

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia merupakan negara berkembang yang memerlukan dana bagi kelangsungan pembangunan nasional. Salah satu kegiatan yang dapat dilakukan selain memanfaatkan sumber pembiayaan dalam negeri adalah dengan mengundang sumber pembiayaan lain melalui investasi. Secara umum, dapat dikatakan bahwa terdapat dua hal pokok yang mendasari kegiatan investasi, khususnya oleh pihak asing di suatu negara, yaitu faktor lingkungan atau kerangka kebijakan, dan faktor ekonomi, namun adapula aspek lain yang mempengaruhi seperti akses pasar, sumber daya, dan faktor efisiensi.¹

Kemajuan perekonomian suatu negara tidak dapat dilepaskan dari investor dalam maupun luar negeri kemajuan di sektor dunia usaha. Sektor dunia usaha yang terus bergerak maju dan didukung oleh stabilitas keamanan pada akhirnya menciptakan suatu iklim investasi yang baik bagi dunia usaha. Investasi adalah salah satu faktor penting bagi pertumbuhan ekonomi dan keberadaannya merupakan modal dasar bagi perwujudan pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan.²

Investasi atau penanaman modal memerlukan suatu iklim usaha yang sehat serta adanya regulasi yang jelas. Regulasi dalam hal ini diperlukan

¹ Sarwedi, "Investasi Asing Langsung di Indonesia dan Faktor yang Mempengaruhinya" dalam *Jurnal Akuntansi dan Keuangan*, Vol. 4, No. 1 Mei 2002, hlm. 19.

²Dalam <http://manado.tribunnews.com/2012/12/27/pentingnya-investasi-daerah-bagi-pertumbuhan-ekonomi> Angie Salaka: *Pentingnya Investasi Daerah bagi Pertumbuhan Ekonomi*.

sehingga investor yang akan menanamkan modalnya dapat merasa mendapat perlindungan hukum yang jelas. Perlindungan hukum bagi para investor pada akhirnya akan menjadi satu bahan pertimbangan sebelum akhirnya memutuskan untuk menanamkan modal di suatu negara. Dalam hal ini, keputusan investor untuk menanamkan modalnya tidak dapat dilepaskan dari kepercayaan investor tersebut atas keamanan dana investasinya, termasuk perlindungan hukum yang diperoleh bagi dana investasinya apabila perusahaan atau Debitornya mengalami kebangkrutan.

Terdapat beberapa peraturan di Indonesia yang dapat dijadikan satu bentuk kepastian hukum bagi investor investor dalam maupun luar negeri yang menanamkan modalnya di Indonesia. Peraturan tersebut antara lain Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, dan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Berbagai undang-undang tersebut merupakan salah satu bentuk kepastian hukum yang diberikan oleh pemerintah Indonesia kepada para investor. Upaya perlindungan hukum yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia dalam hal ini berkaitan dengan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (selanjutnya disebut Undang-Undang Kepailitan). Keberadaan undang-undang tersebut memungkinkan pihak Kreditor untuk memperoleh perlindungan hukum bagi haknya atas harta pailit Debitor. Perlindungan hukum tersebut

dilakukan melalui suatu proses pengadilan atas perkara kepailitan pada Pengadilan Niaga.

Kepailitan menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 diartikan sebagai “Sita umum atas semua kekayaan Debitor Pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh Kurator di bawah pengawasan Hakim Pengawas.” Hal tersebut dituangkan dalam Pasal 1 ayat (1) dari Undang-Undang Kepailitan. Berdasarkan hal tersebut, menurut Undang-Undang Kepailitan terdapat beberapa unsur dari perkara kepailitan, yaitu proses penyitaan, unsur kekayaan Debitor Pailit, unsur Kurator, dan Unsur Hakim Pengawas. Secara sederhana, kepailitan dapat diartikan sebagai suatu penyitaan semua aset debitor yang dimasukkan ke dalam permohonan pailit.³ Kepailitan dimaksudkan untuk mencegah penyitaan dan eksekusi yang dimintakan oleh Kreditor secara perorangan, serta hanya mengenai harta benda debitor bukan pribadinya.⁴ Oleh sebab itu, debitor pailit tidak serta merta kehilangan kemampuannya untuk melakukan tindakan hukum, namun kehilangan hak untuk menguasai dan mengurus harta kekayaannya yang dimasukkan di dalam kepailitan terhitung sejak pernyataan kepailitan dikeluarkan.

Selain itu pula secara universal Undang-undang Kepailitan untuk mengatur dan mencegah penyelesaian perkara kepailitan yang dapat menjurus ke arah yang pada akhirnya merugikan salah satu pihak, baik Kreditor maupun Debitor. Oleh karena dalam penyelesaian perkara di Pengadilan dapat dilakukan dengan mengkombinasikan tiga hal, yaitu kepastian hukum,

³ Rahayu Hartini, 2008, *Hukum Kepailitan*, Malang, UMM Press, hlm. 22.

⁴ *Ibid.*

kemanfaatan hukum, dan keadilan hukum.⁵ Berkaitan dengan hal tersebut juga berlaku untuk penanganan perkara kepailitan di Pengadilan Niaga yang dijamin pelaksanaannya oleh Undang-Undang Kepailitan. Dalam hal lain penegakan hukum kepailitan maka prinsip pengembalian utang secara adil dapat dilihat yang mendasari dari bentuk ketidakadilan. Yaitu; dari Prinsip kepailitan tentang respon ketidakadilan adalah prinsip *Paritas Creditorium* kendatipun merupakan respon atas ketidakadilan tersebut, jika prinsip *Paritas Creditorium* diterapkan secara *letterlijk*, maka akan menimbulkan ketidakadilan, letak ketidakadilan prinsip *Paritas Creditorium* adalah bahwa para kreditor berkedudukan sama antara kreditor dengan kreditor lainnya. prinsip *Paritas Creditorium* tidak membedakan perlakuan terhadap kondisi kreditor baik itu kreditor yang memiliki piutang besar maupun kreditor yang memiliki piutang kecil, baik kreditor yang memegang jaminan maupun kreditor yang tidak memegang jaminan.⁶

Secara keseluruhan undang-undang kepailitan memberikan perlindungan hukum dan meniadakan potensi konflik bagi seluruh pihak. Dari pihak debitor bisa saja muncul itikat buruk (*bad faith te kwase trouw*) telah melarikan (*absconded*)⁷ dana yang diperoleh dari pinjaman yang berasal dari kreditornya, maka akibat perbuatannya itu tidak saja dapat dikualifikasikan pailit, akan tetapi juga dapat dinyatakan sebagai penggelapan (*verduistering*)⁸. Sehingga kepadanya dapat ditekan hukuman berupa hilangnya kemerdekaan terhadap

⁵ Direktorat Hukum dan Hak Asasi Manusia, *Eksistensi Pengadilan Niaga dan Perkembangannya dalam Era Globalisasi*, diakses dari bappenas.go.id pada tanggal 16 Januari 2019.

⁶ M Hadi Subhan, 2008, *Hukum Kepailitan*, Jakarta, Kencana, hlm. 28-29.

⁷ Thomas H. Jacson, op. cit. hlm. 1

⁸ Vide Pasal 372 *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*

jasmaninya. Tegasnya terhadap debitor yang demikian ini disamping dikenakan sanksi menurut hukum Kepailitan. juga dapat diberikan sanksi Hukum Pidana.

Disisi lain Kreditor juga memiliki kemungkinan untuk bertindak sewenang-wenang pada debitor melalui pemaksaan dengan berbagai cara agar Debitor membayar utangnya. Oleh sebab itu, Undang-Undang Kepailitan berfungsi untuk mencegah tindakan Debitor yang dapat merugikan Kreditor dan sekaligus pula mencegah Kreditor berbuat sewenang-wenang pada Debitor yang tidak dapat membayar utangnya. Dalam hal ini, keberadaan Undang-Undang Kepailitan merupakan bentuk perlindungan hukum yang diberikan negara atas pihak-pihak tersebut sehingga perkara kepailitan dapat diselesaikan dengan baik dan pengembalian utang Kreditor dari hasil penjualan harta pailit dapat dilakukan secara adil.

Dalam berbagai kasus ditemukan bagaimana implementasi dari hukum kepailitan tidak dapat memenuhi prinsip keadilan. Misalkan saja dalam kasus *Sojitz Corporation* melawan PT Tirta Ria dan PT. Bank Yama melawan PT. Nasua Sport Indonesia. Putusannya telah menyimpang dan tidak konsisten terhadap norma serta prinsip *Paritas Creditorium* dan prinsip *Structured Prorate*. Hakim Peradilan Niaga dalam kedua kasus tersebut berpendapat bahwa kreditor separatis atau kreditor preferen tidak berhak mengajukan permohonan pailit terhadap debitornya. pendapat hakim peradilan niaga tersebut bertentangan dengan prinsip paritas *creditorium* dan prinsip *structured*

prorata sebagaimana tersebut di atas.⁹ Demikian pula pada kasus PT Telkomsel yang dijatuhkan pailit oleh Pengadilan Niaga Jakarta Pusat pada pertengahan bulan September tahun 2012. Mengingat PT. Telkomsel merupakan salah satu operator telekomunikasi terbesar yang ada di Indonesia dapat dijatuhi putusan pailit. Hal ini mengingat nilai aset PT. Telkomsel yang mencapai nilai hingga triliunan rupiah dibandingkan dengan berapa besarnya utang yang dimiliki PT. Telkomsel, sehingga dijatuhi putusan pailit. Pada kenyataannya putusan pailit PT. Telkomsel jatuh disebabkan permasalahan utang piutang yang kecil, jika dibandingkan dengan nilai aset yang dimiliki PT. Telkomsel. Dalam putusannya Pengadilan Niaga Jakarta Pusat akhirnya mengabulkan permohonan pailit yang diajukan oleh PT. Prima Jaya Informatika. Oleh pihak PT. Telkomsel putusan ini diajukan kasasi ke Mahkamah Agung.¹⁰

Kedudukan para kreditor dalam kepailitan pada dasarnya adalah sama (*paritas creditorium*) dan karenanya mereka mempunyai hak yang sama atas hasil eksekusi boedel pailit sesuai dengan besarnya tagihan mereka masing-masing (*pari passu pro rata parte*)¹¹. Namun demikian asas tersebut mengenal pengecualian yaitu golongan kreditor yang memegang hak agunan atas kebendaan dan golongan kreditor yang haknya didahulukan berdasarkan

⁹ *Ibid.*, hlm. 265.

¹⁰ Putusan Pengadilan Niaga Nomor 48/Pailit/2012/Pn.Niaga.Jkt.Pst.

¹¹ Ivida Dewi Amrih Suci dan Herowati Poesoko, 2016, *Hukum Kepailitan Kedudukan dan Hak Kreditor Separatis atas Benda Jaminan Debitor Pailit*, Yogyakarta, LaksBang Pressindo, hlm.97.

undang-undang kepailitan dan peraturan perundang-undangan lainnya. Dengan demikian asas *paritas creditorium* berlaku bagi para kreditor konkuren saja¹².

Masalah yang penting adalah bagaimana bila suatu perusahaan dinyatakan pailit dalam keadaan tidak mampu membayar hutang secara keseluruhan. Artinya, jika asset perusahaan pailit tidak mencukupi untuk membayar semua hutangnya, sementara jalan untuk restrukturisasi hutang melalui perdamaian tidak tercipta. Dalam keadaan demikian, sektor hukum mempunyai fungsi utama dalam menyelaraskan di antara kepentingan hak dan kedudukan dari masing-masing kreditor tersebut, sehingga tercapai unsur keadilan dengan memberikan setiap kreditor bagian yang sesuai dengan haknya.

Salah satu kreditor yang dijamin kepentingan, hak dan kedudukannya yaitu kreditor separatis. Kreditor separatis adalah kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang dapat bertindak sendiri, merupakan golongan kreditor yang tidak terkena akibat putusan pernyataan pailit debitor, artinya hak-hak eksekusi mereka tetap dapat dijalankan seperti tidak ada kepailitan debitor¹³. Bagi kreditor separatis pembayaran dalam kepailitan dijamin pelunasannya dengan gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotek, atau hak agunan atas kebendaan lainnya. Dalam kepailitan kedudukan kreditor separatis ini cukup unik dengan hak dan kewajiban yang berbeda dengan golongan kreditor lain.

Menurut Sudargo Gautama, kreditor separatis ini karena sifatnya pemilik suatu hak yang dilindungi secara *super preferen* dapat mengeksekusi hak

¹² *Ibid*

¹³ Andy Hartanto, 2015, *Hukum Jaminan dan Kepailitan, Hak Kreditor Separatis dalam Pembagian Hasil Penjualan Benda Jaminan Debitor Pailit*, Surabaya, LaksBang Justitia, hlm.92

mereka seolah-olah tidak terjadi kepailitan¹⁴. Mereka ini karenanya dianggap separatis (berdiri sendiri). Sejalan dengan itu menurut Munir Fuady, kedudukan kreditor separatis sangat tinggi, lebih tinggi dari kreditor yang diistimewakan lainnya¹⁵.

Kepailitan ataupun pembubaran suatu perseroan akan berpotensi berdampak buruk terhadap hak para kreditor dan tenaga kerjanya. Kepentingan kreditor dan tenaga kerja suatu perseroan yang dinyatakan pailit adalah berkaitan dengan pembayaran hutang terhadap kreditor dan upah pekerja.

Berdasarkan Pasal 1 angka (30) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan yang untuk selanjutnya di sebut (UU Ketenagakerjaan) menyatakan:

“Upah adalah hak pekerja/buruh yang diterima dan dinyatakan dalam bentuk uang sebagai imbalan dari pengusaha atau pemberi kerja kepada pekerja/buruh yang di tetapkan dan dibayarkan menurut suatu perjanjian kerja, kesepakatan atau peraturan perundang-undangan, termasuk tunjangan bagi pekerja/buruh dan keluarganya atas suatu pekerjaan dan/atau jasa yang telah atau akan dilakukan”.

Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan menyatakan, “Dengan tetap memperhatikan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56, Pasal 57, dan Pasal 58, setiap kreditor pemegang gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotek, atau hak agunan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusi haknya seolah olah tidak terjadi kepailitan”.

Pasal 95 ayat (4) Undang-Undang Ketenagakerjaan menyatakan, “Dalam hal perusahaan dinyatakan pailit atau di likuidasi berdasarkan peraturan

¹⁴ Sudargo Gautama, 1998, *Komentar atas Peraturan Baru Untuk Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 78

¹⁵ Munir Fuady, 1999, *Hukum Pailit 1998 Dalam Teori dan Praktek*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 106 (untuk selanjutnya disebut Munir Fuady 1)

perundangundangan yang berlaku, maka upah dan hak-hak lainnya dari pekerja/buruh merupakan utang yang didahulukan pembayarannya”.

Ketentuan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan tersebut mempertegas bahwa kreditor separatis mendapat posisi lebih utama dalam proses kepailitan dibandingkan dengan kreditor lainnya sehingga menurut Undang-Undang Kepailitan, posisi pemegang hak jaminan, didahulukan atau lebih tinggi daripada kreditor lainnya. Dan Pasal 95 ayat (4) UU Ketenagakerjaan juga mempertegas apabila terjadi kepailitan maka upah dan hak-hak lainnya dari pekerja/buruh merupakan hutang yang di dahulukan pembayarannya. Benturan kepentingan tersebut sangat berpengaruh dalam usaha penyelesaian kepailitan khususnya jika dalam hal terjadinya kepailitan kreditor separatis bertemu dengan upah pekerja. Permasalahan ini yang sering menuai perdebatan jika terjadi kepailitan.

Mahkamah Konstitusi melalui amar putusan Nomor 67/PUU-XI/2013 menyatakan bahwa :

1. Pasal 95 ayat (4) Undang-Undang Ketenagakerjaan (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4179) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai: ”pembayaran upah pekerja/buruh yang terhutang didahulukan atas semua jenis kreditor termasuk atas tagihan kreditor separatis, tagihan hak negara, kantor lelang, dan badan umum yang dibentuk pemerintah, sedangkan pembayaran hak-hak pekerja/buruh lainnya didahulukan atas semua

tagihan termasuk tagihan hak negara, kantor lelang, dan badan umum yang dibentuk Pemerintah, kecuali tagihan dari kreditor separatis”;

2. Pasal 95 ayat (4) Undang-Undang Ketenagakerjaan (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4179) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai: ”pembayaran upah pekerja/buruh yang terhutang didahulukan atas semua jenis kreditor termasuk atas tagihan kreditor separatis, tagihan hak negara, kantor lelang, dan badan umum yang dibentuk pemerintah, sedangkan pembayaran hak-hak pekerja/buruh lainnya didahulukan atas semua tagihan termasuk tagihan hak negara, kantor lelang, dan badan umum yang dibentuk Pemerintah, kecuali tagihan dari kreditor separatis”.

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat di ambil kesimpulan bahwa upah pekerja lebih di utamakan apabila terjadinya kepailitan terhadap tagihan kreditor separatis, tagihan hak negara, kantor lelang, dan badan umum yang dibentuk pemerintah. Hal ini dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dalam ketentuan Undang-Undang Kepailitan dan Undang-Undang Jaminan yang ada, dan mungkin suatu saat nanti pemodal (khususnya bank) selaku kreditor separatis akan enggan untuk memberikan pinjaman kepada nasabahnya untuk mendapatkan modal usaha guna mendapatkan penghasilan dan taraf kehidupan yang baik karena berkurangnya jaminan atas pengembalian dana yang dimiliki akibat mempunyai kedudukan yang sangat lemah.

Hal ini menarik peneliti untuk mengangkat tema penelitian mengenai kedudukan kreditor separatis dalam kepailitan yang dituangkan dalam bentuk disertasi oleh promovendus dengan judul “REKONSTRUKSI KEDUDUKAN KREDITUR SEPARATIS TERKAIT PUTUSAN MK No. 67/PUU-XI/2013 DALAM PROSES KEPAILITAN BERBASIS KEPASTIAN HUKUM YANG BERKEADILAN”.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang permasalahan yang telah diuraikan, maka rumusan masalah yang dapat disusun dalam penelitian ini adalah:

1. Bagaimana kedudukan Kreditor separatis dalam proses penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan?
2. Bagaimana perlindungan hukum tenaga kerja dalam hal terjadi debitor telah dinyatakan pailit sebelum dan pasca putusan MK No. 67/PUU-XI/2013?
3. Bagaimana rekonstruksi kedudukan kreditor separatis terkait putusan MK No. 67/PUU-XI/2013 dalam proses kepailitan berbasis kepastian hukum yang berkeadilan?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian secara umum dapat memperoleh gambaran dan pemahaman yang jelas mengenai kedudukan kreditor separatis terkait putusan MK No. 67/PUU-XI/2013 dalam proses kepailitan berbasis kepastian hukum yang berkeadilan. Secara khusus penelitian ini dimaksudkan:

1. Menguraikan kedudukan Kreditor separatis dalam proses penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan.
2. Menganalisis dan menguraikan perlindungan hukum tenaga kerja dalam hal terjadi debitor telah dinyatakan pailit sebelum dan pasca putusan MK No. 67/PUU-XI/2013.
3. Menganalisis dan merekonstruksi kedudukan kreditur separatis terkait putusan MK No. 67/PUU-XI/2013 dalam proses kepailitan berbasis kepastian hukum yang berkeadilan.

D. Manfaat Penelitian

Dengan penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat-manfaat sebagai berikut:

1. Manfaat Teoritis

Dapat mengembangkan teori hukum yang ada sehingga mendapatkan analisis hasil yang lebih pasti.

2. Manfaat Praktis

- a. Penelitian ini diharapkan akan menegaskan kedudukan Kreditor separatis setelah keluarnya putusan MK No. 67/PUU-XI/2013 tentang kedudukan upah tenaga kerja dalam proses kepailitan yang berbasis kepastian hukum yang berkeadilan dan dari segi regulasi/substansi hukum dapat menjadi masukan bagi para pelaksana Undang-undang Kepailitan, sehingga Undang-undang Kepailitan dapat dimanfaatkan masyarakat secara optimal di Indonesia.

E. Kerangka Teori Disertasi

1. Teori Keadilan dan Kepastian Hukum sebagai *Grand Theory* (Teori Utama)

a. Teori Keadilan

John Rawls merumuskan prinsip keadilan melalui teori *justice as fairness* yang merupakan kritikan terhadap teori utilitarianisme merumuskan dua prinsip keadilan, yaitu: 1) setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas (*principle of equal liberty*), seluas kebebasan yang sama bagi semua orang; 2) ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga: a) diharapkan memberi keuntungan bagi setiap orang, dan b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Rawls juga menegaskan bahwa kebebasan dan kesamaan seharusnya tidak dikorbankan demi manfaat sosial atau ekonomi betapa pun besarnya manfaat yang dapat diperoleh dari sudut itu. Kekuatan dari Keadilan dalam arti *fairness* terletak pada tuntutan bahwa ketidaksamaan dibenarkan sejauh juga memberikan keuntungan bagi semua pihak dan sekaligus memberi prioritas pada kebebasan. Menurut John Rawls peran keadilan adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran. Suatu teori, betapapun elegan dan ekonomisnya, harus ditolak atau di revisi jika ia tidak benar; demikian juga hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil. Setiap orang memiliki kehormatan yang berdasarkan kepada keadilan sehingga seluruh

masyarakat sekalipun tidak bisa membatalkannya. Atas dasar ini keadilan menolak jika lenyapnya kebebasan bagi sejumlah orang dapat dibenarkan oleh hal lebih besar yang didapatkan orang lain. Keadilan tidak membiarkan pengorbanan yang dipaksakan pada segelintir orang diperberat oleh sebagian besar keuntungan yang dinikmati banyak orang. Karena itu, dalam masyarakat yang adil dan kebebasan warganegara dianggap mapan, hak-hak yang dijamin oleh keadilan tidak tunduk pada tawar menawar politik atau kalkulasi kepentingan sosial. Satu-satunya hal yang mengijinkan kita untuk menerima teori yang salah adalah karena tidak adanya teori yang lebih baik, secara analogis, ketidakadilan bisa dibiarkan hanya ketika ia butuh menghindari ketidakadilan yang lebih besar. Sebagai kebajikan utama umat manusia, kebenaran dan keadilan tidak bisa diganggu gugat.¹⁶

Jhon Rawls juga mengatakan tentang Subyek Keadilan. Banyak hal yang dikatakan adil dan tidak adil, tidak hanya hukum, institusi dan sistem sosial, bahkan juga tindakan-tindakan tertentu, termasuk keputusan, penilaian dan tuduhan. Kita juga menyebut sikap-sikap serta kecenderungan orang adil dan tidak adil. Namun, topik kita adalah mengenai keadilan sosial. Bagi kita, subyek utama keadilan adalah struktur dasar masyarakat, atau lebih tepatnya, cara lembaga-lembaga sosial utama mendistribusikan hak dan kewajiban fundamental serta menentukan pembagian keuntungan dari kerja sama sosial. Melalui

¹⁶ John Rawls, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011, hlm. 4

Institusi-institusi utama saya memahami konstitusi politik dan prinsip ekonomi serta tatanan sosial. Jadi, perlindungan legal atas kebebasan berpikir, pasar kompetitif, kepemilikan privat atas alat-alat produksi, dan keluarga *monogamy* adalah contoh institusi sosial utama.¹⁷

Struktur dasar adalah Subjek utama keadilan sebab efek-efeknya begitu besar dan tampak sejak awal. Pandangan intuitif menyatakan, struktur ini mengandung berbagai posisi sosial, dan orang yang lahir dalam posisi berbeda punya harapan besar kehidupan yang berbeda yang sebagian ditentukan oleh sistem politik dan juga kondisi sosial ekonomi.¹⁸ Hakikat hukum Bertumpu pada idea keadilan dan kekuatan moral, demikian Rasjidi.¹⁹

Idea keadilan tidak pernah lepas dari kaitan hukum, sebab membicarakan hukum jelas atau samar-samar senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan, demikian Rahardjo.²⁰

b. Teori Kepastian Hukum

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya.

¹⁷ *Ibid*, hlm.8

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ Sukarno Aburera, Muhadar, *Op.cit*, hlm. 226

²⁰ *Ibid*

Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi²¹.

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.²²

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara factual

²¹ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010, hlm.59

²² Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm.158.

mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk²³.

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.²⁴

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistis di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.²⁵

²³ Cst Kansil, Christine, S.T Kansil, Engelen R, Palandeng dan Godlieb N Mamahit, *Kamus Istilah Hukum*, Jakarta, 2009, hlm. 385

²⁴ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm.23.

²⁵ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Penerbit Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 82-83

Kepastian hukum merupakan jaminan mengenai hukum yang berisi keadilan. Norma-norma yang memajukan keadilan harus sungguh-sungguh berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Menurut Gustav Radbruch keadilan dan kepastian hukum merupakan bagian-bagian yang tetap dari hukum. Beliau berpendapat bahwa keadilan dan kepastian hukum harus diperhatikan, kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dan ketertiban suatu negara. Akhirnya hukum positif harus selalu ditaati. Berdasarkan teori kepastian hukum dan nilai yang ingin dicapai yaitu nilai keadilan dan kebahagiaan.²⁶

Jika dikaitkan teori kepastian hukum dalam suatu perjanjian sesuai pasal 1313 KUHPerdara serta hak dan kewajiban dalam perjanjian sewa menyewa, menekankan pada penafsiran dan sanksi yang jelas agar suatu perjanjian/ kontrak dapat memberikan kedudukan yang sama antar subjek hukum yang terlibat (para pihak yang melakukan perjanjian sewa menyewa). Kepastian memberikan kejelasan dalam melakukan perbuatan hukum saat pelaksanaan suatu perjanjian/kontrak sewa menyewa, dalam bentuk prestasi bahkan saat perjanjian tersebut wanprestasi atau salah satu pihak ada yang dirugikan maka sanksi dalam suatu perjanjian/kontrak tersebut harus dijalankan sesuai kesepakatan para pihak baik pihak penyewa maupun pihak yang menyewakan.

²⁶*Ibid*, hlm. 95

2. Teori Perlindungan Hukum sebagai *Middle Theory*

Menurut Fitzgerald sebagaimana dikutip Satjipto Raharjo awal mula dari munculnya teori perlindungan hukum ini bersumber dari teori hukum alam atau aliran hukum alam. Aliran ini dipelopori oleh Plato, Aristoteles (murid Plato), dan Zeno (pendiri aliran Stoic). Menurut aliran hukum alam menyebutkan bahwa hukum itu bersumber dari Tuhan yang bersifat universal dan abadi, serta antara hukum dan moral tidak boleh dipisahkan. Para penganut aliran ini memandang bahwa hukum dan moral adalah cerminan dan aturan secara internal dan eksternal dari kehidupan manusia yang diwujudkan melalui hukum dan moral²⁷.

Fitzgerald menjelaskan teori perlindungan hukum Salmond bahwa hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat karena dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan tertentu hanya dapat dilakukan dengan cara membatasi berbagai kepentingan di lain pihak. Kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi. Perlindungan hukum harus melihat tahapan yakni perlindungan hukum lahir dari suatu ketentuan hukum dan segala peraturan hukum yang diberikan oleh masyarakat yang pada dasarnya merupakan kesepakatan masyarakat tersebut untuk mengatur hubungan perilaku antara

²⁷ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 5

anggota-anggota masyarakat dan antara perseorangan dengan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan masyarakat.²⁸

Teori perlindungan hukum pada dasarnya merupakan teori yang berkaitan dengan pemberian pelayanan kepada masyarakat. Teori perlindungan hukum merupakan teori yang mengkaji dan menganalisis tentang wujud atau bentuk atau tujuan perlindungan, subjek hukum yang dilindungi serta objek perlindungan yang diberikan hukum kepada subjeknya. Unsur-unsur yang tercantum dalam definisi perlindungan hukum meliputi :

- a. Adanya wujud atau bentuk perlindungan atau tujuan perlindungan;
- b. Subjek hukum; dan
- c. Objek perlindungan hukum.

Dalam setiap perundang-undangan, yang menjadi wujud atau bentuk atau tujuan perlindungan yang diberikan kepada subjek dan objek perlindungannya berbeda antara satu dengan yang lainnya. Dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, yang menjadi tujuan perlindungan tidak hanya para kreditor saja melainkan juga pihak debitor, kurator atau pengurus, para ahli hukum yang menangani kepailitan serta juga masyarakat.

²⁸ *Ibid*, hlm. 54

Menurut Sudikno Mertokusumo, dalam memahami hukum tidak hanya tentang tujuan hukum saja, tetapi juga tentang fungsi hukum dan perlindungan hukum. Sudikno berpendapat bahwa :

“Dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia, hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban di dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan dilindungi. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.”²⁹

3. Teori *creditor's bargain* Sebagai *Applied Theory*

Dalam konsep likuiditas, utang-utang dilunasi dengan melikuidasi aset-aset perseroan. Perseroan yang dinyatakan pailit adalah perseroan dalam kondisi yang tidak mampu melunasi kewajiban membayar utang-utangnya. Kepailitan korporasi tidak dapat dipisahkan dari kesulitan keuangan suatu perseroan dimana pranata kepailitan adalah merupakan salah satu bentuk pembubaran suatu perseroan terbatas (likuidasi) yang sedang mengalami kesulitan keuangan. Pengertian likuidasi itu sendiri dalam hubungan ini dapat diartikan sebagai suatu pembagian dari asset-asset

²⁹ Sudikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm 71

perseroan terbatas untuk melunasi utang-utangnya sebelum perseroan tersebut dibubarkan. Menurut Jerry Hoff:

Bankruptcy is a general statutory attachment encompassing all the assets of the debtor. The bankruptcy only covers the assets. Personal status of individual will not be affected by the bankruptcy; he is not placed under guardianship. A company also continues to exist after he declaration of bankruptcy. During the bankruptcy proceedings, act with regard to bankruptcy estate can only be performed by the receiver, but other acts remains part of the domain of the debtor's corporate organs³⁰.

Konsep ini melihat hukum kepailitan hanya sebagai alat untuk menagih utang (*debts collection*) yang didasari *Jackson'S creditor bargain theory*. Dengan pendekatan *debt collection* ini, kepailitan korporasi menjamin bahwa aset-aset debitor digunakan untuk memaksimalkan pengembalian utang kepada kreditor secara kolektif dan perusahaan sudah lemah secara ekonomi (*ineficient firms*) harus disingkirkan dari kegiatan perekonomian. Oleh karena itu, perusahaan yang sudah dalam keadaan *insolven* dinyatakan pailit dan selanjutnya aset-aset perusahaan dijual untuk pembayaran utang kepada para kreditor secara pro rata. Jika dilihat dari teori ini, konsep yang diterapkan dalam Undang-undang No. 37 Tahun 2004 maupun Undang-undang No. 4 Tahun 1998 yang juga menganut *debt collection* ini mengalami pergeseran konsep dimana yang dipailitkan bukan saja perusahaan yang *insolvent*, tetapi adalah perusahaan-perusahaan yang

³⁰ Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law*, Tatanusa, Jakarta, 1999, hlm. 11.

solven yang tidak membayar utang, maka akibatnya PT. Modern Land Reality, Ltd; PT. DI, PT. Asuransi Jiwa Manulife Indonesia dan terakhir adalah PT. Telkom Indonesia yang dinyatakan pailit oleh pengadilan niaga.

Konsep *Jackson creditor bargain theory* ini memang bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada kreditor dalam penagihan utang terhadap debitor pailit. Gerrad Glenn³¹ menyatakan bahwa sebenarnya esensi hukum kepailitan adalah untuk menghindari penipuan dan pengawasan terhadap debitor (*revention of farud and control of the debtor*) dengan cara-cara : pertama, selalu akan ada debitor yang berbuat curang: selanjutnya, ide dari hukum kepailitan meliputi konsep bahwa debitor harus dibawah pengawasan pengadilan. Hukum kepailitan melakukan kontrol terhadap debitor. Untuk itu, hukum kepailitan haruslah mengandung dua hal yaitu harus dapat mengembalikan tagihan secara penuh dengan menetapkan secara benar budel pailit dan cara pembagiannya, untuk menjamin hal ini bukan saja budel pailit tetapi juga debitor secara pribadi harus berada dibawah pengawasan pengadilan. Dengan cara seperti ini, pengalihan budel pailit secara curang dapat diketahui dan kreditor mendapatkan kembali piutangnya. Namun secara faktual, esensi disalahgunakan. Max Radin berpendapat sama Gerrad Glenn³², menyatakan bahwa hakekat hukum kepailitan adalah untuk mengatasi debitor menghilangkan atau menyembunyikan aset-asetnya dari kreditor. Untuk itu, hukum kepailitan harus menambahkan sesuatu yang baru ke dalam bentuk prosedur tersebut,

³¹ Gerrad glenn dalam Charles J. Tabb, *Bankruptcy Anthology*, Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 2002, hlm. 54-55

³² *Ibid*, hlm. 55

atau hukum kepailitan itu dianggap tidak pernah ada. Kedua, hukum kepailitan haruslah melindungi kepentingan kreditor dimana kreditor akan memperoleh haknya secara kolektif (individual rights in a collective way proceeding). Konsep utamanya adalah untuk melindungi pengambilan kekayaan debitor secara terpisah atau sendiri-sendiri oleh para kreditornya³³, sehingga kreditor haruslah mendapat perlindungan secara kolektif. Dengan demikian, hukum kepailitan berfungsi sebagai *debt collection*.

Dalam fungsinya sebagai alat tagih utang tersebut, menurut Roman Tomasic tanpa adanya perlindungan kepada kreditor, proses atau sistem hukum kepailitan tidak lagi relevan (*unless creditor are involvet in insolvency process the law will seem irrelevnnt*)³⁴ sedangkan pemberian penangguhan atau pemberian kesempatan kepada debitor untuk membenahi bisnisnya sebagaimana yang dimaksud dalam konsep *corporate rescue*, yang dikenal juga dengan konsep *exclusivity periode*³⁵, penangguhan likuidasi seharusnya juga dipandang dalam kerangka perlindungan kepada kepentingan kreditor. Jika debitor diberi kesempatan untuk menstabilisasikan operasi bisnisnya, dengan cara negosiasikannya dengan berbagai pihak untuk mempertimbangkan bermacam-macam kepentingan, dan untuk ini debitor haruslah mendapat pengawasan dalam proses tersebut agar pihak yang lain tidak merasa mereka dengan mudah menguasai debitor.

³³ Thomas J. Salerno et. al., *The Executive Guide to Corporate Bankruptcy*, BeardBook, Wahsington, D.C., 2001, hlm. 134

³⁴ Roman Tomasic, *Document Reproduces Report on The Fifth Forum for Asian Insolvency Reform (FAIR)*, April 2006, Beizing, China.

³⁵ *Ibid*

Proses ini memungkinkan debitor menjadi penjaga gawang, (*gatekeeper*), sedikit-tidaknya pada tahap permulaan proses tersebut.

Sebagai paham yang termasuk ke dalam *debt collection*, Tomas H. Jackson mengkritik³⁶ bahwa ketentuan reorganisasi dalam konsep *corporate rescue* dalam hukum kepailitan seharusnya juga dipandang sebagai upaya hukum bagi kreditor terhadap debitornya, sekarang menjadi norma dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code*. Berasal dari sejarah pandang reorganisasi diterima sebagai bentuk prosedur kepailitan yang lebih bermanfaat. Thomas H. Jackson juga berpendapat bahwa sebenarnya ada perbedaan antara bisnis yang gagal dan persoalan hukum kepailitan untuk menyelesaikan. Persoalan bisnis yang gagal bukanlah persoalan kepailitan. Hukum kepailitan berfungsi ketika ada sejumlah kredit dan potensi penyelesaian utang secara bersamaan, atau *common pool problem*³⁷. Sedangkan persoalan bisnis yang gagal dapat terjadi tanpa adanya *common pool problem*.

Dengan demikian, *common pool problem* terjadi tanpa adanya persoalan kegagalan bisnis. Dengan ungkapan lain, tidak ada hubungan antara apakah perusahaan akan tetap berjalan dan persoalan keluar dari *common pool problem*. Jika bagi perusahaan tetap menjalankan bisnisnya karena persoalan tenaga kerja atau demi kepentingan umum, kebijakan yang harus diambil adalah menerapkan hukum konvensional. Disamping itu, jika ada yang berpendapat bahwa kebijakan substantif reorganisasi (*corporate*

³⁶ Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, USA, 1986

³⁷ *Ibid*

rescue) merupakan persoalan yang terlepas dari persoalan tenaga kerja adalah juga pendapat yang keliru. Kebijakan ini bukan merupakan kebijakan hukum kepailitan, sehingga reorganisasi ini tidaklah relevan dengan kepailitan³⁸. Oleh karena itu, *Chapter 11* tentang ketentuan reorganisasi harus diuji dengan standard apakah reorganisasi menjadi media dalam pengembangan aset untuk kemanfaatan yang besar bagi para kreditornya secara kolektif, atau apakah reorganisasi lebih baik bagi para pemiliknnya secara kolektif dari pada melikuidasi aset kreditor. Perbedaan konsep kunci antara reorganisasi dan likuidasi adalah penjualan aset debitor. Dalam reorganisasi aset dijual kepada para kreditornya sedangkan likuidasi asset Debitor dijual kepada pihak ketiga³⁹. Jadi, dalam prosedur reorganisasi penjualan aset perusahaan yang sedang dilanjutkan dilakukan untuk para kreditornya. Persoalan yang paling utama dalam menentukan reorganisasi adalah *common pool problem* dalam prosedur tersebut, jika tidak maka likuidasilah yang harus ditempuh.

Hukum kepailitan kporporasi hanya berhubungan dengan kporporasi yang tidak mampu membayar uatang-utangnya⁴⁰. Untuk itu, ada tiga ukuran atau test untuk menentukan suatu korporasi dalam keadaan kesulitan

³⁸ *Ibid*

³⁹ *Ibid*

⁴⁰ Andrew Keay, *Insolvency, Personal and Corporate Law and Practice*, John Libbey & Company Pty. Ltd, Sydney, 1999, hlm. 1. Lihat juga Roman Tomasic, *Australian Corporate Insolvency Law*, Butterwith, Sydney, 1993, hlm 4, menyatakan "a company is insolvent when it is unable to pay its debts as they fall due form its own recources insolvency is not simply a question of weather the company's liabilitties exceed its assets, but rather weather the company's income and readily realisable assets are sufficient to service its current debts. It involves a chronic lack of liquidity which forces the creditors of company to seek recovery of their debts throught one of the three principle forms of insolvency administration (receirship, liquidation and scheme of arrangement)."

keuangan dalam sistem hukum kepailitan Australia, Inggris dan Amerika Serikat⁴¹. Pertama, *cash flow* atau *commercial insolvency test*. Menurut test ini, debitor dalam keadaan pailit jika debitor tidak mampu membayar utang-utangnya ketika utang-utang tersebut jatuh tempo. Artinya, tidak tersedia dana untuk membayar utang kepada para kreditornya. Kedua, menurut *comercial insolvency test*, jika total keseluruhan kewajiban perusahaan itu lebih besar dari aset-asetnya, aset-aset tersebut tidak mencukupi atau menutupi kewajiban-kewajibannya. Ketiga, *balance sheet* atau *absolute insolvency test*. Menurut tes ini, kekayaan debitor mungkin secara *cash flow* atau *commercially insolvency*, debitor pailit, tetapi jika kekayaan debitor mencukupi debitor tidak harus dinyatakan pailit. Dengan kedua *test* tersebut pada prinsipnya debitor tidak mudah untuk dinyatakan pailitkan, atau dilikuidasi dan debitor juga tidak dapat dipailitkan karena hanya kurangnya likuiditas yang sifatnya hanya sementara, kecuali jika kekuarangan likuiditas tersebut akan menjadikan debitor tidak mempunyai likuiditas, seperti yang terjadi dalam *in Hymix Concrete Pty Ltd v. Garrity*⁴².

Dalam *Case v. Los Angeles Lumber Product Co*⁴³, menurut Hakim Douglas berdasarkan *absolute priority rule* sebagaimana yang dipertimbangkan dalam perkara tersebut, para kreditor berhak memperoleh jumlah yang kecil dari jumlah seluruh piutangnya menurut prosedur di luar prosedur kepailitan. Jika ada fakta bahwa adanya seluruh aset-aset

⁴¹ *Ibid*, hlm. 5

⁴² *Ibid*, hlm. 5

⁴³ *Ibid*

perusahaan yang masih prospektif yang banyak adalah persoalan yang tidak relevan dengan kepailitan. Dasar untuk melakukan proses reorganisasi yang berfungsinya sebagai *debt collection* jika aset-aset tersebut lebih besar dari pada utang-utangnya, yang dapat menjadi milik pihak ketiga di kemudian hari.

Suatu korporasi dalam keadaan kesulitan keuangan jika korporasi tersebut tidak dapat lagi membayar semua kewajiban untuk membayar biaya-biaya perusahaan dan tidak dapat membayar utang-utangnya. Hal ini mungkin disebabkan banyak hal, diantaranya mungkin dana perusahaan dikelola secara tidak profesional, modal tidak mencukupi dan bisnis yang sukses sekalipun mungkin akan pailit disebabkan perubahan ekonomi dan politik, serta produksi dan investasi tidak laku dipasarkan. Bisnis dan kredit konsumen tidak dapat dijalankan secara baik, banyak pengeluaran yang tak terduga yang harus dikeluarkan, umpamanya biaya pemeliharaan dan biaya-biaya litigasi. Oleh karena itu, kreditor dapat melikuidasi aset-aset debitor (*debt collection*) atau dapat juga merehabilitasi (*rehabilitate of debtors*) perusahaan. Dalam mencapai dua tujuan ini, hukum kepailitan modern harus menerapkan prinsip-prinsip:

An impartial and efficient administration for distributing the property of debtor amongs their creditors;

Administrative process in which debtor and creditor can participate with the last possible delay and expense;

A convenient means of collecting or recovering property of the debtor that can be applied toward the payment of their debts and liabilities;

*Protection of the public interest by punishing the fraudulent and by releasing innocent debtors hit by misfortune*⁴⁴.

Untuk menghindari penyalahgunaan untuk hukum acara (*abuse process of law*) dan untuk menghindari penyalahgunaan hukum kepailitan baik dalam rezim yang pro kreditor maupun dalam rezim yang pro debitor⁴⁵. Dengan menerapkan konsep *corporate rescue* seperti yang dianut dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code (the American debtor oriented system)*, diharapkan dapat menghindari penyalahgunaan hukum kepailitan baik oleh kreditor maupun oleh debitor (*abuse process of law* Umpamanya, kreditor dapat memfailitkan anak perusahaannya sendiri secara beritikad tidak baik untuk menghindari tanggung jawab anak perusahaan itu membayar utang-utangnya kepada para kreditor lain.

Dilihat dari sejarah lahirnya hukum kepailitan itu sendiri, hukum kepailitan pada hakekatnya bertujuan untuk melindungi kepentingan kreditor atau para pemilik modal (investor) untuk melikuidasi aset-aset debitor, kemudian hasil likuidasi terhadap aset-aset itu dibagi-bagikan kepada para kreditor secara *pro rata*. Ketentuan induk diatur dalam *ordonance du mommerce* (Peraturan Dagang) Tahun 1673 dan kepailitan diatur dalam bab XI tentang *Des Faillites et Banqueroutes*. Pada tahun 1870 Ordonance tersebut disempurnakan menjadi *Code de Cornmerce* (KUH Dagang). *Code de Cornmerce* ini kemudian ditiru oleh negara-negara Eropa

⁴⁴ Paul Latimer, *Australian Business Law, CCH Australian Limited, Sydney*, 1998, hln. 558.

⁴⁵ Theodoor Bakker, et.al, *The Comparative Aspects of Bankruptcy Law, Some Countries Experiences, Makalah Penelitian Hakim Niaga*, Belanda 25 Agustus 2004, hlm. 9.

lainnya, termasuk negeri Belanda yang melalui asas konkordansi berlaku pula di Hindia Belanda⁴⁶.

Di negeri Belanda pada mulanya kepailitan diatur dalam *Code de Commerce* pada tahun 1811, kemudian dibuat undang-undang kepailitan dengan membedakan kepailitan perseorangan dan kepailitan perusahaan. Kepailitan perseorangan diatur dalam *Watboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Buku Ketiga Titel VII tentang *Regeling van Staat van Kennelijk Onvermogen*, sedangkan kepailitan perusahaan diatur dalam *Wetboek van Koophandel Nederland* (KUH. Dagang Belanda) Bab III tentang *Regelingen over Voorzieningen in geval van onvermogen*, yang mengatur tentang kepailitan dan penundaan pembayasan utang. Pada Tahun 1896 diberlakukan *Faillissements Wet 1893* menggantikan buku 111 KUH dagang tersebut⁴⁷.

Faillissements Wet 1893 ini mengalami tiga kali perubahan. Pada Tahun 1925 dilakukan penyempurnaan tentang ketentuan penundaan kewajiban pembayaran utang, yaitu dengan memberikan kemungkinan bagi perusahaan yang sudah mengalami insolvensi untuk melanjutkan kegiatannya. Pada Tahun 1935 dilakukan penyempurnaan terhadap penundaan kewajiban pembayaran utang, yang memungkinkan dilakukannya perdamaian paksa (*dwangakoord*) di luar ketentuan Undang-Undang Kepailitan. Pada Tahun 1992 dilakukan perubahan lagi perubahan.

⁴⁶ Andrian Nurdin, "Kepailitan BUMN Persero Berdasarkan asas Kepastian Hukum," Disertasi, Alumni, Bandung, 2012, hlm. 121-127, lihat juga Ricardo Simanjuntak, *op.cit.*, hlm. 291.

⁴⁷ *Ibid*

Hukum Kepailitan Belanda terdiri dari tiga proses. Pertama, adalah proses kepailitan dengan tujuan likuidasi aset-aset perusahaan. Kedua, proses penundaan kewajiban pembayaran utang dan yang ketiga *schuldsanering*, atau pelunasan utang yang dirancang untuk perorangan⁴⁸.

Di negara-negara *common law*, pada tahun 1592 hukum kepailitan dari tradisi hukum Romawi diadopsi di Inggris dengan *Act Against Such Person As Do Make Bankrupt* pada masa kekaisaran Raja Henry VIII. Seperti di Romawi, kepailitan dirancang untuk pemulihan kepada kreditor, bukan kepada debitor. Dalam hukum kepailitan kreditor diizinkan untuk mengambil seluruh aset pedagang yang tidak mampu membayar utangnya. Demikian juga di Amerika Serikat, dimulai dengan perdebatan konstitusional yang menginginkan kongres membentuk aturan tentang kepailitan. Kemudian diperdebatkan di *constitutional convention* di Philadelphia pada tahun 1787. Dalam *the federalis papersnya*, James Madison mendiskusikan apa yang disebut dengan *Bankruptcy clause*⁴⁹. Setelah itu, kongres untuk pertama kalinya mensyahkan undang-undang kepailitan, yang isinya mirip dengan undang-undang kepailitan Inggris. Sementara itu, pada tahun yang sama beberapa negara bagian dibuat *Insolvency law*, yang sifatnya bertujuan lebih melindungi debitor pailit. Setelah berganti beberapa kali hukum, di USA memiliki *Bankruptcy Act*. *Bankruptcy Act* 1898 merupakan undang-undang kepailitan modern yang

⁴⁸ *Ibid*

⁴⁹ *Bankruptcy* diartikan sebagai suatu tindakan hukum berupa keputusan pengadilan yang melikuidasi kegiatan suatu perusahaan guna menjamin pengembalian dana/aktiva milik kreditor

pertama di Amerika Serikat dan sebagian besar telah menjadi dasar bagi *Bankruptcy Reform Act of 1979*, seperti yang dikenal dengan *Bankruptcy code*⁵⁰.

Dilihat dari sejarah kepailitan Indonesia, sejak awal undang-undang kepailitan memang dirancang sebagai upaya hukum (*remedy*) bagi kreditor dan yang dilindungi adalah kreditor atau para pemilik modal asing terutama, dengan cara melikuidasi aset debitor pailit dan dalam rangka ini hukum kepailitan pada dasarnya adalah hukum acara yang mengatur bagaimana proses kepailitan harus dilakukan, dengan tujuan untuk memaksimalkan pengembalian hak-hak kreditor yang timbul dari debitor pailit. Berbeda dengan konsep tersebut, maka kepailitan modern lebih mempertimbangkan untuk mencari jalan pemecahan lain dalam pengembalian utang-utang dari perusahaan yang mengalami kesulitan likuiditas, yang mungkin disebabkan kesulitan ekonomi (*economic distress*) atau kesulitan keuangan (*financial distress*) dan mungkin juga sebagai akibat kedua-duanya.

Konsep likuidasi lebih memosisikan hukum kepailitan sebagai fungsi *debt collection*. Likuidasi atau liquidation adalah *a process where by the assets of a company are collected and realised*⁵¹ (suatu proses dimana aset-aset suatu perusahaan dikumpulkan dan dibagi-bagikan). Pada mulanya konsep ini dianggap lebih melindungi kepentingan kreditor. Hukum

⁵⁰ *Ibid*

⁵¹ Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, Third Edition, FT Law & Tax, Sydney, 1994, hlm. 634.

kepailitan yang melindungi kepentingan kreditor ini muncul dari *Teori Jackson's Creditor bargain*. Paham hukum yang lebih melindungi kepentingan kreditor ini muncul dari paham hukum positivistik legalistik dalam paradigma hukum modern dan hukum kepailitan dibuat untuk kepentingan kreditor (*for the benefit of creditor*)⁵².

Menurut Richard Brown ada tiga tujuan dari hukum kepailitan⁵³; Pertama, *the punishment of the fraudulent debtor*; kedua, *the reinstatement of the unfortunate but innocent of debtor*, atau ketiga, *the equitable distribution of the insufficient assets among all the creditor*. Karena selalu ada debitor yang beriktikad buruk (*fraudulent debtor*), maka debitor perlu untuk dikontrol melalui pengadilan. Dengan cara ini, iktikad buruk debitor dapat diketahui dan kreditor akan memperoleh haknya karena debitor harus menyatakan hal yang sebenarnya tentang budel pailit dan perbuatan yang telah dilakukannya⁵⁴. Konsep ini dianut dalam hukum kepailitan Indonesia dan dalam *chapter 7 US Bankruptcy Code*. Dalam hubungan ini, debitor yang tidak membayar utang adalah debitor yang mempunyai iktikad tidak, maka menurut Undang-Undang Kepailitan harus dinyatakan, pailit.

Definisi Kepailitan yang lazim digunakan dunia internasional Standard & Poors (S&P) mengartikan kepailitan (*default*) sebagai:

⁵² Jackson's dengan teori *creditor's bargain*, dalam bukunya *The Logic And Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986 dan James M. Olmstead, " *Bankruptcy a Commercial Regulation*," dalam Charles J. Tabb, *Bankruptcy Anthology*, Anderson Publishing Co, Cincinanti, Ohio, 2002, hlm. 52

⁵³ *Ibid.*, hlm. 53

⁵⁴ Gerrard Glenn, *Essentials of Bankruptcy: Prevention of fraud and Control of the Debtor*, Charles J. Tabb, *ibid*, hlm. 54,

*The first occurrence of a payment default on any financial obligation, rated or unrated, other than a financial obligations subject to a bonafide commercial dispute; an exception occurs when an interest payment missed on the due date is made within the grace period*⁵⁵

Sedangkan pengertian kepailitan oleh ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*) adalah terjadinya salah satu kejadian-kejadian berikut ini:

- a. Perusahaan yang mengeluarkan surat utang berhenti beroperasi (pailit)
- b. Perusahaan insolvent atau tidak mampu membayar utang
- c. Timbulnya tuntutan kepailitan
- d. Proses kepailitan sedang terjadi
- e. Telah ditunjukkan *receivership*
- f. Dititipkannya seluruh aset kepada pihak ketiga⁵⁶.

Teori keuangan mengasumsikan bahwa sistem kepailitan yang sempurna memberikan manfaat yang cukup berharga bagi perekonomian. Pada umumnya dikenal dua macam biaya yang akan terjadi pada perusahaan yang pailit, yaitu *direct cost* dan *indirect cost*. *Direct cost* merupakan biaya yang langsung dikeluarkan oleh perusahaan tersebut untuk membayar pengacara, akuntan dan tenaga professional lain untuk merestrukturisasi keuangannya yang kemudian akan dilaporkan kepada para kreditor. Selain itu, bunga yang dibayar perusahaan untuk pinjaman selanjutnya yang biasanya jauh lebih mahal juga merupakan *direct cost* dari kepailitan. Sedangkan *indirect cost* merupakan *potensial loss* yang dihadapi perusahaan yang sedang menghadapi kesulitan keuangan tersebut, seperti kehilangan

⁵⁵ *Ibid*

⁵⁶ *Ibid*

pelanggan dan supplier, kehilangan proyek baru karena manajemen berkonsentrasi kepada penyelesaian kesulitan keuangan dalam jangka pendek. Hilangnya nilai perusahaan saat Manager atau Hakim melikuidasi perusahaan yang masih memiliki *Net Present Value* positif juga merupakan *indirect cost* dari kepailitan⁵⁷.

Dengan mempertimbangkan *direct* dan *indirect cost* perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan cukup tinggi, pengadilan kepailitan modern berusaha untuk mempertahankan perusahaan sebagai *going concern* dan menangani tagihan kreditor secepatnya. Hukum kepailitan yang sudah mapan memberikan proteksi bagi kreditor dan juga memberikan mekanisme yang baik untuk menyelesaikan perselisihan antar pihak dengan lebih cepat. Dengan menghilangkan ketidakpastian, sistem kepailitan yang sudah mapan tersebut akan mendorong pengusaha dan perusahaan besar mengambil resiko yang lebih besar lagi. Hal itu juga dapat menurunkan biaya modal dengan cara meminta ahli keuangan untuk menghitung/memperkirakan bagaimana kreditor dibayar saat terjadi *default*.

F. Kerangka Konseptual Disertasi

Thomas Jackson dan Douglas Baird⁵⁸, menyatakan bahwa *Insolvency law was no more than a collection debt collection mechanism. As such, the only goal it sought to further the maximation of creditor returns*. Tujuan dari hukum kepailitan sebagai alat penagihan utang adalah untuk memaksimalkan pengambilan utang bagi para kreditor. Kepentingan

⁵⁷ *Ibid*

⁵⁸ J. Armour, *The Law and Economic of Corporation : A Review*, WP 197, March, 2001.

Kreditor diletakkan ditempat yang paling utama (*primacy*)⁵⁹, di atas kepentingan pihak lainnya. Umpamanya, dalam kewajiban direksi, sebelum proses kepailitan hukum dimulai, loyalitas pertama dilakukan terhadap perseroan untuk kepentingan kreditornya. Jika tidak ada prospek cukup untuk tidak menggunakan prosedur kepailitan, direksi merupakan subjek yang bertanggung jawab, kecuali direksi menghentikan bisnisnya, telah mengambil langkah-langkah untuk kepentingan kreditor-kreditornya. Jadi, keputusan untuk mengambil jalur kepailitan atau tidak sepenuhnya dilakukan untuk kepentingan kreditor-kreditornya. Ketika kurator telah ditunjuk, kepentingan hanya ditujukan kepada para kreditor. Dalam kerangka ini, perlindungan tenaga kerja, pemasok dan konsumen hanya dapat dilakukan hanya melalui status sebagai kreditor⁶⁰

Dalam kepailitan, kreditor diklasifikasikan menjadi tiga macam yaitu:

1. Kreditor separatis;
2. Kreditor preferen; dan
3. Kreditor konkuren.

Jerry Hoff menjabarkan masing-masing kreditor tersebut sebagai berikut:

1. *Secured Creditor; Right of secure creditors, security interest are in rem right that vest in the creditor by agreement and subsequent performance of certain formalities. A creditor whose interest are secured by an in rem right is usually entitled to cause foreclosure of the collateral, without a judgement to satisfy his claim from the proceeds with priority over the other creditors. This right to foreclose without a judgement is called the right of immediate enforcement.*

⁵⁹ *Ibid*

⁶⁰ *Ibid*

2. *Preferred Creditor, unlike secure creditor, who have a preference because they agreed upon this with their debtor, the preferred creditors have a preference to their claim. Obviously, the preference issue is only relevant if there is more than one creditor and if the assets of the debtor are not sufficient to pay of all the creditors (there is a concursus creditorum). Preferred Creditors are required to present their claims to the receiver for verification and thereby charged a pro rate parte share of costs of the bankruptcy. There are several categories of preferred creditors :*
 - a. *Creditors who have statutory priority;*
 - b. *Creditors who have non statutory priority;*
 - c. *Estate creditors.*
3. *Unsecured Creditor, they do not have priority and will therefore be paid, if any proceeds of the bankruptcy estate remain, after all the other-creditor have a receive payment. Unsecured creditor are required to present their claims for verifications to their receiver and they are charged a pro rate parte share of the cost of bankruptcy."*⁶¹

Kemudian menurut Sutan Remy Sjahdeini bahwa yang dimaksud dengan kreditor separatis adalah kreditor yang didahulukan dari kreditor-kreditor yang lain untuk memperoleh pelunasan dari hasil penjualan harta kekayaan debitor asalkan benda tersebut telah dibebani dengan jaminan tertentu bagi kepentingan kreditor tersebut.⁶²

Kreditor Separatis (*secured creditor*), yaitu kreditor yang dapat menjual sendiri benda jaminan seolah-olah tidak terjadi kepailitan, artinya para kreditor separatis tetap dapat melaksanakan hak-hak eksekusinya meskipun debitornya dinyatakan pailit. Mariam Darus Badruzaman menyebutkan sebagai kreditor pemegang hak jaminan yang memiliki hak

⁶¹ Edward Manik, *Cara Mudah Memahami Proses Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 49

⁶² Sutan Remy Sjahdeini, 2002. *Hukum Kepailitan, Memahami Failisemen/verorelening* Junto Undang-Undang No. 4 Tahun 1998, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2002, hlm. 280

preferen dan kedudukannya sebagai kreditor separatis⁶³. Kemudian dari hasil penjualan barang-barang tersebut kemudian diambil guna melunasi piutangnya, dan apabila ada sisa disetorkan kepada kurator sebagai bagian dari boedel pailit. Kemudian dari hasil penjualan barang-barang tersebut kemudian diambil guna melunasi piutangnya, dan apabila ada sisa disetorkan kepada kurator sebagai bagian dari boedel pailit. Sebaliknya, apabila hasil penjualan barang-barang jaminan tersebut tidak mencukupi untuk membayar piutangnya, maka kreditor tersebut dapat berkedudukan sebagai kreditor konkuren untuk tagihan yang belum terbayar.

Istilah kreditor separatis dapat dilihat dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 228 ayat (4) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

- a. Pasal 2 ayat (1) menyatakan: Yang dimaksud dengan “Kreditor” dalam ayat ini adalah baik kreditor konkuren, kreditor separatis maupun kreditor preferen. Khusus mengenai kreditor separatis dan kreditor preferen, mereka dapat mengajukan permohonan pernyataan pailit tanpa kehilangan hak agunan atas kebendaan yang mereka miliki terhadap harta Debitor dan haknya untuk didahulukan.
- b. Pasal 228 ayat (4) menyatakan: Yang dimaksud dengan “Kreditor” adalah baik Kreditor konkuren, Kreditor separatis, maupun Kreditor lainnya yang didahulukan.

⁶³ Mariam Darus Badruzaman, *Bab-Bab tentang Creditverband, Gadai dan Fidusia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hlm.17.

Hukum kepailitan pada hakekatnya adalah hukum acara. Charles W. Monney Jr., menyatakan hukum kepailitan adalah acara perdata (*civil procedure*)⁶⁴, bukan hukum substantif. Hukum acara perdata menurut Charles:

*When a claimant does employ the yuidicial system to recover on aclaim, the end game convert the obligor's property illto property of the claimant, such as by levy of execution, sherifs sale and so forth. Bankruptcy is a part of that system*⁶⁵.

Ketika seorang penggugat menggunakan jalur pengadilan untuk menuntut piutangnya, semuanya akan berakhir dimana aset-aset si berutang akan berpindah kepemilikannya kepada si berpiutang, dengan cara menjual secara paksa oleh petugas yang berwenang dan seterusnya. Hukum kepailitan merupakan bagian dari sistem ini.

Sebagai hukum prosedural dalam hukum kepailitan seharusnya lebih sempurna dari hukum acara perdata. Dalam hal ini, konsep *pro rata* dalam membagi aset debitor merupakan konsep kepailitan dan juga sangat konsisten dengan teori-teori hukum acara⁶⁶. Sehubungan dengan ini, menurut Charles perdebatan pokok dalam politik hukum penggunaan hukum kepailitan karena tujuannya untk melindungi kepentingan kreditor (*maximization of creditor wealth*). Politik hukum kepailitan ini dikeritik

⁶⁴ Charles W. Mooney Jr, A Normative Theory of Bankruptcy Law: Bankruptcy as (is) Civil Procedure, *Law Paper 18 (2003)*, *University of Pennsylvania Law School*, cmooney@law.upenn.edu.

⁶⁵ *Ibid*

⁶⁶ *Ibid*

oleh Charles sebagai suatu tujuan yang mahal (*expansive goals*)⁶⁷. Dalam laporan terbaru, para praktisi hukum dan para hakim kepailitan memperoleh bukti bahwa adanya kebutuhan untuk memperpendek jangka waktu dan mengurangi biaya yang timbul dari kasus-kasus kepailitan *Chapter 11*. Mereka berpendapat bahwa *Chapter 11 business reorganisation* memakan waktu yang lama dan biaya yang tinggi, untuk itu mereka mengajukan solusi undang-undang untuk mengurangi jangka waktu yang lama dan biaya yang tinggi itu⁶⁸.

Di Amerika Serikat konsep likuidasi, yang merupakan prosedur dalam kepailitan diatur dalam *Chapter 7*, jika suatu perusahaan mengajukan permohonan berdasarkan *Chapter 7*, pengadilan menunjuk *trustee* (di Indonesia adalah kurator) yang menutup bisnis debitor dan menjual aset-aset debitor pailit. Aset-aset debitor tersebut dibagi-bagikan kepada para kreditor berdasarkan *absolute priority rule*. Urutan pertama adalah biaya-biaya administrasi kepailitan; urutan kedua adalah *statutory priority*, seperti pajak, sewa dan upah dan keuntungan yang belum dibayar, urutan ketiga adalah utang-utang yang tidak dijamin (utang-utang kepada kreditor konkuren, termasuk utang obligasi jangka panjang). Sedangkan utang-utang yang dijamin (*secured creditor*) dibayar diluar pihak-pihak prioritas tersebut. Pemegang hak tanggungan ini mendapat pembayaran penuh walaupun pada akhirnya utang yang tidak dijamin tidak mendapat pembayaran sama sekali. Ketentuan ini juga sama dengan di Inggris (UK) Jerman dan Perancis, tetapi

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ *Ibid*

jarang digunakan karena mahal. Di Inggris kreditor yang memberikan pinjaman secara tidak tetap (*Floating charge*), yang dijamin dengan seluruh aset-aset perusahaan tidak merupakan subjek dari pemegang hak tanggungan lainnya. Jika perusahaan ini wanprestasi, kreditor ini mempunyai hak untuk melikuidasi seluruh aset-aset debitor yang bersangkutan, yang tidak termasuk aset-aset yang dijamin dengan hak tanggungan. Di Indonesia karena pajak merupakan kewajiban, yang timbul karena undang-undang (*statutory priority*), Kreditor pajak tidak dapat menggunakan hukum kepailitan untuk penagihan utang pajak, atau tidak dapat menjadi salah satu kreditor, yang harus ikut dalam rapat-rapat verifikasi. Karena pajak merupakan utang yang mendapat hak prioritas berdasarkan undang-undang, maka Kantor Pajak dapat menagih pajak diluar proses kepailitan.

Menurut Roman Tomasic likuidasi adalah:

*A process where the assets of a company are collected and realised, the resulting proceeds are applied in discharging all its debts and liabilities, and any balance*⁶⁹.

Menurut Andrew Keay, Likuidasi korporasi tunduk kepada hukum korporasi:

*If a company is insolvent it may be wound up in one of two ways. A creditor will force its liquidation through a court order (known as compulsory liquidation) or the members of company will resolve to wind up their company under the watchful eyes of the creditors (known as creditors' voluntary winding up*⁷⁰. *Selanjutnya, A Court may also the winding up of company in insolvency if found, in an application for the liquidation of the company....., that company is insolvent*⁷¹.

⁶⁹ Andrew Keay, *The Law of Company Liquidation, 4 th edition* (Sydney, LBC, 1999), hlm. 4.

⁷⁰ *Ibid*, hlm. 364

⁷¹ *Ibid*, hlm. 369

Dalam hukum kepailitan korporasi, istilah *liquidation* dan *winding up* mempunyai pengertian yang sama. Di Australia, menurut *Australian corporate insolvency law*⁷², ada tiga bentuk likuidasi korporasi. Pertama, likuidasi berdasarkan insolvensi, atau pailit (*winding up on the ground of insolvency*) sebagaimana yang telah diuraikan di atas. Kedua, likuidasi berdasarkan putusan pengadilan (*court winding up*). Pengadilan mempunyai suatu kebebasan untuk melakukan penilaian apakah suatu korporasi dapat dipailitkan atau tidak. Hal ini tercermin dari pendapat Wals JA dalam *Shreeve v. Martin*:

*Despite the fact that creditor has a prima facie right to obtain an order for the winding up of the company, this discretion of the court as to wheather it will grant a winding up order will not be lost even where a creditor has complied with the statuary deeming provisions and the debtor has failed to pay the debt due*⁷³.

Sementara itu Dunn J (*justice*) juga menerima pendapat: *the court has a discreation to decline to order that company be wound up notwithstanding the deemed insolvency of the company*⁷⁴.

Namun apabila mayoritas dari kreditor tidak menyetujui likuidasi, pengadilan akan menolak permohonan pailit tersebut (*where a majority of the creditors oppose the winding up, the court will dismiss the winding up application*). Putusan ini diambil oleh Needham J (hakim) dalam *Re Jakob*

⁷² Roman Tomasic, *op.cit.*, hlm. 201-277

⁷³ *Ibid*, hlm. 202

⁷⁴ *Ibid*

Industries Pty Ltd⁷⁵. Dalam hal permohonan pailit yang diajukan *secara volunter*, pengadilan mempunyai kewenangan untuk memerintah suatu kepailitan apabila terdapat bukti tentang adanya penipuan atau kesalahan dan sebaliknya⁷⁶.

Dilihat dari ketentuan pembubaran perseroan tersebut di atas, likuidasi berdasarkan insolvensi atau pailit (*winding up on the ground of insolvency*) terdapat pada Pasal 142 (1) huruf d dan e. Likuidasi secara sukarela (*voluntary winding up*) terdapat pada Pasal 142 (1) huruf a, sedangkan likuidasi berdasarkan penetapan pengadilan (*court winding up*) terdapat pada Pasal 142 (1) huruf c. Selama dalam likuidasi, perseroan masih berstatus sebagai badan hukum, sampai dengan diterimanya pertanggungjawaban likuidator oleh RUPS, atau pengadilan⁷⁷. Dalam hubungan ini, suatu perseroan dapat dilikuidasi akibat adanya keadaan insolvensi atau pailit. Jadi, keadaan insolvensi yang menyebabkan perseroan dilikuidasi, bukan karena tidak membayar utang atau berhenti membayar utang. Konsep ini berlainan dengan konsep likuidasi yang dianut dalam undang-undang kepailitan Indonesia dimana, suatu perseroan dapat dilikuidasi karena tidak membayar utang.

Konsep likuidasi diimplementasikan dengan penunjukan *receiver*, likuidator dan kurator. Secara teknis, sebenarnya *receivership* (Kurator) bukanlah prosedur kepailitan; Pertama, *receivership* bukanlah pembuktian

⁷⁵ *Ibid*

⁷⁶ *Ibid*, hlm. 222

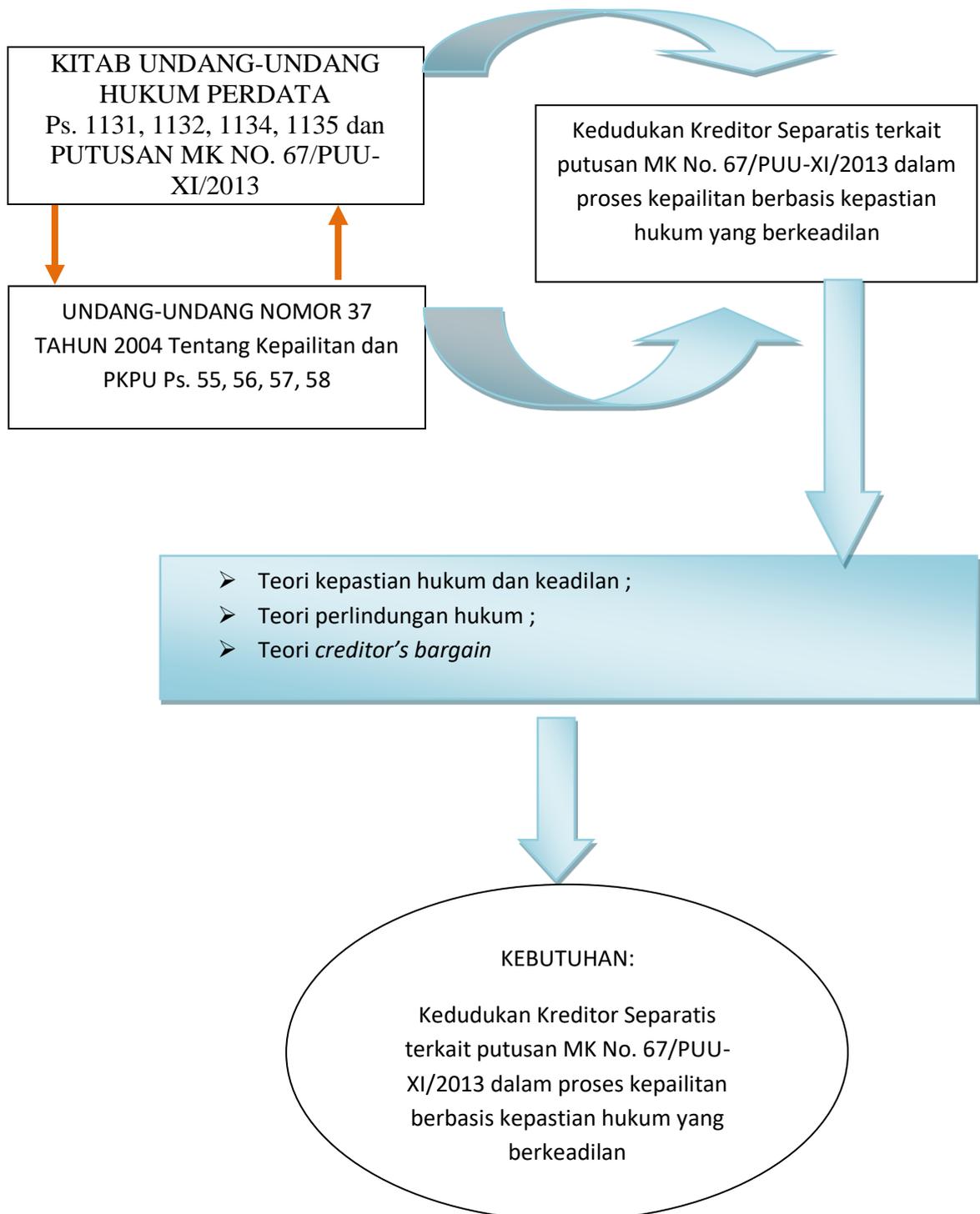
⁷⁷ Pasal 143 (1) Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas

soal kepailitan, tetapi adalah perjanjian yang muncul dari para kreditor dan debitor; Kedua, *receivership* bukanlah prosedur bagi para kreditor secara kolektif tetapi adalah hanya untuk kepentingan kreditor pemegang hak tanggung; Ketiga, fungsi *receivership* tidak untuk menyehatkan perusahaan tetapi untuk melakukan realisasi pembayaran kepada kreditor pemegang hak jaminan. *Receivership* yang diatur dalam hukum perseroan tersebut mengatur; Pertama, menetapkan kewajiban *receiver* dalam administrasi kepailitan; Kedua, melaksanakan aturan tentang hak prioritas dalam likuidasi; Ketiga, melakukan identifikasi aturan-aturan dalam prosedur kepailitan korporasi.

Dengan demikian, *receivership* adalah Kurator yang khusus hak-hak pemegang hak jaminan dalam proses likuidasi. Oleh karena itulah konsep *morgagate in possession* hanya diterapkan dalam konsep likuidasi. Sebuah langkah cepat berupa formula yang konstruktif dan berkeadilan terhadap kedudukan Kreditor separatis dalam proses penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan harus segera diwujudkan.

G. Kerangka Pemikiran Disertasi

SKEMA



H. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian hukum normatif. Pemilihan metode ini, mengingat bahwa penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Oleh karena itu, pilihan metode penelitian ini adalah penelitian hukum normatif yang berkaitan dengan prinsip-prinsip dan norma hukum kepailitan dalam hukum kepailitan di Indonesia⁷⁸.

Jenis penelitian/pendekatan yang digunakan oleh promovendus adalah penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum kepustakaan⁷⁹, Karena menjadikan bahan kepustakaan sebagai tumpuan utama. Dalam penelitian hukum normatif ini penulis melakukan penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal yang bertujuan untuk sampai sejauh manakah hukum positif tertulis yang ada serasi. Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian taraf sinkronisasi secara horizontal, maka yang ditinjau adalah perUndang-Undangan yang sederajat yang mengatur bidang yang sama⁸⁰.

2. Sumber data

Sesuai dengan metode pendekatan yang akan digunakan dalam penelitian ini, maka data yang dipakai adalah data sekunder. Data sekunder

⁷⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2005, hlm. 35.

⁷⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, PT. Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm 23.

⁸⁰ *Ibid.* hlm. 19

adalah data-data yang diperoleh tidak langsung bersumber dari lapangan⁸¹. Dari sudut kekuatan mengikatnya, data sekunder dapat digolongkan ke dalam:

- a. Bahan Hukum Primer, yaitu bahan-bahan ilmu hukum yang berhubungan erat dengan permasalahan yang diteliti, yaitu :
 - i. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sebelum dan sesudah amendemen;
 - ii. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*);
 - iii. Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang
 - iv. Undang-Undang No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan
 - v. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 67/PUU-XI/2013
 - vi. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-VI/2008
- b. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan penjelasan atau membahas lebih hal-hal yang telah diteliti pada bahan-bahan hukum primer :
 - 1) Pendapat-pendapat yang relevan dengan penelitian serta data tertulis yang terkait dengan penelitian.
 - 2) Berbagai makalah, jurnal, surat kabar, majalah, dokumen dan data-data dari internet yang berkaitan dengan penelitian.

⁸¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UIPress, Jakarta, 2007, hlm 51.

Sebagai pendukung untuk memperjelas bahan hukum primer maka dilakukan wawancara dengan beberapa narasumber antara lain: Hakim Pengadilan Niaga Semarang dan Kurator.

- 3) Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan-bahan yang memberikan penjelasan dan bersifat mendukung terhadap bahan-bahan hukum Primer dan Sekunder, Seperti Kamus Besar Bahasa Indonesia, buku pegangan, almanak dan sebagainya. Dalam penelitian saya ini menggunakan Kamus Besar Bahasa Indonesia.

3. Teknik pengumpulan data

Jenis penelitian ini adalah tergolong penelitian hukum normatif, maka teknik pengumpulan data yang digunakan adalah metode kajian kepustakaan atau studi dokumenter yang secara aktif akan dilakukan oleh promovendus terhadap sumber-sumber hukum yang berkaitan dengan penelitian ini. Teknik pengumpulan data terhadap bahan-bahan hukum primer dilakukan dengan cara menginventarisasi, mempelajari dan mencatat tentang asas-asas dan norma hukum yang menjadi objek permasalahan ataupun yang dapat dijadikan alat analisis terhadap masalah penelitian ini. Teknik pengumpulan data terhadap bahan-bahan hukum sekunder dilakukan dengan cara menelusuri literatur-literatur ataupun hasil-hasil penelitian hukum yang relevan dengan masalah penelitian ini. Teknik pengumpulan data terhadap bahan-bahan hukum tersier dilakukan dengan cara menelusuri kamus-kamus hukum, kamus bahasa dan dokumen tertulis lainnya yang

dapat memperjelas suatu persoalan atau suatu istilah yang ditemukan pada bahan-bahan hukum primer dan sekunder.

4. Metode Analisa Data

Analisa data merupakan langkah terakhir dalam suatu kegiatan penulisan. Analisis data dilakukan secara kualitatif artinya menguraikan data secara bermutu dalam bentuk yang teratur, runtun, logis, tidak tumpang tindih dan efektif sehingga memudahkan interpretasi data pemahaman analisis.⁸²

Data yang diperoleh melalui pengumpulan data sekunder tersebut akan dikumpulkan kemudian dianalisis untuk mendapatkan kejelasan terhadap masalah yang akan dibahas. Semua data yang terkumpul diolah dan di susun secara sistematis untuk selanjutnya disajikan dalam bentuk deskriptif yang kemudian disimpulkan. Metode analisis yang digunakan dalam penulisan ini adalah metode interpretasi, yaitu data yang telah dikumpulkan kemudian dideskripsikan secara kualitatif.

Dalam analisis data, penulis menggunakan metode kualitatif artinya semua data yang diperoleh dianalisis secara utuh sehingga terlihat adanya gambaran yang sistematis dan faktual. Dari hasil analisis dan interpretasi tersebut, penulis menarik kesimpulan untuk menjawab isu hukum tersebut. Analisa data diakhiri dengan memberikan saran mengenai apa yang seharusnya dilakukan terhadap isu hukum tersebut.

⁸² Winarno Surachman, *Data dan Teknik Research: Pengertian Metodologi Ilmiah*, CV Tarsito, Bandung, 1973, hlm. 27

I. Orisinalitas Penelitian

Beberapa penelitian yang telah dilakukan berkenaan dengan kedudukan Kreditor separatis dalam proses penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan diantaranya adalah:

No	Judul Penelitian	Penyusun dan Tahun Penelitian	Hasil Penelitian	Perbedaan dengan Promovendus
1	Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia	Dr. Siti Anisah, S.H., M.Hum./Tahun 2008, Universitas Indonesia Jakarta.	Penelitian/Disertasi ini menyatakan secara substantif Undang-Undang Kepailitan pro kreditor. Hal ini dapat dilihat dari persyaratan permohonan pernyataan yang memudahkan debitor pailit. Penundaan kewajiban pembayaran utang cenderung melindungi kepentingan kreditor, karena jangka waktunya relatif singkat, perdamaian ditentukan oleh kreditor, dan terdapat peluang untuk membatalkan putusan perdamaian yang	Penelitian ini lebih kepada bagaimana kedudukan Kreditor separatis dalam penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan sehubungan dengan adanya ketentuan penangguhan eksekusi dan pembatasan jangka waktu eksekusi jaminan dalam UU kepailitan kurang selaras dengan ketentuan hukum jaminan. Sehingga

			telah berkekuatan hukum tetap	berpotensi merugikan Kreditor separatis.
2	Tinjauan Kritis terhadap Undang-Undang Kepailitan: Menuju Hukum Kepailitan yang Melindungi Kepentingan Kreditor dan Debitor	Prof. Dr. Sunarmi, S. H., M. H, Program Doktor Ilmu Hukum USU Medan, 2005	Tujuan penelitian ini untuk mengetahui bagaimana Undang-Undang Kepailitan dapat melindungi kepentingan kreditor dan debitor, yang diantaranya menguraikan tentang seharusnya konsep insolvency test dimasukkan dalam Undang-Undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang terutama dalam rangka pemberian perlindungan terhadap debitor, selain untuk mengetahui apakah ketidak mampuan membayar debitor disebabkan perusahaan bangkrut ataukah karena tidak mau membayar utangnya karena ada alasan tertentu.	Penelitian ini lebih kepada bagaimana kedudukan Kreditor separatis dalam penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan sehubungan dengan adanya ketentuan penangguahn eksekusi dan pembatasan jangka waktu eksekusi jaminan dalam UU kepailitan kurang selaras dengan ketentuan hukum jaminan. Sehingga berpotensi merugikan Kreditor separatis.
3	<i>Corporate Rescue:</i>	Asra, Program	Pokok pembahasan	Penelitian ini

	<p><i>Key Concept</i> dalam Kepailitan Korporasi</p>	<p>Doktor (S-3) Ilmu Hukum, Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 2014</p>	<p>dalam penelitian ini yaitu mengenai permasalahan – permasalahan tentang bagaimanakah hubungan konsep likuidasi dengan pailitnya perusahaan solvable dan viable (prospektif) di Indonesia. Bagaimanakah sikap Mahkamah Agung terhadap pailitnya perusahaan - perusahaan solvable di Indonesia dan bagaimanakah konsep ideal hukum kepailitan korporasi di Indonesia di masa depan.</p>	<p>lebih kepada bagaimana kedudukan Kreditor separatis dalam penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan sehubungan dengan adanya ketentuan penangguhan eksekusi dan pembatasan jangka waktu eksekusi jaminan dalam UU kepailitan kurang selaras dengan ketentuan hukum jaminan. Sehingga berpotensi merugikan Kreditor separatis.</p>
--	--	---	--	--

J. Sistematika Penulisan Disertasi

Dalam rangka mengorganisasikan gagasan-gagasan pemikiran yang terhimpun dalam disertasi ini, sehingga menjadi sebuah tulisan ilmiah

akademik yang sistematis, sistematika penulisannya disusun ke dalam 6 (enam) bab, yang masing-masing BAB berisikan sebagai berikut:

Paparan substansi pada BAB I, adalah pendahuluan yang memuat Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian Disertasi, Kegunaan Penelitian Disertasi yang terdiri dari Kegunaan Teoritis dan kegunaan Praktis, Kerangka Teori Disertasi, Kerangka Konsep, Kerangka Teori Disertasi yang terdiri dari Teori kepastian hukum dan keadilan sebagai *Grand Theory*, Teori perlindungan hukum dan efektifitas hukum sebagai *Middle Theory*, Teori hukum progresif sebagai *Applied Theory*, Kerangka Pemikiran serta Metode Penelitian dan Sistematika Penulisan Disertasi.

Pada BAB II, Tinjauan Pustaka berisikan mengenai pengertian kepailitan, tujuan kepailitan, syarat-syarat permohonan pernyataan pailit, akibat-akibat hukum pernyataan pailit, proses pengurusan dan pemberesan hartga pailit.

Uraian BAB III, berisikan tentang kedudukan Kreditor separatis dalam proses penyelesaian utang melalui lembaga kepailitan saat ini. Memaparkan tentang Kedudukan kreditor Separatis dalam lembaga hukum jaminan, kedudukan Kreditor Separatis dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang kepailitan dan PKPU. Secara substansial paparan yang tertuang pada BAB III ini merupakan jawaban dari permasalahan pertama dalam disertasi ini.

Materi pada BAB IV, memaparkan tentang perlindungan hukum tenaga kerja dalam hal terjadi debitor telah dinyatakan pailit sebelum dan pasca putusan MK No. 67/PUU-XI/2013. Secara substansial paparan yang terutang pada BAB IV ini merupakan jawaban dari permasalahan kedua dalam disertasi ini.

Adapun BAB V, berisikan rekonstruksi kedudukan kreditur separatis terkait putusan MK No. 67/PUU-XI/2013 dalam proses kepailitan berbasis kepastian hukum yang berkeadilan. Secara substansial paparan yang tertuang pada BAB V ini merupakan jawaban dari permasalahan ketiga dalam disertasi ini.

Terakhir, BAB VI Penutup, berisikan Simpulan dan Saran-Saran (rekomendasi). Simpulan studi pada intinya merupakan jawaban-jawaban atas permasalahan yang diajukan berdasarkan hasil analisis dan pembahasan di bab-bab sebelumnya.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

E. Sejarah Hukum Kepailitan di Indonesia

Hukum kepailitan Indonesia secara historis dimulai sejak Indonesia berada dalam penjajahan Belanda yang kedua yaitu tahun 1816-1942. Pemerintah Hindia Belanda ketika itu menerapkan peraturan kepailitan yang berlaku di Kerajaan Belanda untuk diaplikasikan pula terhadap Indonesia sebagai negara jajahannya. Kemudian setelah Indonesia memproklamasikan kemerdekaannya pada tanggal 17 Agustus 1945, peraturan kepailitan tersebut masih tetap berlaku hingga tahun 1998.

Berikut ini kronologi hukum Kepailitan Indonesia.

1. Zaman penjajahan Belanda – 1945

Hukum kepailitan yang berlaku di Indonesia sebelum tahun 1945 adalah peraturan kepailitan yang berlaku di negara Kerajaan Belanda berdasarkan asas konkordansi karena Indonesia masih dibawah jajahan Belanda. Mula-mula kepailitan untuk kasus pedagang (pengusaha) Indonesia diatur dalam *Wetboek van Koophandel* (W.v.K) Buku Ketiga yang berjudul *Van de Voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden* (peraturan tentang ketidakmampuan pedagang). Aslinya peraturan ini termuat dalam pasal 749 sampai dengan pasal 910 W.v.K, tetapi kemudian dicabut berdasarkan pasal 2 *Verordening ter Invoering van de Faillissementsverordening* (*Staatsblad* 1906-348). Peraturan ini adalah peraturan kepailitan yang berlaku hanya bagi pedagang saja, sedangkan kepailitan untuk

yang bukan pedagang (pengusaha) diatur tersendiri dalam *Reglement op de Rechtsvordering* atau disingkat Rv (Staatsblad 1847-52 jo. 1849-63), Buku Ketiga, Bab Ketujuh yang berjudul *van de Staat van Kennelijk Onvermogen* (tentang Keadaan nyata-nyata tidak mampu), dalam pasal 899 sampai dengan pasal 915 yang kemudian telah dicabut oleh Staatsblad 1906-348.

Adanya dua buah peraturan ini telah menimbulkan banyak kesulitan dalam pelaksanaannya, diantaranya adalah:

- a. banyak formalitas yang harus ditempuh;
- b. biaya tinggi;
- c. terlalu sedikit bagi kreditor untuk dapat ikut campur terhadap jalannya proses kepailitan;
- d. pelaksanaan kepailitan memakan waktu yang lama.

Oleh karena adanya kesulitan-kesulitan tersebut, timbul keinginan untuk membuat peraturan kepailitan yang sederhana dengan tidak menimbulkan biaya banyak agar memudahkan dalam pelaksanaannya. Sehubungan dengan hal tersebut maka pada tahun 1905 telah diundangkan *Faillissementsverordening* (Staatsblad 1905-217). Peraturan ini lengkapnya bernama *Verordening op het Faillissement en de Surseance van Betaling voor de Europeanen in Nederlands Indie* (Peraturan untuk Kepailitan dan Penundaan Pembayaran bagi orang-orang Eropa di Hindia Belanda). Berdasarkan *Verordening ter invoering van de Faillissementsverordening* (Staatsblad 1906-348), *Faillissementsverordening* (Staatsblad 1905-217) ini dinyatakan mulai berlaku sejak tanggal 1 November 1906.

2. Zaman pendudukan Jepang 1942 - 1945

Pada masa ini tidak ada peraturan kepailitan yang dibuat oleh Jepang. Namun pada tahun 1947, pemerintah Hindia Belanda di Jakarta menerbitkan Peraturan Darurat Kepailitan (*Noodsregeling Faillissement*) Tahun 1947 Staatsblad Tahun 1947-214 yang mulai berlaku 19 Desember 1947, selanjutnya disebut Peraturan Darurat Kepailitan. Tujuannya adalah untuk memberikan dasar hukum bagi penghapusan putusan pailit yang terjadi sebelum berakhirnya masa penjajahan Jepang.

Peraturan Darurat Kepailitan (*Noodsregeling Faillissement*) ini tidak berfungsi lagi seiring dengan telah tercapainya tujuan tersebut. Peraturan Darurat Kepailitan (*Noodsregeling Faillissement*) karena bersifat sementara dan tugas-tugas yang diatur di dalamnya sudah selesai dilaksanakan maka tidak berlaku lagi. Selain itu, berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945, peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah kolonial termasuk Peraturan Darurat Kepailitan tidak berlaku lagi karena dibuat setelah kemerdekaan.

3. Zaman kemerdekaan 1945 - 1998

Setelah bangsa dan rakyat Indonesia memproklamasikan kemerdekaannya pada tanggal 17 Agustus 1945 maka berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 seluruh perangkat hukum yang berasal dari zaman Hindia Belanda masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila dan ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam konstitusi UUD 1945.

Soehino mengatakan:⁸³

⁸³ Soehino, *Hukum Tatanegara, Sejarah Ketatanegaraan Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1992, hlm. 17-18.

Proklamasi Kemerdekaan Indonesia tanggal 17 Agustus 1945 merupakan titik tolak bagi bangsa Indonesia dalam rangka mewujudkan Pancasila sebagai sumber daripada segala sumber hukum.

Di atas telah dikemukakan bahwa berdasarkan Proklamasi Kemerdekaan Indonesia tanggal 17 Agustus 1945 berdirilah Negara Indonesia merdeka, dan bersamaan dengan itu lahirlah pula tatahukum Indonesia. Ini berarti bahwa sejak saat itu secara formal sudah tidak berlaku lagi tatahukum lama, yaitu tatahukum Hindia Belanda. Namun karena Undang-Undang Dasar bagi Negara Indonesia yang telah merdeka itu baru disahkan pada tanggal 18 Agustus 1945, maka untuk mengatasi jangan sampai timbul atau terjadi kekosongan hukum maka kita memfungsikan kalimat Proklamasi Kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945 yang berbunyi: “Hal-hal yang mengenai pemindahan kekuasaan dan lain-lain diselenggarakan dengan cara saksama dan dalam tempo yang sesingkat-singkatnya”, sebagai aturan peralihan.

Dengan demikian tata hukum lama, yaitu tata hukum Hindia Belanda masih tetap berlaku, sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa Pancasila dan Proklamasi Kemerdekaan Indonesia tanggal 17 Agustus 1945. Kemudian setelah disahkannya Undang-Undang Dasar Negara Indonesia merdeka, dan yang dinyatakan mulai berlaku pada tanggal 18 Agustus 1945, maka hal tersebut, yaitu masih tetap berlakunya tatahukum lama, tatahukum Hindia Belanda, ditegaskan dalam Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 yang berbunyi: “Segala Badan Negara dan Peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar itu”, maksudnya ialah Undang-Undang Dasar 1945.

Untuk mempertegas bahwa masih tetap berlakunya peraturan perundang-undangan yang ada sampai berdirinya Negara Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945 tersebut. Pada tanggal 10 Oktober 1945, Pemerintah Republik Indonesia mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1945 tentang Badan-Badan Dan Peraturan Pemerintah Dulu. Pasal 1 Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1945 tentang Badan-Badan dan Peraturan Pemerintah Dulu menentukan, bahwa

segala Badan-Badan Negara dan Peraturan-peraturan yang ada sampai berdirinya Negara Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar masih berlaku asal saja tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar tersebut. Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1945 tentang Badan-Badan Dan Peraturan Pemerintah Dulu berlaku surut sejak tanggal 17 Agustus 1945. Hal tersebut ditegaskan dalam ketentuan Pasal 2 Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1945 tentang Badan-Badan Dan Peraturan Pemerintah Dulu yang menyatakan, bahwa Peraturan ini mulai berlaku pada tanggal 17 Agustus 1945.

Dengan demikian berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 dan Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1945 tentang Badan-Badan Dan Peraturan Pemerintah Dulu tersebut maka setelah Indonesia merdeka untuk hukum kepailitan masih tetap menggunakan *Faillissementsverordening* Staatsblad 1905-217 jo. Staatsblad 1906-348 yang dalam bahasa Indonesia disebut sebagai Peraturan Kepailitan.

Namun di dalam praktek, *Faillissementsverordening* relatif sangat jarang digunakan. Hal ini disebabkan antara lain karena keberadaan peraturan itu ditengah-tengah masyarakat kurang dikenal dan dipahami. Sosialisasinya ke masyarakat sangat minim, bahkan nyaris tidak ada. Awalnya *Faillissementsverordening* itu berlaku bagi pedagang di lingkungan masyarakat yang tunduk pada hukum perdata dan hukum dagang Barat saja. Akibatnya, *Faillissementsverordening* itu tidak dirasakan sebagai suatu peraturan yang

menjadi milik masyarakat pribumi sehingga tidak pernah tumbuh di dalam kesadaran hukum masyarakat.

Selain karena faktor tersebut diatas, faktor penyebab lainnya adalah karena sebagian besar masyarakat pedagang atau pengusaha pribumi Indonesia dan para pengusaha menengah dan kecil masih belum banyak melakukan transaksi bisnis yang sangat besar. Pada umumnya pula mereka masih melakukan transaksi dalam lingkungan yang terbatas. Sebagian besar pengusaha Bumiputra belum mengenal sistem hukum bisnis Barat. Antara lain mereka belum :

- a. melakukan kegiatan usaha dengan mendirikan badan usaha berbentuk Perseroan Terbatas;
- b. menerbitkan dan atau melakukan perdagangan surat-surat berharga;
- c. melakukan pembukuan atas transaksi-transaksi bisnis dan keadaan keuangan;
- d. melakukan pembayaran dengan menggunakan sistem perbankan;
- e. membebaskan tanggung jawab atas utangnya pada kekayaan perusahaan, bukan pada kekayaan pribadinya.

Faktor lainnya adalah, masyarakat masih menyangsikan kemampuan pengadilan untuk dapat bersikap obyektif atau tidak memihak serta akan dengan sungguh-sungguh menegakkan keadilan yang sebaik-baiknya di dalam pemeriksaan permohonan pernyataan pailit. Oleh karena persepsi masyarakat yang negatif terhadap badan peradilan, masyarakat merasa tidak memiliki sarana yang efektif yang dapat digunakan oleh kreditor untuk dapat melindungi kepentingannya,

khususnya agar debitor yang nakal dapat melunasi kewajibannya dan jika perlu dengan melakukan paksaan secara hukum melalui pengadilan.

Selain kepailitan yang diatur dalam Peraturan kepailitan / *Faillissementsverordening* (*Staatsblad* 1905-217) yang berlaku sampai dengan tahun 1998, pada tahun 1992 pemerintah Republik Indonesia juga mengundang beberapa regulasi yang mengatur secara parsial kepailitan badan hukum, antara lain dalam :

- a. Undang-undang Nomor 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian, dalam pasal 20 mengatur tentang kepailitan dan likuidasi usaha perasuransian.
- b. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Usaha Perseroan Terbatas, dalam pasal 90 mengatur tentang kepailitan PT, yaitu apabila direksi hendak mempailitkan PT maka direksi harus mendapatkan persetujuan dari rapat umum pemegang saham (RUPS).

Regulasi yang mengatur kepailitan di luar Peraturan Kepailitan termasuk Undang-undang Nomor 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian dan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Usaha Perseroan Terbatas tidak boleh mengurangi ketentuan dalam Peraturan Kepailitan.

4. Era reformasi 1998

Kemudian akibat krisis moneter yang melanda Indonesia pada pertengahan 1997 telah berimbas pula pada krisis politik yang mengakibatkan lengsernya rezim Orde Baru dibawah Suharto yang telah berkuasa sejak tahun 1966. Krisis moneter

tersebut telah mengakibatkan banyak perusahaan yang bangkrut dan kredit macet di perbankan yang membung tinggi, masyarakat kreditor mulai mencari-cari sarana yang dapat digunakan untuk menagih tagihan piutangnya dengan memuaskan. Dirasakan bahwa peraturan kepailitan yang ada yaitu *Faillissementsverordening* sudah sangat tidak dapat diandalkan lagi oleh mereka.

Krisis tersebut sebagai akibat dari krisis keuangan ribawi. Krisis keuangan global yang berdampak sistemik itu disebabkan karena merosotnya nilai tukar mata uang Negara-negara tersebut terhadap mata uang asing, khususnya terhadap dollar AS. Depresiasi nilai tukar mata uang Rupiah merosot tajam terhadap Dollar AS. Depresiasi mata uang tersebut sejatinya dapat diatasi jika *uang natural (logam)* digunakan sebagai alat transaksi. *Uang natural (logam)* berupa emas dan perak tidak terpengaruh dengan perubahan masa atau fluktuasi nilai tukar *uang kertas* yang ada disekelilingnya sebagaimana sering terjadi. *Uang natural (logam)* berupa emas dan perak tidak lekang oleh zaman dan nilainya tetap stabil meskipun melampaui kurun waktu ratusan tahun.

Sesungguhnya pada awal abad ke – 20, mata uang emas Aceh masih berlaku di dua pasar di Panei, Simalungun dan di utara Danau Toba. Penduduk di dataran tinggi tersebut masih memberikan mahar dalam bentuk mata uang emas dalam perkawinan⁸⁴. Penggunaan *uang natural (logam)* berupa emas dan perak pada hakekatnya sesuai dengan Firman Allah SWT dalam Al Qur'an :

⁸⁴ Daniel Perret, *Kolonialisme dan Etnisitas Batak dan Melayu di Sumatera Timur Laut*, KPG, Jakarta, 2010, hlm. 117.

Surat Al Kahfi ayat 19 :”Maka suruhlah salah seorang diantara kamu pergi ke kota dengan membawa uang Perakmu ini, dan hendaklah dia lihat manakah makanan yang lebih baik dan bawalah sebagian makanan itu untukmu....”

Allah SWT menghendaki agar uang natural yang Dia ciptakan sebagai symbol kasih sayangNya kepada umat manusia hendaknya jangan dilupakan begitu saja. Harus diyakini bahwa pesan-pesanNya yang ada dalam Al Qur’an kepada seluruh umat manusia selalu abadi, tidak akan merugikan siapapun dan dapat meredam nilai tukar mata uang kertas yang selalu berfluktuasi.

Fluktuasi nilai mata uang Rupiah terhadap mata uang Dollar AS yang sangat ekstrim sangat berpengaruh negatif terhadap seluruh aspek kehidupan berbangsa dan bernegara. Pengaruh negatif itu pulalah yang menjadi pemicu gerakan reformasi yang ditandai dengan tumbangNya rezim Orde Baru yang telah berkuasa sejak tahun 1966 dengan lengserNya presiden Suharto pada tanggal 21 Mei 1998 yang diganti dengan rezim Reformasi. Selain itu, depresiasi mata uang Rupiah juga sangat berpengaruh bagi kalangan pengusaha. Para pengusaha mengalami kesulitan pembiayaan untuk mengelola usahanya dalam melakukan pinjaman atau memenuhi kewajiban membayar utang.

Sementara itu pula upaya restrukturisasi utang tidak terlalu tampak menjanjikan bagi para kreditor karena masih terpuruknya sektor riil. Selain itu, dikhawatirkan upaya penyelesaian utang dengan menempuh restrukturisasi utang prosesnya akan dapat berlangsung lama. Banyak debitor yang sulit dihubungi oleh para kreditornya karena berusaha mengelak untuk bertanggung jawab atas penyelesaian utang-utangnya. Upaya restrukturisasi utang hanya mungkin ditempuh apabila debitor bersedia bertemu dan duduk berunding dengan para

kreditornya atau sebaliknya. Disamping adanya kesediaan untuk berunding itu, bisnis debitor harus masih memiliki prospek yang baik untuk mendatangkan *revenue* sebagai sumber pelunasan utang yang direstrukturisasi itu.

Mengingat upaya restrukturisasi utang masih belum dapat diharapkan akan berhasil baik, sedangkan upaya melalui kepailitan dengan menggunakan *Faillissementsverordening* yang berlaku dapat sangat lambat prosesnya dan tidak dapat dipastikan hasilnya, maka masyarakat kreditor terutama masyarakat kreditor luar negeri, menghendaki agar peraturan kepailitan Indonesia yaitu *Faillissementsverordening* secepatnya dapat diganti atau minimal diubah.

Selain itu *International Monetary Fund* (IMF) sebagai pemberi utang kepada pemerintah Republik Indonesia juga berpendapat bahwa upaya mengatasi krisis moneter Indonesia tidak dapat terlepas dari keharusan penyelesaian utang-utang luar negeri para pengusaha Indonesia dan upaya penyelesaian kredit-kredit macet perbankan Indonesia. Oleh karena itu, IMF mendesak pemerintah Republik Indonesia agar segera mengganti atau mengubah peraturan kepailitan yang masih berlaku yaitu *Faillissementsverordening* sebagai sarana penyelesaian utang-utang pengusaha Indonesia kepada para kreditornya, khususnya kreditor yang berasal dari luar negeri.

Sebagai hasil desakan IMF tersebut akhirnya pemerintah Republik Indonesia turun tangan dan lahirlah Perpu No. 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Kepailitan (Perpu Kepailitan). Perpu tersebut telah mengubah dan menambah beberapa pasal *Faillissementsverordening* (Peraturan Kepailitan).

Dilihat dari segi bahasa, ada yang kurang tepat pada judul Perpu tersebut, karena selama ini *Faillissementsverordening* kita kenal dengan nama/sebutan *Peraturan Kepailitan* dan bukan *Undang-undang Kepailitan*. Oleh penyusun Perpu, kata *verordening* dalam *Faillissementsverordening* telah diterjemahkan kedalam istilah *Peraturan*, maka Perpu Kepailitan tersebut seyogyanya disebut sebagai Perpu No. 1 Tahun 1998 tentang *Perubahan Peraturan Kepailitan*, bukan *Perubahan Undang-undang Kepailitan*.

Setelah diterbitkannya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Kepailitan pada tanggal 22 April 1998 oleh pemerintah Republik Indonesia, lima bulan kemudian Perpu Kepailitan tersebut diajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk disetujui dan ditetapkan sebagai Undang-undang. Kemudian pada tanggal 9 September 1998 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No. 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Kepailitan itu ditetapkan menjadi Undang-undang No. 4 Tahun 1998.

Dalam upaya memahami terjadinya perubahan terhadap *Faillissementsverordening* hingga menjadi Undang-undang Kepailitan yaitu UU No. 4 Tahun 1998, perlu diketahui latar belakang (*historical background*) mengapa perubahan itu dilakukan. Beberapa pertimbangan yang dikemukakan di dalam bagian pertimbangan dari undang-undang Kepailitan tersebut adalah sebagai berikut :

- a. gejolak moneter yang terjadi di Indonesia sejak pertengahan tahun 1997 telah memberi pengaruh yang tidak menguntungkan terhadap kehidupan perekonomian nasional dan menimbulkan kesulitan yang

besar dikalangan dunia usaha untuk meneruskan kegiatannya termasuk dalam memenuhi kewajibannya kepada kreditor;

- b. untuk memberikan 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;
- d. peraturan tentang kepailitan yang masih berlaku, yaitu *Faillissementsverordening* atau undang-undang tentang Kepailitan sebagaimana termuat dalam Staatsblad Tahun 1905 Nomor 217 juncto Staatsblad Tahun 1906 Nomor 348, memerlukan penyempurnaan dan penyesuaian dengan keadaan dan kebutuhan bagi penyelesaian utang-piutang tadi;
- e. 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 debitor 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 dilingkungan Peradilan Umum yang dibentuk dan bertugas menangani, memeriksa dan memutuskan berbagai sengketa tertentu di bidang perniagaan termasuk di bidang kepailitan dan penundaan pembayaran utang, juga sangat diperlukan dalam penyelenggaraan kegiatan usaha dan kehidupan perekonomian pada umumnya;
- g. sehubungan dengan adanya kebutuhan yang sangat mendesak bagi penyelesaian masalah seperti tersebut diatas, dipandang perlu untuk secepatnya melakukan penyempurnaan terhadap beberapa ketentuan dalam Undang-undang tentang Kepailitan (*Faillissementsverordening*, Staatsblad Tahun 1905 Nomor 217 juncto Staatsblad Tahun 1906 Nomor 348) dan menetapkannya dengan peraturan pemerintah pengganti undang-undang.

Dalam penjelasan Undang-Undang kepailitan No. 4 Tahun 1998 itu diuraikan tentang pokok-pokok penyempurnaan terhadap *Faillissementsverordening* itu. Pokok-pokok penyempurnaan itu meliputi segi-segi penting yang dinilai perlu untuk mewujudkan penyelesaian masalah utang-piutang secara cepat, adil, terbuka dan efektif yaitu :

- a. penyempurnaan syarat-syarat dan prosedur permintaan pernyataan kepailitan, termasuk didalamnya pemberian kerangka waktu yang pasti bagi pengambilan putusan pernyataan kepailitan;

- b. penyempurnaan pengaturan yang bersifat penambahan ketentuan tentang tindakan sementara yang dapat diambil pihak-pihak yang bersangkutan, khususnya kreditor, atas kekayaan debitor sebelum adanya putusan pernyataan kepailitan;
- c. penenguhan fungsi Kurator dan penyempurnaan yang memungkinkan berfungsinya pemberian jasa-jasa tersebut disamping institusi yang selama ini telah dikenal, yaitu Kurator. Ketentuan yang ditambahkan antara lain mengatur syarat-syarat untuk dapat melakukan kegiatan sebagai Kurator berikut kewajiban mereka;
- d. penengasan upaya hukum yang dapat diambil terhadap putusan pernyataan kepailitan, bahwa untuk itu dapat langsung diajukan Kasasi ke Mahkamah Agung. Tata cara dan kerangka waktu bagi upaya hukum tadi juga ditegaskan dalam penyempurnaan ini;
- e. dalam rangka kelancaran proses kepailitan dan pengamanan berbagai kepentingan secara adil, dalam rangka penyempurnaan ini juga ditegaskan adanya mekanisme penangguhan pelaksanaan hak di antara kreditor yang memegang hak tanggungan, gadai atau agunan lainnya. Diatur pula ketentuan mengenai status hukum atas perikatan-perikatan yang telah dibuat debitor sebelum adanya putusan pernyataan kepailitan;
- f. penyempurnaan dilakukan pula terhadap ketentuan tentang penundaan kewajiban pembayaran utang sebagaimana telah diatur dalam Bab Kedua Undang-undang Kepailitan;

g. penegasan dan pembentukan peradilan khusus yang akan menyelesaikan masalah kepailitan secara umum. Lembaga ini berupa Pengadilan Niaga dengan hakim-hakimnya yang akan bertugas secara khusus. Pembentukan Pengadilan Niaga ini bukan merupakan langkah diferensiasi atas Peradilan Umum, yang dimungkinkan pembentukannya berdasarkan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman.

Mengenai Pengadilan Niaga, dapat dikemukakan bahwa pengadilan niaga ini bukan merupakan badan peradilan baru diluar badan-badan peradilan yang telah ditetapkan oleh Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman tersebut, tetapi sekedar merupakan *chamber* khusus yang baru dalam peradilan umum. Jadi, bukan badan peradilan yang berdiri sendiri.

Dalam peraturan pemerintah pengganti undang-undang ini, peradilan khusus yang disebut pengadilan niaga tersebut akan khusus bertugas menangani permintaan pernyataan kepailitan. Keberadaan lembaga ini akan diwujudkan secara bertahap. Begitu pula dengan lingkup tugas dan kewenangannya di luar masalah kepailitan, akan ditambahkan atau diperluas dari waktu ke waktu. Semuanya akan dilakukan dengan mempertimbangkan tingkat kebutuhan dan yang penting lagi adalah tingkat kemampuan serta ketersediaan sumber daya yang akan mendukungnya.

Perpu No. 1 Tahun 1998 sebagaimana kemudian telah disahkan menjadi UU No. 4 Tahun 1998 bukan merupakan undang-undang kepailitan yang baru melainkan hanya sekedar mengubah dan menambah *Faillissementsverordening*, Staatsblad

Tahun 1905 Nomor 217 juncto Staatsblad Tahun 1906 Nomor 348. *Faillissementsverordening*, Staatsblad Tahun 1905 Nomor 217 juncto Staatsblad Tahun 1906 Nomor 348 terdiri atas 279 pasal, sedangkan UU No. 4 Tahun 1998 mencabut 6 pasal yaitu Pasal 14A, 19, 218, 219, 221 dan 272 serta 1 ayat yaitu Pasal 149 ayat (3). Terdapat 93 Pasal yang diubah dan menambah 10 Pasal baru. Dengan demikian jumlah Pasal UU No. 4 Tahun 1998 adalah 282 Pasal.

Sebelum peraturan pemerintah pengganti undang-undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang tentang Kepailitan diajukan oleh pemerintah kepada Dewan Perwakilan Rakyat, terlebih dahulu telah diadakan pertemuan setengah kamar antara DPR yang diwakili oleh berbagai fraksi Dewan Perwakilan Rakyat dan Menteri Kehakiman mewakili pemerintah Indonesia. Pada pertemuan tersebut terjadi perbedaan pendapat antara Dewan Perwakilan Rakyat dengan pemerintah mengenai substansi dari peraturan pemerintah pengganti undang-undang Nomor 1 Tahun 1998 tersebut.

Kalangan Dewan Perwakilan Rakyat menginginkan agar materi yang diatur dalam Perpu itu diubah karena banyak hal yang tidak memadai pengaturannya. Namun demikian, pihak pemerintah berpendapat bahwa sebaiknya Perpu itu diterima begitu saja oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan disahkan sebagai undang-undang. Alasan pemerintah adalah karena *deadline* yang ditetapkan dalam *Letter of Intent* yang telah ditanda tangani antara pemerintah Republik Indonesia dengan IMF mengenai keharusan bagi Indonesia untuk segera mengundang undang-undang kepailitan telah melampaui waktunya.

Pemenuhan isi *Letter of Intent* itu merupakan syarat bagi Indonesia untuk dapat memperoleh pengucuran dana pinjaman dari IMF yang sangat dibutuhkan oleh Indonesia dalam rangka mengatasi kesulitan ekonomi sebagai akibat krisis moneter yang melanda Indonesia mulai pertengahan tahun 1997. Jalan keluar sehubungan dengan perbedaan pendirian antara Dewan Perwakilan Rakyat dengan pemerintah itu adalah melalui jalan kompromi, yaitu disepakati bahwa pemerintah dalam jangka waktu paling lama satu tahun terhitung sejak tanggal UU Nomor 4 Tahun 1998 diundangkan, yaitu sejak tanggal 9 September 1998, akan menyampaikan RUU tentang Kepailitan yang baru kepada DPR RI.

5. Hukum kepailitan periode 2004 - sekarang

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan meskipun telah disempurnakan dan disesuaikan dengan perkembangan zaman, namun jika ditinjau dari substansinya masih terdapat berbagai kekurangan dan kelemahan. Oleh karena itu perlu untuk diadakan perubahan atau revisi atau dibuat undang-undang kepailitan baru yang merupakan produk pemerintah nasional, guna merespon kebutuhan dan perkembangan hukum masyarakat. Sehubungan dengan itu, pemerintah pada tanggal 18 Oktober 2004 mengundangkan Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Undang-undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang terdiri dari tujuh bab dan 308 pasal.

Beberapa pokok substansi baru yang diatur di dalam UU Nomor 37 Tahun 2004 antara lain :

Pertama, agar tidak menimbulkan berbagai penafsiran, dalam Bab Ketentuan Umum yang mengatur definisi operasional dibuatkan batasan pengertian, termasuk pengertian utang dan jatuh tempo;

Kedua, mengenai syarat-syarat permohonan pailit dan permohonan PKPU, termasuk pemberian kerangka waktu yang pasti dalam penanganan perkaranya yang dihitung sejak pendaftaran perkara sampai dengan putusan.

F. Pengertian Kepailitan

Kepailitan berasal dari kata "pailit". Apabila ditelusuri lebih mendasar, kata "pailit" dijumpai dalam perbendaharaan Bahasa Belanda, Prancis, Latin, dan Inggris, dengan istilah yang berbeda-beda. Dalam Bahasa Belanda, pailit berasal dari istilah "*failliet*" yang mempunyai arti ganda, yaitu sebagai kata benda dan sifat. Dalam Bahasa Prancis, pailit berasal dari kata "*faillite*" yang berarti pemogokan atau kemacetan pembayaran; sedangkan orang yang mogok atau berhenti membayar dalam Bahasa Prancis dinamakan "*lefaili*". Kata kerja "*failir*" berarti gagal. Dalam Bahasa Inggris dikenal kata "*to fail*" dengan arti yang sama; dalam Bahasa Latin disebut "*failure*". Di negara-negara berbahasa Inggris, pengertian pailit dan kepailitan diwakili dengan kata-kata "*bankrupt*" dan "*bankruptcy*".⁸⁵

Dalam kepustakaan, Algra mendefinisikan kepailitan adalah *Faillissementis een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van een schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeiser*. Terjemahannya bahwa kepailitan adalah suatu sitaan

⁸⁵ Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Utang*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2001, hlm. 26 - 27

umum terhadap semua harta kekayaan dari seorang debitor atau si berutang untuk melunasi utang-utangnya kepada kreditor atau si berpiutang.⁸⁶

Henry Campbell Black memberikan pengertian kepailitan sebagai *a statutory procedure by which a (usu.insolvent) debtor obtains financial relief and undergoes a judicially supervised reorganization of liquidation of the debtor's assets for the benefit of creditor.*⁸⁷ Maknanya bahwa kepailitan adalah suatu prosedur berdasarkan putusan pengadilan yang mengakibatkan seorang (pada umumnya) debitor yang *insolvent* mendapatkan pembebasan secara finansial dan untuk selanjutnya berada di bawah pengawasan hukum dengan tujuan untuk mereorganisasi aset-aset debitor yang telah dilikuidasi untuk keuntungan kreditor. Menurut Radin dalam bukunya *the Nature of Bankruptcy*, tujuan semua undang-undang kepailitan (*bankruptcy law*) adalah untuk memberikan suatu forum kolektif untuk memilah hak-hak dari berbagai penagih terhadap aset seorang debitor yang tidak cukup nilainya (*debt collection system*). Dengan demikian, tujuan Undang-Undang Kepailitan adalah untuk melikuidasi aset-aset yang dimiliki oleh debitor untuk keuntungan para kreditornya. Pada beberapa Negara maju tujuan ini pada praktiknya berubah. Undang-Undang Kepailitan menjadi instrumen penting untuk mereorganisasi dan melanjutkan usaha debitor ketika mengalami kesulitan keuangan⁸⁸, untuk-mereorganisasi baik utang maupun aset-asetnya.

⁸⁶ Algra, *inleiding tot Het Nederlands Privaatrecht*, Tjeenk Willink, Groningen, 1974, hlm. 425

⁸⁷ *Ibid*

⁸⁸ W.W. McBryde, et. al., eds., *Principle of European Insolvency Law*, Deventer: Kluwer, 2003, hlm. 488

Demikian, maka kepailitan merupakan pelaksanaan lebih lanjut dari prinsip *paritas creditorium* dan prinsip *pari passu prorata parte* dalam rezim hukum harta kekayaan (*vermogensrechts*). Prinsip *paritas creditorium* berarti bahwa semua kekayaan debitor baik yang berupa barang bergerak ataupun arang tidak bergerak maupun harta yang sekarang telah dipunyai debitor dan barang-barang dikemudian hari akan dimiliki debitor terikat kepada penyelesaian kewajiban debitor⁸⁹. Sementara itu, prinsip *pari passu prorata parte* berarti bahwa harta kekayaan tersebut merupakan jaminan bersama untuk para kreditor dan hasilnya harus dibagikan secara proporsional antara mereka, kecuali apabila antara para kreditor itu ada yang menurut undang-undang harus didahulukan dalam menerima pembayaran tagihan⁹⁰.

Kepailitan merupakan suatu jalan keluar yang bersifat komersial untuk keluar dari persoalan utang piutang yang menghimpit seorang debitor, dimana debitor tersebut sudah tidak mempunyai kemampuan lagi untuk membayar utang-utang tersebut kepada para kreditornya. Bila keadaan ketidakmampuan untuk membayar kewajiban yang telah jatuh tempo tersebut disadari oleh debitor, maka langkah untuk mengajukan permohonan penetapan status pailit terhadap dirinya (*voluntary petition for self bankruptcy*) menjadi suatu langkah yang memungkinkan, atau penetapan status pailit oleh pengadilan terhadap debitor tersebut bila kemudian ditemukan bukti bahwa debitor tersebut memang telah tidak mampu lagi

⁸⁹ Kartini Mulyadi, *Kepailitan dan Penyelesaian Utang Piutang*, dalam Rudy Lontoh, Ed., *Penyelesaian Utang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Bandung, 2001, hlm. 168

⁹⁰ *Ibid*

membayar utangnya yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih (*involuntary petition for bankruptcy*)⁹¹.

Lembaga kepailitan ini diharapkan berfungsi sebagai lembaga alternatif untuk penyelesaian kewajiban-kewajiban debitor terhadap kreditor secara lebih efektif, efisien, dan proposional. Harold F. Lusk mendeskripsikan fungsi kepailitan sebagai berikut⁹²:

The purpose of the bankruptcy act is (1) to protect creditors from one another, (2) to protect creditors from their debtor, and (3) to protect the honest debtor from his creditors. To accomplish these objectives, the debtor is required to make full disclosure of all his property and to surrender it to the trustee. Provisions are made for examination of the debtor and of punishment of the debtor who refuses to make an honest disclosure and surrender of his property. The trustee of the bankrupt's estate administers, liquidates, and distributes the proceeds of the estate to creditors, Provisions are made for determination of creditor rights, the recovery of preferential payment, and the disallowance of preferential liens and encumbrances. If the bankrupt has been honest in his business transactions and in his bankruptcy proceedings, he is granted a discharge.

Selanjutnya Jerry Hoff menggambarkan kepailitan, sebagai⁹³:

Bankruptcy is a general statutory attachment encompassing all the assets of the debtor. The bankruptcy only covers the assets. The personal status of an individual will not be affected by the bankruptcy; he is not placed under guardianship. A company also continues to exist after the declaration of bankruptcy. During the bankruptcy proceedings, acts with regard to the bankruptcy estate can only be performed by the receiver, but other acts remain part of the domain of the debtor's corporate organs.

⁹¹ Ricardo Simanjuntak, "Esensi Pembuktian Sederhana dalam Kepailitan", dalam Emmy Yuhassarie (ed), *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Kajian Hukum, Jakarta, 2005, hlm. 55-56.

⁹² Harold F. Lusk, *Business Law: Principles and Cases*, Richard D. Irwin Inc., Homewood Illinois, hlm. 1076-1077.

⁹³ Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law*, Tatanusa, Jakarta, 1999, hlm. 11, Jerry Hoff berpendapat bahwa kepailitan merupakan suatu sita secara umum menurut hukum yang meliputi seluruh kekayaan debitor, kepailitan hanya meliputi kekayaan, status pribadi seorang individu tidak akan dipengaruhi oleh kepailitan, ia tidak ditaruh di bawah pengampunan. Suatu permasalahan juga tetap ada setelah putusan, pernyataan kepailitan diucapkan. Setelah proses kepailitan, tindakan terhadap hanya dapat dilakukan oleh kurator, tetapi tindakan lain tetap merupakan wewenang organ-korporat debitor. Lihat Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan*, *op. cit.*, hlm. 2.

Apabila kepailitan dihubungkan dengan ketidakmampuan untuk membayar dari seorang (debitor) atau utang-utang yang telah jatuh tempo⁹⁴, maka dalam pemberesan dan pengurusan harta pailit, sebaiknya Hakim Pengawas mengawasi pengurusan dan pemberesan harta pailit secara arif, bijaksana dan cermat, dalam artian tidaklah boleh merugikan salah satu pihak, apakah itu debitor atau kreditor. Demikian, jelaslah bahwa pengertian pailit itu adalah keadaan di mana seorang debitor tidak mampu untuk melunasi utang-utangnya pada saat utang tersebut jatuh tempo. Pernyataan pailit ini tidak boleh diputuskan begitu saja, melainkan harus didahului dengan pernyataan pailit oleh pengadilan, baik atas permohonan sendiri secara sukarela maupun atas permintaan seorang atau lebih pihak ketiga (sebagai kreditornya).

Kepailitan berarti segala hal yang berhubungan dengan "pailit". Menurut Black Law Dictionary, kata *bankrupt* berarti⁹⁵:

"the state or condition of a 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 involuntary petition has been filled, or who has filled a voluntary petition, or who has been adjudged a bankrupt".

Artinya, apabila dapat dihubungkan dengan ketidakmampuan untuk membayar dari seorang (debitor) atau utang-utang yang telah jatuh tempo⁹⁶. Ketidakmampuan tersebut harus disertai dengan suatu tindakan nyata untuk mengajukan, baik yang dilakukan secara sukarela oleh debitor sendiri (*voluntary*

⁹⁴ Newsletter, Edition No. 38/X/September/1999, hlm. 31-33.

⁹⁵ Henry Campbell Black, *op. cit.*, hlm. 1142

⁹⁶ Newsletter, Edition No. 38/X/September/1999, hlm. 31-33

petition) maupun atas permintaan pihak ketiga atau di luar debitor (*involuntary petition*) suatu permohonan pernyataan pailit ke Pengadilan.

Jika dibaca rumusan yang diberikan dalam Pasal 2 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, dapat diketahui pernyataan pailit merupakan suatu putusan Pengadilan. Hal ini berarti bahwa sebelum adanya suatu pernyataan pailit oleh Pengadilan, seorang debitor tidak dapat dinyatakan berada dalam keadaan pailit. Dengan adanya pengumuman putusan pernyataan pailit tersebut, maka berlakunya Pasal 1132 KUHPerdara atas seluruh harta kekayaan debitor pailit, yang berlaku umum bagi semua kreditor konkuren dalam kepailitan, tanpa terkecuali untuk memperoleh pembayaran atas seluruh piutang-piutang konkuren mereka.

Lembaga kepailitan merupakan suatu kebutuhan pokok di dalam aktifitas bisnis karena adanya status pailit yang merupakan salah satu sebab pelaku bisnis keluar dari pasar. Begitu memasuki pasar pelaku bisnis bermain di dalam pasar. Apabila pelaku bisnis sudah tidak mampu lagi untuk bermain di arena pasar, maka dapat keluar dari pasar atau terpaksa bahkan mungkin dipaksa keluar dari pasar. Dalam hal seperti inilah kemudian lembaga kepailitan itu berperan⁹⁷. Dalam praktik bisnis berutang bukanlah sesuatu salah dan tabu, bahkan sangat lazim. Perusahaan yang didirikan oleh negara sendiri, seperti Perusahaan Perseroan (Persero) yang modalnya dapat sebagian atau seluruhnya berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan juga melakukan hal yang sama. Selama perusahaan yang bersangkutan masih dapat membayar utang tersebut, tidak ada yang salah dengan utang tersebut

⁹⁷ Rahayu Hartini, *Hukum Kepailitan* (Edisi Rewisi), UPT Penerbitan Universitas Muhammadiyah Malang (UMM), Malang, 2008, hlm. 3-4

(*solvabel*)⁹⁸. Dapat dikatakan bahwa semua perusahaan besar yang masuk dalam kategori konglomerat memiliki utang yang besar. Masyarakat umum berpandangan makin besar perusahaan yang bersangkutan akan makin besar pula utang perusahaan yang bersangkutan. Permasalahan akan menjadi lain apabila perusahaan yang berutang tersebut tidak mampu lagi membayar utang-utangnya. Di sini terjadi suatu keadaan tidak mampu membayar utang (*insolvabel*)⁹⁹.

Pada masa berlakunya *Faillissementsverordening* 1906 dikemukakan beberapa kelemahan yang terdapat di dalamnya¹⁰⁰:

1. Prinsip penyelesaian pailit yang tertuju kepada harta kekayaan dan tidak kepada si pailit, dapat dimanfaatkan oleh debitor untuk menghindari tuntutan pidana kepada dirinya akibat praktek bisnis merugikan kreditor atau pihak ketiga. Dengan dimulainya proses pemeriksaan kepailitan, debitor terbebas dari ancaman pidana, mengingat persoalan yang dihadapi adalah masalah utang piutang, yakni debitor yang berhenti membayar.
2. Permohonan kepailitan dapat dikabulkan jika secara sumir terbukti adanya keadaan yang menunjukkan telah berhenti membayar. Tidak adanya penjelasan resmi tentang pengertian sumir dan telah berhenti membayar menyebabkan.

⁹⁸ Ridwan Khairandy, et.al, *Pengantar Hukum Dagang Indonesia I*, Pusat Studi Fakultas Hukum UII - Gamma Media, Yogyakarta, 2000, hlm. 289.

⁹⁹ *Ibid*

¹⁰⁰ Wirjolukito, *Penyelesaian Kepailitan Melalui Pengadilan (Studi Kasus)" Makalah pada Seminar Restrukturisasi Organisasi Bisnis melalui Hukum Kepailitan*, Kerjasama Fakultas Hukum Universitas Diponegoro dengan ELIPS Project, Semarang 11 Desember 1997, hlm. 3 - 7.

3. Pengertian dalam keadaan berhenti membayar menimbulkan dua penafsiran, yakni: (1) debitor tidak mampu membayar; dan (2) debitor tidak (meskipun mau) membayar.
4. Pada dasarnya pengajuan kepailitan paling banyak dimohon oleh kreditor, meskipun terdapat ketentuan bahwa kepailitan dapat diajukan debitor, kreditor atau jaksa untuk kepentingan umum. Permohonan yang diajukan debitor lebih banyak ditujukan untuk menghindari tuntutan pidana.
5. Suatu putusan kepailitan yang diambil majelis hakim secara serta merta dapat dilaksanakan meskipun ada upaya kasasi. Dalam praktek hal ini tidak dapat dilaksanakan karena hakim beranggapan bahwa suatu putusan yang dilakukan upaya hukum masih dapat berubah, sehingga apabila putusan hakim di tingkat pertama langsung dilaksanakan, namun putusan pada tingkat akhir berbeda, maka ada kesulitan untuk melaksanakan putusan tersebut.
6. Ketentuan yang memberikan wewenang bagi hakim untuk melakukan penyitaan terhadap kekayaan debitor dalam praktek dikesampingkan karena:
 - a. Jika debitor orang pribadi, kekayaan pailit sulit dilacak atau didaftar, dan pihak bank di mana kekayaan itu disimpan, tidak mau atau enggan bekerjasama dengan alasan rahasia bank.

- b. Jika debitor suatu badan hukum perusahaan, penyegelan dapat berakibat berhentinya operasi perusahaan, terutama menyangkut kehidupan dan nasib karyawannya yang akan kehilangan pekerjaan.
7. Balai Harta Peninggalan hanya bertugas menguasai *boedel* pailit dan tidak dibenarkan melakukan tindakan apapun berkaitan dengan harta tersebut. Hal ini mengakibatkan debitor yang hartanya disegel atau bahkan dinyatakan pailit, kehilangan hak untuk mengurus hartanya. Hal tersebut *boedel* tidak produktif berkaitan dengan lamanya proses kepailitan.

Kelemahan di atas, secara keseluruhan berkaitan dengan substansi kepailitan. Salah satu titik lemah Peraturan Kepailitan adalah mengenai ringannya persyaratan untuk dapat dinyatakan pailit. Tidak ada perubahan yang mendasar yang dapat mengatasi beberapa kelemahan Peraturan Kepailitan itu¹⁰¹, meskipun telah mengalami perubahan undang-undang hingga dua kali. Persyaratan pailit tersebut dapat dilihat dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yang menyatakan debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya. Pernyataan pailit ini tidak boleh diputuskan begitu saja, melainkan harus didahului dengan permohonan pernyataan pailit kepada pengadilan, baik atas permohonan sendiri secara sukarela maupun atas permintaan seorang atau lebih pihak ketiga (sebagai kreditornya).

¹⁰¹ Sri Wardah, "Beberapa Masalah Hukum Acara Kepailitan dan Peradilan Niaga dalam - Undang-Undang No. 4 Tahun 1998", Jurnal Magister Hukum UII, Volume 1 No. 1, Februari 1999, hlm. 69.

Ada beberapa yurisprudensi di Belanda, seperti Hoge Raad 22 Maret 1985 (NJ. 1985 No. 548), *Hoge Raad* 22 Juli 1988 (NJ. 1988 No. 912), dan *Hoge Raad* 24 Juli 1995 (NJ.1995 No. 753) yang menentukan bahwa debitor harus mempunyai lebih dari satu kreditor. Kalau dibandingkan, tampaknya ketentuan kepailitan yang baru memang mengikuti alur pemikiran *Hoge Raad*. Perbedaannya, ketentuan kepailitan yang baru lebih diperberat dengan memperhatikan kedudukan debitornya. Terhadap persyaratan kedua, yaitu debitor dalam keadaan berhenti membayar atau tidak membayar utang, undang-undang tidak memberi penjelasan lebih lanjut. Dengan sendirinya, ukuran atau kriteria debitor yang berhenti membayar atau tidak membayar utang tersebut diserahkan kepada doktrin dan hakim." Dengan demikian, maka hakimlah yang harus menentukan ada atau tidak adanya keadaan berhenti membayar utang. Namun, mereka tidak menjelaskan lebih lanjut ukuran apa yang dipakai oleh hakim untuk menentukan kapan debitor berada dalam keadaan berhenti membayar, dan oleh karena itu dapat dijatuhkan putusan pailit.

Dilihat dari beberapa yurisprudensi dapat diketahui bahwa "berhenti membayar" tidak harus diartikan sebagai keadaan di mana debitor memang tidak mempunyai kesanggupan lagi untuk membayar utang-utangnya kepada salah seorang atau lebih kreditor. Masih dapat diartikan sebagai keadaan di mana debitor tidak berprestasi lagi pada saat permohonan pailit diajukan ke pengadilan. Artinya, kalau debitor masih dapat berprestasi walaupun permohonan pailit diajukan ke pengadilan, debitor yang bersangkutan belum berada dalam keadaan berhenti membayar. Sidang pengadilan harus dapat membuktikan berdasarkan fakta atau

keadaan bahwa debitor tidak berprestasi lagi, sehingga dirinya dapat dikatakan berada dalam keadaan tidak dapat membayar utang-utangnya.

Demikian, pailit merupakan suatu keadaan di mana debitor tidak mampu untuk melakukan pembayaran-pembayaran terhadap utang-utang pada kreditornya. Keadaan tidak mampu membayar lazimnya disebabkan karena kesulitan kondisi keuangan (*financial distress*) dari usaha debitor yang telah mengalami kemunduran. Sedangkan kepailitan merupakan putusan pengadilan yang mengakibatkan sita umum atas seluruh kekayaan debitor pailit, baik yang telah ada maupun yang akan ada di kemudian hari. Pengurusan dan pemberesan kepailitan dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan seorang hakim pengawas dengan tujuan utama menggunakan hasil penjualan harta kekayaan tersebut untuk membayar seluruh utang debitor pailit tersebut secara proporsional (*prorate parte*) dan sesuai dengan struktur kreditor¹⁰².

Makna insolvensi menurut Andrew Keay: "*under the cash flow test a person (or company) is generally regarded as insolvent when he or she is unable to pay debts as they become due* ", artinya bahwa apabila keadaan kas keuangan seseorang (atau perusahaan) dapat secara umum dianggap bangkrut, ketika seseorang atau perusahaan tersebut tidak mampu untuk membayar utang sebagaimana mereka jatuh tempo¹⁰³.

G. Syarat-Syarat Permohonan Pernyataan Pailit

Sebelum kreditor mengajukan permohonan pernyataan pailit terhadap debitor, syarat materil yang harus dipenuhi oleh kreditor adalah adanya 1 (satu) utang

¹⁰² M. Hadi Shubhan, *op. cit.*, hlm. 1.

¹⁰³ Goode, *The Principle of Corporate Insolvency Law*, Sweet and Maxwell, 1990, hlm. 26

yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, serta debitor memiliki setidaknya 2 (dua) kreditor¹⁰⁴. Jika dianalisis persyaratan materiil untuk mengajukan permohonan pernyataan pailit adalah sangat sederhana, yakni adanya utang yang jatuh tempo dan dapat ditagih yang belum dibayar lunas serta memiliki sekurang-kurangnya 2 (dua) kreditor. Adanya suatu utang akan dibuktikan oleh kreditor bahwa debitor mempunyai utang yang dapat ditagih karena sudah jatuh tempo ataupun dimungkinkan oleh perjanjiannya untuk dapat ditagih. Persoalan yuridis mengenai utang dalam proses pembuktian beracara kepailitan adalah utang yang bagaimana yang dapat dikategorikan utang sebagaimana yang diatur dalam Pasal 2 ayat (I) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tersebut.

Dalam proses acara kepailitan konsep utang tersebut sangat menentukan, oleh karena tanpa adanya utang tidaklah mungkin perkara kepailitan akan dapat diperiksa. Tanpa adanya utang tersebut, maka esensi kepailitan menjadi tidak ada karena kepailitan adalah merupakan pranata hukum untuk melakukan likuidasi *asset* debitor untuk membayar utang-utangnya terhadap para kreditornya¹⁰⁵. Menurut Ned Waxman bahwa utang merupakan *raison d'etre* dari suatu kepailitan. Ned Waxman mengatakan bahwa: "*The concept of a claim is significant in determining which debts are discharged and who share in distribution*".¹⁰⁶

Pada dasarnya pailit itu bersumber dari adanya utang yang tidak dibayarkan.

Dalam perspektif ekonomi, utang adalah, yaitu sesuatu yang diutangkan oleh

¹⁰⁴ M. Hadi Shubhan, *op. cit.*, hlm. 88.

¹⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 34

¹⁰⁶ Ned Waxman, *Bankruptcy*, Gilbert Law Summaries, Hacoourt Brace Legal and Professional Publication Inc., Chicago, hlm. 6, dikutip dalam M. Hadi Shubhan, *loc. cit.*, hlm. 34.

seseorang kepada orang lain, termasuk uang, barang-barang, atau jasa-jasa¹⁰⁷. Utang adalah suatu transaksi diantara dua belah pihak yang menyebabkan salah satu pihak mempunyai kewajiban untuk mengembalikan sejumlah uang, barang-barang atau jasa-jasa kepada pihak lainnya pada saat tertentu di waktu yang akan datang. Utang dapat berbunga atau tanpa bunga¹⁰⁸.

Jadi, utang adalah suatu kewajiban yang ada pada orang atau badan hukum kepada seseorang atau badan hukum lainnya¹⁰⁹. Utang adalah sejumlah uang dimana seseorang berkewajiban dan menyatakan persetujuannya. Suatu jumlah uang tertentu yang dipinjamkan kepada seseorang dari orang lainnya, termasuk di dalamnya debitor tidak hanya berkewajiban untuk membayar tetapi juga menjadi hak kreditor untuk menerima kembali uangnya dan memaksa debitor membayar utang itu¹¹⁰.

Inti dari pengertian utang dari beberapa pengertian di atas adalah adanya kewajiban dari satu pihak kepada pihak lain untuk melakukan pembayaran sejumlah uang, barang-barang, atau jasa-jasa pada waktu yang telah ditentukan sesuai dengan yang telah diperjanjikan. Utang itu dapat dijamin maupun tidak dijamin, dapat dikenakan bunga maupun tidak dikenakan bunga.

Menurut J Satrio, utang berdasarkan Pasal 1234 KUHPerdara, berpendapat bahwa tagihan atas suatu prestasi objeknya tidaklah harus berupa sejumlah uang tertentu, tetapi dapat juga berupa kewajiban untuk melakukan sesuatu atau tidak

¹⁰⁷ A. Abdurrachman, *Ensiklopedi Ekonomi, Keuangan dan Perdagangan*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hlm. 303.

¹⁰⁸ Komarudin, *Ensiklopedia Manajemen*, Bumi Aksara, Jakarta, 1994, hlm. 201.

¹⁰⁹ Douglas Greenwald, *The McGraw-Hill Encyclopedia of Economic*, Mc Graw-Hill, Inc., New York, 1982, hlm. 245

¹¹⁰ Henry Campbell Black, *Black Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul Minn, 1979, hlm. 363.

melakukan sesuatu, bahkan kalau ada kewajiban untuk memberikan sesuatupun objeknya tidak harus berupa "jumlah uang tertentu"¹¹¹. Dalam hal ini yang disebut dengan "utang" adalah "perikatan" dalam arti hubungan tertentu atau kewajiban prestasi tertentu¹¹².

Dilihat dari perspektif kreditor, proses kepailitan terhadap suatu perusahaan telah merupakan salah satu cara penagihan utang atau kredit macet, di samping berbagai cara penagihan utang atau kredit macet lainnya yang dikenal oleh hukum, seperti penagihan utang melalui prosedur pengadilan dengan prosedur biasa. Sementara itu, dari kaca mata perusahaan pailit, proses kepailitan telah menjadi salah satu cara kreditor untuk menekan atau menakut-nakuti debitor untuk segera membayar atau merestrukturisasi utang-utang. Di samping sebagai salah satu cara bagi perusahaan pailit untuk menyelesaikan utang-utangnya, terutama jika dia sudah dalam keadaan tidak mampu membayar utang, misalnya jika jumlah utangnya sudah jauh melebihi asetnya, sedangkan prospek jumlah utangnya sudah semakin suram. Dalam hal ini yang dilakukan oleh debitor adalah mengajukan sendiri permohonan pernyataan pailit kepada pengadilan niaga melalui suatu proses yang dikenal dengan istilah permohonan pernyataan pailit secara sukarela (*Voluntary Bankruptcy*).

Kriteria utang menurut Pasal 1 angka 6 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 diatur utang secara rinci dan jelas, yaitu:

"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

¹¹¹ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Undang-Undang*, Bagian Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 25.

¹¹² *Ibid*

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."

Penjabaran definisi utang dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 ini merupakan perbaikan yang cukup signifikan dari *Faillissements-verordening* dan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998, yang tidak menjelaskan mengenai makna utang. Pada masa awal berlakunya Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 terdapat 2 (dua) interpretasi baik dari kalangan akademisi maupun praktisi. Satu kelompok menyatakan bahwa utang berarti utang yang timbul dari perjanjian utang-piutang yang berupa sejumlah uang. Kelompok ini menginterpretasikan utang dalam arti sempit, sehingga tidak mencakup prestasi yang timbul sebagai akibat adanya perjanjian di luar perjanjian utang-piutang.

Dalam praktik peradilan kepailitan juga ada sebagian hakim (Agung) yang menganut penafsiran sempit ini. Dalam kasus PT Jawa Barat Indah (Pemborong Apartemen) melawan Sumeni Omar Sanjaya dan Widiyastuti (Pembeli Apartemen), Mahkamah Agung dalam Putusan Peninjauan Kembali (PK) No. 05PK/N/1999 berpendapat bahwa menurut Pasal 1 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 dinyatakan bahwa utang tersebut adalah utang pokok dan bunganya sehingga yang dimaksud dengan utang di sini adalah dalam kaitannya dengan hubungan hukum pinjam meminjam uang atau kewajiban untuk membayar sejumlah uang sebagai salah satu bentuk khusus dari berbagai bentuk perikatan pada umumnya¹¹³.

¹¹³ *Ibid.*, hlm. 88-89

Menurut Tri Harnowo bahwa utang sangat terkait dengan ada atau tidaknya debitor dan kreditor dan sebenarnya kreditor yang mana yang berhak mengajukan permohonan pernyataan pailit. Bila diamati dalam beberapa wacana yang timbul mengenai pengertian utang, sebenarnya ada tiga pengertian, yaitu¹¹⁴:

- a. Pengertian utang dalam arti sempit, yaitu bahwa utang hanya timbul dari perjanjian utang-piutang biasa;
- b. Pengertian utang dalam arti luas, yaitu utang tidak hanya timbul dari perjanjian utang-piutang, tetapi juga timbul karena kewajiban yang mewajibkan debitor untuk membayar, yang timbul dari suatu perjanjian;
- c. Pengertian utang yang sangat luas, yaitu utang bukan hanya berasal dari perjanjian tetapi juga dari Undang-Undang dan bahkan bukan hanya timbul sebagai akibat kewajiban membayar tetapi karena timbul juga kewajiban untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu, yaitu berdasarkan Pasal 1234 KUHPerdara.

Dalam *Faillissementsverordening* (Fv) atau Peraturan Kepailitan pun menganut utang dalam arti luas. Menurut Siti Soemarti Hartono menyatakan bahwa dalam yurisprudensi ternyata bahwa membayar tidak selalu berarti menyerahkan sejumlah uang¹¹⁵. Menurut Putusan H.R. 3 Juni 1921 membayar berarti memenuhi suatu perikatan, ini dapat diperuntukkan untuk menyerahkan barang-barang. Di samping prinsip utang menganut konsep utang dalam arti luas yang dijadikan

¹¹⁴ Tri Harnowo, *Kreditor Preferen dan Separatis, Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya: Proseding Rangkaian Lokakarya Terbatas Masalah-Masalah Kepailitan dan Wawasan Hukum Bisnis Lainnya Tahun 2004*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2005, hlm. 129

¹¹⁵ Siti Soernarti Hartono, *Pengantar Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1993, hlm. 8. Lihat pula M. Hadi Shubhan, *op. cit.*, hlm.90.

dasar mengajukan permohonan pernyataan pailit harus memenuhi unsur sebagaimana diuraikan berikut ini¹¹⁶:

- a. Utang tersebut telah jatuh tempo;

Suatu utang dikatakan telah jatuh tempo ketika waktu tersebut telah sesuai dengan jangka waktu yang sudah diperjanjikan atau terdapat hal-hal lain, di mana utang tersebut dapat ditagih sekalipun belum jatuh tempo. Utang yang belum jatuh tempo dapat ditagih dapat menggunakan "*acceleration clause* atau *acceleration provision* " atau percepatan jatuh tempo dan *default clause*. Arti dari *acceleration clause* adalah memberikan hak kepada kreditor untuk mempercepat jangka waktu jatuh tempo dari utang, jika kreditor merasa dirinya tidak aman (*deem itself insecure*), oleh karena itu *acceleration clause* dari pada *default clause* yang digunakan apabila kreditor memandang bahwa hal tersebut perlu dilakukan meskipun utang belum jatuh tempo. Karena kreditor dapat mempercepat jatuh tempo utang debitor dalam hal terjadi *event of default*, artinya telah terjadi sesuatu atau tidak terpenuhinya satu yang diperjanjikan oleh debitor dalam perjanjian kredit sehingga menyebabkan kreditor mempercepat jatuh tempo.

- b. Utang tersebut dapat ditagih;

Utang tersebut bukan utang yang timbul dari perikatan alami (*natuurlijke verbinten*). Perikatan yang pemenuhannya tidak dapat dituntut di muka pengadilan dan yang lazim disebut dengan perikatan alami (*natuurlijke verbinten*) tidak dapat digunakan sebagai alasan untuk mengajukan permohonan pernyataan pailit.

¹¹⁶ M. Hadi Shubhan, *op.cit.*, hlm. 91-92

c. Utang tersebut tidak dibayar lunas;

Utang yang telah dibayar akan tetapi belum melunasi kewajiban maka utang tersebut dapat dijadikan dasar untuk mengajukan permohonan pernyataan pailit. Penegasan ini karena sering terjadi akal-akalan dari debitor, yakni debitor tetap melakukan pembayaran akan tetapi besarnya angsuran pembayaran tersebut masih dari yang seharusnya. Hal ini juga berangkat dari pengalaman pelaksanaan peraturan kepailitan lama yakni dalam *Faillesments Verordening*, yang mensyaratkan bahwa debitor telah berhenti membayar utang dan jika debitor masih membayar utang walaupun hanya sebagian dan masih jauh dari lunas, maka hal itu tidak dapat dikatakan debitor telah berhenti membayar.

Dilihat dari uraian tersebut di atas dalam kepailitan adanya utang sangat menentukan. Oleh karena itu tanpa adanya utang tidaklah mungkin perkara kepailitan akan dapat diperiksa. Utang merupakan *raison d 'etre* dari kepailitan. Namun, walaupun telah ada kepastian mengenai makna utang dalam revisi Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yaitu utang dalam arti luas yang berarti telah paralel dengan konsep KUHPerdara, tetapi perubahan konsep utang ini menjadi terdistorsi ketika dikaitkan dengan hakekat kepailitan dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Undang-Undang ini mempermudah menyatakan pailit subjek hukum, dengan syarat hanya memiliki 2 (dua) variable yakni adanya utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih serta memiliki setidaknya 2 (dua) kreditor. Kemudahan menyatakan pailit subjek hukum seakan dipermudah lagi dengan konsep utang dalam arti luas tersebut. Kelemahan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 ini sering disalahgunakan. Kepailitan bukan sebagai instrumen

hukum untuk melakukan distribusi asset debitor, tetapi digunakan sebagai alat menagih utang atau bahkan untuk mengancam subjek hukum kendati pun tidak berkaitan dengan utang. Dalam pada itu, hukum kepailitan di Indonesia menganut prinsip utang dalam konsep yang luas.

Debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar sedikitnya satu utangnya yang telah jatuh waktunya dan dapat ditagih." Sedangkan menurut Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 bahwa: "debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih".

Apabila syarat-syarat terpenuhi, hakim "menyatakan pailit", bukan "dapat menyatakan pailit". Dalam hal ini kepada hakim tidak diberikan "*judgement*" yang luas seperti pada kasus-kasus lainnya, sungguhpun *limited defence* masih dibenarkan. Mengingat yang berlaku adalah prosedur pembuktian sumir sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan atau Pasal 8 ayat (4) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Kedua pasal itu intinya menyatakan bahwa permohonan pernyataan pailit harus dikabulkan apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana¹¹⁷, bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit telah terpenuhi. Jika diperhatikan ketentuan yang diatur dalam kedua pasal tersebut, maka jelas bahwa yang

¹¹⁷ Ini berarti bahwa apabila telah terbukti secara sederhana bahwa debitor mempunyai lebih dari satu kreditor dan bahwa salah satu utangnya telah jatuh waktu dan dapat ditagih tetapi debitor tidak atau belum membayar utangnya tersebut. Jadi tidak perlu ditagih terlebih dahulu seperti pada keadaan berhenti membayar yang lazim diartikan bahwa kreditor harus terlebih dahulu menagih piutang yang sudah jatuh waktu dan ternyata debitor meskipun sudah ditagih tetap membayar.

dimaksud dengan pembuktian sederhana adalah pembuktian sederhana mengenai¹¹⁸:

- 1) Eksistensi dari suatu utang debitor yang dimohonkan untuk dinyatakan pailit telah jatuh tempo dan dapat ditagih;
- 2) Eksistensi dari dua atau lebih kreditor dari debitor yang dimohonkan untuk dinyatakan pailit.

Untuk mempermudah pengertian tentang pailit, maka di bawah ini dijelaskan syarat-syarat yang dapat dinyatakan pailit, yaitu:

a. Minimal Dua Kreditor

Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, salah satu syarat yang harus dipenuhi ialah debitor harus mempunyai 2 (dua) kreditor atau lebih. Dengan demikian, undang-undang ini hanya memungkinkan seorang debitor dinyatakan pailit apabila debitor memiliki paling sedikit 2 (dua) kreditor. Syarat mengenai adanya minimal 2 (dua) atau lebih kreditor dikenal sebagai *concurcus creditorum*.¹¹⁹ Keharusan adanya dua kreditor yang diisyaratkan dalam Undang-Undang Kepailitan merupakan pelaksanaan dari Pasal 1132 KUH Perdata¹²⁰. Alasan mengapa seorang debitor tidak dapat dinyatakan pailit jika ia hanya mempunyai seorang kreditor adalah bahwa tidak ada keperluan untuk membagi aset debitor diantara para kreditor. Kreditor berhak dalam perkara ini atas semua aset debitor, dalam hal ini tidak ada *concurcus creditorum*.

¹¹⁸ Kartini Mulyadi dan Gunawan Widjaja, *Pedoman Menangani Perkara Kepailitan*, Raja Grafindo Persada, 2003, hlm. 141

¹¹⁹ Sutan Remy Sjahdeni, *op.cit*, hlm. 64

¹²⁰ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *op.cit.*, hlm. 107

Hal ini dapat dimaklumi karena dalam kepailitan, yang terjadi sebenarnya sita umum terhadap semua harta kekayaan debitor yang diikuti dengan likuidasi paksa, untuk nanti perolehan dari likuidasi paksa tersebut dibagi secara *prorata* di antara kreditornya. Kecuali apabila ada diantara para kreditornya yang harus didahulukan menurut Pasal 1132 KUH Perdata¹²¹.

b. Harus Ada Utang

Syarat lain yang harus dipenuhi bagi seorang pemohon pernyataan pailit ialah harus adanya utang. Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan tidak menentukan apa yang dimaksudkan dengan utang. Dengan demikian, para pihak yang terkait dengan suatu permohonan pailit dapat berselisih mengenai ada atau tidaknya utang. Penjelasan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan hanya menyebutkan bahwa "Utang yang tidak dibayar oleh debitor sebagaimana dimaksud dalam ketentuan ini, adalah utang pokok atau bunganya". Jika kita lihat putusan Mahkamah Agung RI Tanggal 02 Desember 1998 No. 03 WN11998, dalam perkara Kepailitan PT Moderland Ralty lawan Drs. Husein Saini dan Johan Subekti, menurut Lee A Weng¹²², utang merupakan kewajiban pembayaran yang terbit dari adanya hubungan hukum pinjam-meminjam atau perikatan utang-piutang, di mana pihak kreditor yang memiliki piutang dan pihak debitor yang mempunyai utang, berupa kewajiban melakukan pembayaran kembali utang yang telah diterima dari kreditor berupa utang pokok ditambah bunga.

¹²¹ Harta kekayaan debitor pailit dibagi secara *Pari Passu*, yaitu harta kekayaan debitor dibagi secara bersama-sama diantara para kreditornya; dan *prorata* yaitu sesuai dengan besarnya imbalan piutang masing-masing kreditor terhadap utang debitor secara keseluruhan.

¹²² Lee A Weng, "Tinjauan Pasal Demi Pasal Perpu No. 1 Tahun 1998 dan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998", Medan, 2001, hlm 22.

Menurut Pasal 1233 KUH Perdata, kewajiban atau utang dapat timbul dari perjanjian atau undang-undang. Ada kewajiban untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu. Beberapa contoh kewajiban yang timbul dari perjanjian adalah¹²³:

- 1) Kewajiban debitor membayar bunga dan utang pokok kepada pihak yang meminjam;
- 2) Kewajiban penjual untuk menyerahkan mobil kepada pembeli mobil tersebut;
- 3) Kewajiban pembangunan untuk membuat rumah dan menyerahkannya kepada pembeli rumah;
- 4) Kewajiban penjamin (*guarantor*) untuk menjamin pembayaran kembali pinjaman debitor kepada kreditor.

Bagi debitor, kewajiban tersebut adalah utang yang memberikan hak menagih kepada kreditor (tagihan atau piutang). Kegagalan debitor (yaitu peminjam, penjual, pembangun dan penjamin) untuk memenuhi kewajiban sebagaimana mestinya dapat menjadi dasar suatu permohonan kepailitan atau permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang¹²⁴.

c. Jatuh Waktu dan Dapat Ditagih

Jika utang dikatakan jatuh tempo dan harus dibayar jika utang tersebut sudah waktunya untuk dibayar. Dalam perjanjian biasanya diatur kapan suatu utang harus dibayar. Jika suatu perjanjian tidak mengatur ketentuan mengenai jatuh

¹²³ Kartini Muljadi, "Pengertian dan Prinsip-prinsip Umum Hukum Kepailitan", dalam Rudy A. Lontoh, Ed. *Menyelesaikan Utang-Piutang melalui pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Bandung, 2001, hlm. 79.

¹²⁴ *Ibid*

tempo utang, utang ini sudah waktunya untuk dibayar setelah pemberitahuan adanya kelalaian diberikan kepada debitor.

Dalam pemberitahuan ini, suatu jangka waktu yang wajar harus diberikan kepada debitor untuk melunasi utang-utangnya. Terhadap istilah "jatuh waktu" dan "dapat ditagih", Sutan Remy Sjahdeni berpendapat bahwa kedua istilah itu berbeda pengertian dan kejadiannya¹²⁵. Suatu utang dapat saja telah dapat ditagih tetapi belum jatuh waktu¹²⁶. Utang yang telah jatuh waktu dengan sendirinya menjadi utang yang telah dapat ditagih, namun utang yang telah dapat ditagih belum tentu merupakan utang yang telah jatuh waktu. Utang hanyalah jatuh waktu apabila menurut perjanjian kredit atau perjanjian utang piutang telah sampai jadwal waktunya untuk dilunasi oleh debitor sebagaimana ditentukan di dalam perjanjian itu.

Tentu saja jika utang tersebut jatuh tempo, kreditor memiliki hak untuk menagih seluruh jumlah yang terutang dan jatuh tempo pada debitor. Dalam kondisi tersebut terdapat kemungkinan bahwa kreditor dapat mempercepat jatuh tempo utang debitor, jika terjadi apa yang dikenal dengan *event of default*. Dengan *event of default* dimaksudkan terjadi sesuatu atau tidak dipenuhinya sesuatu yang diperjanjikan oleh debitor dalam perjanjian kredit¹²⁷ dalam suatu klausula yang diberi judul 9, 184 *events of default*. Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang

¹²⁵ Sutan Remy Sjahdeni, *Hukum Kepailitan*, *op. cit.*, hlm 68.

¹²⁶ Pada perjanjian kredit perbankan, kedua hal tersebut jelas dibedakan. Utang yang telah jatuh waktu ialah utang yang dengan lampaunya waktu penjadwalan yang ditentukan di dalam perjanjian kredit itu, menjadi jatuh waktu dan karena itu pula kreditor berhak menagihnya.

¹²⁷ Adalah lazim dalam perjanjian kredit perbankan untuk mencantumkan klausul yang disebut *event of default clause*, yaitu klausul yang memberikan hak kepada bank untuk menyatakan nasabah *debtor in default* atau cidera janji apabila salah satu peristiwa (*event*) yang tercantum dalam *events of default* itu terjadi. Lihat Sutan Remy Sjahdeni; "*Hukum Kepailitan*", *op. cit.*, hlm. 69.

No. 37 Tahun 2004 menyebutkan pengertian "utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih" sebagai "kewajiban untuk membayar utang yang telah jatuh waktu, baik karena telah diperjanjikan, karena percepatan waktu penagihannya sebagaimana diperjanjikan, karena pengenaan sanksi atau denda oleh instansi yang berwenang, maupun karena putusan pengadilan, arbiter, atau majelis arbitrase."

H. Asas-Asas Hukum Kepailitan

Dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang dalam penjelasannya menyebutkan bahwa keberadaan undang-undang tersebut mendasarkan pada sejumlah asas-asas kepailitan yakni:¹²⁸

1) Asas Keseimbangan

Undang-undang ini mengatur beberapa ketentuan yang merupakan perwujudan dari asas keseimbangan, yaitu satu pihak terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh debitor yang tidak jujur. Pada pihak lain terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh 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

¹²⁸Sri Rejeki Hartono, *Hukum Kepailitan*, UMM Press, Malang, 2008, hlm. 19.

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

4) Asas Integrasi

Asas Integrasi dalam undang-undang ini mengandung pengertian bahwa sistem hukum formil dan hukum materilnya merupakan satu kesatuan yang utuh dari sistem hukum perdata dan hukum acara perdata nasional.

Terdapat beberapa asas yang secara normatif seharusnya dimuat dalam hukum kepailitan, yaitu:¹²⁹

1) Asas Mendorong Investasi dan Bisnis

Undang-Undang Kepailitan harus dapat mendorong kegairahan investasi asing dan pasar modal serta memudahkan perusahaan Indonesia memperoleh kredit luar negeri. Selain itu, Undang-Undang Kepailitan juga harus dapat mendorong investasi asing sehingga asas dan ketentuan yang termuat dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia akan lebih baik apabila memuat asas dan prinsip yang berlaku internasional.

2) Asas Memberikan Manfaat dan Perlindungan yang Seimbang bagi Kreditor dan Debitor

Undang-Undang Kepailitan diadakan untuk memberikan manfaat dan perlindungan kepada para Kreditor apabila Debitor tidak membayar utang-

¹²⁹ Sutan Remy Sjahdeini, 2009, *op.cit*, hlm. 32-49.

utangnya, dan dengan undang-undang tersebut diharapkan para Kreditor dapat memperoleh akses terhadap harta kekayaan debitor yang dinyatakan pailit. Walaupun demikian, perlindungan kepentingan antara Kreditor dan Debitor harus dilakukan secara seimbang.

Implementasi Undang-Undang Kepailitan juga lebih berpihak pada debitor. Hasil penelitian yang dilakukan oleh Siti Anisah dalam disertasinya menyatakan bahwa salah satu bukti keberpihakan terhadap debitor dapat dilihat dari jumlahnya debitor yang dinyatakan pailit kurang dari 50% dari jumlah permohonan pailit yang diajukan ke Pengadilan Niaga. Selain itu perlindungan terhadap kepentingan debitor oleh Pengadilan Niaga dengan cara mengabulkan permohonan pailit yang diajukan debitor.

3) Asas Putusan Pernyataan Pailit Tidak Dapat Dijatuhkan terhadap Debitor yang Masih *Solven*

Permohonan pernyataan pailit hanya dapat diajukan apabila Debitor tidak membayar lebih dari 50% utangnya kepada salah satu atau lebih Debitornya, apabila Debitor tidak membayar utang kepada Kreditor tertentu saja sedangkan pada Kreditor lain yang memiliki tagihan lebih dari 50% dari jumlah seluruh utangnya tetap melaksanakan kewajibannya dengan baik, maka seharusnya tidak dapat diajukan permohonan pailit dan pengadilan dapat menolak permohonan tersebut.

Seorang debitor tidak dapat dikatakan dalam keadaan insolvent apabila hanya kepada seorang kreditor saja debitor tersebut tidak membayut utangnya, sedangkan kepada kreditor-kreditor lainnya debitor tetap melaksanakan kewajiban

pelunasan utangnya dengan baik. Dalam hal debitor tidak membayar utang kepada salah satu kreditornya sedangkan kepada kreditor-kreditor lainnya tetap melaksanakan kewajibannya dengan baik, maka belum tentu debitor tersebut tidak mampu melunasi utangnya, tetapi mungkin saja debitor tidak mau melunasi utangnya karena alasan tertentu.¹³⁰

4) Asas Persetujuan Putusan Pailit Harus Disetujui oleh para Kreditor Mayoritas

Pada asas ini, kepailitan dipandang sebagai suatu kesepakatan bersama antara pihak Kreditor dan pihak Debitor dan Pengadilan hanya mengeluarkan keputusan pailit sebagai penegasan atau *afirmatif*.¹³¹

5) Asas Keadaan Diam (*Standstill* atau *stay*)

Asas ini ditujukan guna mencegah Debitor untuk menyembunyikan atau mengalihkan harta kekayaannya sehingga akan merugikan Kreditor.

6) Asas Mengakui Hak Separatis Kreditor Pemegang Hak Jaminan

Hak separatis ialah hak yang diberikan oleh hukum kepada Kreditor pemegang hak jaminan bahwa barang-barang jaminan yang dibebani dengan hak jaminan tidak termasuk dalam harta pailit.

7) Asas Proses Putusan Pernyataan Pailit Tidak Berkepanjangan

Undang-Undang Kepailitan harus menjamin bahwa proses kepailitan berjalan tidak berlarut-larut oleh sebab itu diperlukan suatu batasan waktu mengenai lama proses kepailitan tuntas sejak proses kepailitan dimulai.

8) Asas Proses Putusan Pernyataan Pailit Terbuka untuk Umum

¹³⁰ Bagus Irawan, *op.cit.*, hlm. 50.

¹³¹ Sutan Remy Sjahdeini, 2009, *op.cit.*, hlm. 42.

Dalam hal ini, keputusan pernyataan pailit harus dapat diketahui oleh masyarakat luas karena putusan pernyataan pailit pada seorang Debitor akan berdampak luas dan menyangkut kepentingan banyak pihak. Sebagai bagian dari asas publisitas dari putusan permohonan pernyataan pailit, dalam kaitannya dengan hubungan kelangsungan hidup dari debitor yang dinyatakan pailit dengan masyarakat luas, Undang-Undang Kepailitan menekankan pentingnya sifat keterbukaan dari proses maupun keputusan kepailitan.¹³²

9) Asas Pengurus Perusahaan Debitor yang Mengakibatkan Perusahaan Pailit Harus Bertanggung Jawab Pribadi

Apabila kesulitan keuangan perusahaan bukan terjadi karena keadaan bisnis yang tidak baik melainkan karena pengurusnya tidak memiliki kemampuan profesional atau bahkan melakukan perbuatan dengan orientasi kepentingan pribadi yang merugikan perusahaan, maka seharusnya pihak tersebut bertanggung jawab secara pribadi.

10) Asas Memberikan Kesempatan Restrukturisasi Utang Sebelum Diambil Putusan Pernyataan Pailit Kepada Debitor yang masih Memiliki Usaha yang Prospektif

Undang-Undang Kepailitan seharusnya tidak hanya semata-mata bermuara kepada kemungkinan atau kemudahan pemailitan Debitor yang tidak membayar utang, namun juga harus memberikan alternatif pemberian kesempatan pada perusahaan yang tidak dapat membayar utang namun masih memiliki prospek usaha baik dan

¹³²Ahmad Yani dan Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Kepailitan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, hlm. 24.

pengurusnya kooperatif dengan Kreditor untuk melunasi utang guna menyelamatkan perusahaan.

11) Asas Perbuatan-Perbuatan yang Merugikan Harta Pailit adalah Tindak Pidana

Ketentuan yang seharusnya juga diatur dalam Undang-Undang Kepailitan adalah sanksi pidana bagi Debitor yang telah berada dalam kondisi keuangan insolven namun masih melakukan perbuatan yang merugikan Kreditor.

I. Prinsip-Prinsip Hukum Kepailitan

Terdapat beberapa prinsip-prinsip hukum yang umum dalam hukum kepailitan, diantaranya yaitu:¹³³

1. Prinsip *Paritas Creditorium* (kesetaraan kedudukan para Kreditor)
2. Prinsip *Pari Passu Prorata Parte* (pembagian harta Debitor untuk melunasi utangnya pada Kreditor dilakukan dengan berkeadilan dan sesuai proporsi, bukan sama rata)
3. Prinsip *Structured Creditors* (Prinsip yang mengklasifikasikan berbagai macam Debitor sesuai kelasnya masing-masing, yaitu Kreditor Separatis, Kreditor Preferen, dan Kreditor Konkuren)
4. Prinsip *Utang*

Dalam proses kepailitan, konsep utang merupakan konsep yang penting sebab utang merupakan dasar pada perkara kepailitan. Tanpa adanya utang, esensi kepailitan menjadi tidak ada sebab kepailitan merupakan pranata hukum untuk melakukan likuidasi aset Debitor untuk membayar utang-utang pada Kreditornya.

¹³³ M. Hadi Shubhan, *op.cit.*, hlm. 27-43

5. Prinsip *Debt Collection* (Konsep pembalasan dari Kreditor terhadap Debitor pailit dengan menagih klaimnya terhadap Debitor atau harta Debitor)
6. Prinsip *Debt Polling* (Prinsip yang mengatur pembagian harta kekayaan pailit di antara para Kreditor oleh Kurator)
7. Prinsip *Debt Forgiveness*

Prinsip memperingan beban yang harus ditanggung oleh Debitor karena sebagai akibat kesulitan keuangan sehingga tidak mampu membayar utang-utangnya sesuai perjanjian semula dan sampai pada pengampunan atas utang sehingga utang Debitor dihapus, misalnya melalui moratorium atau penundaan kewajiban pembayaran utang untuk jangka waktu tertentu.

8. Prinsip Universal dan Prinsip Teritorial

Pada prinsip universal, putusan pailit dari suatu negara berlaku terhadap semua harta Debitor termasuk yang berada di luar negeri, sedangkan pada prinsip teritorial putusan pengadilan suatu negara tidak dapat diakui atau dieksekusi oleh negara lain. Apabila terdapat benturan antara kedua prinsip tersebut, maka yang dipakai adalah prinsip teritorial karena kedaulatan suatu negara berada di atas kekuatan hukum dan prinsip teritorial baru dapat dikesampingkan apabila sudah ada kesepakatan internasional.

9. Prinsip *Commercial Exit from Financial Distress* dalam Kepailitan Perseroan Terbatas (Kepailitan dalam hal ini dinilai sebagai jalan keluar atau solusi dari masalah penyelesaian utang Debitor yang sedang

mengalami kebangkrutan, bukan sarana untuk membangkrutkan suatu usaha)

J. Akibat Kepailitan

Sebelum pernyataan pailit, hak-hak debitor untuk melakukan semua tindakan hukum berkenaan dengan kekayaannya harus dihormati. Tentunya dengan memperhatikan hak-hak kontraktual serta kewajiban debitor menurut peraturan perundang-undangan, yaitu:

1. Semenjak pengadilan mengucapkan putusan kepailitan dalam sidang yang terbuka untuk umum terhadap debitor, maka hak dan kewajiban si pailit beralih kepada kurator untuk mengurus dan menguasai boedelnya. Akan tetapi si pailit masih berhak melakukan tindakan-tindakan atas harta kekayaannya, sepanjang tindakan itu membawa atau memberikan keuntungan atau manfaat bagi *boedelnya*. Sebaliknya tindakan yang tidak memberikan manfaat bagi *boedel*, tidak mengikat *boedel* tersebut. Secara umum akibat pernyataan pailit adalah: Kekayaan debitor pailit yang masuk harta pailit merupakan sitaan umum atas harta pihak yang dinyatakan, pailit¹³⁴.
2. Kepailitan semata-mata hanya mengenai harta pailit dan tidak mengenai diri pribadi debitor pailit. Misalnya seseorang dapat tetap melangsungkan pernikahan meskipun ia telah dinyatakan pailit;

¹³⁴ Kartini Muljadi, "Actio Paulina dan Pokok-pokok tentang Pengadilan Niaga", dalam Rudy A. Lontoh, *Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Alumni, Bandung, 2001, hlm. 301.

3. Debitor pailit demi hukum kehilangan hak untuk mengurus dan menguasai kekayaannya yang termasuk harta pailit, sejak hari tanggal putusan pailit diucapkan;
4. Segala perikatan debitor yang timbul sesudah putusan pailit diucapkan tidak dapat dibayar dan harta pailit kecuali jika menguntungkan harta pailit;
5. Harta pailit diurus dan dikuasai kurator untuk kepentingan semua para kreditor dan debitor dan hakim pengawas memimpin dan mengawasi pelaksanaan jalannya kepailitan;
6. Tuntutan dan gugatan mengenai hak dan kewajiban harta pailit harus diajukan oleh atau terhadap kurator;
7. Selama berlangsungnya kepailitan tuntutan untuk memperoleh pemenuhan perikatan dari harta pailit yang ditujukan terhadap debitor pailit, hanya dapat diajukan dengan mendaftarkannya untuk dicocokkan, dalam arti bahwa semua tuntutan atau yang bertujuan mendapatkan pelunasan suatu perikatan dan harta pailit, dan dari harta debitor sendiri selama kepailitan harus diajukan dengan cara melaporkannya untuk dicocokkan, sebagaimana diatur dalam Pasal 27 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004;
8. Memperhatikan Pasal 56, 57, dan 58 bahwa setiap kreditor pemegang hak gadai, jaminan fiducia, hak tanggungan atau hipotik dapat melaksanakan hak agunannya seolah-olah tidak terjadi kepailitan. 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;

9. Hak eksekutif kreditor yang dijamin sebagaimana disebut dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, dan pihak ketiga untuk menuntut hartanya yang berada dalam penguasaan debitor pailit atau kurator, ditangguhkan maksimum untuk 90 hari setelah putusan pailit diucapkan.

Demikian, maka jika pada saat putusan pernyataan pailit diucapkan ada terdapat:

1. Perjanjian Timbal Balik yang belum atau baru sebagian dilaksanakan, maka pihak dengan siapa debitor tersebut membuat perjanjian dapat minta kepastian pada kurator tentang kelanjutan pelaksanaan perjanjian tersebut dalam jangka waktu yang disepakati oleh kurator dan pihak tersebut. Jika tidak tercapai kesepakatan mengenai jangka waktu tersebut, maka hakim pengawas akan menetapkan jangka waktu tersebut. Selanjutnya apabila kurator tidak memberi jawaban atau menyatakan tidak bersedia memenuhi, maka perjanjian tersebut berakhir dan pihak dengan siapa debitor membuat perjanjian dapat menuntut ganti rugi dan diperlakukan sebagai kreditor konkuren. Namun apabila kurator menyanggupi untuk memenuhi perjanjian tersebut, pihak lawannya dapat meminta kurator menyediakan jaminan untuk itu. Hal tersebut di atas, tidak berlaku terhadap perjanjian yang mewajibkan debitor pailit melakukan sendiri perbuatan yang diperjanjikan;

2. Perjanjian dengan janji penyerahan barang di kemudian hari (*Future Trading*), yang waktu penyerahannya akan jatuh pada waktu setelah pernyataan pailit atau selama kepailitan berlangsung, maka perjanjian tersebut menjadi hapus dan pihak yang merasa dirugikan dapat mengajukan diri sebagai kreditor konkuren. Hal ini, karena pasar barang komoditas mensyaratkan suatu kepastian mengenai berlakunya perjanjian masa mendatang. Namun bila karena hapusnya persetujuan tersebut harta pailit akan dirugikan, maka pihak lawan wajib mengganti kerugian tersebut;
3. Perjanjian Sewa Menyewa dengan debitor sebagai penyewa maka pihak yang menyewakan maupun kurator dapat menghentikan sewa menyewa tersebut sesuai adat kebiasaan setempat, tetapi menghentikan sembilan puluh) hari sebelumnya selalu dianggap cukup. Dalam hal melakukan penghentian harus pula diindahkan pemberitahuan penghentian menurut perjanjian atau menurut kelaziman dalam jangka waktu paling singkat 90 (sembilan puluh) hari. Sejak tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan, uang sewa menjadi utang harta pailit;"
4. Untuk perjanjian perburuhan, pekerja yang bekerja pada debitor dapat memutuskan hubungan kerja, dan sebaliknya kurator dapat memberhentikannya dengan mengindahkan jangka waktu menurut persetujuan atau ketentuan perundang-undangan yang berlaku, dengan pengertian bahwa hubungan kerja tersebut dapat diputuskan dengan pemberitahuan paling singkat 45 (empat puluh lima) hari sebelumnya atau

dengan kata lain bahwa pihak buruh maupun kurator boleh menghentikan dengan mengindahkan bunyi perjanjian perburuhan tersebut atau undang-undang yang berlaku, tetapi 6 (enam) minggu sebelumnya selalu dianggap cukup. Sejak putusan pernyataan pailit diucapkan, upah buruh menjadi utang harta pailit.

Ada beberapa hal mengenai akibat hukum pernyataan pailit yang dapat terjadi, yaitu:

1. Bagi Debitor Pailit dan Harta Kekayaannya

Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menjelaskan bahwa terhitung sejak ditetapkannya putusan pernyataan kepailitan, debitor pailit demi hukum kehilangan hak untuk menguasai dan mengurus kekayaannya yang termasuk dalam harta pailit, sejak tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan. Artinya, debitor pailit tidak memiliki kewenangan atau tidak dapat berbuat bebas atas harta kekayaan yang dimilikinya. Pengurusan dan penguasaan atas harta kepailitan beralih atau dialihkan kepada kurator atau BHP yang bertindak sebagai kurator. Namun demikian, sesudah pernyataan kepailitan ditetapkan, debitor pailit masih dimungkinkan untuk mengadakan perikatan-perikatan. Hal itu akan mengikat bila perikatan-perikatan yang dilakukannya tersebut mendatangkan keuntungan. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 25 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 yang menentukan bahwa semua perikatan debitor pailit yang sudah dilakukan sesudah pernyataan pailit tidak dapat dibayar dan harta pailit itu, kecuali bila perikatan-perikatan tersebut mendatangkan keuntungan bagi kekayaan itu.

Berdasarkan Pasal 21 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, pada dasarnya harta kepailitan itu meliputi seluruh kekayaan debitor pada saat pernyataan pailit itu dilakukan, beserta semua kekayaan yang diperoleh selama kepailitan. ini berarti seluruh harta kekayaan debitor pailit berada dalam penguasaan dan pengurusan kurator atau BHP. Dalam praktiknya, ternyata tidak semua harta kekayaan debitor pailit berada dalam penguasaan dan pengurusan kurator atau BHP Dengan kata lain, ada beberapa barang atau hak atas benda yang tetap berada di bawah penguasaan dan pengurusan debitor pailit. Secara rinci yang dikecualikan dan harta kepailitan disebutkan dalam Pasal 22 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yaitu:

- a. Barang-barang yang disebut dalam Pasal 451 No. 2 dan 5 dan Reglemen Acara Perdata, uang-uang atau gaji-gaji tahunan yang disebutkan dalam Pasal 749 huruf c Reglemen Acara Perdata tersebut, dan hak pengarang dalam hal-hal di mana hak tersebut tidak dapat disita; beserta segala apa yang diuraikan dalam Pasal 452 ayat (1) Reglemen Acara Perdata tersebut, kecuali dalam kepailitan itu telah memajukan diri kreditor-kreditor mengenai penagihan-penagihan yang di sebutkan dalam ayat kedua Pasal tersebut
- b. Segala apa yang diperoleh debitor pailit dengan pekerjaannya sendiri atau sebagai penggajian untuk suatu jabatan atau jasa, atau sebagai upah, pensiun, uang tunggu atau uang tunjangan, selama kepailitan, demikian itu apabila dan sekedar ditentukan oleh Hakim pengawas.

- c. Segala uang yang diberikan kepada debitor pailit untuk memenuhi suatu kewajiban memberi nafkah menurut undang-undang.
- d. Suatu jumlah yang ditentukan oleh Hakim Pengawas dan pendapatan hak menikmati basil sebagaimana dimaksud dalam Pasal 311 KUH Perdata, dan untuk membiayai beban-beban yang disebutkan dalam Pasal 312 KUH Perdata.
- e. Tunjangan yang oleh debitor pailit berdasarkan Pasal 318 KUH Perdata diterima dan pendapatan anak-anaknya.

Harta kepailitan dengan demikian termasuk kekayaan lain yang diperoleh debitor pailit selama kepailitan, misalnya warisan. Segala warisan yang jatuh kepada debitor pailit selama kepailitan tidak boleh diterima oleh kuratornya, kecuali dengan hak istimewa untuk mengadakan pendaftaran harta peninggalan. Sedangkan untuk menolak warisan, kurator memerlukan kuasa atau izin dari Hakim Pengawas. Kemudian bagaimana dengan penghibahan yang dilakukan debitor pailit? Hibah yang dilakukan debitor pailit tersebut dapat dibatalkan apabila kurator dapat membuktikan bahwa pada saat hibah tersebut dilakukan, debitor mengetahui atau patut mengetahui bahwa tindakan tersebut akan mengakibatkan kerugian bagi kreditor.

Pasal 44 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menentukan bahwa kecuali dapat dibuktikan sebaliknya, debitor dianggap mengetahui dan patut mengetahui bahwa hibah tersebut dapat merugikan kreditor apabila dilakukan dalam jangka waktu satu tahun sebelum putusan pernyataan pailit ditetapkan. Ketika seorang debitor dinyatakan pailit, bukan berarti debitor yang bersangkutan dikatakan tidak cakap

lagi untuk melakukan perbuatan hukum dalam rangka mengadakan hubungan hukum tertentu dalam hukum kekeluargaan, misalnya melakukan perkawinan, mengangkat anak, dan sebagainya.

Debitor pailit hanya dikatakan tidak cakap lagi melakukan perbuatan hukum dalam kaitannya dengan penguasaan dan pengurusan harta kekayaannya. Dengan sendirinya segala gugatan hukum yang bersumber pada hak dan kewajiban kekayaan debitor pailit harus dimajukan terhadap kuratornya. Selanjutnya, bila gugatan-gugatan hukum yang diajukan atau dilanjutkan terhadap debitor pailit tersebut mengakibatkan penghukuman debitor pailit. Penghukuman itu tidak mempunyai kekuatan hukum terhadap harta kekayaan yang telah dimasukkan ke dalam pernyataan pailit.

Selama berlangsungnya kepailitan tuntutan untuk memperoleh pemenuhan perikatan dari harta pailit yang ditujukan terhadap debitor pailit, hanya dapat diajukan dengan mendaftarkannya untuk dicocokkan, dalam arti bahwa segala gugatan hukum dengan tujuan memenuhi perikatan harta pailit selama dalam kepailitan walaupun diajukan kepada debitor pailit sendiri dapat diajukan dengan laporan untuk pencocokan.

2. Bagi Eksekusi-Eksekusi Lain

Pasal 32 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menegaskan bahwa putusan pernyataan pailit akan membawa akibat: segala putusan hakim yang menyangkut setiap bagian harta kekayaan debitor yang telah diadakan sebelum diputuskan pernyataan pailit harus segera dihentikan; sejak saat yang sama pula tidak satu putusan pun mengenai hukuman paksaan badan yang dapat dilaksanakan. Segala

putusan mengenai penyitaan baik yang sudah maupun yang belum dilaksanakan dibatalkan demi hukum. Bila dianggap perlu, Hakim Pengawas dapat menegakkan hal itu dengan memerintahkan pencoretan. Sejak putusan pernyataan kepailitan ditetapkan, eksekusi-eksekusi putusan hakim lainnya yaitu segala putusan hakim yang menyangkut harta kekayaan debitor pailit harus dihentikan. Demikian pula dengan penyitaan yang dilakukan; hal ini harus dibatalkan demi hukum dan debitor yang sedang ditahan harus dilepaskan seketika itu juga. Dalam hal dengan debitor yang sedang dipenjarakan, ia harus dilepaskan seketika itu juga, setelah putusan pernyataan pailit memperoleh kekuatan hukum tetap.

Menurut Pasal di atas dapat disimpulkan bahwa setelah ada putusan pernyataan kepailitan, semua putusan hakim mengenai suatu bagian kekayaan debitor misalnya penyitaan atau penjualan jadi terhenti. Semua sita jaminan maupun sita eksekutorial jadi gugur. Walaupun pelaksanaan putusan hakim sudah dimulai, pelaksanaan itu harus dihentikan¹³⁵. Putusan pernyataan kepailitan juga mempengaruhi uang paksa yang dikenakan kepada debitor pailit berdasarkan Pasal 606A Reglemen Acara Perdata (Rv). Dalam kaitan itu, Pasal 32 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menetapkan bahwa selama kepailitan, uang paksa yang dikenakan menurut Pasal 606A Reglemen Acara Perdata tidak dibayarkan. Demikian pula pelelangan barang-barang debitor pailit yang hari pelaksanaannya telah ditetapkan sebelumnya, harus dihentikan; pelelangan baru dapat dilanjutkan bila telah disetujui kurator atau BHP-nya. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 33 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yaitu dalam hal sebelum putusan pernyataan

¹³⁵ Bernadette Waluyo, *op.cit.*, hlm. 39

pailit diucapkan, penjualan benda milik debitor baik bergerak maupun tidak bergerak dalam rangka eksekusi sudah sedemikian jauhnya hingga dari penjualan benda itu sudah ditetapkan maka dengan izin hakim pengawas, kurator dapat meneruskan penjualan itu atas izin hakim pengawas, kurator dapat meneruskan penjualan itu atas tanggungan harta pailit, atau dalam arti bahwa apabila sebelum pernyataan kepailitan debitor penuntutan kembali atas barang-barang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, telah demikian jauh, sehingga telah ditetapkan hari pelelangannya, maka kurator atas kuasa Hakim Pengawas dapat melanjutkan pelelangan barang tersebut atas beban harta pailit.

Dengan tegas Pasal 34 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menetapkan bahwa kecuali ditentukan lain dalam Undang-Undang ini, perjanjian yang bermaksud memindahkan hak tanggungan, hipotek atau jaminan fidusia yang telah diperjanjikan terlebih dahulu, tidak dapat dilaksanakan setelah putusan pernyataan pailit dibacakan, atau dalam arti bahwa pembalik namaan benda tidak bergerak atau kapal berdasarkan persetujuan yang bertujuan untuk memindahtangankan benda-benda tersebut, peletakan hipotek atas benda tidak bergerak atau kapal yang telah diperjanjikan dalam perikatan terdahulu tidak dapat dilakukan dengan sah menurut hukum sesudah keadaan kepailitan dinyatakan.

3. Bagi Kreditor dan Eksekusi atas Benda yang Dijaminkan Utang

KUHPerdata mengenal dua macam kreditor, yaitu kreditor konkuren dan kreditor preferen. Kreditor konkuren tidak mempunyai kedudukan yang diutamakan atau mendahului kreditor-kreditor lain. Sedangkan kreditor preferen mempunyai kedudukan yang diutamakan atau mendahului kreditor-kreditor lain. Pihak

tergolong kreditor preferen, yaitu negara, pemegang piutang yang diistimewakan, pemegang gadai, pemegang hipotek, pemegang hak tanggungan, dan pemegang jaminan fidusia. Mereka mempunyai hak yang diutamakan atau mendahului dalam hal pelunasan utang tertentu terhadap harta kekayaan debitor. Harta kekayaan milik debitor pailit yang telah diagunkan pada hak kebendaan tertentu tidak termasuk sebagai harta kepailitan. Dalam Pasal 1133 KUH Perdata dinyatakan bahwa hak untuk didahulukan di antara orang-orang yang berpiutang diterbitkan dan pemegang piutang yang diistimewakan, gadai, dan hipotek. Kemudian, dalam Pasal 1137 KUH Perdata dinyatakan bahwa hak kas negara, kantor lelang, dan lain-lain badan umum yang dibentuk oleh pemerintah, harus didahulukan. Tata tertib untuk melaksanakan hak tersebut dan jangka waktu berlangsungnya hak tersebut diatur dalam berbagai undang-undang khusus mengenai hal-hal tersebut.

Setiap kreditor yang memegang hak tanggungan, hak gadai, atau hak agunan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusi haknya seolah-olah tidak terjadi kepailitan. Namun, bila penagihan mereka adalah suatu piutang dengan syarat tangguh atau suatu piutang yang masih belum tentu kapan boleh ditagih, mereka diperkenankan berbuat demikian hanya sesudah penagihan mereka dicocokkan, dan tidak dimanfaatkan untuk tujuan lain selain mengambil pelunasan jumlah yang diakui dan penagihan tersebut.

Setiap pemegang ikatan panen juga diperbolehkan melaksanakan haknya, seolah-olah tidak ada kepailitan¹³⁶. Pada dasarnya, para kreditor berkedudukan

¹³⁶ *Ibid*

sama (*paritas creditorium*) dan karenanya mereka mempunyai hak yang sama atas hasil eksekusi harta kepailitan, sesuai dengan besar tagihan masing-masing (*pari passu pro rata parte*). Hal ini hanya berlaku bagi para kreditor yang konkuren saja¹³⁷.

Dalam hal penagihan suatu piutang sebagaimana dimaksudkan di dalam Pasal 136 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 dan Pasal 137 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, maka mereka hanya dapat berbuat demikian setelah dicocokkan penagihannya dan hanya untuk mengambil pelunasan dari jumlah yang diakui dari penagihan tersebut.

Piutang dengan syarat tunda dapat dicocokkan untuk nilainya pada saat putusan pernyataan pailit diucapkan. Dalam hal kurator dan kreditor tidak ada kata sepakat mengenai cara pencocokan, piutangnya wajib diterima dengan syarat untuk seluruh jumlahnya.

Piutang yang saat penagihannya belum jelas atau yang memberikan hak untuk memperoleh pembayaran secara berkala, wajib dicocokkan nilainya pada tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan. Semua piutang yang dapat ditagih dalam waktu 1 (satu) tahun setelah tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan, wajib diperlakukan sebagai piutang yang dapat ditagih pada tanggal tersebut. Semua piutang yang dapat ditagih setelah lewat 1 (satu) tahun setelah tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan, wajib dicocokkan untuk nilai yang berlaku 1 (satu) tahun setelah tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan. Dalam melakukan perhitungan nilai piutang, wajib diperhatikan:

¹³⁷ Fred B.G. Tumbuan, *op.cit.*, hlm. 3

- a. Waktu dan cara pembayaran angsuran;
- b. Keuntungan yang mungkin diperoleh; dan
- c. Besarnya bunga apabila diperjanjikan

Kreditor pemegang hak tanggungan, hak gadai, atau hak agunan atas kebendaan lainnya yang melaksanakan haknya mengeksekusi benda-benda agunan debitor pailit diwajibkan memberikan pertanggungjawaban kepada kurator mengenai hasil penjualan benda-benda yang menjadi agunan dan menyerahkan sisa penjualan yang telah dikurangi jumlah utang, bunga, dan biaya, kepada kurator. Atas tuntutan kurator atau kreditor yang diistimewakan, pemegang hak tanggungan, hak gadai, atau hak agunan atas kebendaan lainnya wajib menyerahkan bagian dan hasil penjualan tersebut untuk jumlah yang sama dengan tagihan yang diistimewakan. Ketentuan di atas berlaku pula bagi pemegang hak agunan atas panenan. Sekiranya hasil penjualan tidak cukup untuk melunasi piutang yang bersangkutan, maka pemegang hak tanggungan, hak gadai, atau hak agunan atas kebendaan lainnya, dapat mengajukan tagihan pelunasan atas kekurangan tersebut dan harta pailit sebagai kreditor konkuren, setelah mengajukan permintaan pencocokan utang.

Eksekusi kreditor pemegang hak agunan atas kebendaan dapat ditangguhkan untuk jangka waktu tertentu, sebagaimana diatur dalam Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Menurut ketentuan tersebut, hak eksekusi kreditor untuk mengeksekusi benda-benda agunan, maupun hak pihak ketiga untuk menuntut hartanya yang berada dalam penguasaan debitor yang pailit atau kurator,

ditangguhkan untuk jangka waktu paling lama 90 hari sejak tanggal putusan pailit ditetapkan.

Pranata hukum yang disebut sebagai penangguhan eksekusi jaminan utang (*stay*) ini merupakan salah satu topik bergengsi dalam hukum pailit kita. *Stay* disebut juga dengan *cool-down period* atau *legal moratorium*. Penangguhan eksekusi ini terjadi karena hukum (*by the operation of law*), tanpa perlu diminta sebelumnya oleh kurator. Penangguhan eksekusi jaminan utang di sini adalah dalam masa-masa tertentu-sungguhpun hak untuk mengeksekusi jaminan utang ada di tangan kreditor preferen (disebut pula kreditor separatis atau kreditor dengan hak jaminan) preferen tersebut tidak dapat mengeksekusinya. Untuk masa tertentu, ia masih berada dalam "masa tunggu"; setelah masa tunggu tersebut berlalu, ia baru dibenarkan atau diperkenankan untuk mengeksekusi jaminannya. Inilah yang disebut penangguhan eksekusi, atau dalam bahasa Inggris disebut "*stay*". Dengan demikian, selama jangka waktu penangguhan berlangsung, segala tuntutan hukum untuk memperoleh pelunasan atas suatu piutang tidak dapat diajukan dalam sidang badan peradilan. Baik kreditor maupun pihak ketiga yang dimaksud dilarang mengeksekusi atau memohonkan sita atas barang yang menjadi agunan. Penangguhan yang dimaksud tidak berlaku terhadap tagihan kreditor yang dijamin dengan uang tunai dan hak kreditor untuk memperjumpakan utang (*set off*) yang merupakan akibat dan mekanisme transaksi yang terjadi di bursa efek dan bursa perdagangan berjangka. Selama jangka waktu penangguhan yaitu 90 hari sejak tanggal putusan pailit ditetapkan, kurator dapat menggunakan atau

menjual harta pailit untuk kelangsungan usaha debitor. Namun, ada syarat-syaratnya yaitu:

- a. Harta yang dimaksud sudah berada dalam pengawasan debitor pailit atau kurator;
- b. Untuk itu telah diberikan perlindungan yang wajar bagi kepentingan kreditor atau pihak ketiga yang menuntut hartanya yang berada dalam pengawasan debitor pailit atau kurator. Perlindungan yang dimaksud, antara lain dapat berupa:
 - 1) Ganti rugi atas terjadinya penurunan nilai harta pailit;
 - 2) Hasil penjualan bersih; hak kebendaan pengganti; dan
 - 3) Imbalan yang wajar dan adil; serta
 - 4) Pembayaran tunai lainnya.

Harta pailit yang dapat dijual oleh kurator terbatas pada barang persediaan (*inventory*) dan atau barang bergerak (*current asset*), meskipun harta pailit tersebut dibebani hak agunan atas kebendaan. Yang dimaksud dengan perlindungan wajar adalah perlindungan yang perlu diberikan untuk melindungi kepentingan kreditor atau pihak ketiga yang haknya ditangguhkan. Jangka waktu 90 hari sebagai jangka waktu penangguhan eksekusi harta kekayaan debitor pailit oleh kreditor pemegang hak kebendaan tertentu, akan berakhir karena hukum pada saat kepailitan diakhiri lebih dini atau pada saat keadaan insolvensi (*insolventie*) dimulai. *Insolvensi* itu terjadi bila dalam rapat verifikasi atau pencocokan utang di antara para kreditor yang dilakukan setelah pernyataan kepailitan, tidak

ditawarkan perdamaian (*accord*) atau bila perdamaian yang ditawarkan telah ditolak, atau pengesahan akan perdamaian tersebut telah ditolak dengan pasti.

Kreditor atau pihak ketiga yang haknya ditangguhkan dapat mengajukan permohonan kepada kurator untuk mengangkat penangguhan atau mengubah syarat-syarat penangguhan tersebut. Sekiranya permohonan ini ditolak oleh kurator, kreditor atau pihak ketiga dapat mengajukan permohonan tersebut kepada Hakim Pengawas. Kemudian Hakim Pengawas, selambat-lambatnya satu hari sejak permohonan tersebut diajukan kepadanya, wajib memerintahkan kurator untuk segera memanggil para kreditor dan pihak yang mengajukan permohonan kepada Hakim Pengawas dengan surat tercatat atau melalui kurir, untuk didengar pada sidang pemeriksaan atas permohonan tersebut. Hakim Pengawas wajib memberikan putusan atas permohonan yang dimaksud dalam waktu paling lambat 10 hari sejak permohonan diajukan kepada Hakim Pengawas.

Dalam memutuskan permohonan yang diajukan oleh kreditor atau pihak ketiga kepada Hakim, Pengawas, ada beberapa hal yang perlu dipertimbangkan, yaitu:

- 1) Lamanya jangka waktu penangguhan yang sudah berlangsung;
- 2) Perlindungan kepentingan para kreditor dan pihak ketiga yang dimaksud;
- 3) Kemungkinan terjadinya perdamaian;
- 4) Dampak penangguhan tersebut terhadap kelangsungan usaha dan manajemen usaha debitor, serta pemberesan harta pailit.

Terhadap permohonan yang diajukan oleh kreditor atau pihak ketiga kepada Hakim Pengawas, putusan Hakim Pengawas kemungkinan dapat berupa:

- 1) Diangkatnya penangguhan untuk satu atau lebih kreditor;
- 2) Penetapan persyaratan tentang lamanya waktu penangguhan;
- 3) Satu atau beberapa agunan yang dapat dieksekusi oleh kreditor.

Seandainya Hakim Pengawas menolak mengangkat atau mengubah persyaratan penangguhan yang dimaksud, Hakim Pengawas wajib memerintahkan kurator untuk memberikan perlindungan yang dianggap wajar untuk melindungi kepentingan pemohon. Sehingga terhadap putusan Hakim Pengawas tersebut, kreditor atau pihak ketiga yang mengajukan permohonan kepada Hakim Pengawas atau kurator dapat mengajukan perlawanan kepada pengadilan Niaga dalam jangka waktu paling lambat 5 hari sejak putusan ditetapkan. Pengadilan Niaga wajib memutuskan perlawanan tersebut dalam jangka waktu paling lambat 10 hari sejak tanggal perlawanan tersebut diajukan. Terhadap putusan yang di ini tidak dapat diajukan kasasi atau peninjauan kembali.

4. Bagi Perjanjian Timbal Balik yang Diadakan Sebelum Kepailitan

Dalam putusan pernyataan kepailitan tidak mengikat perjanjian timbal balik yang diadakan debitor pailit sebelum kepailitan ditetapkan. Debitor pailit, atas izin kurator, masih dapat meneruskan pelaksanaan perjanjian timbal balik tadi dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati bersama.

Jika pada saat putusan pernyataan pailit ditetapkan terdapat perjanjian timbal balik yang belum atau baru sebagian dipenuhi, pihak dengan siapa debitor mengadakan perjanjian tersebut dapat meminta kepada kurator untuk memberikan kepastian tentang kelanjutan pelaksanaan perjanjian tersebut dalam jangka waktu yang disepakati oleh kurator dan pihak tersebut. Namun, jika tidak tercapai kesepakatan

mengenai jangka waktu yang dimaksud, Hakim Pengawas yang menetapkan jangka waktu tersebut. Sekiranya dalam jangka waktu yang dimaksud kurator tidak memberikan jawaban atau tidak bersedia melanjutkan pelaksanaan perjanjian tersebut, perjanjian pun berakhir. Pihak dengan siapa debitor mengadakan perjanjian dapat menuntut ganti rugi; dalam hal ini ia akan diperlakukan sebagai kreditor konkuren. Sebaliknya, bila kurator menyatakan kesanggupannya, pihak dengan siapa debitor mengadakan perjanjian dapat meminta kurator untuk memberikan jaminan atas kesanggupannya melaksanakan perjanjian tersebut. Akan tetapi, untuk perjanjian yang mewajibkan debitor melakukan sendiri perbuatan yang diperjanjikan, ketentuan dari Pasal 36 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 di atas tidak dapat diberlakukan.

5. Perjanjian dengan Menyerahkan Barang Dagangan

Jika dalam perjanjian timbal balik tersebut telah diperjanjikan untuk menyerahkan barang dagangan seperti yang biasa diperdagangkan dengan menggunakan suatu jangka waktu, dan penyerahan barang-barang tersebut akan terjadi pada waktu tertentu atau akan lewat setelah adanya pernyataan pailit, dengan pernyataan pailit itu persetujuan yang bersangkutan pun batal; pihak lawan dengan begitu saja dapat mengajukan diri sebagai kreditor yang bersaing dengan sesama kreditor lain untuk mengadakan tuntutan ganti rugi dan akan diperlakukan sebagai kreditor konkuren. Bila penghapusan perjanjian timbal balik tersebut akan merugikan harta pailit, pihak lawan wajib mengganti kerugian itu.

6. Perjanjian Sewa-Menyewa

Dalam hal debitor telah menyewa suatu benda, maka baik kurator maupun pihak yang menyewakannya benda dapat menghentikan perjanjian sewa, dengan syarat pemberitahuan penghentian dilakukan sebelum berakhirnya perjanjian sesuai dengan adat kebiasaan setempat. Dalam hal melakukan penghentian tersebut di atas, maka pemberitahuan penghentian menurut perjanjian atau menurut kelaziman dalam jangka waktu paling singkat 90 (sembilan puluh) hari, atau dalam arti bahwa untuk perjanjian sewa menyewa dengan uang muka dibayar terlebih dahulu, perjanjiannya tidak dapat dihentikan, kecuali menjelang hari berakhirnya jangka waktu pembayaran uang di mukanya tersebut. Perjanjian sewa-menyewa di sini dapat dibedakan dan perjanjian sewa-menyewa dengan uang muka (dibayar terlebih dahulu) atau perjanjian sewa-menyewa tanpa uang muka (dibayar kemudian).

Bagi perjanjian sewa-menyewa lainnya, baik kurator maupun pihak yang menyewakan barang mempunyai hak sementara waktu untuk menghentikan sewa tersebut, dengan memberitahukan penghentian yang dipercepat, yang diatur dalam peraturan perundang-undangan, perjanjian, maupun menurut adat kebiasaan yang berlaku, dengan tenggang waktu selama tiga bulan dengan pemberitahuan di muka. Sejak hari putusan pernyataan kepailitan ditetapkan, uang sewa langsung menjadi utang harta kepailitan.

7. Perjanjian Kerja

Pemutusan hubungan kerja tersebut dapat dilakukan oleh kurator atau BHP dengan mengindahkan dan menurut jangka waktu yang telah ditentukan dalam

perjanjian kerjanya atau berdasarkan undang-undang, pengertian bahwa pemutusan hubungan kerja dilakukan dengan pemberitahuan setidak-tidaknya 6 minggu sebelumnya. Sejak hari pernyataan kepailitan ditetapkan, uang upah atau gaji karyawan tadi menjadi utang dan harta kepailitan. Seorang karyawan yang majikannya dinyatakan pailit dapat mengajukan permohonan pemutusan hubungan kerja. Demikian pula kurator atau BHP; mereka juga dapat melakukan pemutusan hubungan kerja dengan karyawan yang majikannya dinyatakan pailit. Pemutusan hubungan kerja tersebut dapat dilakukan oleh kurator atau BHP dengan mengindahkan dan menurut jangka waktu yang telah ditentukan dalam perjanjian kerjanya atau berdasarkan undang-undang, pengertian bahwa pemutusan hubungan kerja dilakukan dengan pemberitahuan setidak-tidaknya 6 minggu sebelumnya. Sejak hari pernyataan kepailitan ditetapkan, uang upah atau gaji karyawan tadi menjadi utang dan harta kepailitan.

8. *Actio Pauliana* dalam Kepailitan

Kreditor dapat menyita harta benda dan debitor apabila debitor tidak memenuhi kewajiban dalam suatu perjanjian utang Piutang. Debitor masih dapat bebas mengalihkan harta bendanya supaya tidak disita oleh kreditor hingga dapat merugikan kreditornya. Namun, kreditor dapat membatalkan perbuatan debitor yang merugikannya itu. Hal ini disebut *actio pauliana*, yang berasal dari hukum romawi¹³⁸.

Lembaga *actio pauliana* ini diadakan untuk melindungi hak kreditor dan perbuatan hukum yang dilakukan debitor yang dapat merugikan kepentingannya.

¹³⁸ Purwahid Patrik, *Dasar-dasar Hukum Perikatan (Perikatan yang Lahir dari Perjanjian dari Undang-Undang)*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm. 7

Pengaturannya dapat dijumpai dalam Pasal 1341 KUH Perdata yang menentukan bahwa segala perbuatan hukum yang dilakukan debitor yang dapat merugikan kepentingan kreditor dapat dibatalkan oleh kreditornya. Untuk itu, kreditor harus dapat membuktikan bahwa perbuatan hukum yang dilakukan debitor itu merupakan perbuatan hukum yang tidak wajib dilakukan oleh debitor dengan narna apa pun juga, yang merugikan kreditor. Debitor dan pihak ketiga mengetahui bahwa perbuatan itu akan mendatangkan kerugian bagi para kreditornya. Lembaga *actio pauliana* ini diatur lebih khusus lagi dalam hukum kepailitan kita, yaitu dalam Pasal 41 sampai dengan Pasal 44 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Ketentuan *actio pauliana* yang dimaksud ini jauh lebih menyeluruh dibandingkan dengan yang dimaksudkan KUH Perdata dan ketentuan kepailitan yang lama. Pembatalan perbuatan akibat *actio pauliana* dalam kepailitan adalah:

- 1) Untuk kepentingan harta pailit dapat dimintakan pembatalan atas segala perbuatan hukum debitor yang telah dinyatakan pailit yang merugikan kepentingan kreditor, yang dilakukan sebelum pernyataan pailit ditetapkan.
- 2) Pembatalan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan apabila dapat dibuktikan bahwa pada saat perbuatan hukum tersebut dilakukan debitor dan pihak dengan siapa perbuatan hukum itu dilakukan mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa perbuatan hukum tersebut akan mengakibatkan kerugian bagi kreditor.

- 3) Dikecualikan dan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah perbuatan hukum debitur yang wajib dilakukannya berdasarkan perjanjian dan atau karena undang-undang.

Selanjutnya beberapa persyaratan *actio pauliana* dalam hukum kepailitan, yaitu:

- 1) *Actio pauliana* tersebut dilakukan untuk kepentingan harta pailit;
- 2) Debitur telah melakukan suatu perbuatan hukum;
- 3) Debitur yang melakukannya telah dinyatakan pailit, bukan debitur yang untuk sementara menunda kewajiban membayar utang
- 4) Perbuatan hukum yang dilakukan debitur tersebut tidak wajib dilakukan debitur berdasarkan perjanjian dan atau karena undang-undang, misalnya kewajiban membayar pajak;
- 5) Perbuatan hukum yang dilakukan debitur tersebut juga telah merugikan kepentingan (*prejudicæ*) kreditor;
- 6) Perbuatan hukum yang dilakukan debitur tersebut dilakukan sebelum pernyataan kepailitan ditetapkan;
- 7) *Actio pauliana* hanya dapat dilakukan apabila dapat dibuktikan bahwa pada saat perbuatan hukum tersebut dilakukan, debitur mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa perbuatan hukum tersebut akan mengakibatkan kerugian bagi kreditor;
- 8) *Actio pauliana* hanya dapat dilakukan apabila dapat dibuktikan bahwa pada saat perbuatan hukum tersebut dilakukan, pihak dengan siapa perbuatan hukum itu dilakukan, termasuk pihak untuk kepentingan siapa perjanjian tersebut diadakan, mengetahui atau sepatutnya

mengetahui bahwa perbuatan hukum tersebut akan mengakibatkan kerugian bagi kreditor.

Salah satu syarat berlakunya *actio pauliana* ini adalah terdapat perbuatan hukum yang dilakukan oleh debitor. ini berarti bahwa hanya perbuatan dan debitor yang membawa akibat hukum saja-lah yang dapat dibatalkan oleh kreditor. Perbuatan hukum adalah setiap perbuatan yang akibatnya diatur oleh hukum dan akibat itu dikehendaki oleh yang melakukan perbuatan. Apabila akibat suatu perbuatan tidak dikehendaki oleh yang melakukannya, atau salah satu dan yang melakukannya, perbuatan tersebut bukan merupakan perbuatan hukum. Unsur kehendak dan orang yang melakukan perbuatan itu menjadi suatu unsur pokok (*essentieel*) dan perbuatan hukum tersebut. Suatu perbuatan yang akibatnya tidak dikehendaki oleh yang melakukannya bukan merupakan suatu perbuatan hukum¹³⁹.

Demikian jelaslah bahwa tidak semua perbuatan yang dilakukan debitor dapat dibatalkan oleh kreditor, kecuali perbuatan yang dilakukan debitor tersebut mempunyai akibat yang dianut oleh hukum dan memang dikehendakinya. Perbuatan-perbuatan debitor yang tidak mempunyai akibat hukum tidak dapat dibatalkan oleh kreditor. Beberapa tindakan di bawah ini tidak dapat dibatalkan dengan *action pauliana* karena tidak memenuhi unsur sebagai suatu perbuatan hukum:

- 1) Debitor memusnahkan asetnya;
- 2) Debitor menolak menerima sumbangan atau hibah;

¹³⁹ Chatamarrassid, *op.cit.*, hlm. 136

- 3) Debitor tidak mengeksekusi (tidak memfinalkan) suatu kontrak yang sudah terlebih dahulu diperjanjikannya.

K. Proses Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit

1. Hakim Pengawas

Untuk mengawasi pelaksanaan pemberesan harta pailit, maka dalam keputusan kepailitan, oleh pengadilan harus diangkat seorang hakim pengawas di samping pengangkatan kuratornya. Dahulu, untuk hakim pengawas ini disebut dengan "Hakim Komisaris". Dalam hal untuk mengawasi pengurusan dan pemberesan harta kepailitan, dalam putusan pernyataan kepailitan hakim pengadilan mengangkat atau menunjuk seorang Hakim Pengawas yang berasal dan Hakim Pengadilan Niaga, atau bukan hakim yang mengadili perkara kepailitan yang bersangkutan. Sebelumnya, Hakim Pengawas ini dinamai Hakim Komisaris. Tugas Hakim Pengawas adalah mengawasi pengurusan dan pemberesan harta kepailitan. Sebelum mengambil suatu ketetapan dalam suatu hal mengenai pengurusan dan pemberesan harta kepailitan, Pengadilan harus lebih dahulu mendengar Hakim Pengawas.

Berdasarkan ketentuan tersebut tugas pokok dan Hakim Pengawas adalah melakukan pengawasan terhadap pengurusan dan pemberesan harta kepailitan, serta memberikan pertimbangan dan saran kepada Pengadilan dalam memutuskan suatu hal yang berkaitan dengan pengurusan dan pemberesan harta kepailitan. Oleh karena itu, dalam melakukan tugasnya Hakim Pengawas harus memperhatikan kepentingan para kreditornya dengan sungguh-sungguh. Hakim Pengawas berhak untuk memperoleh segala keterangan yang diperlukan mengenai

kepailitan, mendengar saksi-saksi ataupun untuk memerintahkan diadakannya penyelidikan oleh ahli-ahli. Saksi-saksi tersebut harus dipanggil atas nama Hakim Pengawas. Jika terdapat saksi yang tidak datang menghadap atau menolak memberikan kesaksiannya, maka terhadap mereka diberlakukan Pasal 140, 141, dan 148 Reglemen Indonesia yang diperbahami (*Het Herziene Inlandsch Reglement*) atau Pasal-Pasal 166, 167 dan 176 Reglemen Acara Hukum untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (*Rechtsreglement Buitengewesten*). Selanjutnya bila saksi mempunyai tempat kedudukan hukum di luar kedudukan hukum pengadilan yang menetapkan putusan pernyataan pailit, Hakim Pengawas dapat melimpahkan pendengaran keterangan saksi kepada pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi tempat kedudukan hukum saksi-saksi yang bersangkutan¹⁴⁰. Dengan demikian dapat diketahui dengan jelas bahwa segala pelaksanaan tugas dan kewenangan yang dipunyai Hakim Pengawas dilaksanakan melalui berbagai penetapan. Tidak menutup kemungkinan bahwa di antara para pihak kreditor atau debitor pailit ada yang berkeberatan atas penetapan Hakim Pengawas tersebut. Jika demikian halnya, ia diberikan kemungkinan untuk mengajukan banding kepada Pengadilan atas penetapan yang dibuat oleh Hakim Pengawas kepailitan¹⁴¹.

Terhadap segala penetapan Hakim Pengawas dapat dimintakan banding kepada Pengadilan dalam jangka waktu lima hari sejak penetapan dikeluarkan oleh Hakim pengawas¹⁴². Pada prinsipnya, tanggung jawab Hakim Pengawas sama dengan tanggung jawab hakim peradilan lain, yakni Hakim Pengawas diisyaratkan

¹⁴⁰ Ahmad Yani dan Gunawan Widjaja, *Kepailitan*, Rajawali Pers, Jakarta, 1999, hlm. 73

¹⁴¹ *Ibid*

¹⁴² Pasal 68 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

agar melakukan pengawasan atas hal-hal yang terjadi atas *boedel* kepailitan dan apakah kurator betul-betul menaati semua ketentuan peraturan perundang-undangan. Di Belanda terdapat putusan Hoge Raad mengenai tuntutan kepada Hakim Pengawas dengan alasan kurator melakukan penggelapan dana¹⁴³. Kecuali dalam hal seperti ditentukan di atas, maka semua ketetapan dalam hal-hal yang mengenai pengurusan atau pemberesan harta pailit yang diambil oleh pengadilan adalah ketetapan dalam tingkat akhir, kecuali undang-undang ini menentukan lain¹⁴⁴. Semua penetapan mengenai pengurusan dan atau pemberesan harta pailit juga yang ditetapkan oleh hakim dapat dilaksanakan terlebih dahulu, kecuali Undang-Undang ini menentukan lain. Dalam arti bahwa semua ketetapan dalam hal-hal yang mengenai pengurusan atau pemberesan harta pailit juga yang diambil oleh Hakim Pengawas boleh dijalankan lebih dahulu dan atas swat ketetapan aslinya¹⁴⁵.

2. Kurator

Telah dijelaskan di atas, bahwa sejak tanggal putusannya pailit, debitor pailit kehilangan haknya untuk mengurus dan mengelola harta milik yang termasuk *boedel* kepailitan. Urusan ini harus diserahkan kepada kurator; kuratorlah yang melakukan pengurusan dan pemberesan harta kepailitan tersebut. Oleh karena itu, dalam putusan pernyataan kepailitan ditetapkan pula siapa yang menjadi kurator. Dulu, yang menjadi kurator hanya Balai Harta Peninggalan (BHP). Kini, yang menjadi kurator tidak hanya BHP, tetapi dapat pula kurator lain selain BHP. Dalam hal debitor atau kreditor tidak mengajukan usul pengangkatan kurator lain

¹⁴³ Kartini Muljadi, *op. cit.*, hlm. 8.

¹⁴⁴ Pasal 91 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

¹⁴⁵ Ahmad Yani & Gunawan Widjaja, *op. cit.*, hlm. 74

kepada Pengadilan, maka Balai Harta Peninggalan bertindak sebagai kurator¹⁴⁶. Sebelum itu, dalam putusan pernyataan kepailitan hams diangkat seorang Hakim Pengawas yang ditunjuk dan Hakim Pengadilan dan kurator¹⁴⁷.

Pihak yang dapat menjadi kurator adalah:

- a. Orang perorangan yang berdomisili di Indonesia, yang memiliki keahlian khusus yang dibutuhkan dalam rangka mengurus dan atau membereskan harta pailit;
- b. Terdaftar pada kementerian yang lingkup tugas dan tanggung jawabnya di bidang hukum dan peraturan perundang-undangan.

Dengan jelas bahwa tugas kurator adalah melakukan pengurusan dan atau pemberesan harta kepailitan¹⁴⁸. Tugas ini sudah dapat dijalankannya, sejak tanggal putusan pernyataan pailit dijatuhkan. Meskipun putusan tersebut belum *in-kracht* yakni meskipun terhadap tersebut masih diajukan kasasi dan atau peninjauan kembali. Kemudian dalam hal melakukan tugas pokok tersebut, maka seorang kurator berwenang untuk dua hal, yaitu:

- 1) Dibeaskan dan kewajiban atau tidak diharuskan memperoleh persetujuan dan, atau menyampaikan pemberitahuan terlebih dulu kepada debitor atau salah satu organ debitor, meskipun dalam keadaan

¹⁴⁶ Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

¹⁴⁷ Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Dengan demikian, yang menjadi kurator atau yang bertugas melakukan pengurusan dan pemberesan harta kepailitan dapat BHP ataupun kurator lain. Dan sebagai perbandingan, dalam penundaan kewajiban pembayaran utang tidak dikenal istilah kurator; yang ada hanya pengurus. Selain itu, yang diakui oleh Undang-Undang Kepailitan hanyalah pengurus swasta. Untuk hak, kewajiban, kewenangan, dan tanggung jawab pengurus dalam penundaan kewajiban pembayaran utang, sebenarnya hampir sama dengan yang diatur oleh kurator.

¹⁴⁸ Pasal 70 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

di luar kepailitan persetujuan atau pemberitahuan demikian dipersyaratkan;

- 2) Dapat melakukan pinjaman dan pihak ketiga semata-mata dalam rangka meningkatkan nilai harta kepailitan. Bila dalam melakukan pinjaman dan pihak ketiga kurator perlu membebani harta kepailitan dengan hak tanggungan, gadai, atau hak agunan atas kebendaan lainnya, pinjaman itu harus terlebih dahulu memperoleh persetujuan Hakim Pengawas dan pembebanannya hanya dapat dilakukan terhadap bagian harta pailit yang belum dijadikan jaminan utang.

Ketika kurator membebani hak jaminan atas harta pailit, kurator harus mempunyai persetujuan hakim pengawas. Khusus untuk menghadap di muka Pengadilan, kurator harus terlebih dulu mendapatkan izin dari Hakim Pengawas. Dalam penetapan hakim pengawas disebutkan bahwa semua penetapan mengenai pengurusan dan atau pemberesan harta pailit ditetapkan oleh pengadilan dalam tingkat terakhir, kecuali Undang-Undang ini menetapkan lain, hal tersebut telah dijelaskan di dalam Pasal 91 dan 92 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Karena sejak mula pengangkatannya, kurator harus melaksanakan semua upaya untuk mengamankan harta pailit dan menyimpan semua surat, dokumen, uang, perhiasan, efek dan surat berharga lainnya dengan memberikan tanda terima.

Kewajiban kurator harus menyampaikan laporan kepada hakim pengawas mengenai keadaan harta pailit dan pelaksanaan tugasnya setiap 3 (tiga) bulan. Dan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bersifat terbuka untuk umum dan dapat dilihat oleh setiap orang dengan cuma-cuma. Kemudian hakim pengawas

dapat memperpanjang jangka waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tersebut di atas. Berhubung tugas pengurusan dan pemberesan harta kepailitan berada di tangan kurator, dengan sendirinya kurator mempunyai tanggung jawab penuh dalam melakukan pengurusan dan pemberesan harta kepailitan¹⁴⁹. Tanggung jawab kurator atas kesalahan atau kelalaiannya dalam melaksanakan tugas pengurusan dan atau pemberesan harta kepailitan yang menyebabkan kerugian terhadap harta kepailitan.¹⁵⁰

Kurator sementara ini ditunjuk sebelum putusan pernyataan pailit dijatuhkan, yang dalam hal ini ditunjuk oleh setiap kreditor Bank Indonesia, Bapepam, Departemen Keuangan atau jaksa (dalam hal kepailitan untuk kepentingan umum). Diperlukan kurator sementara, karena sebelum putusan pernyataan dijatuhkan, debitor belum pailit, sehingga debitor masih berwenang untuk mengurus harta-hartanya. Dan untuk menghindari hal-hal yang tidak diinginkan yang dilakukan oleh debitor yang belum pailit tersebut, maka debitor perlu diawasi, dan dalam hal ini diawasi oleh kurator sementara tersebut. Pengangkatan kurator sementara ini dilakukan oleh Pengadilan Niaga selama putusan atas permohonan pernyataan kepailitan belum ditetapkan. Tugas kurator sementara tidak sama persis dengan kurator tetap; ia berkedudukan sebagai "supervisor" belaka¹⁵¹.

Kurator sementara diperlukan, sebab sebelum putusan pernyataan kepailitan diputuskan, debitor dianggap belum pailit. Oleh karena itu ia masih berwenang untuk mengurus harta-hartanya. Untuk menghindari hal-hal yang tidak diinginkan

¹⁴⁹ Pasal 74 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

¹⁵⁰ Pasal 72 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

¹⁵¹ Pasal 10 ayat (1) huruf (b) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

dilakukan oleh debitor yang belum pailit tersebut, ia perlu diawasi. Dalam hal ini pengawasan dilakukan oleh kurator sementara tersebut. Kurator bertanggung jawab terhadap kesalahan dan kelalaiannya dalam melaksanakan tugas pengurusan dan atau pemberesan yang menyebabkan kerugian terhadap harta pailit¹⁵².

Kemudian kurator sebagai pengurus harus bertanggungjawab terhadap kesalahan atau kelalaiannya dalam melaksanakan tugas pengurusan yang menyebabkan kerugian terhadap harta debitor¹⁵³, maka kurator wajib memberikan pertanggungjawaban mengenai pengurusan dan pemberesan yang telah dilakukannya kepada hakim pengawas paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah berakhirnya kepailitan atau bertanggungjawab tentang kepengurusan sebulan setelah proses kepailitan selesai.

3. Panitia Kreditor

Pihak lain yang akan dilibatkan dalam pengurusan harta kepailitan adalah Panitia Kreditor, yang merupakan wakil para kreditor. Berbeda dengan Hakim Pengawas dan Kurator, pembentukan lembaga Panitia Kreditor ini bersifat fakultatif, sepanjang diperlukan untuk mengurus hal-hal yang berkaitan dengan hak dan kepentingan para kreditor dalam proses kepailitan. Ada dua macam Panitia Kreditor, yaitu Panitia Kreditor Sementara dan Panitia Kreditor Tetap. Panitia Kreditor Sementara dibentuk oleh Pengadilan Niaga berdasarkan putusan pernyataan kepailitan atau penetapan hakim lainnya, sedangkan Panitia Kreditor Tetap dibentuk oleh Hakim Pengawas, bila hakim niaga belum membentuk atau menunjuk Panitia Kredit Sementara. Tugas pokok Panitia Kreditor ini sudah

¹⁵² Pasal 72 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

¹⁵³ Pasal 234 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

barang tentu memberikan pertimbangan, saran, dan nasihat serta usul kepada kurator dalam melakukan pengurusan dan atau pemberesan harta kepailitan.

Dalam putusan pailit atau dengan penetapan kemudian, pengadilan dapat membentuk panitia kreditor sementara terdiri atas 3 (tiga) orang yang dipilih dari kreditor yang dikenal dengan maksud memberikan nasihat kepada kurator. Bila salah seorang anggota Panitia Kreditor Sementara tidak bersedia diangkat, berhenti, atau meninggal dunia, Pengadilan Niaga harus menunjuk atau mengangkat seorang dan dua calon yang diusulkan oleh Hakim Pengawas untuk mengisi lowongan keanggotaan Panitia Kreditor Sementara tersebut. Para anggota yang diangkat sebagai Panitia Kreditor Sementara dapat mewakilkan pekerjaan tersebut kepada orang lain. Kemudian, atas permintaan kreditor konkuren berdasarkan putusan kreditor konkuren dengan suara terbanyak, dalam rapat verifikasi Hakim Pengawas dapat:

- 1) Mengganti Panitia Kreditor Sementara, bila dalam putusan pernyataan kepailitan telah ditunjuk Panitia Kreditor Sementara, atau
- 2) Membentuk Panitia Kreditor, bila dalam putusan pernyataan kepailitan belum diangkat Panitia Kreditor.

Tugas Panitia Kreditor sementara ini adalah memberikan nasihat kepada kurator atau BHP mengenai pengelolaan, pengurusan, dan pemberesan harta kepailitan, selama belum diambil keputusan tentang pengangkatan suatu Panitia Kreditor Tetap oleh Pengadilan atau Hakim Pengawas. Nasihat dan Panitia Kreditor Sementara ini dianggap penting, mengingat tidak selamanya BHP mempunyai keahlian dalam bidang perdagangan dan manajemen usaha. BHP biasanya

mempunyai keahlian yang terbatas pada bidang administrasi perkantoran dan peradilan, sehingga dipandang perlu mendapat nasihat dan para ahli ekonomi atau sedang bergantung, terkecuali mengenai sengketa pencocokan piutang, cara pemberesan dan penjualan harta kepailitan, ataupun waktu maupun jumlah pembagian harta kepailitan yang harus dilakukan. Dengan demikian, maka nasihat tidak diperlukan bila kurator atau BHP telah memanggil Panitia Kreditor Tetap untuk berapat memberikan nasihat, namun nasihat tidak diberikan. Selain itu, kurator atau BHP pun tidak terikat pada nasihat yang disampaikan Panitia Kreditor Tetap. Dalam hal ini kurator atau BHP harus selekas-lekasnya memberitahu Panitia Kreditor Tetap yang diperbolehkan meminta putusan Hakim Pengawas. Bila Panitia Kreditor Tetap menyatakan hendak berbuat demikian, kurator atau BHP diwajibkan menanggukakan pelaksanaan perbuatan yang direncanakan dan berlawanan dengan nasihat Panitia Kreditor Tetap tadi dalam waktu tiga hari¹⁵⁴.

L. Pandangan Hukum Islam Tentang Penyelesaian Hak-hak Buruh di Proses Kepailitan

Dalam bahasa fiqh, kata yang digunakan untuk pailit adalah *iflas* (berarti: tidak memiliki harta atau fulus), sedang orang yang mengalami pailit disebut muflis dan putusan hakim yang menetapkan bahwa seseorang jatuh pailit adalah *taflis*. Secara terminologi, *at-taflis* (penetapan pailit) didefinisikan oleh para ulama fiqh¹⁵⁵:

¹⁵⁴ Sutan Remy Sjahdeini, *Hak Tanggungan: "Asas-asas, Ketentuan-ketentuan Pokok dan Masalah yang di hadapi oleh Perbankan"*, (Suatu Kajian Mengenai Undang-Undang Hak Tanggungan), Alumni, Bandung, 1999, hlm. 7.

¹⁵⁵ Muhammad bin Syihabuddin Arramli, *Nihayatul Minhaj*, Darul Fikr, Beirut, 1984, hlm. 310.

“Keputusan hakim melarang seseorang yang sedang bangkrut bertindak hukum atas hartanya”.

Dalam pandangan Islam Pekerja di Istilahkan dengan *Ijarah*, yang didefinisikan sebagai akad/transaksi atas manfaat/jasa (yang dikeluarkan *ajir*) dengan memperoleh imbalan berupa upah / ujarah dari *musta'jir*. Di antara titik temu transaksi adalah *ujrah* (upah) yang merupakan kompensasi terhadap aktifitas yang dilakukan *ajir* (pekerja). Seorang *ajir* berhak atas *ujrah*, namun pada saat yang sama, *ajir* tersebut memiliki tanggungjawab untuk melaksanakan aktifitas sebagaimana diminta oleh *musta'jir* /penyewa atau pemberi upah¹⁵⁶. Isu yang selalu muncul di dalam masalah *ijarah* adalah tenaga kerja yang selanjutnya sering disebut dengan buruh ialah orang yang hidupnya bergantung pada orang lain atau badan atau lembaga lain di mana dari orang atau badan lain tersebut ia mendapat gaji. Orang lain serta badan atau lembaga tersebut dinamakan majikan. Pekerja dan majikan merupakan sirkel gerak ekonomi. Sedangkan tenaga kerja sebagai salah satu faktor produksi, ialah orang yang melakukan usaha atau bekerja baik berupa kerja fikir maupun kerja jasmani, atau kerja fikir sekaligus jasmani dalam rangka menghasilkan barang dan jasa-jasa ekonomi yang menjadi kebutuhannya. Sedangkan buruh adalah kerja pekerja yang kebanyakan menggunakan tenaga jasmani. Nilai kerja diukur dengan kemampuan menambah barang dan jasa yang bermanfaat, atau menambah manfaat dari barang dan jasa yang sudah ada. (Keputusan Musyawarah Nasional XIII Majelis Tarjih

¹⁵⁶ Rahmat Syafi'i, *Fiqh Muamalah*, Pustaka Setia, Bandung, 2000, hlm.125

Muhammadiyah di Banda Aceh, 5-6 Juli 1995 Tentang Hubungan Kerja dan Ketenagakerjaan dalam Perspektif Islam).

Untuk mendapatkan apa yang menjadi hak tenaga kerja, tentu harus melalui dan menjalankan apa yang menjadi kewajiban tenaga kerja, diantaranya adalah:

1. Pekerja wajib melaksanakan pekerjaan yang dijanjikan
2. Pekerja wajib bekerja dengan tekun, teliti dan cermat dalam pekerjaannya
3. Pekerja wajib menjaga keselamatan barang yang dipercayakan kepadanya untuk dipekerjakan
4. Pekerja wajib membayar ganti rugi atas barang yang dirusak.

Setelah menjalankan semua kewajibannya, tenaga kerja berhak mendapatkan hak-hak mereka dari musta'jir, hak-hak mereka dilindungi dengan sabda Nabi Muhammad SAW yang diriwayatkan oleh Abu Hurairah¹⁵⁷:

Artinya: “Dari Abu Hurairah r.a. dia berkata: Rasulullah saw. Bersabda. “Ada tiga golongan yang aku jadi musuh mereka pada hari kiamat. Sedangkan siapa yang aku jadi musuhnya, pasti aku akan mengalahkannya pada hari kiamat; 1. Seorang yang memberi (sesuatu) karena aku, kemudian dia berkhianat. 2. Seorang yang menjual orang merdeka dan dia makan uang harganya. 3. Seorang yang memperkerjakan seorang buruh, dan buruh tersebut sudah memenuhi kewajibannya, tetapi dia tidak memenuhi upahnya”.

Dalam memenuhi hak tenaga kerja dalam proses kepailitan dalam Prespektif Hukum Islam, harus terpenuhi lima hak dasar (*al-daruriyyat al-khams*) yaitu antara lain : 1.Terlindunginya hak berkeyakinan sesuai kepercayaan yang dianut (*hifz al- din*). 2.Terlindunginya hak untuk hidup secara layak (*hifz an-nafs*). 3 Terlindunginya hak reproduksi (*hifz al-nasl*). 4.Terlindunginya hak kepemilikan barang dan jasa (*hifz al-mal*).5. Terlindunginya hak untuk berpikir bebas (*hifz al-*

¹⁵⁷ Imam Taqiyudin Abu bakar Bin Muhammad Alhusaini, *Kifayatul Akhyar*, Bina Iman, Surabaya, 1995, hlm. 695.

aql)¹⁵⁸. Adapun unsur yang tidak kalah penting adalah nilai keadilan. Keadilan telah dipandang oleh para *fuqaha* sebagai isi pokok maqashid *asy-syari'ah*, sehingga mustahil melihat sebuah masyarakat muslim, yang tidak menegakkan keadilan didalamnya. Islam tegas sekali dalam menegakkan tujuannya menghapus semua untuk kezaliman (*zulm*) dari masyarakat manusia, yang merupakan istilah komprehensif Islam untuk mengacu semua bentuk ketidakadilan, ketidakmerataan, eksploitasi, penindasan, dan kekeliruan, sehingga seseorang menjauhkan hak orang lain atau tidak memenuhi kewajibannya terhadap mereka. Penegakan keadilan dan penghapusan semua bentuk ketidakadilan telah ditekankan dalam Al-Quran sebagai misi utama para Rasul Allah:

Artinya: “Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka Al Kitab dan neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan. Dan Kami ciptakan besi yang padanya terdapat kekuatan yang hebat dan berbagai manfaat bagi manusia, (supaya mereka mempergunakan besi itu) dan supaya Allah mengetahui siapa yang menolong (agama) Nya dan rasul-rasul-Nya padahal Allah tidak dilihatnya. Sesungguhnya Allah Maha Kuat lagi Maha Perkasa.”

Adil di sini dimaksudkan juga dalam penyelenggaraan sarana-sarana penghidupan, keadilan yang harus ditegakkan ialah terlaksananya kehidupan atas dasar keseimbangan, yang kuat menolong yang lemah, yang kaya membantu yang miskin, sebaliknya yang lemah pun mendukung tegaknya keadilan dengan jalan yang baik, bukan merongrong kepada yang kuat, yang miskin pun jangan merongrong yang kaya. Disamping itu keadilan dalam bidang ketenagakerjaan

¹⁵⁸ Wahbah Zuhaili, *Al-fiqh al-Islami Wa ailatuhu*. Jilid V. cet. Ke-8 (Dar al-Fiqr al-Mua'sshim, Damaskus, 2005, hlm.756.

juga pada cara-cara memperoleh produksi, pendistribusian serta dalam pemanfaatannya.