

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum tentang Kepailitan

1. Sejarah Hukum Kepailitan secara Umum

Hukum kepailitan sudah ada sejak 2000 tahun yang lalu, yang bermula dari zaman Romawi pada tahun 118 Sebelum Masehi (SM).

Pada zaman itu, seorang debitur apabila tidak dapat melunasi utangnya, maka debitur pribadi secara fisik harus bertanggung jawab sepenuhnya atas utang-utang terhadap kreditur. Pada abad ke-5 SM, apabila seorang debitur tidak dapat melunasi utangnya kepada kreditur, maka kreditur berhak untuk menjual debitur sebagai budak. Bahkan pada masa itu, konsekuensi dari tidak dibayarnya utang oleh debitur bisa berupa kematian debitur, pemotongan anggota tubuh, hukuman penjara, atau pengasingan.

Menjelang abad ke-2 SM, perbudakan debitur dihapuskan oleh Kekaisaran Romawi. Hukuman penjara terhadap debitur masih tetap diberlakukan, tetapi kreditur tidak boleh memanfaatkan debitur dipenjarakan sebagai pelayan. Debitur hanya dapat ditahan sebagai jaminan sampai ada orang atau keluarganya yang bersedia melunasi hutangnya.

Perkembangan selanjutnya, eksekusi sehubungan dengan cidera janji debitur terhadap pembayaran utangnya bukan lagi dilakukan terhadap jasmaninya, melainkan terhadap harta kekayaannya. Penjualan harta debitur dipakai sebagai sumber pelunasan bagi utangnya kepada

krediturnya. Ketika itu dikenal sebagai "*missio in bona*", yang berarti harta kekayaan debitur dapat dijual untuk melunasi utang kepada kreditur (*venditio bonorum*). Pembelinya (*bonorum emptor*) adalah seorang yang memperoleh hak atas harta kekayaan debitur berdasarkan asas umum yang berkaitan dengan pelunasan hutang atas harta kekayaan debitur tersebut. Dari hasil penjualan harta kekayaan tersebut, debitur akan melunasi utangnya secara proposional, sesuai dengan besarnya tagihan masing-masing kreditur.²

Pada masa Romawi, dikota-kota dagang di Italia seperti Genoa, Florence, dan Venesia, eksekusi terhadap harta kekayaan debitur untuk melunasi utangnya telah dipraktikkan secara umum. Pengawasan atas pelunasan tagihan para kreditur dari hasil penjualan harta kekayaan debitur dilakukan oleh hakim yang memastikan bahwa pelunasan tagihan masing-masing kreditur dilakukan secara proposional sesuai dengan besarnya tagihan.

Jika ditelusuri secara historis, istilah "bangkrut" (Ing: *bankrupt*), berasal dari undang-undang Italia, yaitu "*banca rupta*". Pada waktu itu, di Venesia, Italia ada sebuah tradisi, dimana *banco* (bangku) para pemberi pinjaman (bankir) yang sudah tidak mampu lagi membayar utang atau gagal dalam usahanya, dipatahkan atau dihancurkan.³ Demikian pula di Eropa pada abad pertengahan, terdapat praktik

² Aco Nur, *Hukum Kepailitan Perbuatan Melawan Hukum oleh Debitur*, (Jakarta: PT. Pilar Yuris Ultima, 2015), hlm. 7

³ *Ibid.*, hlm. 8

kebangkrutan, dimana dilakukan penghancuran bangku-bangku para bankir atau pedagang yang telah melarikan diri secara diam-diam dengan membawa harta para krediturnya.

Ketentuan mengenai eksekusi harta kekayaan debitur yang tidak membayar utangnya sebagaimana berlaku di Italia kemudian diterapkan pula di Prancis. Di negara ini, ketentuan induk mengenai kepailitan tertuang dalam *Ordonnance du Commerce* atau peraturan dagang tahun 1673. Di salah satu bab *Ordonnance du Commerce* termuat aturan tentang kepailitan yaitu dalam Bab XI tentang *Des Faillites es Banqueroutes*. Dalam *Ordonnance du Commerce* sudah dikenal perbedaan antara kreditur konkuren dan kreditur preferen.⁴

Pada tahun 1807, *Ordonnance du Commerce* disempurnakan menjadi *Code de Commerce*. *Code de Commerce* hanya diberlakukan pada pedagang saja. Aturan kepailitan ini juga ada mengatur mengenai hukum acara kepailitan. Sehingga *Code de Commerce* ini banyak diserapkan di beberapa negara Eropa lainnya, termasuk Belanda.⁵

Beberapa asas dari hukum Italia dan hukum negara-negara kontinental lainnya akhirnya merembet ke Inggris kemudian masuk ke Amerika Serikat. Di Inggris hukum kepailitan yang digunakan adalah *The Statue of Bankruptcy 1570*. Undang-Undang ini bertujuan untuk menindak dan menghukum debitur-debitur yang curang dan diberlakukan untuk debitur yang pekerjaan sebagai pedagang. Undang-

⁴ *Ibid.*, hlm. 8.

⁵ *Ibid.*, hlm. 8.

Undang tersebut juga memuat ketentuan, bahwa seorang debitur yang melakukan "*an act of bankruptcy shall be reputed, deemed and taken for a bankrupt*".

Terdapat berbagai perbuatan yang tergolong "*act of bankruptcy*", termasuk : "*the debtor's departure from the realm, the debtor's taking refuge in debtor's house, taking sanctuary*" dan berbagai perbuatan lainnya, apabila maksud dari debitur adalah untuk menghindari proses dengan tujuan mencurangi (*defrauding*) atau menghalangi (*hindering*) kreditur.⁶

Bagi negara-negara dengan tradisi hukum *common law* yang berasal dari Inggris Raya, tahun 1952 merupakan momentum historis. Sebab, pada tahun tersebut hukum kepailitan dari tradisi hukum Romawi diadopsi oleh Inggris. Peristiwa itu ditandai dengan diundangkannya "*Act against such Person as Do Make Bankrupt*" oleh parlemen dimasa kekuasaan Raja Henry VIII. Kini undang-undang kepailitan yang berlaku di Inggris adalah *Insolvency Act of 1986* yang diberlakukan sejak 29 Desember 1986.⁷

Di Indonesia, sejarah hukum kepailitan dimulai dari berlakunya *Faillissements-verordening* dengan nama lengkapnya *Verordening op het Faillissement en de Surseance van Betaling voor de Europeanen in Nederlands Indien* atau peraturan kepailitan dan penundaan pembayaran untuk orang-orang Eropah. Peraturan tersebut diberlakukan pada

⁶ *Ibid.*, hlm. 9.

⁷ *Ibid.*, hlm. 9.

tanggal 01 November 1906, peraturan kepailitan dan diberlaku bagi golongan Eropa juga berlaku bagi golongan Cina dan golongan Timur Asing. Bagi golongan Indonesia Asli (pribumi) dapat saja menggunakan *Faillissements-verordening* dengan cara melakukan penundukan diri. Penundukan tersebut dapat dilakukan oleh golongan tersebut terhadap:⁸

- a. Keseluruhan hukum perdata barat, atau;
- b. Sebagian hukum perdata barat, atau;
- c. Suatu perbuatan hukum tertentu.

Namun dalam praktiknya keberadaan hukum kepailitan ini kurang dikenal dan dipahami di tengah-tengah masyarakat. Hal ini dikarenakan sosialisasi dari pemerintahan sangatlah minim. Pada awalnya, *Faillissements-verordening* ini diberlakukan untuk pedagang di lingkungan masyarakat yang tunduk pada hukum perdata barat. Sehingga menyebabkan hukum kepailitan ini tidak begitu dirasakan sebagai peraturan milik masyarakat pribumi dan tidak pernah tumbuh didalam kesadaran hukum masyarakat. Selain itu karena sebagian besar masyarakat pedagang atau pengusaha pribumi Indonesia merupakan pengusaha menengah ataupun kecil sehingga masih belum banyak melakukan transaksi bisnis yang besar dan tidak pernah mengalami kebangkrutan. Pada umumnya mereka melakukan transaksi dalam lingkungan perdagangan yang terbatas. Pada bulan Juli 1997 terjadi gejolak moneter di beberapa negara di Asia termasuk di Indonesia telah

⁸ Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan*, cet. 3, (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2009), hlm. 20.

menimbulkan kesulitan yang sangat besar terhadap perekonomian nasional terutama kemampuan dunia usaha dalam mengembangkan usahanya. Sehingga muncullah undang-undang kepailitan nasional Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 yang kemudian diamademen menjadi Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (selanjutnya disebut sebagai UUK-PKPU).

Di Amerika Serikat, sejarah umum kepailitan dimulai dari perdebatan konstitusional yang menginginkan Kongres AS memiliki kekuasaan untuk membentuk suatu aturan yang seragam tentang kebangkrutan. Hal ini diperdebatkan sejak diadakannya *Constitutional Convention* di Philadelphia pada tahun 1787. Dalam *The Federalist Papers*, seorang *founding father* Amerika Serikat, James Madison, mendiskusikan apa yang disebut dengan *Bankruptcy Clause* sebagai berikut : “Kewenangan untuk menciptakan sebuah aturan yang seragam mengenai kebangkrutan sangat erat hubungannya dengan aturan mengenai perekonomian (*commerce*), dan akan mampu mencegah terjadinya begitu banyak penipuan, dimana para pihak atau harta kekayaannya dapat disembunyikan atau dipindahkan ke negara bagian yang lain secara tidak patut”.⁹

Dalam perkembangannya, Kongres AS memberlakukan undang-undang federal pertama tentang kebangkrutan pada tahun 1800, yaitu

⁹ Aco Nur, *op.cit.*, hlm. 9.

The Bankruptcy Act 1800. Isinya mirip dengan undang-undang kebangkrutan di Inggris saat itu. Sebelumnya, Amerika Serikat sudah menerapkan *The Statute of Bankrupts of 1570* sebagaimana diberlakukan di Inggris. Kendati demikian, selama abad ke-18, di beberapa negara bagian Amerika telah ada undang-undang negara bagian yang bertujuan untuk melindungi debitur dari hukuman penjara yang diakibatkan tidak membayar hutangnya kepada kreditur, yang disebut dengan *insolvency Law*.

The Bankruptcy Act memberikan kesempatan kepada seorang debitur untuk sukarela mengajukan permohonan pailit terhadap dirinya sendiri (*voluntary bankruptcy*). *The Bankruptcy Act* tersebut dijadikan sebagai landasan dasar bagi *The Bankruptcy Code*.

Bankruptcy Code adalah sebutan bagi *Bankruptcy Reform Act of 1978*. *Bankruptcy Code* Amerika Serikat mengatur kepailitan baik untuk debitur yang berbentuk persekutuan (*partnership*), perusahaan (*corporation*), maupun orang perorangan (*individual*). *Bankruptcy Code* bahkan berlaku pula bagi badan hukum kotapraja (*municipality*) yang diatur satu *chapter* khusus, yaitu *Chapter 9*. *Bankruptcy Code* mengecualikan debitur yang berbentuk perusahaan kereta api (*railroad*), perusahaan asuransi (*insurance company*), dan lembaga perbankan (*banking institution*). Pada saat ini mengajukan permohonan *bankruptcy* di Amerika Serikat, merupakan cara memperoleh pertolongan paling penting oleh seorang debitur. Sebagian besar dari

kepailitan pada saat ini adalah berkat sukarela dari para debitur untuk menyatakan dirinya pailit sebagai suatu upaya untuk mencari jalan keluar dari tuntutan-tuntutan pada krediturnya.¹⁰

2. Definsi Kepailitan

Secara etimologi kepailitan berasal dari kata pailit. Istilah pailit berasal dari bahasa Prancis *faillite* yang berarti pemogokan atau kemacetan pembayaran. Dalam bahasa Inggris dikenal pula dengan kata *to fail* yang memiliki arti sama, dan dalam bahasa latin disebut *failure*.

Dalam hukum Anglo Saxon, undang-undangnya dikenal dengan istilah *Bankruptcy Act*. Sehubungan dengan pengucapan kata dalam bahasa Belanda adalah *faiyit*, yang mempunyai arti ganda yaitu sebagai kata benda dan kata sifat. Istilah *faiyit* ini kemudian diterjemahkan oleh masyarakat sebagai *paiyit* dan *faillissement* sebagai kepailitan.¹¹

Kemudian istilah kepailitan dalam pengertian hukum istilah *faillit* mengandung unsur-unsur tersendiri yang dibatasi secara tajam, namun definisi mengenai pengertian tersebut tidak tercatat dalam undang-undang. Sehingga pailit dapat diartikan sebagai pihak debitur dalam keadaan berhenti membayar hutang karena tidak mampu membayar.

Dalam *Black's Law Dictionary*, pailit atau bangkrut adalah *the state or condition of person (individual, partnership, corporation, municipality) who is unable to pay its debt as they are, or become due.*

The term includes a person against whom an voluntary petition has

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 9.

¹¹ Sunarmi, *Hukum Kepailitan*, ed. 2, cet. 1, (Jakarta: PT. Sofmedia, 2010), hlm. 23.

*been filed, or who has been adjudged a bankrupt.*¹² Berdasarkan pengertian yang diberikan dalam *Black's Law Dictionary* tersebut, dapat dilihat bahwa pengertian pailit dihubungkan dengan ketidakmampuan untuk membayar dari seseorang debitur atas utang-utangnya yang telah jatuh tempo, ketidakmampuan tersebut harus disertai dengan suatu tindakan nyata untuk mengajukan, baik yang dilakukan secara sukarela oleh debitur sendiri maupun permintaan pihak ketiga.

Menurut Kamus Hukum Edisi Lengkap, pailit berarti suatu keadaan dimana seseorang berhenti atau tidak mampu membayar utangnya dengan putusan hakim atau Pengadilan Negeri.¹³

Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Kepailitan memberikan suatu definisi tentang kepailitan yaitu:

“Kepailitan adalah sita umum atas semua kekayaan Debitur Pailit yang pengurusan dan pembersihannya dilakukan oleh Kurator di bawah Hakim Pengawas sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.”¹⁴

Para sarjana mengemukakan pengertian tentang pailit atau bangkrut, seperti:

¹² The Law Dictionary, <http://thelawdictionary.org/mark/>, diunduh 04 April 2015

¹³ Yan Pramadya, *Kamus Hukum Edisi Lengkap Belanda-Indonesia-Inggris*, (Semarang: CV Aneka Ilmu, 2008), hlm. 34.

¹⁴ Indonesia. *Undang-Undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, UU No. 37 tahun 2004, LN. No. 131 Tahun 2004, TLN No. 4443, Ps. 1 ayat (1).

- a. R. Subekti berpendapat bahwa kepailitan adalah suatu usaha bersama untuk mendapatkan pembayaran bagi semua orang yang berpiutang secara adil.¹⁵
- b. Munir Fuady beranggapan bahwa pailit atau bangkrut adalah suatu sitaan umum atas seluruh harta debitur agar dicapainya perdamaian antara debitur dan para kreditur atau agar harta tersebut dapat dibagi-bagi secara adil diantara para kreditur.¹⁶
- c. H.M.N Puwosujipto berpendapat bahwa kepailitan adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan peristiwa pailit. Pailit adalah keadaan berhenti membayar (utang-utangnya).¹⁷
- d. Menurut Memorie Van Toelichting, kepailitan adalah suatu pensitaan berdasarkan hukum atas seluruh harta kekayaan si berutang guna kepentingannya bersama para yang mengutangkan.¹⁸
- e. Fred B.G. Tumbuan berpendapat bahwa kepailitan adalah sita umum yang mencakup seluruh kekayaan debitur untuk kepentingan semua krediturnya.¹⁹
- f. Kartono berpendapat bahwa kepailitan adalah suatu sitaan dan eksekusi atas seluruh kekayaan si debitur (orang yang berutang)

¹⁵ R.Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Dagang*, (Jakarta: Intermasa, 1995), hlm. 2.

¹⁶ Munir Fuady, *Hukum Pailit*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002), hlm. 8.

¹⁷ H.M.N. Purwosujipto, *Pengertian Dan Pokok-Pokok Hukum Dagang Indonesia*, (Jakarta: Djambatan, 2004), hlm. 28.

¹⁸ R. Surayatin, *Hukum Dagang I Dan II*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1983), hlm. 264.

¹⁹ Fred BG. Tumbuan, "Pokok-Pokok Undang-Undang tentang Kepailitan Sebagaimana diubah oleh Perpu No. 1 Tahun 1998," (makalah disampaikan dalam lokarnya UU Kepailitan, Jakarta, 3-14 Agustus 1998), hlm. 125.

untuk kepentingan semua kreditur-krediturnya (orang berpiutang) bersama-sama, yang pada waktu si debitur dinyatakan pailit mempunyai piutang dan untuk jumlah piutang yang masing-masing kreditur miliki pada saat itu.²⁰

g. R. Soekardono menyebutkan kepailitan adalah penyitaan umum atas harta kekayaan si pailit bagi kepentingan semua penagihnya, sehingga Balai Harta Peninggalanlah yang ditugaskan dengan pemeliharaan dan pemberesan boedel dari orang yang pailit.²¹

h. Menurut Retnowulan yang dimaksud dengan kepailitan adalah eksekusi massal yang ditetapkan dengan keputusan hakim, yang berlaku serta merta, dengan melakukan penyitaan umum atas semua harta orang yang dinyatakan pailit, maupun yang diperoleh selama kepailitan berlangsung, untuk kepentingan semua kreditur yang dilakukan dengan pengawasan pihak yang berwajib.²²

i. Siti Soemarti Hartono mengatakan bahwa kepailitan adalah suatu lembaga hukum dalam hukum perdata Eropa sebagai realisasi dari dua asas pokok dalam hukum perdata Eropa yang tercantun dalam pasal 1131 dan 1132 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.²³

²⁰ Kartono, *Kepailitan dan Pengunduran Pembayaran*, cet 3, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1985), hlm. 7.

²¹ Askin Zainal, "Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang" <http://mkn-unsri.blogspot.com/2009/10/kepailitan.html>, diunduh 04 April 2015.

²² Retnowulan Sutantio, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi dan Perbankan*, (Bandung: Mandar Maju, 1996), hlm. 85.

²³ Victor M. Situmorang dan Hendri Soekarso, *Pengantar Hukum Kepailitan di Indonesia*, (Jakarta: Rineka Cipta, 1994), hlm. 33.

j. Mohammad Chaidir Ali, berpendapat bahwa kepailitan adalah pembeslahan massal dan pembayaran yang merata serta pembagian yang seadil-adilnya diantara para kreditur dengan dibawah pengawasan pemerintah.²⁴ Dalam pengertian menurut Mohammad Chaidir Ali maka unsur-unsur kepailitan, yaitu:²⁵

- 1) Pembeslahan massal, mempunyai pengertian bahwa dengan adanya vonis kepailitan, maka semua harta pailit kecuali yang tercantum dalam Pasal 20 *Faillissement Verordening*, dibeslag untuk menjamin semua hak-hak kreditur si pailit.
- 2) Pembayaran yang merata serta pembagian yang seadil-adilnya menurut posisi piutang dari para kreditur yaitu:
 - a) Golongan kreditur separatis;
 - b) Golongan kreditur preferen;
 - c) Golongan kreditur konkuren.
- 3) Dengan dibawah pengawasan pemerintah, artinya bahwa Pemerintah ikut campur dalam pengertian mengawasi dan mengatur penyelenggaraan penyelesaian boedel si pailit, dengan mengerahkan alat-alat pelengkapannya, yaitu:
 - a) Hakim Pengadilan Niaga;
 - b) Hakim Komisaris;
 - c) Kurator.

²⁴ Mohammad Chaidir Ali, *Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, (Bandung: Mandar Maju, 1995), hlm. 10.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 11.

Pasal 1 *Faillissement-verordening* menyatakan bahwa:

“Setiap pihak yang berutang (debitur) yang berada dalam keadaan berhenti membayar utang-utangnya, dengan putusan hakim, baik atas permintaan sendiri maupun atas permintaan seorang atau lebih pihak berutangnya (krediturnya), dinyatakan dalam keadaan pailit.”²⁶

Dari rumusan diatas maka dapat kita tarik sebuah kesimpulan bahwa seseorang dinyatakan pailit harus memenuhi persyaratan sebagai berikut:

- a. Terdapat keadaan berhenti membayar.
- b. Harus ada lebih dari seorang kreditur.
- c. Utangnya dapat ditagih dan telah jatuh tempo.

Istilah berhenti membayar tidak mutlak diartikan sebagai debitur sama sekali berhenti membayar, apabila ketika diajukan permohonan pailit ke Pengadilan, debitur berada dalam keadaan tidak dapat membayar utangnya.

Istilah keadaan berhenti membayar tidak dijumpai perumusannya baik dalam Undang-Undang, yurisprudensi, maupun pendapat para sarjana. Hanya pedoman umum yang disetujui, yaitu untuk pernyataan kepailitan tidak perlu ditunjukkan bahwa debitur tidak mampu untuk membayar utangnya, dan tidak diperdulikan, apakah berhenti membayar itu sebagai akibat dari tidak dapat atau tidak mau membayar.²⁷

²⁶ Rahayu Hartini, *Hukum Kepailitan*, cet 3, (Malang: UMM Press, 2012), hlm. 4.

²⁷ Siti Soemarti Hartono, *Pengantar Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, (Yogyakarta: Liberty, 1981), hlm. 8.

Maka secara sederhana, kepailitan dapat diartikan sebagai suatu penyitaan semua aset debitur yang dimasukkan ke dalam permohonan pailit. Debitur tidak serta merta kehilangan kemampuannya untuk melakukan tindakan hukum, akan tetapi kehilangan untuk menguasai dan mengurus kekayaannya yang dimasukkan didalam kepailitan terhitung sejak pernyataan kepailitan itu.

3. Asas-Asas dalam Hukum Kepailitan

Lembaga Kepailitan merupakan lembaga hukum yang mempunyai fungsi penting, sebagai realisasi dari dua pasal penting dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut sebagai KUH Perdata) yaitu pada Pasal 1131 dan 1132 tentang tanggung jawab debitur terhadap utang-utangnya.

Menurut Pasal 1131 KUH Perdata menyatakan bahwa:

"segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan."²⁸

Menurut Pasal 1132 KUH Perdata menyatakan bahwa:

"Kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah didahulukan."²⁹

Kedua pasal tersebut memberikan jaminan kepastian kepada semua kreditur bahwa kewajiban debitur akan tetap dipenuhi dengan jaminan

²⁸ *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [Burgerlijk Wetboek]*, diterjemahkan oleh Subekti dan R. Tjitrosudibio, (Jakarta : Pradnya Paramita, 2004), Ps. 1131.

²⁹ *Ibid.*, Ps. 1132.

kekayaan debitur baik yang sudah ada maupun yang akan ada dikemudian hari Pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata adalah perwujudan asas jaminan kepastian pembayaran atas transaksi-transaksi yang telah diadakan.

Adapun hubungan kedua pasal tersebut dimana Pasal 1131 KUH Perdata merupakan jaminan bersama bagi semua kreditur atas kekayaan dari debitur dan Pasal 1132 KUH Perdata mengatur mengenai asas proposional kecuali bagi kreditur dengan hak mendahului kreditur. Jadi pada dasarnya, asas yang terkandung di dalam Pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata ini adalah bahwa undang-undang mengatur tentang hak menagih bagi kreditur atau kreditur-kreditur lainnya terhadap transaksinya debitur.

Bertolak dari asas tersebut diatas sebagai *lex generalis*, maka ketentuan kepailitan mengaturnya dalam urutan yang lebih rinci dan operasional.

Menurut Sri Redjeki Hartono, lembaga kepailitan pada dasarnya memiliki 2 (dua) fungsi, yaitu:³⁰

- a. Kepailitan sebagai lembaga pemberi jaminan kepada krediturnya bahwa debitur tidak akan berbuat curang dan tetap bertanggung jawab atas semua utang-utangnya kepada semua krediturnya.
- b. Memberikan perlindungan kepada debitur terhadap kemungkinan eksekusi massal oleh kreditur-krediturnya.

³⁰ Rahayu Hartini, *Op.Cit.*, hlm. 13

Jadi keberadaan ketentuan tentang kepailitan baik sebagai lembaga atau sebagai upaya hukum khusus merupakan satu rangkaian konsep yang taat asas sesuai dengan ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 1132 KUH Perdata. Sistem pengaturan inilah yang mempunyai nilai utama dalam rangka memberikan kepastian hukum.

Untuk delik yang dikategorikan sebagai delik yang mengandung asas kepailitan dimuat dalam Pasal 8 ayat (4) UUK-PKPU, yang berbunyi:

"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) telah dipenuhi."³¹

Dari pengertian pasal diatas dapat kita melihat bahwa kepailitan mengandung asas kesederhanaan, dimana dalam mengajukan permohonan pernyataan pailit harus mengandung fakta yang bersifat sederhana.

Dalam peraturan perundangan yang lama yakni *Faillissement Verordening* (FV) maupun UU No. 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan tidak diatur secara khusus, namun pada UU No. 37 Tahun 2004 yaitu Undang-Undang tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang dalam penjelasannya menyebutkan bahwa

³¹ Indonesia. *Undang-Undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, UU No. 37 tahun 2004, LN. No. 131 Tahun 2004, TLN No. 4443, Ps. 8 ayat (4).

keberadaan Undang-Undang ini mendasarkan pada sejumlah asas-asas kepailitan yakni:³²

a. Asas keseimbangan

Undang-Undang ini mengatur beberapa ketentuan yang merupakan perwujudan dari asas keseimbangan, yaitu di satu pihak, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh debitur yang tidak jujur, di lain pihak, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh kreditur yang beriktikad tidak baik.

b. Asas kelangsungan usaha

Undang-Undang ini memberikan kesempatan kepada debitur yang prospektif untuk tetap menjalankan usahanya.

c. Asas keadilan

Dalam kepailitan asas keadilan mengandung bahwa ketentuan mengenai kepailitan dapat memenuhi rasa keadilan bagi para pihak yang berkepentingan. Asas keadilan ini bertujuan untuk mencegah terjadinya kesewenangan-wenangan pihak penagih yang mengusahakan pembayaran atas tagihan masing-masing terhadap debitur, dengan tidak memedulikan kreditur lainnya.

³² Rahayu Hartini, *Op.Cit.*, hlm. 13.

d. Asas integrasi

Asas integrasi dalam Undang-Undang ini mengandung pengertian bahwa sistem hukum formil dan materiil merupakan satu kesatuan yang utuh dari sistem hukum perdata dan hukum acara perdata nasional.

Menarik asas keseimbangan dan keadilan secara tidak langsung mengatur pencegahan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) dan menyelesaikan perbuatan melawan hukum dengan seadil-adilnya bagi para pihak yang berkepentingan.

4. Prinsip-Prinsip dalam Hukum Kepailitan

Prinsip hukum merupakan landasan dasar pembentukan suatu peraturan perundang-undangan dan juga sebagai dasar bagi hakim dalam memutuskan suatu putusan ketika tidak dapat merujuk pada norma hukum positif. Disamping itu prinsip hukum juga dijadikan parameter dalam mengukur norma apakah sudah pada jalur yang benar (*on the right track*). Penggunaan prinsip hukum sebagai dasar bagi hakim untuk memutuskan perkara dalam kepailitan memperoleh legalitasnya dalam Undang-Undang Kepailitan. Undang-Undang kepailitan secara *expressis verbis* menyatakan bahwa sumber hukum tidak tertulis termasuk pula prinsip-prinsip hukum dalam kepailitan dapat dijadikan sebagai dasar hakim untuk memutus suatu perkara. Dalam pasal 8 ayat (5) UU No. 37 Tahun 2004 menyatakan bahwa putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) wajib memuat

pula: a. Pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan dan/atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili; dan b. pertimbangan dan pendapat yang berbeda dari hakim anggota atau ketua majelis.

Berikut ini merupakan prinsip-prinsip dalam Hukum Kepailitan:

a. Prinsip *Paritas Creditorium*

Prinsip *paritas creditorium* (kesertaan kedudukan para kreditur) menentukan bahwa para kreditur mempunyai hak yang sama terhadap semua harta benda debitur. Apabila debitur tidak dapat membayar utangnya, maka harta kekayaan debitur menjadi sasaran kreditur.

Prinsip *paritas creditorium* mengandung makna bahwa semua kekayaan debitur baik yang berupa barang bergerak ataupun barang tidak bergerak, barang yang telah ada ataupun barang yang akan ada dikemudian hari akan dimiliki debitur terikat pada penyelesaian kewajiban debitur.³³

Filosofi dari prinsip *paritas creditorium* adalah bahwa merupakan suatu ketidakadilan jika debitur memiliki harta benda sementara utang debitur terhadap krediturnya belum terbayarkan.

Hukum memberikan jaminan umum bahwa harta kekayaan debitur demi hukum menjadi jaminan terhadap utang-utangnya meskipun

³³ Shuban, Hadi, *Hukum Kepailitan, Prinsip, Norma dan Praktik di Peradilan*, (Jakarta: Kencana Media Group, 2009), hlm. 28.

harta debitur itu tidak berkaitan langsung dengan utang-utangnya tersebut.

b. Prinsip *Pari Passu Prorata Parte*

Prinsip *pari passu prorata parte* berarti bahwa harta kekayaan tersebut merupakan jaminan bersama untuk para kreditur dan hasilnya harus dibagikan secara proposional antara mereka, kecuali jika antara para kreditur itu ada yang menurut undang-undang harus didahulukan dalam menerima pembayaran tagihannya.³⁴ Prinsip ini

menekankan pada pembagian harta debitur untuk melunasi utang-utangnya. Jika prinsip *paritas creditorium* bertujuan untuk memberikan keadilan kepada semua kreditur tanpa membedakan kondisi terhadap harta kekayaan debitur kendatipun harta kekayaan debitur tersebut tidak berkaitan langsung dengan transaksi yang dilakukannya, maka prinsip *pari passu prorata parte* memberikan keadilan bagi kreditur dengan konsep keadilan proposional, dimana kreditur yang memiliki piutang yang lebih besar, maka akan mendapatkan porsi pembayaran piutangnya dari debitur lebih besar daripada kreditur yang memiliki piutang lebih kecil.

Prinsip ini menekankan pada pembagian harta debitur untuk melunasi utang-utangnya terhadap kreditur secara lebih berkeadilan dengan cara sesuai dengan proporsinya (*pond-pond gewijs*) dan bukan dengan cara bagi sama rata.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 38.

c. Prinsip *Structured Creditors*

Penggunaan prinsip *paritas creditorium* yang dilengkapi dengan prinsip *pari passu prorata parte* dalam konteks kepailitan juga memiliki kelemahan yaitu antara para kreditur memiliki kedudukan yang berbeda bukan karena proporsi masing-masing yang berbeda tetapi karena ada sebagian krediturnya yang memegang jaminan kebendaan dan/atau kreditur yang mempunyai hak prefensi yang telah diberikan oleh undang-undang.

Apabila kreditur yang memegang jaminan kebendaan disamakan dengan kreditur yang tidak memegang jaminan kebendaan adalah sebuah ketidakadilan. Karena dengan adanya jaminan tersebut sesuai dengan undang-undang mendapatkan perlindungan hukum dari lembaga jaminan. Dan oleh sebab itu undang-undang memberikan keistimewaan yang berupa hak preferensi dalam pelunasan piutangnya jika kedudukannya disamakan dengan kreditur yang tidak diberikan hak preferensi oleh undang-undang.

d. Prinsip Utang

Dalam proses acara kepailitan konsep utang tersebut sangat menentukan, karena tanpa adanya prinsip tersebut maka tidak mungkin sebuah perkara kepailitan dapat diperiksa. Tanpa adanya utang tersebut maka esensi kepailitan menjadi tidak ada karena kepailitan adalah merupakan pranata hukum untuk melakukan

likuidasi aset debitur untuk membayar utang-utangnya terhadap kreditur. Dengan demikian, utang merupakan *raison d'etre* dari suatu kepailitan. Utang sebagai dasar utama untuk mempailitkan subjek hukum sangat penting sekali untuk dikaji lebih lanjut prinsip yang mendasari norma utang tersebut.³⁵

Konsep utang dalam hukum kepailitan juga berdasarkan pada asas konkordansi dalam peraturan kepailitan, bahwa utang adalah suatu bentuk kewajiban untuk mematuhi prestasi dalam suatu perikatan.

Fred B.G. Tumbuan menyatakan bahwa dalam hal seseorang karena perbuatannya atau tidak melakukan sesuatu mengakibatkan bahwa ia mempunyai kewajiban membayar ganti rugi, memberikan sesuatu atau tidak memberikan sesuatu, maka pada saat itu juga ia mempunyai utang, mempunyai kewajiban melakukan prestasi. Jadi, utang sama dengan prestasi.³⁶

e. Prinsip *Debt Collection*

Prinsip *debt collection* merupakan konsep pembalasan dari kreditur terhadap debitur pailit dengan menagih klaimnya terhadap debitur atau harta kekayaan debitur. Pada zaman Romawi prinsip *debt collection* dimaksudkan dalam bentuk perbudakkan, pemotongan sebagian tubuh (*multilation*), dan juga percincangan

³⁵ *Ibid.*, hlm. 31.

³⁶ Fred BG Tumbuan, *Mencermati Makna Debitor, Kreditor dan Utang Berkaitan dengan Kepailitan*, (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005), hlm. 7.

tubuh debitur (*dismemberment*). Dan sesuai dengan perkembangan zaman *debt collection* diartikan sebagai bentuk likuidasi aset.

Prinsip *debt collection* merupakan prinsip yang menekankan bahwa utang debitur harus dibayar dengan harta yang dimiliki oleh debitur sehingga dapat menghindari iktikad tidak baik dari debitur dengan cara menyembunyikan dan menyelewengkan terhadap segenap harta bendanya yang dijadikan sebagai jaminan umum bagi kreditur lainnya. Dan salah satu cara untuk melakukan pengembalian utang-utangnya debitur dengan cara melikuidasi aset-aset debitur. Maksud dari prinsip *debt collection* adalah ketentuan-ketentuan untuk melakukan pemberesan harta debitur dengan jalan melikuidasi aset debitur tersebut.³⁷

f. Prinsip *Debt Pooling*

Prinsip *debt pooling* merupakan prinsip yang mengatur bagaimana harta kekayaan pailit si debitur dibagi diantara para krediturnya. Dalam melakukan pembagian aset tersebut, kurator akan berpegang pada prinsip *paritas creditorium* dan prinsip *pari passu prorata parte* serta pembagian berdasarkan jenis masing-masing kreditur (*structured creditors principle*).³⁸ Dalam perkembangannya Prinsip *debt pooling* ini lebih luas konsepnya dari sekedar melakukan distribusi aset pailit terhadap para krediturnya secara *pari passu prorata parte* maupun secara

³⁷ Shuban, Hadi, *op.cit.*, hlm. 38.

³⁸ *Ibid.*, hlm. 41.

structured creditor (pembagian berdasarkan klasifikasi debitur).

Prinsip ini mencakup pula pengaturan dalam sistem kepailitan terutama yang berkaitan dengan bagaimana kekayaan pailit si debitur dibagikan diantara para krediturnya.³⁹

Prinsip *debt pooling* juga merupakan artikulasi dari kekhususan sifat-sifat yang melekat pada proses kepailitan, baik itu berkenaan dengan karakteristik kepailitan sebagai penagih yang tidak lazim (*oneigelijke incassoprocedures*), pengadilan yang khusus menangani kepailitan dengan kompetensi absolut yang berkaitan dengan kepailitan dan masalah yang timbul dalam kepailitan, terdapatnya hakim komisaris dan kurator, serta hukum acara yang spesifik kendatipun merupakan varian dari hukum acara perdata biasa.⁴⁰

g. Prinsip *Debt Forgiveness*

Prinsip *debt forgiveness* mengandung arti bahwa kepailitan adalah tidak identik hanya sebagai pranata penistaan terhadap debitur saja atau hanya sebagai sarana tekanan (*pressie middle*), akan tetapi bisa bermakna sebaliknya, yakni merupakan pranata hukum yang dapat digunakan sebagai alat untuk memperingankan bebas yang harus ditanggung oleh debitur karena sebagai akibat kesulitan keuangan sehingga tidak mampu melakukan pembayaran terhadap utang-utangnya sesuai dengan perjanjian semula dan

³⁹ *Ibid.*, hlm. 42.

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 43.

bahkan sampai pada pengampunan atas utang-utangnya sehingga utangnya tersebut akan terhapus sama sekali. Implementasi dari prinsip *debt forgiveness* ini dalam norma hukum kepailitan adalah diberikan moratorium terhadap debitur atau yang dikenal dengan nama penundaan kewajiban pembayaran utang untuk jangka waktu yang ditentukan, dikecualikannya beberapa aset debitur dalam budel pailit diberikan status *fresh starting* sehingga memungkinkan debitur bisa melakukan usaha baru tanpa dibebani utang-utang lama.⁴¹

h. Prinsip Universal dan Prinsip Teritorial

Prinsip universal dalam kepailitan mengandung bahwa putusan pailit dari suatu pengadilan di suatu negara dapat berlaku terhadap semua harta debitur yang berada didalam negeri tempat putusan pailit dijatuhkan maupun terhadap harta debitur yang berada di luar negeri. Prinsip ini menekankan aspek internasional dari kepailitan atau yang dikenal dengan *cross border insolvency*.⁴²

Prinsip teritorial dalam kepailitan berarti putusan pailit pengadilan suatu negara tidak berlaku pada negara lain. Putusan pailit suatu pengadilan dari suatu negara tidak dapat diakui dan juga tidak dapat dieksekusi oleh pengadilan negara lain.⁴³

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 43.

⁴² *Ibid.*, hlm. 47.

⁴³ *Ibid.*, hlm. 47.

5. Subjek Hukum Kepailitan

Subjek hukum dalam ilmu hukum berarti sesuatu yang menurut hukum mempunyai hak dan kewajiban untuk melakukan perbuatan hukum atau barang siapa yang mempunyai hak dan cakap untuk bertindak dalam hukum. Subjek hukum dalam ranah perdata dapat digolongkan menjadi dua kategori, yaitu:

a. Manusia (*natuurlijk persoon*)

Manusia pribadi atau *natuurlijk persoon* sebagai subjek hukum mempunyai hak dan mampu menjalankan hak yang dijamin oleh hukum yang berlaku.⁴⁴

b. Badan Hukum (*rechtspersoon*)

Badan hukum atau *rechtspersoon* sebagai subjek hukum yang dapat bertindak hukum seperti manusia.⁴⁵

Baik berupa manusia ataupun badan hukum, keduanya sebagai subjek hukum melakukan hubungan hukum baik antara sesama manusia, sesama badan hukum, ataupun antara manusia dan badan hukum.

Adapun yang membedakan dari kedua jenis subjek hukum tersebut adalah saat lahirnya subjek hukum tersebut. Manusia pribadi memiliki status sebagai subjek hukum sejak orang

⁴⁴ C.S.T Kansil, *Pokok-Pokok Pengetahuan Hukum Dagang Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2002), hlm. 6.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 11.

tersebut berada di kandungan. Hal ini sebagaimana diatur dalam pasal 2 KUH Perdata, yang berbunyi:

“Het kind, van het eene vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aangemerkt zoo dikwijls deszelfs belang zulks vordest. Dood ter wewld komende, wordt det geacht nooit te hebben bestaan”

Kalimat diatas Penulis terjemahkan secara bebas yakni anak yang ada dalam kandungan seseorang perempuan dianggap sebagai telah dilahirkan, bilamana juga kepentingan si anak menghendaki. Mati sewaktu dilahirkannya, dianggap ia tidak pernah ada.

Sedangkan lahirnya status badan hukum sebagai subjek hukum diperoleh ketika badan hukum tersebut telah dicatatkan dan disahkan sebagai badan hukum oleh pejabat yang berwenang sehingga badan hukum tersebut barulah memiliki hak serta kewajiban dalam pengurusan kekayaan perusahaan yang terpisah dari kekayaan pengurus dan anggotanya.

Begitu subjek hukum dalam ranah kepailitan, subjek hukum kepailitan memiliki hak dan kewajiban yang telah diatur dalam undang-undang. Subjek hukum dalam perkara kepailitan dapat bertindak sebagai:

1) Pemohon Pailit

2) Termohon Pailit

a. Pemohon Pailit

Pemohon pailit merupakan pihak yang berinisiatif untuk mengajukan permohonan pailit kepada pengadilan berdasarkan undang-undang kepailitan. Adapun yang dapat bertindak sebagai

pemohon pailit dalam mengajukan permohonan pailit diantara lain: debitur itu sendiri; satu atau lebih kreditur; instansi negara terkait.

1) Permohonan pailit yang diajukan oleh debitur itu sendiri.

Istilah debitur dalam UUK-PKPU merupakan orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya ditagih di muka pengadilan.

Para pemohon pailit bertindak sebagai subjek hukum dalam melakukan perbuatan hukum yaitu mengajukan permohonan pailit ke pengadilan setempat. Dimana subjek hukum pemohon pailit dapat berupa orang perorangan (pribadi) ataupun sebagai badan hukum.

Sebagaimana yang telah disampaikan sebelumnya bahwa seorang debitur sendiri dapat mengajukan permohonan pailit bagi dirinya sendiri (*voluntary petition*) bilamana terdapat alasan dimana dirinya atau kegiatan usahanya sudah tidak mampu untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban internal ataupun eksternal secara ekonomi.⁴⁶

2) Permohonan pailit yang diajukan oleh satu atau lebih seorang kreditur.

⁴⁶ Aria Suryadi, Eriyanto Nugroho, dan Hermi Sri Nurbayanti, *Kepailitan di Negeri Pailit*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia, 2004), hlm. 78.

Pasal 2 ayat (1) UUK-PKPU menyatakan bahwa disamping debitur sendiri, kreditur dapat mengajukan permohonan pernyataan pailit terhadap seorang debitur hanya apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- a) debitur mempunyai dua atau lebih kreditur (lebih dari satu kreditur), dan;
- b) debitur sedikitnya tidak dapat membayar satu utang yang telah jatuh tempo waktu dan telah dapat ditagih.

Syarat-syarat tersebut tertentu saja sama dengan syarat-syarat yang harus dipenuhi debitur yang bermaksud mengajukan permohonan pernyataan pailit terhadap dirinya, karena landasan bagi keduanya adalah Pasal 2 ayat (1) UUK-PKPU.

Bahwa dalam UUK-PKPU mengambil sikap bahwa hanya hakim boleh mengabulkan permohonan pernyataan pailit apabila permohonan itu disetujui oleh para kreditur mayoritas. Tanpa adanya ketentuan yang demikian, maka putusan pailit itu hanya dapat merugikan para kreditur lain, yang jelas-jelas tidak mengalami kesulitan mengenai kewajiban debitur atas utangnya kepada para kreditur mayoritas.

Berkenaan dengan itu, apabila hanya terhadap satu atau dua orang kreditur saja debitur tidak melunasi utangnya

sedangkan kepada sebagian besar para kreditur lainnya debitur tetap memenuhi kewajiban pembayaran utang-utangnya, maka hakim pengadilan niaga harus menolak permohonan pernyataan pailit tersebut dan menyatakan agar kreditur yang bersangkutan mengajukan gugatan melalui pengadilan perdata biasa.

Dalam hukum kepailitan dikenal 3 (tiga) macam kreditur, di antara lain :⁴⁷

a) Kreditur Konkuren

Kreditur konkuren diatur dalam Pasal 1132 KUH Perdata. Kreditur konkuren adalah para kreditur dengan hak pari passu dan pro rata, artinya para kreditur secara bersama-sama memperoleh pelunasan (tanpa ada yang didahulukan) yang dihitung berdasarkan pada besarnya piutang masing-masing dibandingkan piutang mereka secara keseluruhan, terhadap seluruh harta kekayaan debitur tersebut. Dengan demikian, para kreditur konkuren mempunyai kedudukan yang sama atas pelunasan utang dari harta debitur tanpa ada yang didahulukan.

⁴⁷ Jono, *Hukum Kepailitan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 5.

b) Kreditur Preferen

Kreditur preferen (yang diistimewakan), yaitu kreditur yang oleh undang-undang, semata-mata karena sifat piutangnya, mendapatkan pelunasan terlebih dahulu.

Kreditur preferen merupakan kreditur yang mempunyai hak istimewa, yaitu suatu hak yang oleh undang-undang diberikan kepada seorang berpiutang sehingga tingkatnya lebih tinggi daripada orang berpiutang lainnya, semata-mata berdasarkan sifat piutangnya (Pasal 1134 KUH Perdata).

Untuk mengetahui piutang-piutang mana yang diistimewakan dapat dilihat dalam Pasal 1139 dan Pasal 1149 KUH Perdata. Menurut Pasal 1139, piutang-piutang yang diistimewakan terhadap benda-benda tertentu, antara lain:

- (a) biaya perkara yang semata-mata disebabkan oleh suatu penghukuman untuk melelangkan suatu benda bergerak maupun tidak bergerak. Biaya ini dibayar dari pendapatan penjualan benda tersebut terlebih dahulu dari semua piutang lainnya yang diistimewakan, bahkan lebih dahulu pula daripada gadai dan hipotik;

- (b) uang sewa dari benda-benda tidak bergerak, biaya-biaya perbaikan yang menjadi kewajiban si penyewa, beserta segala apa yang mengenai kewajiban memenuhi persetujuan sewa;
- (c) harta pembelian barang-barang bergerak yang belum dibayar;
- (d) biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkan suatu barang;
- (e) biaya untuk melakukan pekerjaan pada suatu barang, yang masih harus dibayarkan kepada seseorang tukang;
- (f) biaya yang telah diserahkan oleh seorang pengusaha rumah penginapan sebagai demikian kepada seorang tamu;
- (g) upah-upah pengangkutan dan biaya-biaya tambahan;
- (h) apa yang harus dibayar kepada tukang batu, tukang kayu dan lain-lain tukang untuk pembangunan, penambahan dan perbaikan benda-benda tidak bergerak, asal saja piutangnya tidak lebih tua dari tiga tahun dan hak milik atas persil yang bersangkutan masih tetap pada si berutang;
- (i) penggantian serta pembayaran yang harus dipikul oleh pegawai yang memangku suatu jabatan umum,

karena kelalaian, kesalahan, pelanggaran, dan kejahatan yang dilakukan dalam jabatannya.

Adapun Pasal 1149 KUH Perdata menentukan bahwa piutang-piutang yang diistimewakan atas semua benda bergerak dan tidak bergerak, pada umumnya adalah yang disebutkan dibawah ini, piutang-piutang mana dilunasi dari pendapatan penjualan benda-benda ini menurut urutan sebagai berikut:

- (a) biaya-biaya perkara, yang semata-mata disebabkan oleh pelelangan dan penyelesaian suatu warisan; biaya-biaya ini didahulukan daripada gadai dan hipotik.
- (b) biaya-biaya penguburan, dengan tidak mengurangi kekuasaan hakim untuk menguranginya, jika biaya itu terlampau tinggi;
- (c) semua biaya perawatan dan pengobatan dari sakit yang penghabisan;
- (d) upah para buruh selama tahun yang lalu dan upah yang sudah dibayar dalam tahun yang sedang berjalan, beserta jumlah uang kenaikan upah menurut Pasal 1602q.
- (e) piutang karena penyerahan bahan-bahan makanan yang dilakukan kepada si berutang beserta

keluarganya, selama waktu enam bulan yang terakhir;

(f) piutang-piutang para pengusaha sekolah berasrama, untuk tahun yang penghabisan;

(g) piutang anak-anak yang belum dewasa dan orang-orang yang terampu terhadap sekalian wali dan pengampu mereka.

c) Kreditur Separatis

Kreditur separatis, yaitu kreditur pemegang hak jaminan kebendaan inrem, yang dalam KUH Perdata disebut dengan nama gadai dan hipotek. Pada saat ini, sistem hukum jaminan Indonesia mengenal 4 (empat) macam jaminan, antara lain:

(a) Hipotek

Hipotek diatur dalam Pasal 1162 s.d Pasal 1232 Bab XXI KUH Perdata, yang pada saat ini hanya diberlakukan untuk kapal laut yang berukuran minimal 20 m³ dan sudah terdaftar di Syahbandar serta pesawat terbang.

(b) Gadai

Gadai diatur dalam Pasal 1150 s.d 1160 Bab XX KUH Perdata yang diberlakukan terhadap benda-benda bergerak. Dalam sistem jaminan gadai,

seorang pemberi gadai (debitur) wajib melepaskan penguasaan atas benda yang akan dijaminkan tersebut kepada penerima gadai (kreditur).

(c) Hak Tanggungan

Hak tanggungan diatur dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, yang merupakan jaminan atas hak-hak atas tanah tertentu berikut kebendaan yang melekat di atas tanah.

(d) Fidusia

Hak fidusia diatur dalam Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, yang objek jaminannya berupa benda-benda yang tidak dapat dijaminkan dengan gadai, hipotek dan hak tanggungan.

3) Instansi negara terkait

Diluar sebagai debitur ataupun kreditur pemohon pailit juga dapat berasal dari instansi pemerintah tertentu yang memiliki kewenangan berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk melakukan perbuatan hukum berupa pengajuan permohonan pailit terhadap debitur pailit ke pengadilan. Di Indonesia beberapa instansi yang

berhak untuk mengajukan permohonan pailit ke pengadilan, antara lain:

(a) BPPN yang secara hukum dibenarkan untuk bertindak sebagai kreditur dengan menggunakan instrumen *cessie* yang telah disepakati dalam suatu akta jual beli sehingga BPPN dapat bertindak sebagai kreditur atas nama sendiri. Sedangkan cara kedua adalah dengan bertindak atas nama bank dalam penyehatan berdasarkan Pasal 40 (a) PP No. 17 Tahun 1999;

(b) Kejaksaan Republik Indonesia dapat mengajukan permohonan pailit dengan alasan untuk kepentingan umum. Yang dimaksud dengan kepentingan umum adalah kepentingan bangsa dan Negara dan/atau kepentingan masyarakat luas, misalnya:

- (1) Debitur melarikan diri;
- (2) Debitur menggelapkan bagian harta kekayaan;
- (3) Debitur mempunyai utang kepada Badan Usaha Milik Negara atau badan usaha lain yang menghimpun dana dari masyarakat;
- (4) Debitur yang mempunyai utang yang berasal dari perhimpunan dana dari masyarakat luas;

(5) Debitur tidak beriktikad baik atau tidak kooperatif dalam menyelesaikan masalah utang piutang yang telah jatuh waktu; atau

(6) dalam hal lainnya menurut kejaksaan merupakan kepentingan umum.

(c) Bank Indonesia, permohonan pernyataan pailit bagi bank sepenuhnya merupakan kewenangan Bank Indonesia dan semata-mata didasarkan atas penilaian kondisi keuangan dan kondisi perbankan secara keseluruhan, oleh karena itu tidak perlu dipertanggungjawabkan. Kewenangan Bank Indonesia untuk mengajukan permohonan kepailitan ini tidak menghapuskan kewenangan Bank Indonesia terkait dengan ketentuan mengenai pencabutan izin usaha bank, pembubaran badan hukum, dan likuidasi bank sesuai peraturan perundang-undangan.

(d) BAPEPAM, dalam hal Debitur merupakan Perusahaan Efek, Bursa Efek, Lembaga Kliring dan Penjaminan, Lembaga Penyimpanan dan Penyelesaian, permohonan pernyataan pailit dapat diajukan oleh Badan Pengawasan Pasar Modal.

(e) Menteri Keuangan dapat mengajukan permohonan pailit bilamana Debitur pailitnya merupakan Perusahaan Asuransi, Perusahaan Reasuransi, Dana Pensiun, atau Badan Usaha Milik Negara yang bergerak dibidang kepentingan publik.

b. Termohon Pailit

Selain pemohon pailit salah satu unsur penting yang bertindak sebagai subjek kepailitan lintas batas adalah termohon pailit, sebab tanpa adanya termohon pailit tertentu saja tidak akan adanya perkara kepailitan yang dimohonkan oleh pemohon pailit. Sebagai subjek hukum kepailitan lintas batas negara, termohon pailit dapat berupa perorangan / subjek hukum pribadi maupun berupa badan hukum. Di beberapa negara pengaturan tentang kepailitan terhadap perorangan dengan badan hukum dibedakan. Namun di Indonesia sendiri UUK-PKPU tidaklah membedakan aturan kepailitan debitur yang merupakan perorangan maupun badan hukum. Apabila termohon pailit merupakan badan hukum perseroan, maka perlu memperhatikan ketentuan-ketentuan mengenai kepailitan yang diatur dalam UUPT.

Pada isi kepailitan lintas batas negara, termohon pailit merupakan debitur yang memiliki hutang dan telah memenuhi syarat-syarat yang ditentukan dalam undang-undang kepailitan

untuk dapat dinyatakan pailit oleh Pengadilan Niaga. Disamping itu debitur dalam kepailitan lintas batas negara dapat berupa subjek hukum lokal maupun subjek hukum asing.

Dalam hal debitur sebagai termohon kepailitan lintas batas negara adalah debitur lokal, maka kreditur sebagai pemohon pailit berupa kreditur asing. Disamping itu dapat pula baik debitur maupun kreditur dalam perkara kepailitan lintas batas adalah subjek hukum pada negara yang sama, namun aset / harta pailit debitur berada di luar negeri tempat putusan pailit dijatuhkan. Sehingga dalam hal ini terdapat unsur asing pada perkara kepailitan yang bersifat lintas batas negara.

B. Tinjauan Umum tentang *Cross Border Insolvency*

1. Definisi *Cross Border Insolvency*

Masalah kepailitan juga terkait dengan hukum perdata internasional. Peran dan kehadiran hukum internasional dalam masalah kepailitan juga relevan manakala masalah kepailitan terkait dengan unsur asing bersifat lintas batas negara.

Istilah yang digunakan dalam bidang hukum kepailitan adalah *Cross Border Insolvency*, atau dengan sebutan *Transnational Insolvency* oleh negara Anglo Saxon merupakan sebuah teori mengenai

penyelesaian perkara kepailitan antara pihak Debitur dan Kreditur yang tunduk pada hukum nasional yang berbeda.⁴⁸

Istilah kepailitan lintas batas atau *cross border insolvency* sendiri dalam bidang kepailitan semakin populer sejak dibuatnya *Model Law* oleh lembaga UNCITRAL PBB pada tahun 1997. Namun definisi *cross border insolvency* tersebut tidak dinyatakan secara eksplisit dalam *Model Law* UNCITRAL.

Sebagaimana yang diketahui bahwa keadaan insolven (*insolvency*) merupakan keadaan berhenti membayar yang merupakan keadaan objektif yaitu karena keadaan keuangan debitur telah mengalami ketidakmampuan (telah dalam keadaan tidak mampu) membayar utang-utangnya, tetapi juga dalam keadaan objektif dimana debitur benar-benar tidak mampu dalam membayar utangnya.

Menurut *US Bankruptcy code* dalam *chapter 1 section 101 verse (32)* memberikan pengertian insolven sebagai suatu keadaan keuangan dimana jumlah utang debitur lebih besar dibandingkan aset debitur.

Adapun tujuan dari pengaturan kepailitan adalah untuk membagi kekayaan debitur yang dilaksanakan oleh kurator untuk semua kreditur dengan memperhatikan hak-hak mereka masing-masing. Sehingga para kreditur harus bertindak bersama-sama sesuai dengan asas sebagaimana yang diterapkan dalam Pasal 1132 BW.

⁴⁸ Huala Adolf, "Perlindungan Hukum Terhadap Investor Dalam Masalah Hukum Kepailitan Tinjauan Hukum Internasional Dan Penerapannya", Jurnal Hukum Bisnis Volume 28, 2009, hlm. 24.

Berdasarkan Kamus Hukum Ekonomi ELIPS menyatakan bahwa *insolvency* atau kepailitan merupakan ketidakmampuan seseorang atau badan usaha untuk membayar utangnya yang telah jatuh tempo, atau keadaan yang menunjukkan jumlah pasiva melebihi jumlah aktiva.⁴⁹

Dalam *Black's Law Dictionary* menyebutkan:

*"The condition of a person who is insolvent; inability to pay one's debts; lack of means to pay one's debts."*⁵⁰

Kalimat diatas Penulis terjemahkan secara bebas yakni kondisi orang yang bangkrut; ketidakmampuan membayar utang seseorang; kurangnya sarana untuk membayar utang seseorang).

Menurut Roman Tomasic dalam bukunya yang berjudul "*Insolvency Law in East Asia*", menjabarkan pengertian kepailitan lintas batas sebagai berikut:

*" The condition of a person who is insolvent; inability to pay one's debts; lack of means to pay one's debts may occur, for instance, where an insolvent debtor has assets in more than one state, or where creditors are not from the state where the insolvency proceedings are taking place, yet the cross border insolvency can apply individuals or corporations."*⁵¹

Kalimat diatas Penulis terjemahkan secara bebas yakni kondisi orang yang dalam keadaan tidak mampu bayar; ketidakmampuan untuk membayar utang dari seseorang ataupun lebih, kurangnya sarana untuk membayar utang seseorang, misalnya dimana seorang debitur pailit yang memiliki aset di satu negara atau lebih, atau keadaan dimana seorang kreditur yang tidak berasal dari negara yang mana proses kepailitan sedang berlangsung, namun kepailitan lintas batas dapat diterapkan oleh perorangan atau perusahaan.

Menurut Philips R. Wood dalam bukunya yang berjudul *Principles of International Insolvency*:

⁴⁹ Rachmadi Usman, *Kamus Hukum Ekonomi ELIPS*, (Jakarta: ELIPS, 1997), hlm. 86.

⁵⁰ The Law Dictionary, <http://thelawdictionary.org/mark/>, diunduh 04 April 2015

⁵¹ Tomasic, *Indolvency Law in East Asia*, hlm. 536.

"Cross Border Insolvency - proceedings overrode the previous strict territoriality of state insolvency proceedings which did not extend to assets located in foreign countries or vice versa."⁵²

Kalimat diatas Penulis terjemahkan secara bebas yakni kepailitan lintas batas merupakan proses mengesampingkan terdahulu batas negara daripada proses kepailitan yang mana tidak mencakup aset yang berada di luar negeri.

Dalam Model Law UNCITRAL, kepailitan lintas batas atau *cross border insolvency* secara implisit :

"...included cases where some of the creditors of the debitur are not from the state where the insolvency proceedings is taking place"

Kalimat diatas Penulis terjemahkan secara bebas yakni berdasarkan beberapa kasus dimana kreditur bukan berasal dari negara dimana proses kepailitan sedang berlangsung.

Kepailitan yang timbul dari suatu transaksi bisnis internasional, yang mana terdapat unsur asing (*foreign elements*) didalamnya, namun bukan berasal dari negara dimana proses kepailitan tersebut dilakukan kepailitan lintas batas negara (*cross border insolvency*).

Sehingga dari berbagai definisi kepailitan lintas batas yang telah dijabarkan tersebut dapat kita ketahui bahwa dalam hal kepailitan lintas batas, terdapat suatu keadaan atau kasus kepailitan yang melintas batas teritorial suatu negara, sehingga melibatkan unsur-unsur asing didalamnya.

Adapun permasalahan yang kerap terjadi dengan isu kepailitan lintas batas negara antara lain:

- a. Mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan pailit di negara lain;

⁵² Philip R Wood, *Principles of International Insolvency*, (London: Thomson Sweet & Maxwell, 2007), hlm. 179.

- b. Mengenai luas cakupan harta pailit yang dapat dieksekusi terkait dengan letak harta pailit yang berada di luar yurisdiksi suatu negara tempat sebuah putusan pailit ditetapkan. Misalnya apabila harta pailit berada di luar Indonesia ataupun apabila putusan pailit ditetapkan oleh suatu negara lain namun harta pailitnya berada di wilayah negara Indonesia.

2. Prinsip-Prinsip dalam *Cross Border Insolvency*

Dalam menganalisis apakah sebuah keputusan pailit yang dikeluarkan oleh pengadilan asing dapat berlaku dan mempunyai akibat-akibat hukum pada wilayah negara sendiri terdapat 2 (dua) prinsip, yaitu :

a. Prinsip teritorialitas

Prinsip yang membatasi berlakunya putusan pailit pada suatu daerah negara. Menurut prinsip tersebut kepailitan hanya mengenai bagian-bagian harta benda yang terletak di dalam wilayah negara tempat putusan tersebut ditetapkan.⁵³

Menurut J Omar berpendapat bahwa:

*"...Territoriality derives from the doctrine of state sovereignty - the nation that the authority of one system including its insolvency laws and proceedings, should be confined to the territory of the state..."*⁵⁴

Kalimat diatas Penulis terjemahkan secara bebas yakni asas teritorial berasal dari doktrin dari sebuah negara yang memiliki kedaulatan negaranya - Negara memiliki kewenangan dalam

⁵³ Mutiara Hikmah, "Analisis Kasus-Kasus Kepailitan dari Segi Hukum Perdata Internasional", (Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 2002), hlm. 87.

⁵⁴ Paul J. Omar, *Insolvency Law Themes and Prospectives*, (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2008), hlm. 45.

salah satu sistem termasuk dalam hukum kepailitan beserta dengan proses penyelesaiannya, harus dibatasi pada wilayah negaranya tersebut.

Prinsip teritorial tersebut digunakan untuk mencegah penerapan prinsip universal yang bersifat sepihak.

b. Prinsip universalitas

Prinsip tersebut menjelaskan bahwa suatu putusan pailit berlaku diseluruh dunia. Menurut prinsip tersebut sebuah keputusan kepailitan yang telah diputuskan oleh suatu negara mempunyai akibat hukum dimanapun saja, dimanapun orang yang dinyatakan pailit dan juga harta kekayaannya.

"Universality is achieved when a single estate consisting of all the debtor's assets, wherever located, is administered by a single trustee appointed by the authorities in the adjudicating country. One bankruptcy court marshals all of the debtor's assets in its jurisdiction and settles all creditor claims against the assets. Such unitary disposition gives international effect to a local bankruptcy adjudication."⁵⁵

Kalimat diatas Penulis terjemahkan secara bebas yakni universalitas akan tercapai apabila aset debitur, dimanapun ia berada, akan dikelola oleh seorang wali tunggal yang ditunjuk oleh pihak berwenang disuatu negara yang mengadili. Suatu putusan kepailitan yang dikeluarkan oleh sebuah pengadilan terhadap aset debiturnya sesuai dengan yuridiksinya dan penyelesaian klaim yang diajukan oleh kreditur terhadap aset. Sehingga hal ini memberikan kesatuan seperti memberikan efek internasional untuk ajudikasi kepailitan lokal.

Pada beberapa negara berlaku juga sistem yang menganggap putusan hakim negara sendiri dalam beberapa hal berlaku secara terbatas pada daerah tertentu. Beberapa negara yang menganut

⁵⁵ Mark Gross, "Cross Border Insolvency", <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol12/iss1/4> , diunduh 04 April 2015.

prinsip universalitas antara lain Jerman dan Swiss. Sedangkan untuk negara Inggris prinsip universalitas dianut dalam hal-hal yang tertentu saja.

3. Yurisdiksi Putusan Pailit

Yurisdiksi dapat diartikan secara luas sebagai masalah apa sebuah forum akan mengadili dan memutuskan suatu persoalan hukum yang diajukan kepadanya. Sehingga yurisdiksi pada kasus-kasus kepailitan yang bersifat transnasional mencakup hal sebagai berikut:

- a. Wewenang suatu pengadilan mengadili perkara kepailitan yang melintasi batas negara;
- b. Pengakuan dan pelaksanaan eksekusi atas putusan pailit yang diputuskan oleh pengadilan negara asing.

Jadi sebelum kita menyelesaikan sebuah sengketa yang termasuk dalam suatu hubungan Hukum Perdata Internasional (HPI) harus ditentukan terlebih dahulu mengenai sistem hukum negara mana yang seharusnya berlaku hubungan HPI tersebut. Dimana penentuan sistem hukum yang berlaku untuk suatu perjanjian dilakukan dengan melihat faktor-faktor dan keadaan-keadaan yang menentukan berlakunya suatu sistem hukum tertentu.⁵⁶

Hal yang mengenai pelaksanaan putusan pailit dalam sengketa kepailitan lintas batas (*cross border insolvency*) tidak terlepas dari klausula pilihan hukum dan pilihan forum, dimana sesuai dengan asas

⁵⁶ Soedargo Gautama, Hukum Perdata Internasional Buku Kelima, cet 2, (Bandung: Alumni, 1998), hlm. 28.

kebebasan berkontrak, masing-masing pihak dapat menentukan sendiri dalam perjanjian utang piutangnya mengenai pilihan hukum (*choice of law*), pilihan forum (*choice of jurisdiction*), dan pilihan domisili (*choice of domicili*). Jika para pihak tidak menentukan sendiri pilihan hukum, pilihan forum dan pilihan domisilinya maka sektor hukum dalam hal ini menyediakan kaidah hukum untuk mengatur hal-hal ini atas kasus tersebut hukum manakah yang berlaku, pengadilan mana yang berwenang ataupun domisili mana yang dipakai.⁵⁷

Berikut ini klausula yang sering digunakan dalam penyelesaian sengketa dalam suatu hubungan Hukum Perdata Internasional (HPI) adalah:

a. Choice of Law

Klausul pilihan hukum adalah ketentuan kontraktual dimana para pihak menunjuk hukum suatu negara akan digunakan untuk menyelesaikan suatu sengketa yang timbul dalam perjanjian.⁵⁸ Pada prinsipnya para pihak telah diberikan kebebasan untuk menentukan sendiri hukum mana yang berlaku dalam perjanjian sesuai dengan prinsip kebebasan berkontrak. Menurut ketentuan pasal 1338 KUH Perdata bahwa perjanjian yang dibuat secara sah, yaitu telah memenuhi syarat-syarat pasal 1320 KUH

⁵⁷ Munir Fuady, "Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Arbitrase", Jurnal Hukum Bisnis, (Oktober-November, 2002), hlm. 234.

⁵⁸ Zulhansyah Caesar, "Analisis Ketentuan Pilihan Hukum Dan Pilihan Forum Dalam Hukum Kepailitan Lintas Batas (*Cross Border Bankruptcy*): Tinjauan Hukum Atas UU No. 37 Tahun 2004", (Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta), hlm. 37.

Perdata berlaku sebagai undang-undang bagi yang membuatnya, tidak dapat ditarik kembali tanpa persetujuan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang cukup menurut Undang-Undang dan harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Adapun syarat-syarat sahnya suatu perjanjian menurut Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu:

- 1) Sepakat mereka yang mengikatkan diri;
- 2) Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
- 3) Suatu hal tertentu;
- 4) Suatu sebab yang halal.

Menurut Prof. Dr Soedargo Gautama dalam bukunya Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, ada empat macam pilihan hukum dalam Hukum Perdata Internasional, yaitu:⁵⁹

- 1) Pilihan hukum secara tegas, dimana didalam klausula kontran tersebut terdapat pilihan hukum yang dinyatakan secara tegas.

Contohnya: "*This contract shall be governed by the laws of Republic of Indonesia*". Dari klasula ini, terlihat jelas bahwa

pilihan hukum yang digunakan para pihak adalah hukum negara Indonesia.

- 2) Pilihan hukum secara diam-diam. Pada jenis ini para pihak memilih hukum yang berlaku secara diam-diam. Maksud dari para pihak mengenai pilihan hukum seperti ini disimpulkan dari sikap mereka, isi dan bentuk perjanjian tersebut.

⁵⁹ Soedargo Gautama, *Op.Cit.*, hlm. 34.

3) Pilihan hukum yang dianggap atau disebut juga "*presumptio iuris*". Hakim menerima telah terjadi suatu pilihan hukum berdasarkan dugaan-dugaan hukum belaka. Diatur hukum antar tata hukum (HATAH) intern Indonesia dikenal lembaga penundukan hukum secara dianggap.

4) Pilihan hukum secara hipotetis. Disini sebenarnya tidak ada kemauan dari para pihak untuk memilih pilihan hukum. Hakimlah yang melakukan pilihan hukum.

Namun jika tidak ada pilihan hukum yang ditentukan dalam perjanjian, ada beberapa pilihan hukum dalam Hukum Perdata Internasional yang bisa digunakan, yaitu:

1) Teori *Lex Loci Contractus*

Hukum yang berlaku adalah hukum dimana kontrak tersebut ditandatangani.⁶⁰

2) Teori *Lex Loci Solutionis*

Hukum yang berlaku adalah hukum dimana tempat kontrak tersebut dilaksanakan. Teori ini digunakan untuk menentukan akibat-akibat hukum dari suatu perjanjian.⁶¹

⁶⁰ Zulkhansyah Caesar, *Op.Cit.*, hlm. 44

⁶¹ Soedargo Gautama, *Op.Cit.*, hlm. 42

3) Teori *Proper Law Of The Contract*

Sistem hukum yang berlaku untuk suatu kontrak yang ditentukan mencari titik-titik taut yang paling berat dan paling banyak.⁶²

4) *The Most Characteristic Connection*

Hukum yang berlaku adalah hukum dari pihak yang dianggap melakukan prestasi yang paling karakteristik.⁶³

5) Teori *Lex Fori*

Hukum yang berlaku adalah hukum dimana hakim memutuskan perkara. Sehingga teori tersebut menyatakan bahwa untuk menetapkan kualifikasi haruslah dilakukan berdasarkan pengadilan yang mengadili perkara tersebut.⁶⁴

6) Teori *Lex Rae* atau *Lex Situs*

Hukum yang berlaku atas kontrak adalah hukum dimana objek kontrak berada. Asas ini berlaku pada benda-benda bergerak juga untuk tanah dan benda tidak bergerak.⁶⁵

b. *Choice of Jurisdiction*

Dalam penyelesaian perkara transnasional secara litigasi, pemilihan pengadilan untuk mengadili perkara tersebut adalah salah satu permasalahan utama. Pilihan yurisdiksi (forum) disuatu

⁶² *Ibid.*, hlm.42.

⁶³ *Ibid.*, hlm. 42.

⁶⁴ Munir Fuady, "*Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Arbitrase*", Jurnal Hukum Bisnis, (Oktober-November, 2002), hlm. 90.

⁶⁵ Soedargo Gautama, *Op.Cit.*, hlm. 39.

negara tidak berarti bahwa hukum dari yurisdiksi (forum) yang dipilih tersebut yang akan dipergunakan menyelesaikan sengketa, demikian juga sebaliknya. Pilihan hukum yang jatuh pada hukum suatu negara tidak selamanya berarti bahwa pengadilan negara tersebut yang berwenang memeriksa atau mengadili perkara yang bersangkutan.⁶⁶

Penentuan yurisdiksi (forum) ini diperoleh dengan memperhatikan titik-titik taut yang ada dan berdasarkan asas-asas

hukum acara perdata internasional. Secara umum dapat dirangkum menjadi beberapa asas, diantara lain:⁶⁷

- 1) Asas *actor sequitur forum rei*, dimana gugatan diajukan forum tempat berdomisilinya pihak tergugat. Apabila tergugat dalam hal ini adalah badan hukum atau legal person maka domisili yang dimaksud adalah *centre administration/business, place of incorporation*, dan *centre of exploitation*.
- 2) *Choice of forum clause* atau pengadilan yang dipilih oleh para pihak yang telah dituliskan didalam kontraknya.
- 3) Asas *forus solutions contractus* yaitu tempat pelaksanaan kontrak.

⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 34.

⁶⁷ Avelyn P.K. "Penyelesaian Sengketa Perdata Internasional Terkait Hak Kekayaan Intelektual (Analisis Kasus Apple Inc. dan Samsung Electronics Ltd.Co.)", (Disertasi Sarjana Universitas Hasanuddin, Makassar, 2013), hlm. 10.

4) Asas *locus delicti* untuk perbuatan melawan hukum (*Tort onrechmatige daad*).

5) Asas *forum rei sitae* terkait atas perkara-perkara mengenai kebendaan.

6) Asas penundukan sukarela adalah ketika seseorang tergugat tampil dalam sebuah forum untuk menjawab gugatan atas dirinya dalam hal ini bukan untuk mempertanyakan kompetensi pengadilan.

c. *Choice of Domicile*

Jika para pihak tidak menentukan sendiri pilihan hukum, pilihan forum dan pilihan domisili, sektor hukum dalam hal ini akan menyediakan kaidah hukum untuk mengatur, yakni dalam kasus demikian, hukum manakah yang digunakan, pengadilan manakah yang berwenang atau domisili mana yang digunakan.

Tempat kedudukan badan hukum, dalam ranah Hukum Perdata Internasional merupakan persoalan dimana badan hukum ditempatkan dalam pembahasan mengenai status personal.⁶⁸

Status personal badan hukum ini menentukan bagaimana hak-hak serta kewenangan badan hukum berlaku sebagaimana yang dimiliki oleh perseorangan. Kaidah-kaidah hukum tersebut digunakan untuk menentukan ada tidaknya kemampuan suatu badan hukum untuk bertindak dalam hukum, dan hukum yang

⁶⁸ Munir Fuady, "*Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Arbitrase*", Jurnal Hukum Bisnis, (Oktober-November, 2002), hlm. 88.

mengatur organisasi intern dan hubungan dengan pihak ketiga, dan berhentinya sebagai badan hukum.⁶⁹

Dalam menentukan tempat kedudukan suatu badan hukum tersebut dikenal beberapa teori sebagai berikut:

1) Teori inkorporasi

Menurut teori ini suatu badan hukum tunduk pada hukum dimana ia didirikan atau dibentuk, yakni ada negara yang hukumnya telah diikuti sewaktu mengadakan pendirian atau pembentukan badan hukum tersebut.

2) Teori tentang tempat kedudukan secara statuir

Menurut teori ini hukum dari tempat dimana menurut statuir badan hukum bersangkutan mempunyai kedudukan.

3) Teori tentang tempat kedudukan manajemen yang efektif.

Menurut teori ini suatu badan hukum tunduk pada hukum dimana ia memiliki tempat kedudukan manajemen yang efektif, dengan demikian status personalnya tergantung dari tempat dimana badan hukum tersebut memiliki kantor pusat secara efektif.

4. Peraturan Kepailitan Lintas Batas dalam Instrumen Hukum

Internasional

Mengingat belum banyak negara yang menganut kemungkinannya putusan pailit pengadilan asing untuk dilakukan

⁶⁹ Sudargo Gautama, *Indonesia dan Konvensi-Konvensi Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Alumni, 1993), hlm. 207.

di wilayah kedaulatan negaranya sendiri maka sebagai alternatif untuk mengatasi hal ini adalah diupayakan pembentukan perjanjian antar negara. Jenis-jenis perjanjian internasional yang mengatur mengenai pelaksanaan putusan pengadilan dalam bidang kepailitan, diantara lain:

a. *Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters*

Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgements

in Civil and Commercial Matters (selanjutnya disebut sebagai Konvensi Pelaksanaan Putusan Pengadilan). Dengan menandatangani Konvensi Pelaksanaan Putusan Pengadilan akan memungkinkan pengadilan negara yang menandatangani konvensi untuk melaksanakan putusan pengadilan dari negara lain.

Hanya saja dalam Pasal Konvensi Pelaksanaan Putusan Pengadilan, disebut secara tegas bahwa konvensi ini tidak berlaku pada masalah kepailitan. Ketentuan Pasal 1 ini berarti bahwa apabila ada negara yang telah menandatangani Konvensi Pelaksanaan Putusan Pengadilan, ia tidak mempunyai kewajiban untuk melaksanakan putusan pailit pengadilan asing.

b. *UNCITRAL Model Law On Cross Border Insolvency With Guide to Enactment*

Bermula dari tidak dapatnya suatu putusan pengadilan yang dapat mengeksekusi di negara lain karena berbenturan dengan prinsip yurisdiksi dan teritorialitas yang diterapkan disebagian besar negara di dunia, menyebabkan terhambatnya perkembangan transaksi bisnis internasional. Pada tahun 1997, Perserikatan Bangsa-Bangsa (selanjutnya disebut sebagai PBB) memberikan solusi yang memungkinkan setiap negara untuk mengakui dan melaksanakan putusan pailit oleh pengadilan asing melalui Komisi Hukum Perdagangan (*United Nations Commision on International Trade Law* atau UNCITRAL).

UNCITRAL merupakan sebuah lembaga yang berada di bawah Majelis Umum PBB yang bertugas menyiapkan contoh Undang-Undang (*Model Law*) dipergunakan oleh negara-negara dalam memutakhirkan berbagai ketentuan hukum bisnis dan dagang. Sehingga pada tahun 1997, PBB dalam memberikan solusi untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul dalam pengekseskuan putusan pailit pengadilan negara asing, yaitu dengan dikeluarkan *Model Law* atau Undang-Undang yang bernama *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvecy with Guide of Enactment*. Tujuan dari pembentukan *Model Law* ini agar negara-negara melengkapi

hukum kepailitannya secara modern, dinamis dan adil dalam menyelesaikan kasus-kasus kepailitan lintas batas. *Model Law* tersebut terdiri dari 2 (dua) bagian dimana setiap bagian terdiri atas beberapa *chapter*. Beberapa pengaturan mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan kepailitan pengadilan oleh negara lain antara lain dapat dilihat dalam pasal-pasal berikut:⁷⁰

- 1) Sebagaimana yang dinyatakan dalam pasal 4 *Model Law* tersebut, bahwa tidak dibatasinya yuridiksi dari suatu pengadilan yang berwenang atas suatu kasus kepailitan lintas batas oleh pengadilan lain atas permintaan pihak asing yang bersengketa dalam kasus kepailitan lintas batas tersebut.
- 2) Bahwa dalam pasal 5 *Model Law*, dijelaskan mengenai kekuasaan untuk melakukan suatu tindakan hukum di negara asing, yaitu ruang lingkup dari kewenangan pihak asing yang diwakili oleh pemerintah dan didasarkan atas hukum asing dan pengadilan yang mengimplementasikan hukum tersebut.
- 3) Bahwa berdasarkan pasal 6 *Model Law*, dijelaskan bahwa suatu pengadilan tidak boleh menolak untuk melakukan

⁷⁰ Arindra Maharany, "Tinjauan Hukum Terhadap Penerapan Instrumen Hukum Internasional Dalam Pengaturan Kepailitan Lintas Batas Indonesia, Singapura, Malaysia, Thailand, Korea Selatan, Dan Jepang", (Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 2011), hlm 72.

tindakan hukum kecuali tindakan tersebut bertentangan dengan ketertiban umum dari negara yang bersangkutan.

4) Dalam *Chapter II Model Law* diatur secara rinci mengenai akses dari perwakilan asing dan kreditur-kreditur asing untuk berperkara di pengadilan negara pembuat undang-undang.

5) Pada pasal 22 *Chapter III Model Law*, diatur juga mengenai masalah perlindungan bagi para kreditur dan pihak lain yang terkait termasuk para debitur.

6) Pada pasal 27 *Chapter IV Model Law* dimungkinkan bagi negara pembuat undang-undang untuk menambah bentuk dari kerjasama antara pengadilan asing dan perwakilan asing selain yang sudah ditentukan oleh *Model Law*.

7) Pada *Chapter V Model Law*, diatur mengenai keberadaan aturan-aturan kepailitan lintas batas negara yang mencakup harta/boedel pailit dari debitur dan eksekusinya.

Sarana yang disediakan *Model Law* tersebut diatas jelas memberikan kemudahan suatu negara terutama dalam memperoleh pengakuan dan pelaksanaan putusan pernyataan pailit di negara lain yang telah meratifikasi *Model Law* tersebut pada undang-undang kepailitan negara bersangkutan. Sehingga hal ini dapat memberikan manfaat bagi para pelaku usaha yang melakukan transaksi perdagangan lintas batas negara di dunia.

c. *Mutual Recognition and Mutual Enforcement of Republic of Singapore and Malaysia*

Salah satu cara yang dapat memfasilitas isu kepailitan lintas batas yang menjadi permasalahan di berbagai negara di dunia, adalah menjalin kerjasama dalam bidang kepailitan lintas batas negara atau dikenal sebagai *Cross Border Insolvency Agreement*.

Insolvency Agreements adalah perjanjian yang dibuat untuk tujuan memfasilitas kerjasama dan koordinasi yang bersifat lintas batas dalam hal kepailitan lintas batas, hal ini mengingat bahwa masih terdapat perbedaan pengaturan hukum kepailitan di setiap negara. Dalam perjanjian *Insolvency Agreement* diperlukan pengaturan yang berfungsi untuk mendukung dan memfasilitas berjalannya kerjasama dan koordinasi mengenai hal-hal yang bersifat lintas negara. Berbagai kondisi harus diatur dan dipertimbangkan dalam *Insolvency Agreement* adalah sebagai berikut:⁷¹

- 1) Adanya pengaturan mengenai elemen-elemen internasional, misalnya lengkapnya mengenai lokasi aset yang berada di wilayah dengan yurisdiksi yang berbeda;
- 2) Kompleksitas susunan, status, jumlah, serta hubungan para debitur apabila terdapat satu atau lebih debitur;

⁷¹ *Ibid.*, hlm. 74.

- 3) Perbedaan tipe pengaturan hukum kepailitan pada negara yang terlibat, misalnya seperti pengaturan kuasa hukum yang digunakan dalam masalah kepailitan juga mengenai prosedur pengurusan harta pailit debitur;
- 4) Masalah pembiayaan pembuatan perjanjian;
- 5) Adanya pengaturan mengenai waktu negosiasi;
- 6) Persamaan substansi hukum kepailitan;
- 7) Pilihan dalam penentuan *choice of law* atau *choice of forum*;
- 8) Adanya manajemen dalam pengaturan pengelolaan kas kepada para pihak.

Sesuai dengan penerapan diatas, bahwa Malaysia dan Singapura merupakan negara yang bersama-sama mengadakan perjanjian di bidang kepailitan lintas batas dengan menyesuaikan berbagai peraturan hukum kepailitan masing-masing negara sehingga dapat diterima di masing-masing negara yang mengadakannya pula. Perjanjian kerjasama yang dilakukan oleh Malaysia dan Singapura diawali dengan latar belakang hukum yang sama yaitu sama-sama merupakan hukum keturunan negara Inggris. Sehingga lebih mudah untuk kedua negara ini untuk membentuk perjanjian kerjasama karena adanya kemiripan hukum dan hubungan diplomatik yang baik antara kedua negara tersebut.⁷²

⁷² *Ibid.*, hlm. 75

Dengan adanya perjanjian bilateral antara Singapura dan Malaysia tersebut, maka dimungkinkannya adanya kerjasama serta pengakuan terhadap putusan pailit yang diputuskan oleh satu negara tersebut untuk diakui di negara lain. Pengadilan masing-masing negara memberlakukan putusan pailit negara asing untuk dieksekusikan di wilayah kedaulatan negaranya. Sehingga yurisdiksi pengadilan di negara Malaysia dapat mencakup aset debitur yang berada di Singapura, begitu juga sebaliknya.

Berdasarkan perjanjian kerjasama lintas batas yang ditandatangani oleh Singapura dan Malaysia, dalam ranah kepailitan perseorangan dimungkinkan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Adanya pengakuan dan pelaksanaan putusan kepailitan antara Singapura dan Malaysia terhadap putusan pailit yang diputuskan di negara bersangkutan;⁷³
- 2) Sebagaimana yang diatur dalam *Singapore Bankruptcy Act 1995 Article 151 and Article 152* dan *Malaysia Bankruptcy Act 1967 Article 104*, adanya kerjasama antara Singapura dan Malaysia dalam hal pengakuan timbal balik terhadap kewenangan pengurus tanpa adanya formalitas lebih lanjut;

⁷³ *Ibid.*, hlm. 77.

- 3) Adanya pengakuan kewenangan pengadilan (*High Court*) di salah satu negara yang bersangkutan yang mencakup pada wilayah pengadilan di negara yang lain dan berlaku sebaliknya;
- 4) Dapat dilaksanakan putusan pengadilan yang di putus di salah satu negara di negara lain dan berlaku sebaliknya;
- 5) Salah satu perbedaan pengaturan antara Malaysia dan Singapura adalah dimana pada Undang-Undang Kepailitan Malaysia terdapat pengaturan mengenai dalam melakukan pengakuan dan pelaksanaan terhadap putusan pengadilan asing tidaklah bertentangan dengan Hukum Perdata Internasional Malaysia;
- 6) Adanya *notification* atau pemberitahuan terhadap asset yang berada di negara bersangkutan. Dengan adanya pemberitahuan mengenai aset yang bersangkutan diasumsikan adanya pengakuan terhadap pengurus (*official assignee*) yang akan bertindak terhadap asset debitur pailit di yurisdiksi negara yang bersangkutan. Pengakuan tersebut menyebabkan dapat dilakukannya tindakan hukum terhadap asset debitur pailit di yurisdiksi salah satu negara tempat asset terletak oleh pengurus yang ditunjuk berdasarkan putusan pailit yang ditetapkan oleh

salah satu negara. Kecuali terdapat adanya penundaan atau pembatalan proses kepailitan.

7) Dalam melakukan pengakuan terhadap putusan pailit negara lain, pengadilan negara yang akan melakukan pengakuan harus memeriksa dan mempertimbangkan bukti-bukti yang diajukan permohonan negara lain.

8) Selibuhnya, pengurus (*official assignee*) dapat melakukan penuntutan atas namanya kepada pengadilan pada negara lain.

Sedangkan dengan diadakan perjanjian bilateral antara Malaysia dan Singapura terkait dengan kepailitan perusahaan (*corporate insolvency*) yang melibatkan yurisdiksi kedua Negara tersebut, dimungkinkan dilakukannya hal-hal sebagai berikut:⁷⁴

1) Bilamana perusahaan pailit dilikuidasi baik di Singapura maupun Malaysia maka berlaku ketentuan sebagai berikut:

a) Untuk sebuah perusahaan yang didirikan di Singapura, hukum kepailitan Singapura dapat melakukan pengeksekusian seluruh harta kekayaan debiitur dimanapun hartanya itu berada (*for a company incorporated in Singapore, the insolvency law of*

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 78.

Singapore claims jurisdiction only over assets beneficially owned by it wherever situate).

b) Untuk perusahaan asing yang didaftarkan di Singapura, hukum kepailitan Singapura hanya memberlakukan pengeksekusian terhadap asetnya yang berada di Singapura (*for foreign company registered in Singapore the insolvency law of Singapore claims jurisdiction only over assets within Singapore).*

c) Untuk perusahaan yang belum registrasi, hukum kepailitan Singapura pengeksekusian terhadap asetnya yang berada di Singapura (*for unregistered companies, the insolvency law of Singapore claims jurisdiction only over assets within Singapore)*

2) Berdasarkan adanya perjanjian kerjasama dalam kepailitan lintas batas dengan prinsip resiprositas antara Singapura dan Malaysia, bilamana dalam hal suatu perusahaan pailit dilikuidasi di negara tempat perusahaan itu berdomisili, maka akan memberi efek dan akibat hukum atas likuidasi perusahaan di wilayah hukum negara yang satu dapat diberlakukan di wilayah negara lain, begitu juga sebaliknya. Disamping itu dengan adanya perjanjian kerjasama ini, maka likuidator yang ditunjuk

berdasarkan hukum kepailitan salah satu negara tersebut dapat melakukan tindakan hukum yang sama di wilayah negara perjanjian bilateral ini berlaku.

3) Pengadilan di salah satu negara dapat memberikan wewenang kepada pengadilan di negara yang lain untuk melakukan pelaksanaan atas permohonan likuidasi yang diajukannya serta untuk melakukan pelaksanaan terhadap permohonan yang telah diakui oleh pengadilan negara lain tersebut. Sehingga melalui aset debitur yang berada di negara tempat permohonan pengakuan proses likuidasi diajukan, maka dapat pula dieksekusi dan dilakukan tindakan hukum terhadapnya.

4) *Official Receiver* yang ditunjuk dari suatu negara tepat permohonan likuidasi dibuat dapat melakukan peran sebagai likuidator dan memiliki wewenang untuk melakukan pengurusan terhadap aset dan bisnis perusahaan pailit, mengajukan gugatan serta tindakan hukum lain atas perusahaan pailit.

5) Masing-masing pengadilan di kedua negara memiliki wewenang untuk mendapatkan dan saling bertukar informasi terkait dengan perusahaan pailit.

Disamping itu, adanya perjanjian kerjasama antara Singapura dan Malaysia, bilamana adanya *claim* yang diajukan kreditur asing berlaku ketentuan sebagai berikut:⁷⁵

- 1) Tidak adanya diskriminasi terhadap kreditur asing dalam pengadilan Malaysia dan Singapura terkait dengan kasus kepailitan. Kreditur asing diperlakukan sama halnya dengan kreditur lokal dalam keterlibatannya dalam proses kepailitan dan likuidasi;
- 2) *Claim* yang diajukan oleh kreditur asing diperlakukan sama halnya *claim* yang diajukan oleh kreditur lokal;
- 3) Likuidator ataupun *judicial manager / administrator*, harus memperhatikan *conflict of law principles* dalam melaksanakan tindakan hukum terkait permohonan yang diajukan oleh kreditur asing.

Insolvency Agreement yang dilakukan antara Malaysia dan Singapura tersebut termasuk internasional bilateral karena hanya mengikat kedua negara tersebut sebagai subjek hukum yang melakukan perjanjian. Sehingga kesepakatan dari perjanjian tersebut mengikat kedua belah negara yang melakukan menyetujui dan meratifikasi perjanjian bilateral tersebut.

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 79.

d. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*

Dalam rangka memberikan solusi pada masalah kepailitan lintas batas, masyarakat di Eropa telah membuat suatu perjanjian internasional multilateral yang bersifat regional (*regional agreement*) pada tahun 2000 untuk mengatur masalah kepailitan, antara lain *The European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy*, yang diprakarsai oleh Dewan Eropa (*Europaen Council*) pada tahun 1990 yang berjudul *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (selanjutnya disebut sebagai Konvensi Insolvensi). Tujuan dari konvensi insolvensi adalah pembentukan satu wilayah kepailitan (*the creation of a single bankruptcy territorial*). Dengan demikian di Uni Eropa telah dimungkinkan putusan pailit pengadilan dari suatu negara anggota Uni Eropa untuk dieksekusi di negara anggota Uni Eropa lainnya.⁷⁶

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 80.