hakim kepada debitor sebagaimana disebut dalam Pasal 1827 KUHPerduta.

Pengecualian hak-hak istimewa tersebut di atas diatur dalam Pasal 1832 KUHPerduta. Pasal-pasal yang menjadi acuan dalam suatu Perjanjian umum mengenai Penanggungan adalah Pasal 1831, 1833, 1837, 1838, 1847, 1848, 1849, 1850 dan 1430 KUHPerduta.

Adapun beberapa karakteristik dari perjanjian garansi adalah sebagai berikut:¹⁹³ perjanjian garansi bersifat aksesoir; hak-hak yang terbit dari suatu garansi bersifat kontraktual, bukan hak kebendaan; guarantor punya hak dan kewajiban manakala terjadi wanprestasi oleh debitor kepada kreditor berdasarkan kontrak pokoknya. Prinsip selanjutnya adalah “penagihan sekunder”. Dalam prinsip ini, ketika telah terjadi wanprestasi maka yang harus ditagih/digugat ke

¹⁹³ Munir Fuady, *Hukum Jaminan Utang*, PT Gelora Aksara Pratama, Jakarta, 2013, hlm.45.

pengadilan adalah terlebih dahulu pihak debitor. Kemudian, jika debitor tidak dapat/tidak mampu membayar sepenuhnya, juga setelah disita semua harta-hartanya, baru boleh ditagih/digugat pihak garannya. Jadi, penagihan kepada guarantor hanyalah penagihan yang sekunder. Dalam konteks ini, Pasal 1813 KUHPerdara menyatakan bahwa penanggung tidak diwajibkan membayar kepada si berpiutang selain jika si berutang lalai, dan benda-benda si berutang ini harus lebih dahulu disita serta dijual untuk melunasi utangnya. Akan tetapi, prinsip penagihan sekunder bukan merupakan hukum yang mewajibkan (*mandatory law*) tetapi hanya hukum pelengkap (*aanvullen recht*), yang berlakunya dapat dikesampingkan atau dikecualikan. Prinsip penagihan sekunder dalam pranata hukum garansi ini tidak berlaku manakala (Pasal 1832 KUHPerdara): Guarantor telah melepaskan hak istimewanya untuk menuntut supaya benda-benda si berutang lebih dahulu disita dan dijual; Guarantor telah mengikatkan dirinya bersama-sama dengan si berutang utama secara tanggung-menanggung; dengan akibat-akibat perikatannya diatur menurut asas-asas yang ditetapkan untuk utang tanggung-menanggung; Apabila debitor dapat memajukan suatu tangkisan yang hanya mengenai dirinya sendiri secara pribadi; Jika debitor berada dalam keadaan pailit; Dalam penanggungan yang diperintahkan oleh hakim. Pada prinsipnya, guarantor merupakan *target kedua* dari pihak kreditor. Artinya, pihak kreditor baru dapat menggugat pihak penanggung setelah terlebih dahulu menggugat pihak debitor, dan setelah harta debitor tidak mencukupi untuk menutupi utangnya.

Debitor adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan, dan utang adalah kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul di kemudian hari atau kontinjen, yang timbul karena perjanjian atau undang-undang dan yang wajib dipenuhi oleh debitor dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada kreditor untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan debitor.¹⁹⁴

Fakta mengenai masalah-masalah yang dialami para penanggung dalam kepailitan dan proses pemberesan budel pailit debitor menurut peneliti terbukti tidak sejalan teori kepailitan yang disampaikan oleh Levinthal. Ia menyatakan bahwa hukum kepailitan tujuannya adalah untuk mengamankan dan membagikan hasil penjualan harta milik debitor secara adil kepada semua kreditornya. Peneliti dalam hal ini menggarisbawahi siapa sesungguhnya yang layak disebut debitor. Memang KUHPerdara menyatakan bahwa hak istimewa dari penanggung dapat disimpangi dan kedudukan penanggung akan menjadi setara dengan debitor prinsipal; namun jika dilihat dari teori hukum kepailitan, menurut peneliti hal ini tetap bertentangan. Debitor yang dimaksud oleh Levinthal adalah tentu debitor prinsipal. Debitor yang telah mendapatkan dan menikmati fasilitas dari pihak kreditor. Kreditor yang berhak untuk menikmati harta debitor adalah kreditor dari debitor prinsipal. Pasal pengesampingan hak istimewa menurut peneliti dapat diterapkan dalam kasus wanprestasi biasa dan proses kepailitan, tetapi tentu tidak

¹⁹⁴ UUKPKPU Pasal 1

boleh berlaku serta merta. Kepailitan adalah hukum khusus (*lex specialis*), sehingga seharusnya terdapat pembatasan. Kepailitan seharusnya berperan upaya terakhir/jalan terakhir. Terlalu banyaknya pihak yang dimohonkan pailit memberikan tanda bahwa Indonesia belum bisa memberikan keamanan berusaha bagi para investor penanam modal. Selain itu Levinthal juga menyatakan bahwa harta debitor akan dibagikan secara adil kepada semua kreditornya. Jika penanggung dipailitkan, dan hartanya dibagi kepada semua kreditornya. Apakah hal tersebut tidak merugikan kreditor, karena sesungguhnya penanggung hanya menjamin 1 (satu) utang saja, yaitu utang debitor kepada 1 (satu) kreditor. Fakta ini tentu tidak sesuai dengan teori kepailitan.

Konsep utang yang disebutkan di dalam UUKPKPU sudah jelas, yakni kewajiban yang harus dipenuhi oleh debitor dan jika tidak dipenuhi akan menimbulkan hak bagi kreditor untuk menuntut pelunasannya dari harta debitor. Yang bertanggung jawab tidak lain dan tidak bukan seharusnya adalah debitor prinsipal sendiri. Debitor pembuat utang tersebut selayaknya merupakan pihak yang harus berhadapan dengan kreditor-kreditornya, dan harus bertanggungjawab terhadap semua utang yang pernah diadakannya. Hal ini didukung dengan definisi debitor dalam UUKPKPU yang artinya *adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan.*

Selanjutnya berdasarkan teori penanggungan bahwa *personal guarantee* adalah suatu perjanjian, guarantor adalah pihak ketiga, guarantor diberikan demi kepentingan kreditor, guarantor mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan

debitor jika debitor tidak memenuhi kewajibannya, yang mana perjanjian *personal guarantee* harus tidak dipersangkakan, tetapi harus diadakan pernyataan dengan tegas dan tidak diperbolehkan memperluas *personal guarantee* hingga melebihi ketentuan-ketentuan yang menjadi syarat saat perjanjian, namun dapat melebihi suatu perikatan pokok yang meliputi segala akibat utangnya bahkan biaya gugatan yang dimohonkan terhadap debitor serta terhitung pula segala biaya yang dikeluarkan setelah si garantor diperingatkan tentang itu. Kondisi dimana debitor berhutang kepada kreditor, dengan adanya jaminan penanggung, sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Yang harus selalu diingat adalah penanggung merupakan pihak ketiga. Pihak ketiga maksudnya adalah orang yang bukan debitor dan bukan kreditor. Artinya ada di luar perikatan antara kedua belah pihak. *Personal guarantee* memang dinyatakan bahwa mereka menggantikan kedudukan debitor karena telah mengesampingkan hak istimewa mereka, tetaplah mereka adalah pihak ketiga di luar daripada transaksi yang pernah diadakan antara debitor dan kreditor. Penanggung adalah pihak ketiga yang diwajibkan untuk membantu membayar jika debitor prinsipal tidak mampu lagi membayar, bukan ketika debitor prinsipal tidak membayar/tidak mau membayar karena yang dipersyaratkan oleh UUKPKPU menurut peneliti masih belum lengkap. Jika penanggung digugat pailit sejak awal, bahkan tanpa memohonkan pailit terhadap debitor prinsipal, hal ini tentu sangat tidak sejalan dengan teori pertanggung utang (dan teori tanggung jawab hukum); karena siapa yang seharusnya bertanggung jawab melaksanakan sesuatu kewajiban adalah ia yang membuat perikatan atas itu.

Kepailitan personal guarantee bersama-sama dengan pihak debitor terlihat sebagai suatu upaya yang sengaja dilakukan/dipaksakan supaya cepat terlunasi utang debitor kepada kreditor (*recovery* utang secara cepat), entah itu dari sumber manapun. Akhirnya *personal guarantee* yang merupakan pihak ketiga, terlebih jika ternyata merujuk pada perjanjian *personal guarantee/borghtoct* telah mengesampingkan hak istimewanya dalam perjanjian penanggung, maka hampir pasti mereka akan dipailitkan bersama-sama dengan debitor. Pemohon pailit akhirnya mencari kreditor lain selain diri mereka supaya dapat membuktikan bahwa pihak personal guarantee dapat turut mereka pailitkan. *Personal guarantee* menjadi pailit didasarkan pada perjanjian pertanggungan antara kreditor dan *personal guarantor* dan pencarian kreditor lain dilakukan agar dapat membuktikan unsur utang dari penanggung. Hal ini memacu munculnya berbagai rekayasa khususnya dari para kreditor.

Utang harus dibayar oleh debitor sesuai dengan teori yang dianut UUKPKPU dan penanggung bukan merupakan ‘debitor yang sesungguhnya’ dari suatu utang. Peneliti berkesimpulan bahwa penanggung mungkin saja dipailitkan, tetapi harus ada penambahan pasal di dalam UUKPKPU khususnya mengenai personal guarantee dengan memperjelas bagaimana proses kepailitan harus dilaksanakan bila salah satu pihaknya adalah penanggung. Peneliti kurang sejalan dengan yurisprudensi kasus pailit yang membebaskan debitor prinsipal dari kewajiban membayar utang dan penanggung harus dipailitkan. Fakta miris ini menurut peneliti menimbulkan ketidakpastian hukum karena penanggung adalah cadangan dari debitor prinsipal dan bukannya membebaskan debitor prinsipal

sama sekali dari kewajibannya. Tidak sesuai dengan teori kepastian hukum, teori kepailitan dan teori penanggungan seperti yang telah peneliti jabarkan di atas.

Hukum memiliki fungsi tidak hanya menegakkan keadilan tetapi juga menegakkan kepastian dan kemanfaatan. Berkaitan dengan hal tersebut asas prioritas yang telah ditelurkan Gustav Radburch menjadi titik terang dalam masalah ini. Gustav Radburch memulai dengan pandangan bahwa masyarakat dan ketertiban memiliki hubungan yang sangat erat, bahkan dikatakan sebagai 2 (dua) sisi mata uang, hal ini menunjukkan bahwa setiap komunitas (masyarakat) di dalamnya membutuhkan adanya ketertiban. Perbedaan antara ketiga norma di dalam masyarakat tersebut dimana kebiasaan lebih berorientasi pada perbuatan-perbuatan yang memang lazim dilakukan sehari-hari menjadi norma, dan menurut Radburch tatanan kebiasaan ini tidak sesuai dengan hukum atau kesusilaan. Kebiasaan lebih menggambarkan posisi kebalikan dari kesusilaan, kalau kebiasaan mutlak berpegangan pada kenyataan tingkah laku orang, maka kesusilaan justru berpegang pada ideal yang masih harus diwujudkan dalam masyarakat. Untuk itu tolok ukur penilaian terhadap tindakan yang diterima atau ditolak didasarkan pada idealisme manusia yakni insan kamil atau manusia sempurna. Norma hukum lebih berorientasi pada dunia ideal (kesusilaan) dan kenyataan (kebiasaan), dengan demikian maka untuk memenuhi unsur ideal, hukum harus mengakomodir nilai filosofis dan guna memenuhi tuntutan kenyataan hukum harus memasukkan unsur sosiologis. Dalam perkembangannya masyarakat tidak hanya menginginkan keadilan (idealisme) dan kepentingan-kepentingannya dilayani oleh hukum (sosiologis), akan tetapi masyarakat masih

mebutuhkan adanya peraturan-peraturan yang menjamin kepastian dalam hubungan mereka satu sama lain.¹⁹⁵

Asas *legal certainty* (kepastian hukum) dimaksud agar tercipta peraturan-peraturan yang bisa menjamin kedudukan hukum penanggung yang beritikad baik, agar mereka dapat dilindungi. Hukum harus dapat mewujudkan suatu aturan ideal bagi semua pihak yang terzalimi. Asas kepastian hukum merupakan tujuan setiap undang-undang dan peraturan pelaksanaannya. Diuraikan kembali bahwa yang dimaksud dengan debitor adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan, dan karenanya penanggung sebenarnya tidak dapat dikatakan debitor “sesungguhnya” meski ia telah mengesampingkan hak istimewa yang dimilikinya berdasarkan undang-undang. Beberapa kondisi dalam pemberesan budel pailit yang telah peneliti kemukakan pada point A juga terlihat bahwa penanggung lebih banyak berada dalam kondisi tidak diuntungkan.

Kepailitan yang melibatkan/memohonkan penanggung juga merugikan pihak penanggung dikarenakan bisa saja proses kepailitan yang terjadi terlalu lama. Sampai akhirnya penanggung harus menghabiskan sepanjang hidupnya merugi karena tidak dapat melakukan kegiatan usaha apapun. Jika terlalu lama, maka penanggung akan kehilangan potensi keuangan karena pada masa pelaksanaan proses kepailitan, akhirnya penanggung reputasinya rusak. Jika memang kepailitan tidak dapat menyelesaikan masalah, seharusnya lebih baik kepailitan ditutup oleh pihak kurator supaya tidak memakan waktu lama yang

¹⁹⁵ M. Muslih, *Negara Hukum Indonesia Dalam Perspektif Teori Hukum Gustav Radbruch (Tiga Nilai Dasar Hukum)*, Legalitas Edisi Juni 2013 Volume IV Nomor 1 (2013)

akhirnya menyebabkan kerugian yang lebih besar lagi kepada penanggung. Terlebih lagi jika ternyata harta penanggung ditambah dengan harta debitor prinsipal juga tidak cukup untuk memenuhi utang debitor prinsipal yang jumlahnya (mungkin) terlalu banyak, maka menahan proses kepailitan selama bertahun-tahun tentu tidak ada gunanya.

Isu penanggung merupakan salah satu kelemahan dari UUKPKPU yang harus segera diselesaikan. Sampai dengan bulan Januari 2019, dapat terlihat bahwa masalah penanggung belum dimasukkan ke dalam point penting revisi UUKPKPU. Hanya ada 16 (enam belas) point perbaikan. Berikut 16 (enam belas) poin penting revisi UUKPKPU:¹⁹⁶

1. Mengenai persyaratan kepailitan;
2. Pembuktian sederhana;
3. Pengaturan mengenai keadaan diam otomatis (*automatic stay*) dalam kepailitan yang mulai berlaku sejak kepailitan dimohonkan;
4. Otoritas Jasa Keuangan sebagai pemohon kepailitan;
5. Permohonan kepailitan terhadap Badan Usaha Milik Negara;
6. Kewenangan panitera dalam pemeriksaan administrasi permohonan
7. Salinan putusan pengadilan;
8. Batas waktu pelaksanaan eksekusi jaminan oleh Kreditor separatis;
9. Profesi Kurator/pengurus khususnya terkait dengan kelembagaan, pengawasan dan pelaksanaan tugasnya;
10. Sita kepailitan terhadap sita pidana;

¹⁹⁶ Anonim, *Ini 16 poin Revisi UU Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utan Yang Sudah Digodok*, <https://nasional.kontan.co.id/news/ini-16-poin-revisi-uu-kepailitan-dan-pkpu-yang-sudah-digodok>, [diakses pada tanggal 22/10/2019, pk 16.25]

11. Peringkat upah dan hak pekerja dalam struktur kreditor kepailitan;
12. Renvoi dan gugatan lain-lain;
13. Ketentuan paksa badan;
14. Publikasi kepailitan;
15. Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang oleh Kreditor; dan
16. Kepailitan lintas batas negara (*cross border insolvency*).

Dari 16 point di atas, belum terlihat mengenai masalah kepailitan penanggung untuk segera dituntaskan. Peneliti berharap agar segera para pihak yang berkepentingan untuk segera duduk bersama untuk merevisi UUKPKPU. UUKPKPU memang sudah lama diundangkan (sejak tahun 2004 sampai sekarang sekarang). Lima belas tahun lamanya, sehingga agaknya memang sudah banyak ketentuan yang tidak lagi relevan untuk zaman yang semakin berkembang ini. Kekurangan dalam UUKPKPU bisa dikatakan cukup banyak dan kelemahan ini seyogyanya harus segera dibenahi. Masalah kepailitan menjadi penting untuk diperhatikan karena kepailitan merupakan salah satu indikator dalam penentuan *ease of doing business* (kemudahan berusaha) yang diselenggarakan oleh World Bank.

Peraturan kepailitan yang baik dan kondusif menunjukkan kestabilan bisnis di suatu negara. Bisnis dekat dengan masalah utang, karena utang adalah salah satu sumber modal. Jika seorang investor mudah dipailitkan dan instrumen UUKPKPU tidak mengkomodirnya dengan baik, tentu tidak banyak investor lokal maupun investor asing yang mau menanamkan modalnya di Indonesia. Harus

diadakan perbaikan terhadap UUKPKPU dan peraturan pelaksanaannya mengenai hukum penanggungan dan perlindungan terhadapnya.

Khusus mengenai masalah penanggung, seyogyanya Pemerintah melalui Dewan Perwakilan Rakyat, dengan mengajak seluruh praktisi kepailitan dan pelaku usaha, mengadakan revisi/amandemen/penambahan Pasal mengenai ketentuan *personal guarantee* dalam UUKPKPU. Hal ini diharapkan agar dapat mengakomodir segala permasalahan yang terjadi di dalam praktik penanggungan.

Hal mana yang peneliti rasa harus diatur dengan tegas adalah bagaimana mekanisme proses kepailitan dalam hal termohon pailit/PKPU di dalam 1 (satu) permohonan ada 2 (dua) pihak. Bagaimana mekanisme pengajuan tagihan, mekanisme pembahasan rencana perdamaian, bagaimana mekanisme pengambilan keputusan atas rencana perdamaian, dan proses lainnya. Harus jelas apakah prosesnya dilakukan satu per satu karena 2 (termohon) merupakan 2 (dua) subyek hukum yang berbeda, ataukah boleh digabung pelaksanaannya. Dua subjek hukum berbeda tentu memiliki utang dan kreditor yang berbeda-beda. Selayaknya tentu tidak boleh dicampur. Harus dipertegas pula dengan Pasal yang menjelaskan bagaimana jika keputusannya berbeda. Misalnya, debitor rencana perdamaianya tidak disetujui (akhirnya pailit) dan penanggung ternyata disetujui rencana perdamaianya oleh para kreditornya.

Perbaikan UUKPKPU juga harus ditambahkan lagi pada bagian proses pemberesan budel pailit milik penanggung. Apakah pantas jika budel pailit penanggung dicampur dengan budel pailit debitor prinsipal dan dipergunakan untuk membayar utang yang mayoritas dibuat oleh debitor prinsipal. Penanggung

tentu dalam hal ini akan mengalami kerugian besar dikarenakan penanggung harus membayar utang yang sangat jauh melebihi yang diperjanjikannya saat berjanji menanggung utang debitor prinsipal melalui perjanjian penanggungan.

Rekomendasi lain yang dapat peneliti berikan adalah dibuatnya Peraturan Pelaksana untuk mengatur bagaimana seharusnya standarisasi perjanjian *borghtoct* dibuat. Harus ada sinergi antara bank, para Notaris, dan pihak penanggung mengenai isi perjanjian penanggungan. Yang selama ini peneliti lihat, perjanjian penanggungan sifatnya lebih ke template baku saja, dan sama sekali tidak mengakomodir kepentingan penanggung. Pihak kreditor dan penanggung seharusnya mendapatkan posisi yang setara dalam perjanjian tersebut. Harus pula diperjelas/ditambahkan ketentuan mengenai bagaimana kedudukan penanggung bila terjadi kepailitan dari debitor yang dijaminnya dalam perjanjian penanggungan.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Kesimpulan yang dapat diberikan dalam disertasi ini adalah sebagai berikut:

1. Pengesampingan hak istimewa penanggung adalah dasar bahwa penanggung dapat dimohonkan pailit baik tanpa dipailitkannya/bersamaan dengan kepailitan debitor prinsipal. Penanggung melalui perjanjian *borghtoct* diwajibkan untuk melakukan pengesampingan hak istimewa berjanji untuk bersedia diambil hartanya untuk membantu melunasi pelunasan utang debitor kepada kreditor, tetapi bukan bersedia untuk dipailitkan. Fakta kepailitan penanggung dalam berbagai kasus menggambarkan tidak sejalanannya praktik (*das sein*) penanggung dan teori penanggungan. Jika penanggung pailit, maka diri penanggung bukan lagi sebagai pihak yang membantu debitor; tetapi bertanggungjawab terlalu jauh. Didukung dengan isi perjanjian *borghtoct* yang tidak memuat ketentuan mengenai bagaimana kedudukan penanggung jika terjadi kepailitan debitor. Jika penanggung pailit, maka teori tujuan kepailitan yang mana untuk membagi harta debitor prinsipal tentu tidak tercapai (terlebih ketika yang dibagi adalah harta penanggung saja) dan akhirnya kepastian hukum bagi diri penanggungpun tidak terwujud.

2. Upaya mewujudkan kepastian hukum bagi kreditor dan penanggung dalam kepailitan adalah pengaturan aturan hukum yang mengatur kepailitan secara lebih rinci dan rigid, yang mana perangkat hukum kepailitan terdiri dari unsur hukum perdata umum (KUHPerdata), UUKPKPU, yurisprudensi dan peraturan-peraturan yang terkait. Tidak ada sama sekali pasal di UUKPKPU yang membahas mengenai kepailitan penanggung, tetapi di lapangan, kepailitan penanggung sering terjadi dan semakin banyak jumlahnya dan akhirnya menimbulkan ketidakpastian karena banyak memunculkan penafsiran dari Hakim Niaga dalam memberikan putusan. Penafsiran ini dikhawatirkan tidak mampu memberikan kepastian hukum karena merupakan subjektivitas masing-masing Hakim.

B. Saran

Berdasarkan kesimpulan di atas, maka penulis mengajukan saran sebagai berikut:

1. Agar Badan Legislatif yaitu Dewan Perwakilan Rakyat menambah atau memperbaiki pengaturan penanggung dalam kepailitan karena masih banyak didasarkan pada penafsiran para ahli hukum, yurisprudensi, dan belum diatur dalam UUKPKPU secara lengkap dan komprehensif. Substansi yang perlu dibenahi antara lain mengenai; bagaimana kedudukan penanggung yang telah mengesampingkan hak istimewanya dalam hal terjadi kepailitan. Jika diperlukan maka harus dapat dipertegas lagi pelaksanaan kepailitan penanggung dalam Peraturan Pemerintah sebagai pedoman pelaksanaan di lapangan yang dapat membantu memberikan pedoman untuk Hakim Niaga dalam memutus permohonan kepailitan. Revisi UUKPKPU sangat diharapkan agar tidak ada yang

dirugikan dalam proses kepailitan (termasuk penanggung). Kekosongan hukum ini harus segera dibenahi dengan peraturan yang lengkap dan komprehensif mengingat Indonesia adalah negara yang berlandaskan atas hukum tertulis.

2. Para Hakim Niaga harus memahami betul dan memberikan penafsiran yang tepat jika penanggung dimohonkan pailit. Hal ini disebabkan karena sampai saat ini masih ada 2 (dua) persepsi yang berjalan di antara para ahli hukum. Ada Hakim yang menganggap penanggung boleh dipailitkan dan ada sekelompok Hakim yang berpendapat penanggung tidak sepatutnya dipailitkan. Hakim harus melandaskan putusan-putusannya pada pemahaman teori kepastian hukum dalam masyarakat karena jika tidak memahami teori kepastian hukum, teori kepailitan dan teori penanggungan maka dikhawatirkan akan menjadi preseden buruk/yurisprudensi bagi putusan selanjutnya terkait kedudukan hukum penanggung.

3. Keputusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 109/KMA/SK/IV/2020 tentang Pemberlakuan Buku Pedoman Penyelesaian Perkara Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang; sebagai aturan pelaksanaan (*standard operating procedure*) dari UUKPKPU yang terus diperbaharui ternyata harus tetap dilaksanakan pembaharuan mengingat masih terkesan prematur mengingatnya belum diaturnya pengajuan kepailitan bagi penanggung dari debitor.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010
- Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 2004
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis)*, Jakarta, Chandra Pratama 1996), dikutip oleh Soerodo Irawan, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah DI Indonesia*, Surabaya, Arkola, 2003
- Adrian Sutedi, *Hukum Kepailitan*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2009
- Anggita Isty Intansari, *Buku Pembelajaran Contract Drafting*, Myria Publisher, Ponorogo, 2019
- Aria Suyudi, Eryanto Nugroho dan Herni Sri Nurhayanti, *Kepailitan Di Negeri Pailit*, Jakarta, Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia, 2003
- Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, St Paul Publishing, Boston, 1990
- Denny Kailimang, *“Problematik yang Dihadapi debitor/kreditor Berkaitan dengan Personal Guarantee atau Coorporate Guarantee Sehubungan dengan Gugatan Kepailitan, Penyelesaian Utang-Piutang*
- Djoko Prakoso & Bambang Riadi Lany, *Dasar Hukum Persetujuan Tertentu di Indonesia*, PT Bina Aksara, Jakarta, 1987
- Djuhaendah Hasan, *Hasil penelitian Aspek-aspek Hukum Perjanjian Jaminan dalam Perjanjian Kredit*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, 1993
- Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain yang Melekat pada Tanah dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horizontal (Suatu Konsep dalam Menyongsong Lahirnya Lembaga Hak Tanggungan)*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996
- Duane R. Monette, Thomas J Sullivan, Cornell R. Dejong, *Applied Social Research*, Fort Worth Chicago, San Fransisco: Halt, Rinehart and Winston Inc., 2004
- Elijana S, *“Proses Mengajukan Permohonan Pailit Terhadap Guarantor dan Holding Company”*, *Penyelesaian Utang-Piutang*

- Elyta Ras Ginting, *Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit (Buku ke-3)*, Sinar Grafika, Bandung, 2018
- Epstein *et al.* *Bankruptcy*, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1993
- Ernesto Mustari, *Kredit Perbankan Dalam Teori dan Praktek*, Multimedia Sarana, Yogyakarta, 2009
- Fred. B.G. Tumbuan, *Pokok-Pokok Undang-Undang tentang Kepailitan sebagaimana diubah oleh Perpu nomor I/1998 dalam Penyelesaian Utang melalui Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Rudy Lontoh (Ed) Bandung, Alumni, 2001
- Gunawan Widjaja & Kartini Mulyadi, *Penanggung Utang dan Perikatan Tanggung Menanggung*, Penerbit PT. Radja Grafindo Persada, Jakarta, 2003
- Gunawan Widjaja & Kartini Mulyadi, *Perikatan Yang Lahir dari Undang-Undang*, Raja Grafindo, Jakarta, 2010
- Gustav Radburch, *Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law*, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, 26:1, Oxford Journal of Legal Studies (2006), p.6
- Hadi Subhan, *Hukum Kepailitan prinsip, Norma dan Praktek Peradilan*, Kencana Jakarta 2008
- H.M Hazniel Harun, *Aspek-aspek Hukum Perdata Dalam Pemberian Kredit Perbankan*, Ind-Hill-Co, Jakarta, 1994
- Imran Nating, *Peranan dan Tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pembesaran Harta Pailit*, Edisi Revisi, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005
- Irawan Soerodjo, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah Di Indonesia*, Surabaya, Arkola, 2003
- Irma Devita Purnamasari, *Kiat-kiat Cerdas, Mudah dan Bijak Memahami Masalah Hukum Jaminan Perbankan*, Kaifa, Bandung, 2011
- J. Djohansyah, "Pengadilan Niaga" didalam Rudy Lontoh (Ed), *Penyelesaian Utang Melalui Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Bandung, 2001
- JC Raco, *Metode Penelitian Kualitatif Jenis, Karakteristik, dan Keunggulannya*, PT Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 2010

- Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law*, Tatanusa, Jakarta, 1999
- Jhon M., Echols dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 1979
- Jono, *Hukum Kepailitan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007
- J. Satrio, *Cessie, Subrogatie, Novatie, Kompensatiedan Percampuran Utang*, Alumni, Bandung, 1999
- , *Hukum Jaminan: Hak-Hak Jaminan: Hak-Hak Jaminan Pribadi*, PT Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996
- , *Hukum Jaminan Hak Jaminan kebendaan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2007
- , *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Undang-Undang*, Bagian Kedua, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1994 (cetakan pertama)
- Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Pedoman Menangani Perkara Kepailitan*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004
- Kartono, *Kepailitan dan Pengunduran Pembayaran*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1974
- Lee A. Weng, *Tinjauan Pasal demi Pasal Fv (Faillissements-verordening) S 1905 Nomor 217 Jo. S. 1906 Nomor 348 Jis Perpu Nomor 1 Tahun 1998 dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998*, Medan, 2001
- Maria Sri Wulandari Sumardjono, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah di Indonesia*, Arloka, Surabaya, 2003
- Mariam Darus Badruzaman. 1993. "Kredit Macet dalam Kerangka Sistem Hukum di Indonesia". Makalah disajikan pada Seminar Sehari tentang Kredit Macet dan Upaya Penyelesaiannya, hlm. 7-8 dan Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung, 1994.
- , *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009
- Muhamad Djumhana, *Hukum Perbankan di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011, H.M Hazniel Harun, *Aspek-aspek Hukum Perdata Dalam Pemberian Kredit Perbankan*, Ind-Hill-Co, Jakarta, 1994
- Munir Fuady, *Hukum Kepailitan dalam Teori dan Praktek, Edisi Revisi* (Disesuaikan dengan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004), PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005

- , *Hukum Jaminan Utang*, PT Gelora Aksara Pratama, Jakarta, 2013
- M. Hadi Subhan, *Hukum Kepailitan Prinsip, Norma dan Praktik di Peradilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008
- M. Muslih, *Negara Hukum Indonesia Dalam Perspektif Teori Hukum Gustav*
- Naja, HR Daeng *Hukum Kredit dan Bank Garansi The Bankers Hand Book*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005
- Parwoto Wignjosumarto, *Tugas dan Wewenang Hakim Pemeriksa/Pemutus Perkara, Hakim Pengawas, Kurator, Pengurus*, PT Tatanusa, Jakarta, 2015
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta, 2012
- Poh ling tan, *Asian legal system*, London, Butterworth, 1997
- Prabowo Wingjosumarto, *Hukum Kepailitan Selayang Pandang (Himpunan Makalah)*, Tatanusa, Jakarta, 2003
- Rachmadi Usman, *Aspek-aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, PT. Gramedia Pusataka Utama, Jakarta, 2003
- R. Joni Bambang, *Hukum Ketenagakerjaan*, Pustaka Setia, Bandung, 2013
- Rudhy A. Lontoh, *Penyelesaian Utang Melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Bandung, 2001
- Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (KUHPperdata)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011
- , *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika Jakarta, 2003
- Samuel M.P Hutabarat, *Penawaran dan Penerimaan Dalam Hukum Perjanjian*, Grasindo, Jakarta, 2004
- Sis Abdi, *Kepailitan Ditinjau dari Aspek Perbankan*, dalam buku *Penyelesaian Hutang Piutang Melalui Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Jakarta, 2001
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2007
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, ditulis dalam rangka

- kegiatan Badan Pembinaan Hukum Nasional Berupa Proyek Penulisan Karya Ilmiah, 2001
- , *Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, BPHN dan Liberty, Yogyakarta, 1980
- , *Hukum Perdata Hukum Perutangan Bagian*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 1980
- Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 2006
- , *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989
- , *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit (Termasuk Hak Tanggungan Menurut Hukum Indonesia)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996
- Sudargo Gautama, *Komentar Atas Peraturan Kepailitan Untuk Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998
- Sunarmi, *Hukum Kepailitan*, Sofmedia, Jakarta, 2010
- , *Hukum Kepailitan*. Medan, USU Press, 2009
- Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan*, Grafiti, Jakarta, 2010
- Sutojo, *Mengenai Kredit Bermasalahan : Konsep, Teknik, dan Kasus*. Pustaka Indo, Jakarta, 1997
- Suryono Soekanto, *Mengenal Sosiologi Hukum*, Penerbit Alumni, Bandung, 1979
- Syamsudin Sinaga, *Hukum Kepailitan Indonesia*, Tatanusa, Jakarta, 2012
- Thomas Suyatno, *Dasar-Dasar Perkreditan*, Gramedia, Jakarta, 2005
- Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional*, Kenana, Jakarta, 2018
- Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, CV. Mandar Maju, Jakarta, 2011
- Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia, Edisi Revisi*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994

Internet

Anonim, *Tugas Kurator dan Hakim Pengawas*,
<https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl738/tugas-tugas-kurator-dan-hakim-pengawas>, [diakses tanggal 25/04/2020, pukul 10.39]

Anonim, *Pengertian dan Penyebab Hukum Wanprestasi*,
www.dppferari.org/pengertian-bentuk-penyebab-dan-hukum-wanprestasi/, [diakses tanggal 08/04/2020, pukul 15.00]

Anonim, *Lembaga Keuangan Bank di Indonesia*,
<https://www.jurnal.id/id/blog/lembaga-keuangan-bank-di-indonesia/>,
 [diakses tanggal 10/03/2020, pukul 18.30]

Anonim, *Ini Langkah-langkah yang dilakukan bank jika kredit macet*,
<https://www.cekaja.com/kredit/news/129601-ini-langkah-langkah-yang-dilakukan-bank-terhadap-kredit-macet.html>, [diakses tanggal 07/04/2020, pukul 22.15]

Anonim, POJK-tentang-Kewajiban-Penyusunan-dan-Pelaksanaan-Kebijakan-Perkreditan-atau-Pembiayaan-Bank-bagi-Bank-Umum,
<https://www.ojk.go.id/id/kanal/perbankan/regulasi/peraturan-ojk/Documents/Pages/SAL%20Lampiran%20POJK%2042%20-%20PPKPB.pdf>, [diakses tanggal 07/07/2019, pukul 20.00]

Ariyanto, *Analisis Terhadap Pelaksanaan Perjanjian Kredit Di PT Bank Rakyat Indonesia Unit Cigombong Kota Jayapura Dengan Jaminan Surat Keputusan (SK) Pegawai*, <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/205-390-1-SM.pdf> [diakses tanggal 10/12/2018, pukul 15.00]

Budi Pratikno, *Hukum Perikatan dan Perjanjian*,
<http://budipratiko9.blogspot.com/2015/04/hukum-perikatan-hukum-perjanjian-dan.html>, [diakses pada tanggal 15/05/2019, pk. 15.00]

BPLawyers, *Hal Penting Yang Harus Diperhatikan Dalam Mengajukan Permohonan Pailit Ke Pengadilan Niaga*,
<https://bplawyers.co.id/2017/05/24/hal-hal-penting-yang-harus-diperhatikan-dalam-mengajukan-permohonan-pailit-ke-pengadilan-niaga/>, [diunduh pada 08/03/2020, pk 14.00]

Maritza Sanabria Mianda , <https://www.mondaq.com/unitedstates/project-financeppp-pfi/34918/legal-concept-of-guarantee>, United States: Legal Concept Of Guarantee, 26 September 2005, [diakses tanggal 01/07/2020, pukul 21.40].

Noviyanto, *Kapan dan Bagaimana Cara Bank Menyita Aset?*, <https://koinworks.com/blog/kapan-cara-bank-menyita-aset/>, [diakses pada tanggal 20/04/2019, pukul 17.43]

Rizky Dwinanto, Dapatkah diajukan Permohonan PKPU Bagi Penanggung Borghtoct, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt5dc513c2f2e31/dapatkah-diajukan-permohonan-pkpu-bagi-debitur-penanggung-i-borghtoct-i-/>, [diakses tanggal 19/03/2020, pukul 12.21]

Sengiernest, *Mazhab Postivism Hukum I (an line)*, <https://sengiernest.wordpress.com/2014/10/05/mazhab-positivisme-hukum/> [diakses 26/08/2019, pk 18.00]

Makalah:

Erman Rajaguguk, *Corporate Guarantee sebagai Salah Satu Bentuk Penjaminan*, One Day Seminar Resiko dan Pengamanan Bank Guarantee, Corporate Guarantee & Personal Guarantee. Surabaya: Finance Association Surabaya, 2 Desember 1995.

Fred E.G. Tumbuan. "*Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Dikaitkan dengan Kedudukan Hukum Guarantor*". dalam Rudhy A. Lontoh, *et. al.* 2001. *Penyelesaian Utang-Plutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*. Alumni, Bandung.

Jurnal:

Jurnal Yustisia Fakultas Hukum Universitas Madura, Volume 12, Nomor 1, Madura, 2011

Louis Edward Levinthal, *The Early History of Bankruptcy Law*, University of Pennsylvania Law Review and America Law Register, USA, vol. 66, No. 5/6, April, 1918.

Luky Pangastuti, *Pertanggungjawaban Pihak Personal Guarantee Yang Dinyatakan Pailit*, Jurnal Repertorium, Jakarta, Vol. II, 2015

Putusan-putusan:

Putusan Perkara Nomor: 04/Pdt.Sus/PKPU/2015/PN.Niaga.Jkt.Pst juncto No:
04/Pdt.Sus/Pailit/2015/PN.Niaga.Jkt.Pst

Putusan Perkara Nomor: 46/Pdt.Sus-Pailit/2014/PN Niaga Jkt.Pst

Putusan Perkara Nomor: 16/PDT-SUS-Pailit/2015/PN.NIAGA.Jkt.Pst

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

- I. Nama : CICILIA JULYANI TONDY, S.H., S.E., M.Kn.,
M.H.
- Tempat/Tgl. Lahir : Jakarta, 1 Juli 1989
- Alamat Rumah : Katamaran Indah XI A No. 7, PIK, Jakarta Utara
- Alamat Kantor : Kantor Notaris & PPAT CICILIA JULYANI
TONDY, S.H., S.E., M.Kn., M.H.
Ruko Sentra Gading SG 2 No. 22, Gading
Serpong,
Kabupaten Tangerang
- Status Perkawinan : Menikah
- Anak : -

II. Pendidikan

- Sekolah Dasar di SD Tarakanita IV, tamat tahun 1995
- Sekolah Menengah Tingkat Pertama di SLTP Tarakanita 2, tamat tahun 2003
- Sekolah Menengah Atas di SMA Tarakanita 2, tamat tahun 2007
- Fakultas Hukum (S.1) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, tamat tahun 2010

(Judul Skripsi: “Analisis Praktek Kartel dan Penetapan Harga berdasarkan Undang-Undang Anti Monopoli dalam Hal Pemeriksaan Kesehatan untuk para kandidat Tenaga Kerja Indonesia ke Timur Tengah oleh anggota GAMCA”)

- Fakultas Ekonomi Jurusan Manajemen (S.1) di Fakultas Ekonomi Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta, tamat tahun 2011

(Judul Skripsi: “Analisis Harga 70 saham di Bursa Efek Indonesia (Studi Kasus: Fenomena January Effect)”)

- Program Pascasarjana Magister Hukum (S.2) di Universitas Tarumanagara, tamat tahun 2012

(Judul Tesis: “Perlindungan Investor Sebagai Penerapan Prinsip Keterbukaan Melalui Prospektus (Studi Kasus: PT Media Nusantara Citra Tbk)”)

- Program Pascasarjana Magister Kenotariatan (S.2) di Universitas Indonesia, tamat tahun 2013

(Judul Tesis: “Kewajiban Pelaksanaan Prinsip Keterbukaan dan Prinsip Rahasia Jabatan untuk Notaris Pasar Modal dalam Proses Penawaran Umum Perdana”)

- Program Doktor Ilmu Hukum (S.3) di Universitas Jayabaya, Jakarta tahun 2017 - sekarang.

III. **Pendidikan Non Formal**

- Pendidikan Affiliated Wealth Manager (AFF.WM) dari Universitas Gajah Mada Jakarta, tahun 2012
- Pendidikan Konsultan Kekayaan Intelektual dari Universitas Jayabaya, tahun 2012
- Pendidikan Kurator dan Pengurus dari Asosiasi Kurator dan Pengurus Indonesia, tahun 2013
- Pendidikan Profesi Mediator dari Universitas Tarumanagara, tahun 2011
- Pendidikan Profesi Notaris Pasar Modal dari Lembaga Manajemen Keuangan dan Akuntansi Pasar Modal (LMKA), tahun 2012
- Pendidikan Profesi Notaris Koperasi dari Ikatan Notaris Indonesia dan Pengurus Daerah Kabupaten Tegal, tahun 2015

IV. **Pekerjaan**

- Advokat di beberapa kantor hukum antara lain Suria Nataadmadja & Associates, KarimSyah Lawfirm, James Purba & Partners (dari Tahun 2012 s/d tahun 2014);
- Asisten Dosen di Universitas Tarumanagara Jakarta (dari tahun 2012-2014);
- Kantor Notaris dan PPAT DR Misahardi Wilamarta, S.H., LL.M & Miki Tanumiharja, S.H. (dari tahun 2014-2015);

- Kantor Notaris dan PPAT Stephanie Wilamarta, S.H., M.H. (2015-Agustus 2016);
- Notaris dan PPAT di Kabupaten Tangerang (dari November tahun 2016 s/d sekarang).

V. **Pengalaman Organisasi**

- Asosiasi Kurator dan Pengurus Indonesia, sebagai anggota divisi Penelitian dan Pengembangan (2013-2015);
- Ikatan Notaris Indonesia Kabupaten Tangerang, anggota divisi Kelompok Kerja (2017-2019);
- Ikatan Notaris Indonesia Kabupaten Tangerang, anggota Pengurus Bidang Diklat (2020-2022).
- Ikatan Penjabat Pembuat Akta Tanah Kabupaten Tangerang, anggota Pengurus Bidang Penelitian dan Pengembangan (2020-2022).

VI. **Karya Ilmiah**

- Tulisan mengenai “Wanita Harus Cerdas”, dimuat di Radar Cianjur, tahun 2014;

VII. **Lain-lain Yang dianggap perlu**