

KEDUDUKAN KLAUSULA ARBITRASE PADA KASUS KEPAILITAN



Mosgan Situmorang, S.H., M.H.



BALITBANGKUMHAM Press

KEDUDUKAN KLAUSULA ARBITRASE PADA KASUS KEPAILITAN

UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA NOMOR 28 TAHUN 2014
TENTANG HAK CIPTA

Pasal 1

- (1) Hak Cipta adalah hak eksklusifs pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 113

- (1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 100.000.000 (seratus juta rupiah).
- (2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/ atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/ atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
- (3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/ atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
- (4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

KEDUDUKAN KLAUSULA ARBITRASE PADA KASUS KEPAILITAN

Mosgan Situmorang, S.H., M.H.

BALITBANGKUMHAM Press

@2021 Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Hak Asasi Manusia
Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum

KEDUDUKAN KLAUSULA ARBITRASE PADA KASUS KEPAILITAN

Penulis : Mosgan Situmorang, S.H., M.H.
Editor : Tony Yuri Rahmanto, S.H., M.H.
Reviewer : Wisnu Hadi Wibowo, S.H., M.H.
Layout : Maria Mahardhika
Dicetak Oleh : PT Pohon Cahaya
ISBN : 978-623-6958-51-3
Cetakan Pertama : Desember 2021

Diterbitkan oleh :



BALITBANGKUMHAM Press (Anggota IKAPI)
Jl. HR Rasuna Said Kav. 4-5 Kuningan, Jakarta Selatan
Website: www.balitbangham.go.id
Telp: (021) 252 5015, ext. 512/514
E-mail: balitbangkumhampress@gmail.com

SAMBUTAN

Salam Pembaruan!

Salah satu ketentuan penting di dalam perjanjian atau kontrak bisnis adalah ketentuan atau klausula tentang penyelesaian sengketa, yang mengatur masalah forum dan hukum apa yang akan diberlakukan terhadap sengketa yang timbul. Arbitrase adalah salah satu lembaga penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Di dalam kontrak bisnisnya, para pihak memasukkan klausula tentang lembaga arbitrase yang dipilih sebagai forum untuk menyelesaikan sengketa merek. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase sudah menjadi sarana penyelesaian sengketa utang piutang yang berlaku universal di dunia perniagaan. Namun, ketika terjadi sengketa di antara kreditor dan debitor, klausula arbitrase yang telah disepakati di dalam perjanjian utang piutangnya dimungkinkan untuk disimpangi dengan mengajukan permohonan kepailitan kepada pengadilan niaga.

Ulasan mengenai Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase serta Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Tentang Kepailitan dan PKPU, yang mengalami perubahan menjadi Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang akan dijabarkan di dalam buku ini. Kedua Undang-Undang tersebut di atas dibentuk dalam rangka memepercepat penyelesaian hukum

di bidang ekonomi dan perdagangan. Kedua peraturan tersebut di atas sehubungan adanya kontradiksi dalam pengaturan kedudukan klausula perjanjian arbitrase pada keduanya, yakni antara pasal 3 Undang-Undang Arbitrase dan pasal 303 Undang-Undang Kepailitan dan PKPU.

Diterbitkannya Buku ini diharapkan dapat memberikan wawasan baru mengenai hukum arbitrase dan hukum kepailitan di Indonesia serta dapat digunakan oleh para praktisi maupun teoritis termasuk untuk bahan pembaharuan hukum arbitrase dan hukum kepailitan dimasa yang akan datang. Terima kasih kepada seluruh pihak yang telah berkontribusi dari awal hingga akhir proses penerbitan, semoga buku ini bermanfaat bagi seluruh pihak.

Jakarta, 15 Desember 2021

Kepala Badan Penelitian dan Pengembangan
Hukum dan Hak Asasi Manusia,



A handwritten signature in black ink, written in a cursive style. The signature appears to read 'Sri Puguh Budi Utami'.

Dr. Sri Puguh Budi Utami

KATA PENGANTAR

Saya menyambut baik penerbitan buku tentang Kedudukan Klausula Arbitrase Pada Kasus Kepailitan. Hukum Arbitrase. Hukum kepailitan dan Arbitrase pada dasarnya sudah ada sejak penjajahan Belanda. Pengundangan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan dan serta Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa telah membawa perubahan yang signifikan dalam hal penyelesaian kasus-kasus atau sengketa di bidang perekonomian dan perdagangan.

Dengan makin pesatnya perkembangan perekonomian dan perdagangan serta makin banyaknya permasalahan utang-piutang yang timbul dalam dunia usaha yang belum bisa diselesaikan dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan, kembali ketentuan tersebut mengalami perubahan menjadi Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang diundangkan pada tanggal 18 Oktober 2004. Pada dasarnya baik Undang-Undang Kepailitan dan Undang-Undang Arbitrase mempunyai peran dan tujuan yang sama untuk mendukung kemajuan perekonomian. Timbulnya ketidak sinkronan dalam kedua Undang-Undang tersebut adalah karena terdapat norma

yang saling bertentangan yakni antara pasal 3 Undang-Undang Arbitrase dan pasal 303 Undang-Undang Kepailitan dan PKPU

Dengan diterbitkannya buku ini yang berisi ulasan mengenai sejarah, filosofi, syarat-syarat hukum Arbitrase dan Kepailitan, serta Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang diharapkan akan memberikan wawasan baru mengenai hukum Arbitrase dan Kepailitan serta penerapannya di Indonesia khususnya kontradiksi kedudukan perjanjian arbitase dalam kepailitan. Buku yang ditulis oleh saudara Mosgan Situmorang ini diharapkan dapat memperkaya referensi dalam bidang Arbitrase dan Kepailitan. Akhir kata, saya ucapkan selamat atas penerbitan buku ini.

Jakarta, Desember 2021

Kepala Pusat

Penelitian dan Pengembangan Hukum



Cenzo Hersusetiokartiko, Bc.IP., S.H., M.H.

PRAKATA PENULIS

Dengan penuh rasa syukur akhirnya penulis berhasil menyusun buku kecil yang berjudul Kedudukan Klausula Arbitrase Pada Kasus Kepailitan. Buku ini ditulis dengan maksud untuk menambah khasanah buku-buku ilmiah dan memberikan gambaran serta pemahaman mengenai Undang-Undang Arbitrase serta Kepailitan dan PKPU. Semoga buku kecil ini bermanfaat bagi pembacanya, Akhir kata saya sebagai penulis mengucapkan terimakasih kepada semua pihak yang membantu hingga terbitnya buku ini. Semoga pada waktu yang akan datang saya dapat kembali menulis buku dengan topik yang berbeda.

Jakarta, Desember 2021

Mosgan Situmorang, S.H., M.H.



DAFTAR ISI

SAMBUTAN	v
KATA PENGANTAR.....	vii
PRAKATA PENULIS.....	ix
DAFTAR ISI	xi
BAB I PENDAHULUAN.....	1
BAB II ARBITRASE	5
A. Pengertian Arbitrase.....	5
B. Macam-macam Arbitrase.....	11
C. Arbitrase Sebagai Forum Penyelesaian Sengketa Privat	19
D. Hukum yang Digunakan dalam Arbitrase Dagang Internasional di Indonesia	24
BAB III KEPAILITAN DAN PENUNDAAN KEWAJIBAN PEMBAYARAN UTANG.....	29
A. Kepailitan	29
B. Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU)	68

BAB IV TITIK SINGGUNG ARBITRASE DAN KEPAILITAN	75
A. Komparasi Proses Arbitrase dan Kepailitan.....	75
B. Sengketa Kewenangan Antara Pengadilan Niaga dengan Arbitrase.....	98
C. Putusan Pengadilan Niaga Atas Kasus Kepailitan yang Mengandung Klausula Arbitrase	102
DAFTAR PUSTAKA.....	139
GLOSARIUM.....	143
INDEKS.....	147
TENTANG PENULIS.....	151

BAB I

PENDAHULUAN

Tujuan utama dibentuknya suatu undang-undang adalah untuk menciptakan kepastian hukum dan keadilan. Hukum dibuat untuk memberikan manfaat dan kebahagiaan sebanyak-banyaknya kepada warga masyarakat yang didasari oleh falsafah sosial yang mengungkapkan bahwa setiap warga negara mendambakan kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya. Jangan sampai suatu tujuan hukum malah menimbulkan keresahan dan penyimpangan hukum kesewenang-wenangan didalam masyarakat.¹ Menurut Jeremy Bentham hukum adalah kebahagiaan, kenikmatan dan kehidupan yang bebas dari kesengsaraan yang disebut Bentham dengan *The aim of law is The Greatest Happiness for the greatest number.*² Jika tujuan ini dipenuhi maka tercapailah suatu tujuan hukum.

Dalam menyusun suatu undang-undang tentu saja pembentuk undang-undang sudah mempertimbangkan segala

1 Darji Darmodihardjo, *Filsafat Hukum* (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2011), 159.

2 H.R. Otje Salman, *Filsafat Hukum Perkembangan Dan Dinamika Masalah* (Bandung: Refika Aditama, 2010), 44.

konsekuensi setiap norma yang dituangkan dalam pasal-pasal undang-undang yang dibentuknya. Selain mempertimbangkan setiap norma pembuat undang-undang juga harus mengacu pada asas perundang-undangan yakni peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Secara yuridis semua undang-undang maupun peraturan dibawahnya tidak boleh bertentangan dengan konstitusi, Di Indonesia semua peraturan tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang Dasar RI 1945 maupun Pancasila sebagai dasar ideologi negara.

Dalam Penyusunan undang-undang kadang-kadang tidak dapat dihindari adanya kontradiksi antara undang-undang yang satu dengan yang lain dalam hal tertentu. Kontradiksi dapat terjadi disebabkan adanya kepentingan yang berbeda dari masing-masing Undang-Undang dalam mengatur hal yang sama, dalam mengantisipasi hal tersebut para pakar hukum sudah membuat suatu asas penafsiran yang disebut *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* yang artinya bahwa hukum yang bersifat khusus mengesampingkan hukum yang bersifat umum. Menurut Bagir Manan dalam bukunya yang berjudul *Hukum Positif Indonesia*,³ ada beberapa prinsip yang harus diperhatikan dalam asas *lex specialis derogat legi generalis*, yaitu:

1. Ketentuan-ketentuan yang didapati dalam aturan hukum umum tetap berlaku, kecuali yang diatur khusus dalam aturan hukum khusus tersebut;

3 Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia* (Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2004), 56.

2. Ketentuan-ketentuan *lex specialis* harus sederajat dengan ketentuan-ketentuan *lex generalis* (undang-undang dengan undang-undang);
3. Ketentuan-ketentuan *lex specialis* harus berada dalam lingkungan hukum (rezim) yang sama dengan *lex generalis*. Kitab Undang-Undang Hukum Dagang dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sama-sama termasuk lingkungan hukum keperdataan.

Selain asas di atas masih ada asas hukum yang lain yang dapat dijadikan sebagai pedoman dalam penerapan hukum yakni asas *lex posteriori derogat legi priori*, *legi priori* yang diklasifikasikan sebagai asas hukum umum. Asas hukum, dalam hal ini asas *lex posteriori derogat legi priori* (Undang-undang yang baru mengesampingkan undang undang yang lama) yang dijadikan solusi untuk menyelesaikan pertentangan aturan hukum.

Sehubungan dengan pengertian asas-asas hukum, O. Notohamidjojo menjelaskan 4 (empat) macam fungsi dan asas-asas hukum:

- a. Perundang-undangan harus mempergunakan asas-asas hukum sebagai pedoman (*richtlijnen*) bagi pembentukan hukum *positiveringsarbied*. Perundang-undangan perlu meneliti dasar pikiran dari asas hukum itu, merumuskannya dan mengatakannya dalam pembentukan undang-undang.
- b. Hakim seharusnya dan sepatutnya bekerja dengan asas-asas hukum apabila ia harus melakukan interpretasi pada penafsiran pasal yang kurang jelas, dan dengan menggunakan asas hukum hakim dapat mengadakan

- penetapan *precise ring* dan pada keputusan-keputusannya.
- c. Hakim perlu menggunakan *rechtbeginnselen* dia perlu mengandalkan analoginya.
 - d. Hakim dapat melakukan koreksi terhadap peraturan undang-undang, apabila peraturan perundang-undangan itu terancam kehilangan makna atau artinya.

Salah satu hal yang diatur dalam dua undang-undang yang berbeda dan saling bertentangan normanya adalah masalah Arbitrase. Masalah arbitrase diatur didalam undang-undang arbitrase dan Undang-Undang Kepailitan. Dalam undang-undang arbitrase dikatakan bahwa pengadilan negeri tidak berwenang mengadili suatu perkara yang para pihaknya terikat pada suatu perjanjian arbitrase dan Hakim harus menyatakan diri tidak berwenang mengadili perkara tersebut. Sebaliknya di dalam Undang-Undang Kepailitan dikatakan bahwa Pengadilan Niaga yang merupakan bagian dari Pengadilan Negeri berwenang mengadili kasus kepailitan dan berwenang juga memeriksa dan mengadili perkara yang para pihaknya terikat pada suatu perjanjian arbitrase.

Arbitrase juga dapat dijadikan salah satu alternatif dalam penyelesaian sebuah sengketa dan melibatkan pihak ketiga yang adil untuk memberikan keputusan. Pihak ketiga dalam hal ini dapat dikenal sebagai arbiter yang bertugas untuk mendengarkan bukti yang telah diberikan oleh kedua belah pihak yang bersengketa dalam pengadilan, sebelum mengambil keputusan.

BAB II

ARBITRASE

A. Pengertian Arbitrase

Arbitrase merupakan istilah yang dipakai untuk menjabarkan suatu bentuk tata cara damai yang sesuai atau sebagai penyediaan dengan cara bagaimana menyelesaikan sengketa yang timbul sehingga mencapai suatu hasil tertentu yang secara hukum final dan mengikat.

Syarat yang utama bagi suatu proses arbitrase ialah kewajiban pada para pihak membuat suatu kesepakatan tertulis atau perjanjian arbitrase (*arbitration claus/agreement*) dan kemudian menyetujui hukum dan tata cara bagaimana mereka akan mengakhiri penyelesaiannya. Di luar arbitrase biasanya bilamana timbul sengketa, para pihak minta seorang pengacara, melalui suatu surat kuasa kepadanya kemudian melibatkan pengadilan mencoba menyelesaikan sengketa yang telah terjadi atau bisa saja berusaha menyelesaikan sendiri secara langsung.⁴ Adapun Pengertian Arbitrase antara lain:

4 Pryatna Abdurrasyid, *Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Suatu Pengantar* (Jakarta: Fikahati Aneska bekerjasama dengan Badan Arbitrase Nasional (BANI), 2002), 54.

- a. Menurut Grill, William H. Arbitrase adalah sebagai berikut:

“An arbitration is the reference of a disputer or difference between not less than two persons for determination person hearing both sides in a judicial manner by another person or persons, other than a of competent jurisdiction”⁵

- b. Menurut Black’s Law Dictionary:

“Arbitration. The reference of a dispute to an impartial (third) person chosen by the parties to the parties to the dispute who agree in advance to abide by the arbitrator’s award issued after hearing at which both parties have an opportunity to be heard. An arrangement for taking and abiding by the judgement of selected person in some disputed matter, instead of carrying it to establish tribunals of justice, and is expense and vexation of ordinary litigation”⁶

Ada pula yang mengatakan bahwa:

“Arbitration. An alternative dispute resolution system that is agreed to by all parties to a dispute. This system provides for private resolution of disputes in a speedy fashion”⁷

- c. Menurut Rodalet (The Synonym Finder, 1986):

“Arbitration. Mediation, negotiation, bargaining, peace-making, bringing together, reconciliation, reconcilment, conciliation, intervention, interposition, inter-mediation, interference. Judgement, adjudication, decision,

5 Ibid., 55.

6 Ibid.

7 Ibid.

*determination, settling, settlement, arbitrament. Hearing, trial, parley, conference, discussion*⁸

d. Subekti mengatakan bahwa:

*“Arbitrase itu adalah penyelesaian suatu perkara oleh seseorang atau beberapa orang wasit (arbiter) yang bersama-sama ditunjuk oleh para pihak yang berperkara dengan tidak diselesaikan lewat pengadilan”*⁹

e. Priyatna Abdurrasyid, mengatakan sebagai berikut:

Arbitrase adalah salah satu mekanisme alternatif penyelesaian sengketa yang merupakan bentuk tindakan hukum yang diakui oleh undang-undang di mana salah satu pihak atau lebih menyerahkan sengketanya, ketidak samafahamannya, ketidak sepakatannya dengan satu pihak lain atau lebih kepada satu orang (arbiter) atau lebih (arbiter – arbiter - majelis) ahli yang profesional, yang akan bertindak sebagai hakim/peradilan swasta yang akan menerapkan tata cara hukum negara yang berlaku atau menerapkan tata cara hukum perdamaian yang telah disepakati bersama oleh para pihak tersebut terdahulu untuk sampai kepada putusan yang final dan mengikat. Oleh karena itu dikatakan bahwa arbitrase adalah hukum prosedur dan hukum para pihak (*“law of procedure” dan “law of the parties”*) selain putusan arbiter yang final dan mengikat, dikenal pula pendapat mengikat (*“binding*

8 Ibid., 56.

9 Ibid.

opinion “*bindend advis*”).¹⁰

f. Menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Ada tiga hal yang dapat dikemukakan dari definisi yang diberikan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tersebut :

- 1) Arbitrase merupakan salah satu bentuk perjanjian;
- 2) Perjanjian arbitrase harus dibuat dalam bentuk tertulis;
- 3) Perjanjian arbitrase tersebut merupakan perjanjian untuk penyelesaian sengketa yang dilaksanakan di luar peradilan umum.

Dari defenisi yang kemukakan oleh Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tersebut maka dapat dikatakan bahwa arbitrase adalah menyangkut suatu perjanjian. Sebagai salah satu bentuk perjanjian, sah tidaknya perjanjian arbitrase digantungkan pada syarat-syarat sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Adapun syarat-syarat dari perjanjian tersebut adalah sebagai berikut:

a. Syarat Subjektif

“Jika kita kembali pada defenisi yang diberikan, di mana dikatakan bahwa arbitrase adalah suatu cara alternatif

10 Ibid., 58.

penyelesaian sengketa, maka dapat kita katakan bahwa sebagai perjanjian arbitrase melibatkan dua pihak yang saling bersengketa untuk mencari penyelesaian sengketa di luar pengadilan”.

Untuk memenuhi syarat-syarat subjektif, selain harus dibuat oleh mereka yang cakap hukum untuk bertindak dalam hukum, perjanjian arbitrase harus dibuat oleh mereka yang demi hukum dianggap memiliki kewenangan untuk melakukan hal yang demikian. Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 menentukan bahwa para pihak dalam perjanjian arbitrase tidak dibatasi hanya untuk subjek hukum menurut hukum perdata melainkan juga termasuk didalamnya subjek hukum publik. Namun satu hal di sini bahwa meskipun subjek hukum publik dimasukkan di sini, tidaklah berarti arbitrase dapat mengadili segala sesuatu yang berhubungan dengan hukum publik. Jika kita lihat ketentuan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, jelas bahwa sengketa yang dapat diselesaikan melalui lembaga arbitrase ini sifatnya terbatas. Yang pasti relevansi dari kewenangan para pihak menjadi bagian yang sangat penting bagi para pihak dalam perjanjian arbitrase.

b. Syarat Objektif

“Syarat objektif dari perjanjian arbitrase ini diatur dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999. Menurut ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tersebut, objek perjanjian arbitrase atau dalam hal ini

adalah sengketa yang akan diselesaikan di luar pengadilan melalui lembaga arbitrase (dan atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa lainnya) hanyalah sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa”.

Tidak ada suatu penjelasan resmi mengenai apa yang dimaksud dengan ketentuan Pasal 5 ayat (1) tersebut, namun jika kita lihat pada Pasal 66 huruf b Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, yang berhubungan dengan pelaksanaan putusan arbitrase internasional, dimana dikatakan bahwa yang dimaksud dengan “ruang lingkup hukum perdagangan” adalah kegiatan-kegiatan antara lain bidang:

- a. perniagaan
- b. perbankan
- c. keuangan
- d. penanaman modal
- e. industry
- f. hak kekayaan intelektual

Ini berarti bahwa istilah “perdagangan” sebagaimana disebutkan dalam Pasal 5 ayat (1), seharusnya juga memiliki makna yang luas. Hal ini juga sejalan dengan ketentuan selanjutnya dalam Pasal 5 ayat (2), yang memberikan perumusan negatif, di mana dikatakan bahwa sengketa-sengketa yang dianggap tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian. Ini berarti kita harus melihat kembali ketentuan mengenai perdamaian yang diatur dalam Kitab Undang-Undang

Hukum Perdata Buku III Bab 18 Pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864.

B. Macam-macam Arbitrase

Untuk dapat memahami lebih jauh mengenai keberadaan arbitrase, maka harus dapat dilihat macam-macam arbitrase yang antara lain terdiri dari:

1. Arbitrase Institusional

Arbitrase institusional adalah suatu badan atau lembaga yang sengaja didirikan secara permanen sebagai sarana penyelesaian sengketa. Lembaga tersebut ada yang didirikan dan merupakan bagian dari organ pemerintah suatu negara tertentu namun ada pula yang sifatnya partikelir. Arbitrase institusional partikelir biasanya didirikan oleh atau atas prakarsa individu warganegara maupun kelompok individu, biasanya kalangan pengusaha swasta. Lembaga arbitrase partikelir sudah tentu bukan merupakan bagian dari organ atau institusi pemerintah, sehingga lembaga tersebut biasanya terlepas dari campur tangan pemerintah suatu negara.¹¹

Biasanya setiap lembaga arbitrase diorganisasikan dengan manajemen yang teratur oleh para ahli dalam

11 M. Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau Dari Reglement Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for The Settlement of Investment Disputes (ICSID) UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award PERMA*, 2nd ed. (Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2003), 151.

berbagai bidang. Di samping diorganisasikan secara teratur, arbitrase terlembaga ini pun umumnya memiliki perangkat ketentuan hukum formal (*set of rules of arbitration*) sendiri sebagai hukum acara dalam rangka proses dan prosedur arbitrasenya.

Tujuan pendirian lembaga arbitrase semacam itu biasanya diketahui dari statuta lembaga tersebut. Secara umum tujuan pendirian arbitrase institusional adalah dalam rangka menyediakan sarana penyelesaian sengketa alternatif, di luar sarana penyelesaian sengketa konvensional yang dikenal dengan pengadilan. Badan Arbitrasi Nasional Indonesia (BANI) adalah salah satu contoh arbitrase institusional yang didirikan di Indonesia. Berdasarkan anggaran dasarnya, Badan Arbitrasi Nasional Indonesia didirikan dengan tujuan memberikan penyelesaian yang adil dan cepat dalam sengketa-sengketa perdata yang timbul mengenai soal-soal perdagangan, industri, dan keuangan, baik yang bersifat nasional maupun yang bersifat internasional.¹²

Di Indonesia, sengketa-sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase masih berkisar pada bidang hukum perikatan atau hukum kontrak. Sedangkan pada negara-negara lain ternyata tidak hanya sengketa yang termasuk bidang hukum perikatan yang dapat diselesaikan melalui arbitrase, melainkan juga sengketa-sengketa di

12 R. Subekti, *Arbitrase Perdagangan* (Bandung: Bina Cipta, 1981), 51.

dalam bidang hukum yang lainnya. Seperti dikonstatir oleh Robert Coulson bahwa: “... *Marital separation agreements provide another example of the flexibility of arbitration*”. Hal itu berarti bahwa apabila para pihak menghendaki penyelesaian sengketa di luar pengadilan, maka masalah yang berada di dalam cakupan hukum keluarga sekali pun dapat diselesaikan melalui arbitrase.

Di muka telah disebutkan bahwa arbitrase institusional itu suatu lembaga yang didirikan secara permanen. Yang dimaksud dengan permanen di sini adalah selain dikelola dan diorganisasikan secara tetap, keberadaannya juga terus menerus untuk jangka waktu yang tidak terbatas. Di samping itu keberadaan lembaga tersebut tidak hanya bergantung kepada adanya sengketa. Artinya, apakah ada sengketa yang harus diselesaikan atau tidak ada sengketa yang masuk, lembaga tersebut tetap berdiri dan tidak akan bubar, bahkan setelah sengketa yang ditanganinya telah selesai diputus sekali pun. Seperti halnya suatu pengadilan nasional dari suatu negara, pada dasarnya setiap arbitrase institusional selalu mempunyai hubungan dengan yurisdiksi suatu negara tertentu.¹³ Artinya, setiap arbitrase institusional memiliki nasionalitas atau status kewarganegaraan dari suatu negara tertentu. Sekurang-kurangnya terdapat tiga faktor mengapa nasionalitas suatu arbitrase institusional penting untuk diketahui.

13 Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional* (Jakarta: Rajawali, 1991), 143.

Julian D.M Lew menyebutkan alasan-alasan tersebut yaitu: Pertama, untuk menentukan *lex arbitri*, yaitu hukum yang mengatur tentang proses arbitrase dan hukum yang menentukan pokok sengketa apakah yang harus dipertimbangkan oleh para arbiter. Kedua, untuk menentukan pengadilan nasional negara mana yang memiliki yurisdiksi terhadap arbitrase tersebut. Hal itu penting karena pengadilan suatu negara pada dasarnya memiliki kewenangan untuk mengawasi, bahkan bila perlu mencampuri proses arbitrase yang berlangsung pada negara tersebut. Ketiga, untuk mengetahui prosedur yang harus diikuti dalam rangka pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut.¹⁴

Mengapa hal itu dianggap penting, adalah karena persoalan yang seringkali terjadi dalam kaitan tersebut adalah menyangkut sulitnya pelaksanaan putusan arbitrase terutama putusan arbitrase yang dijatuhkan di luar negeri atau arbitrase internasional. Sudah menjadi citra bahwa putusan arbitrase nasional (domestik) pelaksanaannya relatif lebih mudah, bahkan hampir tidak ada masalah bila dibandingkan dengan eksekusi putusan arbitrase internasional (*foreign arbitral awards*). Walaupun demikian, untuk menentukan apakah suatu arbitrase itu tergolong arbitrase nasional atau arbitrase internasional

14 DM Julian Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), 202.

tidak selalu mudah. Hal itu disebabkan banyak faktor yang turut menentukan. Sebagai panduan dalam rangka memahami apakah sesuatu forum arbitrase itu tergolong arbitrase nasional atau arbitrase internasional, serta di mana letak perbedaannya.

Untuk menentukan apakah suatu arbitrase itu termasuk arbitrase nasional atau arbitrase internasional. Beberapa faktor lain yang juga dapat dijadikan indikasi untuk menentukan apakah suatu arbitrase termasuk arbitrase nasional atau internasional antara lain: (i) pokok sengketa (ii) kebangsaan atau tempat tinggal para pihak dan para arbiternya, (iii) hukum yang digunakan, dan (iv) tempat pemeriksaan arbitrase dilangsungkan berkaitan dengan yang tersebut terakhir yaitu tempat arbitrase dilangsungkan. Ada pendapat bahwa: “*The arbitration may be totally domestic but for one element, e.g., the place of arbitration*”.

2. Arbitrase *Ad Hoc*

Sebagai bentuk alternatif dari arbitrase institusional adalah arbitrase *ad hoc*. Dalam pengertian ini yang dimaksud dengan “arbitrase *ad hoc* adalah arbitrase yang diselenggarakan atau tidak melalui suatu badan atau lembaga arbitrase tertentu (*institutional arbitration*).¹⁵

15 Sudargo Gautama, *Undang-Undang Arbitrase Baru 1999* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999), 19.

Menurut Alan Redfern, arbitrase *ad hoc* adalah : “... *arbitration without designating any arbitral institution and without referring to any particular set of institutional rules*. Sebagai bentuk lain dari arbitrase institusional, arbitrase *ad hoc* adalah arbitrase yang sifatnya tidak permanen. Artinya, keberadaan atau eksistensi arbitrase tersebut sangat bergantung pada kebutuhan pihak-pihak yang bertikai, yang menghendaki penyelesaian sengketa mereka melalui arbitrase *ad hoc* tersebut. Pada arbitrase *ad hoc* pihak-pihak yang bersengketa tidak hanya dapat bersepakat untuk menyelesaikan sengketa, melainkan juga para pihak memiliki kewenangan untuk mengendalikan setiap aspek dan prosedur penyelesaian sengketa yang akan dilakukan. Dalam arbitrase *ad hoc* melakukan pengangkatan arbiter atau para arbiter beserta segala kompetensinya juga merupakan kewenangan pihak-pihak yang bersengketa. Tempat arbitrase dilangsungkan juga dapat ditetapkan berdasarkan kehendak para pihak. Mereka dapat memilih tempat arbitrase dilangsungkan pada tempat tinggal atau tempat kediaman mereka atau dapat juga memilih tempat tinggal arbiternya. Bahkan dapat juga memilih tempat lain yang bukan tempat tinggal para pihak atau arbiter, melainkan tempat di mana asset yang menjadi objek sengketa berada.

Demikian pula halnya di dalam menetapkan kaidah hukum yang akan dipakai dalam menyelesaikan sengketa mereka, para pihak dapat memilih peraturan prosedur arbitrase (*rules of arbitral procedure*) sesuai dengan yang

mereka kehendaki. Artinya, para pihak tidak terikat untuk memakai peraturan prosedur arbitrase dari suatu arbitrase institusional tertentu. Pilihan untuk menggunakan peraturan prosedur arbitrase dapat dilakukan terhadap berbagai kaidah arbitrase. Umpamanya saja, *UNCITRAL Arbitration Rules (UAR)* sebagai kaidah hukum secara arbitrase mereka. Perangkat kaidah *UNCITRAL Arbitration Rules (UAR)* tersebut disediakan untuk dipergunakan dalam arbitrase *ad hoc*, karena *UAR* sendiri tidak memiliki lembaga arbitrase (*arbitral institution*) tertentu.

Walaupun demikian apabila para pihak menghendaki, arbitrase *ad hoc* dapat juga dilangsungkan pada salah satu arbitrase institusional tertentu. Dalam hal demikian, para pihak tidak diharuskan memakai perangkat kaidah arbitrase dari lembaga arbitrase tersebut, melainkan dapat juga memilih kaidah arbitrase lain misalnya *Uncitral Arbitration Rules (UAR)* sebagai kaidah hukum acara arbitrasenya. Demikian juga para arbiter tidak memiliki kewajiban untuk memakai perangkat kaidah dari lembaga arbitrase tersebut. Artinya lembaga arbitrase bersangkutan akan mempergunakan kaidah arbitrase *Uncitral Arbitration Rules (UAR)* yang telah dipilih para pihak. Arbitrase semacam itu disebut dengan arbitrase *ad hoc* yang diadministrasikan oleh lembaga arbitrase yang sudah ada (*administered ad hoc arbitration*).¹⁶

16 Ibid., 20.

Satu hal yang tidak dapat dilupakan bahwa kaidah arbitrase UNCITRAL itu sifatnya optional, sehingga tidak ada kewajiban bagi siapa pun yang hendak menyelesaikan sengketa melalui arbitrase untuk memakainya. Oleh karena itu, para pihak yang bersengketa bebas untuk melakukan pilihan, apakah hendak memakai kaidah tersebut atau tidak. Akan tetapi untuk penyelesaian sengketa pada arbitrase *ad hoc*, memakai kaidah yang sifatnya optional seperti halnya kaidah arbitrase UNCITRAL agaknya lebih tepat. Hal itu seperti juga dikonstatir oleh Alan Redfern, :

“However, it is not advisable to try to adopt or adapt institutional rules (such as those of the ICC) for use in an ad hoc arbitration, since such rules make constant reference to the institution concerned and will not work properly or effectively without it”.

Hal itu disebabkan perangkat ketentuan tersebut pada dasarnya hanya bersangkutan paut dengan arbitrase institusional bersangkutan, sehingga kaidah tersebut belum tentu dapat efektif dan cocok bila dipakai dalam penyelesaian sengketa itu sama sekali tidak melakukan pilihan hukum, maka dewan arbitrase akan memakai hukum yang telah ditentukan oleh kaidah-kaidah Hukum Perdata Internasional (HPI) yang dianggap berlaku menurut para arbiter.

C. Arbitrase Sebagai Forum Penyelesaian Sengketa Privat

Arbitrase adalah salah satu bentuk penyelesaian sengketa bisnis di luar pengadilan yang semakin umum digunakan. Arbitrase merupakan cara penyelesaian sengketa bisnis dengan jalan menyerahkan sengketa tersebut kepada suatu lembaga atau orang-orang yang ditunjuk sebagai wasit (arbiter) yang akan memberikan putusan yang bersifat mengikat dan dapat dieksekusi melalui pengadilan.

Penggunaan media arbitrase pada umumnya didasari pertimbangan yuridis formal, meliputi efisiensi waktu, biaya serta asumsi bahwa hubungan antara pihak dilandasi itikat baik, atau asas saling menghormati.

Sebagai institusi hukum alternatif bagi penyelesaian sengketa di luar pengadilan, maka sebagian besar pengusaha lebih suka menyelesaikan sengketa yang timbul diantara mereka melalui arbitrase dari pada pengadilan, karena terdapat alasan sebagai berikut:

1. Pengusaha asing lebih suka menyelesaikan sengketa melalui arbitrase luar negeri karena menganggap sistem hukum pengadilan setempat asing bagi mereka.
2. Pengusaha negara-negara maju beranggapan hakim-hakim negara berkembang tidak menguasai sengketa-sengketa dagang yang melibatkan hubungan-hubungan biaya dan keuangan internasional yang rumit.
3. Pengusaha negara-negara maju beranggapan bahwa penyelesaian sengketa melalui pengadilan akan memakan waktu yang lama dan ongkosnya besar, karena proses

pengadilan yang panjang dari tingkat pertama sampai kepada Mahkamah Agung.¹⁷

Arbitrase baik pada tingkat nasional maupun tingkat internasional mempunyai peran dan fungsi yang makin lama makin penting dalam proses penyelesaian sengketa. Bagi Indonesia sebagai negara yang telah memastikan diri untuk arena ekonomi dunia yang terintegrasi, arbitrase sangat penting karena tidak ada pengadilan dunia yang dapat menangani sengketa-sengketa komersial yang terjadi dari perdagangan internasional. Arbitrase merupakan salah satu model penyelesaian sengketa yang dapat dipilih di antara berbagai sarana hal ini disebabkan arbitrase diyakini sebagai forum tempat penyelesaian sengketa komersial yang *reliable*, efektif, dan efisien, bagi para pihak.

Kontrak-kontrak bisnis antara pengusaha asing dengan pengusaha nasional terus berlangsung dan semakin terbuka luas. Fenomena itu berdampak terhadap kebersamaan pengadilan negeri sebagai lembaga tempat penyelesaian sengketa. Pengadilan Negeri sebagai lembaga dianggap kurang mampu memenuhi tuntutan percepatan yang selalu dituntut oleh para pengusaha, termasuk dalam soal penyelesaian sengketa yang dihadapi sehingga pihak-pihak dalam bisnis menganggap tidak efektif jika sengketanya diselesaikan melalui Pengadilan Negeri. Di lain pihak, persoalan yang utama yang dihadapi lembaga peradilan adalah cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normative-prosedural dalam melakukan konkretisasi

17 Erman Radjagukguk, *Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan* (Jakarta: Chandra Pratama, 2002), 1.

hukum. Hakim hanya menangkap apa yang disebut “keadilan hukum” (*legal justice*). Hakim telah meninggalkan pertimbangan hukum yang berkeadilan dalam putusan-putusannya. Akibatnya, kinerja pengadilan sering disoroti karena sebagian besar dari putusan-putusan pengadilan masih menunjukkan lebih kental “bau formalisme-prosedural” ketimbang kedekatan pada “rasa keadilan warga masyarakat”. Oleh sebab itu, sulit dihindari bila semakin hari semakin berkembang rasa tidak percaya masyarakat terhadap institusi pengadilan. Berdasarkan pada pembahasan tersebut, maka saat ini muncul persoalan yang harus dapat diselesaikan dengan mengedepankan arbitrase sebagai fenomena/alternatif dalam upaya untuk menyelesaikan sengketa dikemudian hari oleh para pihak.

Ketertarikan para pihak terhadap arbitrase adalah karena kualitas (*quality*) dari para arbiter berupa keahlian dalam bidang masing-masing arbiter. Keahlian merupakan jaminan terhadap kepercayaan, karena keahlian dan integritas yang dimiliki arbiter dituntut harus mampu meyakinkan pihak-pihak yang berperkara sebagai *figure* dan bebas tidak memihak. Tanpa ada kepercayaan dari pihak-pihak bersengketa kepada arbiter atau para arbiter, forum arbitrase tidak akan dapat berfungsi dengan baik sebab arbitrase bukan berlandaskan yuridis formal tetapi berdasarkan kebenaran dan kepatutan (*ex aequo et bono*). Di sinilah antara lain letak perbedaan arbitrase dengan pengadilan negeri.¹⁸

18 M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, 2nd ed. (Jakarta: Sinar Grafika, 2003), 297–299.

Selain menyangkut persoalan perolehan keadilan, keluhan terhadap lembaga peradilan juga berkaitan dengan proses peradilan yang lamban. Sebuah proses persidangan dapat berlangsung hingga enam tahun sampai dengan ada putusan hakim yang berkekuatan tetap. Padahal Mahkamah Agung sendiri sesungguhnya telah menyadari apabila penyelesaian perkara lambat dapat berakibat (i) menenggelamkan kebenaran dan keadilan kedalam lembah yang curam, sehingga sulit diraih oleh masyarakat pencari keadilan: (ii) menimbulkan ketidakpastian (*uncertainty*) yang berlarut-larut diantara pihak yang berperkara, yang membuat mereka berada dalam keresahan yang berkepanjangan; dan (iii) para pihak yang berperkara akan mengalami kerugian ekonomis yang tidak sedikit, sehingga semacam itu memberi kesan seolah-olah badan peradilan telah menjadi alat kekuasaan yang berperan menghambat laju perkembangan ekonomi sosial.¹⁹ Lambatnya penyelesaian perkara melalui pengadilan terjadi karena proses pemeriksaan yang berbelit dan formalistik. Oleh karena itu, tidak heran jika para pelaku bisnis sejak awal sudah bersiap-siap dan bersepakat di dalam kontrak mereka apabila terjadi perselisihan, akan diselesaikan melalui forum di luar pengadilan negeri.

Memilih menyelesaikan melalui arbitrase di mana pun sama, hukumnya sama, dan tidak mengenal perbatasan negara. Status hukum yang akan digunakan, maupun prosedur beracaranya. Sebagai konsekuensi dari pilihan-pilihan tersebut, apabila para pihak telah sepakat untuk memilih cara penyelesaian melalui

19 Ibid., 231.

arbitrase, maka kesepakatan tersebut harus dipenuhi. Oleh karena itu, meminta pembatalan putusan arbitrase kepada pengadilan negeri mengandung arti salah satu pihak melanggar janji. Pihak yang melanggar janji tertentu saja diragukan itikad baiknya. Sedangkan prinsip bersengketa di hadapan arbitrase sifatnya itikad baik (*good faith*), non konfrontatif, dan kooperatif, sehingga setelah perkara diputus maka kerjasama atau bisnis yang telah ada dan berlangsung diantar pihak-pihak dapat dilanjutkan kembali.

Dalam sistem peradilan di Indonesia, kedudukan arbitrase adalah *extra judicial* atau peradilan semu (*quasi-judicial*), sedangkan pengadilan negeri (*state court*) berperan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman (*judicial power*). Oleh sebab itu, meskipun undang-undang memberi wewenang kepada arbitrase untuk menyelesaikan sengketa.²⁰ Hal itu tidak mengubah status *extra judicial* yang melekat pada arbitrase memiliki kemiripan dengan tatacara di pengadilan. Adapun faktor yang membedakan adalah, pengadilan mengedepankan metode pertentangan (*adversaria*), sehingga para pihak yang bertikai bertarung satu sama lain dengan hasil akhir yang kuat yang akan menang. Sedangkan arbitrase lebih mengutamakan itikad baik, non konfrontatif, serta lebih kooperatif. Pada arbitrase para pihak tidak bertarung melainkan mengajukan argumentasi di hadapan pihak ketiga yang akan bertindak sebagai pemutusan sengketa. Oleh karena itu, untuk mengantisipasi kurang sempurnanya pengadilan dalam menjalankan tugasnya, seharusnya hukum

20 Ibid., 237.

tanpa harus mengorbankan nilai keadilan dan kepastian hukum. Mampu membuka diri untuk mengaktualisasikan sistemnya dan meningkatkan peranannya untuk membuka lebar-lebar akses keadilan bagi masyarakat bisnis tanpa harus terbelenggu pada aturan normatif yang *rigid*.

D. Hukum yang Digunakan dalam Arbitrase Dagang Internasional di Indonesia

Sengketa dagang internasional adalah sengketa dagang yang timbul dari hubungan dagang internasional berdasarkan kontrak²¹ ataupun tidak²². Dalam formulasi pertama, sengketa dagang internasional dapat menyangkut substansi kontrak ataupun mengenai hukum yang berlaku terhadap kontrak itu.

Sengketa demikian, apapun bentuknya, merupakan masalah umumnya diusahakan dihindari oleh para pihak karena betapapun sederhananya, masalah demikian cenderung merupakan penghambat sirkulasi proses bisnis, yang umumnya berpengaruh terhadap efisiensi waktu, biaya, dan bonafiditas perusahaan.

Karakteristik sengketa demikian, merupakan salah satu sebab yang menempatkan arbitrase dagang internasional sebagai salah satu forum penyelesaian sengketa terpilih, yang secara dominan digunakan dalam penyelesaian sengketa-sengketa dagang internasional.. Suatu arbitrase dianggap internasional apabila:

1. Para pihak, pada saat membentuk perjanjian, memiliki tempat usaha (*place of business*) di negara yang berbeda;

21 Sudargo Gautama, *Aneka Hukum Kontrak* (Bandung: Alumni, 1976), 7.

22 *Ibid.*, 4.

2. Tempat arbitrase, yang ditentukan di dalam perjanjian arbitrase, terletak di luar negara tempat usaha para pihak;
3. Tempat pelaksanaan sebagian besar kewajiban terpenting dari hubungan dagang yang dibentuk para pihak dilaksanakan di luar negara tempat usaha para pihak, yang berhubungan paling erat dengan objek sengketa (*most closely connected*)
4. Objek perjanjian arbitrase berhubungan dengan lebih dari satu negara.

Dengan demikian, arbitrase dagang internasional adalah arbitrase yang menangani sengketa-sengketa yang timbul dari hubungan dagang internasional, berciri internasional.²³

Oleh karena kontrak dagang internasional melibatkan pihak-pihak yang terikat pada sistem hukum (negara) yang berbeda maka persoalan utama yang dihadapi oleh arbiter-arbiter internasional dalam menyelesaikan sengketa-sengketa yang muncul dari kontrak-kontrak demikian adalah masalah hukum yang harus dipakai dalam menyelesaikan sengketa.²⁴ Dengan cara demikian maka harus dapat menggunakan *Partij Autonomie* adalah suatu prinsip yang mengakui kewenangan perseorangan untuk menentukan (memilih sendiri) hukum yang akan berlaku (*choice of law applicable law*) bagi perjanjian-perjanjian yang dibuatnya.²⁵

23 Sudargo Gautama, *Hukum Arbitrase Nasional* (Bandung: Alumni, n.d.), 34–36.

24 Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, 3rd ed. (Bandung: Alumni, 1987), 2.

25 Sudargo Gautama, *Capita Selecta Hukum Perdata Internasional* (Bandung:

Prinsip ini melahirkan pengertian bahwa, hukum yang telah dipilih oleh para pihak adalah hukum yang pertama-tama harus dipergunakan untuk perjanjian-perjanjian internasional.²⁶ Hal demikian berlaku juga dalam sistem arbitrase internasional. Para arbiter tidak dapat memakai hukum lain, selain hukum yang telah dipilih oleh para pihak untuk menyelesaikan sengketa. Sekiranya para pihak memilih hukum Jepang untuk menyelesaikan sengketa, para arbiter tidak dapat menerapkan hukum lain selain hukum Jepang untuk menyelesaikan sengketa yang diajukan oleh para pihak kepadanya. Dalam praktik HPI, khususnya hukum perjanjian dan arbitrase dagang internasional, prinsip ini merupakan prinsip yang diutamakan dan dianut secara luas. Hal ini terbukti dengan dianutnya prinsip ini oleh konvensi-konvensi internasional yang sangat penting, seperti *Uncitral Arbitration Rules (UAR)*, *Konvensi International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, *Konvensi Jual Beli Internasional 1995*, dan sebagian besar sistem HPI nasional negara-negara.

Penentuan hukum yang akan dipakai dalam arbitrase dagang internasional, dimaksudkan untuk memudahkan peruntukan hukum yang akan dipakai dalam penyelesaian sengketa, di samping juga untuk tujuan praktis dan demi adanya kepastian hukum. Untuk tujuan inilah penentuan pilihan hukum yang sifatnya tegas merupakan prasyarat logis yang terlebih dahulu harus dipenuhi. Menjadi penting pula diingat pengalaman *lawyer*

Alumni, 1833), 52.

26 Ibid.

Inggris yang menyesali kelalaian *client*-nya yang lalai melakukan pilihan hukum atas kontrak yang dibentuknya, yang kemudian ternyata telah menimbulkan kerugian atas pihaknya, baik dari segi biaya maupun waktu.

Sebagai contoh, kiranya dapat diperhatikan klausula pilihan hukum sebagaimana digunakan dalam *LNG Sales Contract*, 3 Desember 1973, Pasal 12, yang antara lain menentukan:

“This contract shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of the State of New York, United States of America “.

Dapat pula diperhatikan Pasal 1, Pasal 5, Pasal 8 dari *Agreement for Construction services of the Cilacap Refinery Flour Eastern Inc.*, 19 Maret 1973, yang antara lain menentukan:²⁷

“The work to be performed hereunder shall be performed in substantial part in the USA and outside of the Republic of Indonesia, and this Agreement and the terms and conditions there of and the obligations of the parties hereunder shall be governed, interpreted construed in accordance with the laws of the State of California, United States of America “.

Penegasan terhadap pentingnya klausula pilihan hukum yang tegas adalah sehubungan dengan kebiasaan praktik perdagangan internasional, yang sering kali mengabaikan arti penting ketegasan klausula ini dalam kontrak-kontrak dagang yang mereka bentuk.

27 Ibid., 63.

Oleh karena tujuan dari klausula pilihan hukum yang tegas ini adalah untuk kepastian dan penghindaran kekaburan hukum yang akan dipakai dalam penyelesaian sengketa maka klausula yang sifatnya dapat menimbulkan kekaburan. yang sama buruknya dengan keadaan jika penetapan demikian itu tidak dilakukan, sebaiknya dihindari. Misalnya, klausula dalam Pasal 11 Kontrak Pertamina dengan *Taisei Construction Company International Limited* 7 April 1969, yang antara lain menyatakan bahwa setiap sengketa yang timbul dari kontrak itu akan diselesaikan melalui arbitrase, dan ditegaskan kemudian *the international law applies to this contract*.

Klausula ini jelas menunjukkan ketidakpahaman pembuat kontrak terhadap karakteristik hukum internasional, atau paling tidak, klausula demikian itu sama sekali tidak menunjukkan kegunaannya karena tetap kabur dan tidak menegaskan maksud para pihak. Terhadap klausula demikian itu tetap dapat diajukan sejumlah pertanyaan seperti, hukum internasional yang mana? atas alasan apa hukum internasional diterapkan terhadap kontrak semacam itu? yang pada kesimpulannya, hanya akan menunjukkan lemahnya klausula untuk maksud melindungi para pihak dari kemungkinan kekaburan hukum dalam penyelesaian sengketa, juga dari kemungkinan ketidakefektifan dan ketidakefisienan hubungan perdagangan dari kedua belah pihak.

BAB III

KEPAILITAN DAN PENUNDAAN KEWAJIBAN PEMBAYARAN UTANG

A. Kepailitan

1. Pengertian Kepailitan

Gejolak moneter yang melanda Indonesia sejak pertengahan tahun 1997 telah menimbulkan kesulitan yang sangat besar terhadap perekonomian Indonesia karena peristiwa ini secara fundamental telah mengubah keseimbangan kontrak dikalangan dunia usaha.

Kesulitan (*hardship*) ini telah diupayakan penyelesaiannya lewat renegosiasi, akan tetapi upaya tersebut tidak berhasil hingga gejolak moneter telah menimbulkan krisis moneter. Krisis moneter yang berkepanjangan telah berkembang menjadi krisis ekonomi yang menimbulkan ketidakmampuan dunia usaha memenuhi kewajiban untuk membayar utang-utangnya yang telah jatuh tempo. Keadaan ini menimbulkan dampak yang cukup luas, karena perusahaan-perusahaan banyak yang bangkrut, pemutusan hubungan kerja terjadi dimana-mana, sehingga mempengaruhi aspek sosial lainnya. Dan pada akhirnya krisis ini telah menjadi krisis kepercayaan. Penyelesaian masalah

utang-utang perusahaan menjadi agenda utama dalam rangka pemulihan ekonomi secara cepat, oleh karena itu perubahan peraturan mengenai kepailitan perlu dilakukan agar utang piutang dunia usaha mendapatkan kepastian hukum.

Menurut Jerry Hoff, tidak banyak manfaatnya untuk mengadakan suatu diskusi yang panjang lebar mengenai pelaksanaan hukum insolvensi atau ketidakmampuan untuk membayar utang suatu perusahaan di Indonesia karena kehidupan yang nyata menunjukkan bahwa undang-undang kepailitan walaupun diatur dalam Kitab Undang-Undang, namun kenyataannya hanya merupakan suatu huruf mati.²⁸ Suatu praktik kepailitan yang mempunyai kepastian hukum dan mencapai keadilan harus dapat dikembangkan di Indonesia secepat mungkin. Ini sebenarnya dapat menjurus pada suatu pembersihan terhadap dunia usaha yang tidak mempunyai harapan dan sering terjadi suatu perpindahan yang efisien atas modal dan barang (*redeployment*). Tidak dapat dihindari bahwa penagihan utang di Indonesia bukan hanya pekerjaan Korporasi, penyelamatan dan restrukturisasi dari dunia usaha yang sedang sakit tetapi masih berpotensi, tetapi juga dimulainya suatu proses kepailitan.²⁹

Pailit merupakan suatu keadaan di mana debitor tidak mampu untuk melakukan pembayaran-pembayaran terhadap utang-utang dari para kreditornya. Keadaan tidak mampu

28 Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law, Undang-Undang Kepailitan Di Indonesia Terjemahan Kartini Muljadi* (Jakarta: PT. Tata Nusa, 2002), 2.

29 Ibid., 6.

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 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 kreditor.

Dalam kepustakaan, Algra mendefinisikan kepailitan adalah *Faillissement Is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van een schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeiser*.³⁰ (kepailitan adalah suatu sitaan umum terhadap semua harta kekayaan dari seorang debitor (si berutang) untuk melunasi utang-utangnya kepada kreditor (si berpiutang). Henry Campbell Black dalam *Black's Law Dictionary*-nya menyatakan "*Bankrupt is the state or condition of one who is unable to pay his debts as they are, or become, due*".³¹ Agak lebih komprehensif, Jerry Hoff menggambarkan kepailitan sebagai:

Bankruptcy is a general statutory attachment encompassing all the assets of the debtor. The

30 N. E. Algra, *Inleiding Tot Het Nederlands Privaatrecht* (Groningen: Tjeenk Willink, 1975), 425.

31 Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* (St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1979), 134.

*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 continue to exist after the declaration of bankruptcy. During the bankruptcy proceedings, act 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.*³²

Terminologi kepailitan sering dipahami secara tidak tepat oleh kalangan umum. Sebagian dari mereka menganggap kepailitan sebagai vonis yang berbau tindakan kriminal serta merupakan suatu cacat hukum atas subjek hukum, karena itu kepailitan harus dijauhkan serta dihindari sebisa mungkin. Kepailitan secara apriori dianggap sebagai kegagalan yang disebabkan karena kesalahan dari debitor dalam menjalankan usahanya sehingga menyebabkan utang tidak mampu dibayar. Oleh karena itu, kepailitan sering diidentikan sebagai pengemplangan utang atau penggelapan terhadap hak-hak yang seharusnya dibayarkan kepada kreditor. Kartono menyatakan, bahwa kepailitan memang tidak merendahkan martabatnya sebagai manusia, tetapi apabila ia berusaha untuk memperoleh kredit, di sanalah baru terasa baginya apa artinya sudah pernah dinyatakan pailit. Dengan perkataan lain, kepailitan mempengaruhi “*credietwaardigheid*”-nya dalam arti yang merugikan, ia tidak akan mudah

32 Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law, Undang-Undang Kepailitan Di Indonesia Terjemahan Kartini Muljadi*, 11.

mendapatkan kredit.³³

Kepailitan merupakan suatu jalan keluar yang bersifat komersial untuk keluar dari persoalan utang piutang yang menghimpit seorang debitor, di mana debitor tersebut sudah tidak mempunyai kemampuan lagi untuk membayar utang-utang tersebut kepada para kreditornya. Sehingga, 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 membayar utangnya yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih (*involuntary petition for bankruptcy*).³⁴

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

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,

33 Kartono, *Kepailitan Dan Pengunduran Pembayaran* (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), 42.

34 Ricardo Simanjuntak, *Esensi Pembuktian Sederhana Dalam Kepailitan Dalam Emmy Yuhassarie (Ed), Undang-Undang Kepailitan Dan Perkembangannya* (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005), 55–56.

*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 for 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 creditors rights, the recovery of preferential payments, 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.*³⁵

Kepailitan adalah 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 barang tidak bergerak maupun harta yang sekarang telah dipunyai debitor dan barang-barang di kemudian hari akan dimiliki debitor terikat kepada penyelesaian kewajiban debitor.³⁶ Sedangkan prinsip *pari passu prorata parte* berarti bahwa harta kekayaan tersebut merupakan jaminan bersama untuk para kreditor dan hasilnya harus

35 F. Harold Lusk, *Business Law: Principles and Cases* (Homewood Illinois: Richard D. Irwin Inc., 1986), 1076–1077.

36 Kartini Mulyadi, *Kepailitan Dan Penyelesaian Utang Piutang Dalam Rudhy A. Lontoh (Ed), Penyelesaian Utang Piutang Melalui Pailit Atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, ed. Alumni (Bandung, 2001), 168.

dibagikan secara proporsional antara mereka, kecuali apabila antara para kreditor itu ada yang menurut undang-undang harus didahulukan dalam menerima pembayaran tagihannya.³⁷

Dalam hal seorang debitor hanya mempunyai satu kreditor dan debitor tidak membayar utangnya secara sukarela maupun debitor tidak mempunyai kemampuan untuk membayar utang tersebut, maka kreditor akan menggugat debitor secara perdata ke pengadilan negeri yang berwenang dan seluruh harta debitor menjadi sumber pelunasan utangnya kepada kreditor tersebut. Hasil bersih eksekusi harta debitor dipakai untuk membayar kreditor tersebut. Dalam hal debitor mempunyai banyak kreditor dan harta kekayaan debitor tidak cukup untuk membayar lunas semua kreditor, maka para kreditor akan berlomba dengan segala cara, baik yang sesuai dengan prosedur hukum maupun yang tidak sesuai dengan prosedur hukum, untuk mendapatkan pelunasan tagihannya terlebih dahulu. Kreditor yang datang belakangan sudah tidak dapat lagi pembayaran karena harta debitor sudah habis diambil oleh kreditor yang lebih dahulu. Hal ini sangat tidak adil dan merugikan baik kreditor maupun debitor sendiri. Berdasarkan alasan tersebut, timbulah lembaga kepailitan yang mengatur tata cara yang adil mengenai pembayaran tagihan-tagihan para kreditor.

Peter J.M. Declercq menekankan bahwa kepailitan lebih ditujukan kepada debitor yang tidak membayar utang-utangnya kepada para kreditornya. Tidak membayarnya debitor tersebut tidak perlu diklasifikasikan bahwa apakah ia benar-benar tidak

37 Ibid.

mampu melakukan pembayaran utangnya tersebut ataukah karena tidak mau membayar kendatipun ia memiliki kemampuan untuk itu. Lebih detailnya Peter J.M. Declercq menyatakan bahwa:

*“A bankruptcy petition has to state facts and circumstances that constitute prima facie evidence that the debtor has ceased to pay its debts. This is considered to be the case if there are at least two creditors, one of who, has a claim which is due and payable and which the debtor cannot pay, refuses to pay, or simply does not pay”.*³⁸

Prinsip *paritas creditorium* dianut di dalam sistem hukum perdata di Indonesia. Hal itu termuat dalam Pasal 1131 KUHPerdata yang menyatakan bahwa segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan.

Secara etimologi istilah kepailitan berasal dari kata pailit. Bila ditelusuri, baik dalam undang-undang kepailitan yang lama *Faillissement Verordering* maupun Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 dan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tidak ada pengertian tentang apa yang dimaksud pailit. Dalam bahasa Belanda *failliet* (pailit), mempunyai arti ganda sebagai kata benda atau kata sifat yaitu: Kebangkrutan dan bangkrut.³⁹ Dalam

38 Peter J. M. Declercq, *Netherlands Insolvency Law, The Netherlands Bankruptcy Act and The Most Important Legal Concept* (The Hague: T.M.C. Assen Press, 2002), 63.

39 S. Wajomeksito, *Kamus Umum Belanda Indonesia* (Jakarta: PT. Ichtiar Baru

eksiklopedia ekonomi keuangan perdagangan disebutkan bahwa yang dimaksud dengan pailit atau bangkrut antara lain adalah seseorang yang oleh suatu pengadilan dinyatakan bangkrut dan aktivitya atau warisannya telah diperuntukan untuk membayar utang-utangnya. Namun demikian, umumnya orang sering menyatakan bahwa yang dimaksud dengan pailit atau bangkrut itu adalah sama dengan kepailitan atau sita umum atas seluruh harta debitor dengan tujuan untuk dapat dibagi secara adil diantara para kreditor.

Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 menyatakan bahwa “debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya”. Dari ketentuan Pasal 2 ayat 1 tersebut diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa syarat-syarat yuridis agar seseorang dapat dinyatakan pailit adalah :

- a. adanya debitor
- b. ada lebih dari satu kreditor
- c. ada utang
- d. minimal satu utang telah jatuh waktu dan dapat ditagih serta tidak dibayar lunas.

2. Pengertian Utang

Salah satu syarat kepailitan adalah terdapatnya utang, proses acara kepailitan konsep utang tersebut segera menentukan, sebab

Van Hove, 1999), 188.

apabila tanpa utang, maka hal tersebut tidak dapat dinyatakan pailit, atau dapat dikatakan bahwa tanpa adanya utang tersebut, maka esensi kepailitan menjadi tidak ada, karena kepailitan adalah merupakan pranata hukum untuk dapat dilakukan likuidasi terhadap aset debitor untuk membayar utang-utangnya pada kreditornya. Utang sebagai dasar utama untuk mempailitkan subyek hukum yang menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, sebenarnya dapat menggunakan PKPU untuk tetap mempertahankan usahanya, dengan disertai penyertaan modal dari bentuk pinjaman yang selalu diawasi oleh Hakim Pengawas.

Utang dalam kepailitan di Amerika Serikat disebut dengan claim. Robert L. Jordan mengartikan *claim* diartikan sebagai:

- 1) *right to payment, whether or not such right is reduced to judgment, liquidated, unliquidated, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, legal, equitable, secured or unsecured;*
or
- 2) *right to an equitable remedy for breach of performance if such breach gives rise to a right to payment, whether or not such right to an equitable remedy is reduced to judgment, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, secured or unsecured.*

Ned Waxman membedakan definisi *claim* dengan *debt*. *Claim* diartikan sebagaimana dijelaskan oleh Robert Jordan:

“Claim is a right to payment, even if it is unliquidated, unmatured, disputed, or contingent. It also includes

the “right to an equitable remedy for breach of performance if such breach gives rise to right to payment”. Sedangkan debt diartikan “a debt is defined as liability a claim”.⁴⁰

Sutan Remy Sjahdeny, menyatakan bahwa *claim* menurut *Bankruptcy Code* Amerika mengharuskan adanya *right to payment*.⁴¹ Suatu *right to payment* dapat merupakan *claim* sekalipun berbentuk *contingent, unliquidated, dan unmatured*. Dengan demikian, apabila kewajiban debitor tidak menimbulkan suatu *right to payment* maka kewajiban debitor tersebut tidak dapat digolongkan suatu *claim*.⁴² Selanjutnya Remy menyatakan bahwa berdasarkan bahasa (*language*) yang dipakai oleh undang-undang itu dan sejarah legislatif (*legislative history*), praktis semua pengadilan berpendapat bahwa definisi *claim* itu sangat *expansive*. Pertanyaannya adalah sampai sejauh mana konsep *claim* dapat direntang (*expanded*). Dengan menunjuk sejarah legislatif dari undang-undang tersebut, salah satu pengadilan berpendapat bahwa *that language surely points us in a direction, but provides little indication of how far we should travel*.⁴³

Demikian pula dengan konsep utang dalam hukum kepailitan Belanda yang juga diberlakukan di Indonesia dengan asas

40 Ned Waxman, *Bankruptcy* (Chicago: Gilbert Law Summaries, Harcourt Brace Legal Professional Publication Inc., 1992), 7.

41 Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Faillissement Verordening Juncto Undang-Undang Nomoe 4 Tahun 1998* (Jakarta: PT. Temprint, 2002), 105.

42 *Ibid.*, 106.

43 *Ibid.*, 107.

konkordansi dalam peraturan kepailitan, bahwa utang adalah suatu bentuk kewajiban untuk memenuhi prestasi dalam suatu perikatan. Fred B.G. Tumbuan menyatakan bahwa dalam hal seseorang karena perbuatannya atau tidak melakukan sesuatu mengakibatkan bahwa ia mempunyai kewajiban membayar ganti rugi, memberikan sesuatu atau tidak memberikan sesuatu, maka pada saat itu juga ia mempunyai utang, mempunyai kewajiban melakukan prestasi. Jadi, utang sama dengan prestasi.⁴⁴ Jerry Hoff juga berpendapat bahwa utang menunjuk pada kewajiban dalam hukum perdata. Kewajiban atau utang dapat timbul baik dari perjanjian atau dari undang-undang.

Pada dasarnya utang atau kewajiban yang timbul dari perikatan adalah prestasi yang harus dilaksanakan oleh para pihak dalam perikatan. Para subyek perikatan disebut siberpiutang atau kreditor sebagai pihak yang berhak atas prestasi dan yang berhutang atau debitor sebagai pihak yang wajib memenuhi prestasi. Namun demikian, pada praktiknya prasyarat ini menimbulkan beberapa permasalahan terutama persoalan mengenai pengertian utang. Meskipun KUHPperdata telah secara jelas mendeskripsikan mengenai pengertian utang, namun dalam pemeriksaan permohonan pailit.

Terdapat dua pandangan penafsiran terhadap utang oleh majelis hakim, baik tingkat pengadilan niaga maupun Mahkamah Agung. Perbedaan penafsiran ini terlihat sekali terutama pada

44 Fred B. G. Tumbuan, *Mencermati Makna Debitor, Kreditor Dan Utang Berkaitan Dengan Kepailitan, Dalam: Emmy Yuhassarie, Undang-Undang Kepailitan Dan Perkembangannya* (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005), 7.

masa awal diperlukannya Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998. Sebagai majelis hakim berpendapat dan menafsiran pengertian utang dalam kerangka hubungan perikatan pada umumnya. Namun, dilain sisi ada pendapat yang menganggap pengertian utang dan undang-undang kepailitan sebatas utang yang muncul dari perjanjian pinjam-meminjam.

Pendapat yang kedua mendasarkan pada argumentasi bahwa latar belakang dikeluarkannya undang-undang kepailitan adalah untuk mempercepat penyelesaian utang swasta yang umumnya berupa transaksi peminjaman uang. Argumentasi yang kedua merujuk pada penjelasan Pasal 1 (1) undang-undang kepailitan yang menyebutkan bahwa: Utang yang tidak dibayar oleh debitor sebagaimana dimaksud dalam ketentuan ini, adalah utang pokok dan bunganya. Kata bunga di sini umumnya ada pada perjanjian pinjam-meminjam uang. Sehingga muncul suatu kesimpulan bahwa utang dalam perkara kepailitan ditujukan terhadap utang yang timbul dari perjanjian pinjam-meminjam uang saja, misalnya utang dari perjanjian kredit, tunggakan tagihan kartu kredit atau yang berkaitan dengan surat berharga seperti *promissory notes*, obligasi, dan lain-lain. Perdebatan panjang tentang utang ini telah mendapat respon dalam pembentukan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004. Undang-undang ini telah memberikan pengertian utang yaitu kewajiban baik secara langsung maupun yang akan timbul dikemudian hari yang timbul karena perjanjian maupun karena undang-undang dan yang wajib dipenuhi debitor.

3. Sifat Permohonan Kepailitan

Sebagaimana diketahui masalah perdata yang diajukan kepada badan peradilan selain masalah gugatan (yurisdiksi *contentiosa*) juga masalah permohonan (*yurisdiksi voluntair*). Ciri-ciri permohonan (*yurisdiksi voluntair*) adalah:

- a. masalah yang diajukan bersifat kepentingan sepihak (kepentingan pemohon).
- b. pada prinsipnya tanpa sengketa.
- c. tidak ada pihak lain (bersifat *ex-parte*).
- d. isi petitum bersifat deklaratif.
- e. proses pemeriksaan *ex-parte* pada prinsipnya bersifat sederhana:
- f. hanya mendengar keterangan pemohon atau kuasanya sehubungan dengan permohonan.
- g. memeriksa bukti surat atau saksi yang diajukan pemohon.
- h. tidak ada tahap replik duplik dan kesimpulan.⁴⁵

Dalam proses permohonan pernyataan pailit, kriteria (ciri-ciri) sebagaimana disebut di atas hanya terpenuhi apabila permohonan diajukan oleh debitur sendiri (*ex-parte*). Dalam hal permohonan diajukan oleh pihak lain (bukan debitur) maka pemeriksaan tidak bersifat *ex-parte*. Akan tetapi prinsip pembuktiannya tetap bersifat sederhana (*summarity proving*) (Pasal 8 ayat 4 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Menurut pasal tersebut di atas, permohonan pernyataan pailit harus dikabulkan apabila terdapat

45 M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian Dan Putusan Pengadilan* (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), 39.

fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana (secara sumir) bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 telah terpenuhi. Undang-undang ini tidak menjelaskan lebih jauh tentang batasan-batasan atau indikator-indikator yang dapat menjadi pegangan apa yang dimaksud dengan pembuktian sederhana.

Hal ini kemudian membuka ruang diskresi yang lebar pada para hakim dalam menafsirkan pengertian pembuktian sederhana dalam menyelesaikan permohonan kepailitan. Dengan kerangka waktu yang sempit untuk memutuskan dikabulkan tidaknya suatu permohonan pailit, sering terjadi penolakan permohonan oleh Majelis Hakim dengan alasan perkara tersebut tidak dapat dibuktikan secara sederhana. Mahkamah Agung berusaha memberikan batasan pembuktian sederhana ini pada Rakernas yang diadakan September 2002. Komisi yang membahas permasalahan kepailitan berpendapat bahwa pemeriksaan perkara permohonan tidak mengenal adanya eksepsi, jawaban, replik, duplik dan kesimpulan seperti halnya dalam perkara gugatan (*contentiosa*) yang bersifat partai. Oleh karena itu, pembuktian dalam perkara kepailitan bersifat sepihak dan. Kewajiban pemanggilan pada Pasal 6 ayat (1) undang-undang kepailitan bukan berarti “memanggil” debitor untuk mengajukan jawaban, duplik dan kesimpulan, Majelis memanggil debitor dalam persidangan agar ia mendengar dalil pemohon (kreditor). Sehingga acara pemeriksaan dengan eksepsi, jawaban duplik, dan kesimpulan seperti pada proses di Pengadilan Umum tidak

berlaku dalam proses kepailitan.⁴⁶

Pada dasarnya, jenis penyelesaian perkara kepailitan adalah permohonan dan pemeriksaannya bersifat sepihak. Seperti layaknya pemeriksaan permohonan pada umumnya. Majelis Hakim hanya bertugas memeriksa kelengkapan dokumen persyaratan untuk dikabulkannya suatu permohonan.⁴⁷ Bila ada cukup alat bukti untuk membuktikan prasyarat pailit, maka permohonan pernyataan pailit dikabulkan. Pemeriksaan permohonan kepailitan dalam kaitannya dengan pembuktian, Majelis Hakim memfokuskan pada apakah ada hubungan perutangan antara kreditor dan debitor dimana utang tersebut telah jatuh waktu dan dapat ditagih. Praktek di pengadilan ternyata berbeda dengan ketentuan tersebut di atas. Majelis Hakim sering menggunakan proses pembuktian seperti dalam perkara perdata biasa. Majelis Hakim sering memberikan kesempatan sanggah-menyanggah bagi pihak debitor (Termohon) dan kreditor (permohon pernyataan pailit). Akibatnya proses pemeriksaan perkara kepailitan terasa memakan waktu panjang dan bertele-tele.⁴⁸

Dengan sistem pembuktian yang sederhana Majelis seharusnya segera mengabulkan permohonan pernyataan pailit

46 Aria Suyudi, Eryanto Nugroho, and Henni Sri Nurbayati, *Kepailitan Di Negeri Pailit* (Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, 2004), 148.

47 Ibid.

48 Andi Muhammad Asrun, A. Prasetyantoko, and Dkk., *Analisa Yuridis Dan Empistis Peradilan Niaga* (Jakarta: CINLES: Centre for Information & Law, Economic Studies, Pusat Innformasi & Pengkajian Humum Ekonomi, 2000), 43.

kalau telah terpenuhi persyaratan sebagaimana dimuat dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan, kecuali jika debitor mengajukan permohonan. PKPU, maka majelis menunda pengabulan permohonan pernyataan pailit dan memberi kesempatan pemeriksaan permohonan PKPU. Perdebatan tentang besarnya jumlah utang antara kreditor (pemohon) dengan debitor juga sering memperlambat dikabulkannya permohonan pernyataan pailit. Hal ini terutama dalam hal debitor adalah perusahaan kredibel yang memiliki asset yang besar, sementara kreditor merupakan kreditor kecil. Debitor dilihat dari segi assetnya dianggap mampu membayar utang yang tidak seberapa dan karenanya tak adil bila penyelesaiannya harus diselesaikan melalui jalur kepailitan.

Argumentasi mengapa pembatasan ini tidak dicantumkan dalam undang-undang kepailitan adalah karena tidak boleh ada diskriminasi apapun antara kreditor untuk menggunakan lembaga kepailitan, baik kreditor yang kecil maupun yang besar. Tidak adanya diskriminasi adalah salah satu dasar utama kepailitan, juga ditujukan sebagai alat pemaksa tidak saja bagi debitor kecil namun juga debitor besar untuk membayar utangnya. Pertanyaan justru muncul, mengapa debitor yang besar ini tidak membayar lunas para kreditor kecil.⁴⁹

Dari beberapa yurisprudensi dapat diketahui bahwa berhenti membayar tidak harus diartikan sebagai keadaan dimana debitor memang tidak mempunyai kesanggupan lagi untuk membayar utang-utangnya kepada salah seorang atau lebih kreditor. Masih

49 Suyudi, Nugroho, and Nurbayati, *Kepailitan Di Negeri Pailit*, 134.

bisa diartikan sebagai keadaan dimana 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 bisa dikatakan berada dalam keadaan tidak dapat membayar utang-utangnya. Syarat dua kreditor ini tidak tercantum dalam undang-undang kepailitan lama (*Faillissement Verordening*) tercantum adalah memiliki lebih dari suatu utang, namun dalam praktiknya dalam pemeriksaan permohonan pernyataan pailit, hakim selalu menilai apakah si debitor atau si termohon pailit memiliki dua atau lebih kreditor.

Logika dibalik persyaratan pailit atau pihak-pihak yang dapat mengajukan permohonan pernyataan pilit menurut Pasal 2 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 adalah :

- a. kreditor atau kreditor-kreditor.
- b. debitor.
- c. pihak kejaksaan, untuk kepentingan umum.
- d. bank Indonesia, apabila menyangkut debitor yang merupakan Bank.
- e. badan Pengawas Pasar Modal, apabila menyangkut debitor yang merupakan perusahaan efek, Bursa Efek, Lembaga Kliring dan Penjaminan.
- f. menteri Keuangan, apabila debitornya Perusahaan Asuransi, Perusahaan Reasuransi, Dana Pensiun atau

Badan Usaha Milik Negara yang bergerak dibidang kepentingan publik.

Selanjutnya pihak-pihak yang dinyatakan pailit (debitor) menurut Pasal 3 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 adalah :

- a. Orang perseorangan, baik sudah menikah atau belum
Dalam hal kedudukan suami isteri sebagai Termohon pailit tidak memiliki perjanjian pemisahan harta kekayaan sebelum berlangsungnya perkawinan, maka apabila salah satu berada dalam keadaan pailit maka suami/isteri juga turut pailit. Dalam hal permohonan pernyataan pailit diajukan oleh debitur yang masih terikat dalam pernikahan yang sah, permohonan hanya dapat diajukan atas persetujuan suami atau isterinya. Ketentuan ini tidak berlaku apabila tidak ada persatuan harta (Pasal 4 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).
- b. Badan hukum
Dalam hal badan hukum sebagai Termohon pailit, permohonan pernyataan diajukan ditempat kedudukan hukum badan hukum sebagaimana dimaksud dalam anggaran dasarnya (Pasal 3 ayat 5 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Apabila perseroan dinyatakan pailit karena kelalaian atau kesalahan Direksi, kurator dapat mengajukan gugatan terhadap Direksi di Pengadilan Niaga. (Penjelasan Pasal 3 ayat 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

c. Firma

Dalam hal Firma sebagai Termohon pailit, permohonan pernyataan pailit harus memuat nama dan tempat tinggal masing-masing pesero yang secara tanggung renteng terikat untuk seluruh utang firma (Pasal 5 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

d. Harta peninggalan (Pasal 207 Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004)

Harta kekayaan yang sudah meninggal dinyatakan dalam keadaan pailit apabila diajukan oleh dua atau lebih kreditor dan secara singkat dapat membuktikan:

- 1) utang orang yang meninggal, semasa hidupnya tidak dibayar lunas.
- 2) pada saat orang tersebut meninggal, harta peninggalannya tidak cukup untuk membayar utang-utangnya.

Putusan pernyataan pailit atas harta peninggalan demi hukum dipisahkannya harta orang yang meninggal dari harta kekayaan ahli warisnya (Pasal 209).

Berkenaan dengan hukum acara yang diterapkan, Pasal 299 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 menyatakan, kecuali ditentukan lain dalam Undang-undang ini maka hukum acara yang berlaku adalah Hukum Acara Perdata (HIR/RBg). Putusan atas permohonan pernyataan pailit bersifat serta-merta (*uit voerbaar bij voorrad*) artinya bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan lebih dahulu meskipun terhadap putusan tersebut diajukan upaya hukum kasasi maupun peninjauan kembali.

Banyak hal baru dalam prosedur permohonan pernyataan pailit

yang diperkenalkan. Diantaranya yang paling menonjol adalah diberikannya kerangka waktu (*time frame*) untuk jangka waktu yang relatif singkat dan terperinci untuk setiap langkah proses permohonan pernyataan pailit.

Prosedur permohonan pernyataan pailit di tingkat Pengadilan Niaga diatur dalam Pasal 7 sampai dengan Pasal 8 Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004, dalam jangka waktu 60 (enam puluh) hari sejak permohonan pernyataan pailit didaftarkan putusan harus diucapkan. Upaya hukum atas putusan tersebut adalah kasasi, prosedurnya diatur dalam Pasal 11 sampai dengan Pasal 13 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, dalam jangka waktu 60 (enam puluh) hari sejak tanggal permohonan diterima Mahkamah Agung, putusan atas permohonan kasasi harus diucapkan. Terhadap putusan atas permohonan pernyataan pailit yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, dapat diajukan peninjauan kembali ke Mahkamah Agung. Di samping berlaku ketentuan Pasal 12 dan Pasal 13, terhadap permohonan peninjauan kembali diatur dalam Pasal 295 sampai dengan Pasal 298 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, permohonan peninjauan kembali dapat dilakukan dalam jangka waktu 180 hari terhitung sejak tanggal putusan yang dimohonkan peninjauan kembali memperoleh kekuatan hukum tetap. Dan dalam 30 (tiga puluh) hari setelah tanggal permohonan diterima panitia Mahkamah Agung, permohonan peninjauan kembali telah diputus.

Tidak seperti dalam pengajuan perkara lainnya, pengajuan permohonan pernyataan pailit di Pengadilan Niaga harus dilakukan oleh Pemohon yang diwakili oleh pengacara.

Dengan hadirnya pengacara sebagai pihak mewakili pemohon, diharapkan akan mempercepat proses pihak yang mewakili pemohon diharapkan sudah menguasai prosedur pengajuan perkara sehingga persyaratan formal termasuk bukti-bukti yang diperlukan sudah lengkap pada waktu pengajuan permohonan didaftarkan.

4. Akibat Hukum dan Tujuan Kepailitan

a. Akibat Kepailitan

Kepailitan membawa akibat terutama terhadap harta kekayaan debitor dan terhadap perjanjian-perjanjian yang telah dibuat oleh debitor juga membawa akibat terhadap karyawan atau perjanjian kerja.

Terhadap kekayaan debitor, Kepailitan meliputi seluruh kekayaan debitor (suami isteri apabila dalam persatuan harta), termasuk apa yang kemudian diperolehnya selama kepailitan (Pasal 21 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004), yaitu

Ketentuan tersebut diatas tidak berlaku terhadap :

- 1) benda, termasuk hewan yang benar-benar dibutuhkan oleh Debitor sehubungan dengan pekerjaannya, perlengkapannya, alat-alat medis yang dipergunakan untuk kesehatan, tempat tidur dan perlengkapannya yang dipergunakan oleh debitor dan keluarganya, dan bahan makanan untuk 30 (tiga puluh) hari bagi kreditor dan keluarganya, yang terdapat ditempat itu;
- 2) segala sesuatu yang diperoleh debitor dari pekerjaannya sendiri sebagai penggajian dari suatu jabatan atau jasa, sebagai upah, pensiun, yang tunggu atau uang tunjangan, sejauh yang ditentukan oleh Hakim Pengawas; atau

3) uang yang diberikan kepada Debitor untuk memenuhi suatu kewajiban memberi nafkah menurut undang-undang.

Demi hukum debitor kehilangan hak untuk berbuat bebas terhadap harta kekayaannya, artinya debitor kehilangan hak untuk menguasai atau mengurus harta kekayaannya, yang termasuk harta pailit sejak tanggal putusan pernyataan pailit, yang dihitung sejak jam 00 waktu setempat dari Pengadilan Niaga yang memutus (Pasal 24 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004) dan kewenangannya beralih ke tangan Kurator (Pasal 16, Pasal 69 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004) akan tetapi transfer dana melalui bank atau transaksi efek di Bursa Efek yang telah dilaksanakan sebelum putusan pernyataan pailit diucapkan wajib diteruskan atau diselesaikan debitor (Pasal 24 ayat (3) (4) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Putusan pailit oleh Pengadilan tidak mengakibatkan debitor kehilangan kecakapannya untuk melakukan perbuatan hukum (*volkomen handelingsbevoegd*) pada umumnya, tetapi hanya kehilangan kekuasaan atau kewenangannya untuk mengurus dan mengalihkan harta kekayaannya saja.

Terhadap kekuasaan Direksi suatu Perseroan Terbatas dan Badan-badan Hukum lainnya untuk mengelola perusahaan debitor atau Badan Hukum lainnya untuk mengelola perusahaan debitor atau Badan Hukum tersebut mereka tidak memiliki kendali sekalipun mereka tetap menjabat dalam jabatannya tersebut. Pengurus perusahaan debitor atau badan-badan hukum lainnya itu menjadi *functus officio*. Segala sesuatunya diputus dan dilaksanakan oleh Kurator.

Segala perikatan yang dibuat oleh debitor sebelum pernyataan pailit ditetapkan tidak dapat lagi dibayar dari harta pailit, kecuali perikatan-perikatan yang membawa keuntungan bagi harta pailit (Pasal 25 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Pihak yang melakukan perjanjian bertimbal balik dengan debitor yang mengalami kerugian akibat Kurator tidak bersedia melanjutkan perjanjian tersebut dapat mengajukan tuntutan ganti rugi dan mengajukan diri sebagai Kreditor Konkuren (Pasal 36 ayat (1) (3) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

Terhadap perjanjian sewa ditentukan bahwa apabila debitor pailit telah menyewa suatu barang, maka baik kurator maupun pihak yang menyewakan barang tersebut untuk sementara dapat menghentikan sewa tersebut, asalkan pemberitahuan mengenai penghentian sewa itu dilakukan menjelang berakhirnya perjanjian yang bersangkutan sesuai dengan kebiasaan setempat. Selain itu dalam melakukan penghentian tersebut harus pula diindahkan jangka waktu yang ditentukan dalam perjanjian tersebut atau jangka waktu yang lazim, dengan pengertian bahwa jangka waktu 90 hari pada hakikatnya sudah dianggap cukup. Bila uang sewa telah dibayar sebelumnya, maka sewa itu tidak dapat dihentikan, kecuali menjelang berakhirnya pembayaran dimuka jangka waktu tersebut, sejak hari pernyataan pailit itu berlaku, uang sewa merupakan utang harta pailit (Pasal 38 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

Akibat kepailitan terhadap perjanjian kerja ditentukan bahwa pekerja yang bekerja pada debitor dapat

memutuskan hubungan kerja, dan sebaiknya 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 lima) hari sebelumnya (Pasal 39 ayat (2) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Untuk kepentingan harta pailit dapat dimintakan pembatasan atas segala perbuatan debitor yang telah dinyatakan pailit yang merugikan kepentingan kreditor, yang dilakukan sebelum pernyataan pailit ditetapkan (Pasal 41, Pasal 42 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

Actio Paulina diatur juga dalam Pasal 1341 KUHPerdata. Pasal ini menentukan bahwa setiap kreditor dapat mengajukan pembatalan atas segala perbuatan yang tidak wajib dilakukan oleh debitor dengan nama apapun juga yang merugikan para kreditor sepanjang dapat dibuktikan bahwa ketika perbuatan itu dilakukan baik debitor maupun pihak dengan atau untuk siapa debitor itu berbuat mengetahui bahwa perbuatan itu merugikan para kreditor. Segala tuntutan hukum yang berpangku pada hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang termasuk harta pailit harus diajukan oleh atau kepada Kurator, dan untuk perkara yang sedang digelar di Pengadilan untuk sementara ditangguhkan atas permintaan pihak lawan untuk diambil oleh Kurator (Pasal 26 ayat (1), Pasal 28 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Apabila tuntutan tersebut dimajukan atau diteruskan oleh atau terhadap si debitor, maka apabila tuntutan hukum tersebut mengakibatkan

suatu penghukuman terhadap debitor pailit, penghukuman tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum terhadap harta pailit (Pasal 25 ayat (2) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

Segala tuntutan hukum bertujuan mendapatkan pemenuhan suatu perikatan dari harta pailit dan perkaranya sedang berjalan, gugur demi hukum dengan diucapkannya pernyataan pailit terhadap debitor dan tuntutan pemenuhan perikatan tersebut hanya dapat diajukan dengan mendaftarkannya sebagai tagihan kepada Kurator untuk kemudian dicocokkan dalam verifikasi (Pasal 27, 29 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Segala penyitaan yang telah dilakukan menjadi dihapus dan bila diperlukan Hakim Pengawas harus memerintahkan pencoretannya (Pasal 31 ayat (2) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Segala eksekusi Pengadilan terhadap setiap bagian dari harga kekayaan debitor yang telah dimulai sebelum kepailitan, harus dihentikan seketika dan sejak pernyataan pailit tidak ada suatu putusan yang dapat dilaksanakan termasuk menyandera (*gijzeling*) debitor (Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

Dengan tidak mengurangi berlakunya ketentuan Pasal 93, maka debitor yang ditahan harus dilepaskan seketika setelah putusan pernyataan pailit diucapkan (Pasal 31 ayat (3) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004) dan selama kepailitan debitor tidak dikenakan uang paksa (*dwangsom*) (Pasal 32 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004). Hak eksekusi kreditor separatis ditangguhkan (*stay*) untuk jangka

waktu 90 (sembilan puluh) hari sejak putusan pernyataan pailit diucapkan (Pasal 56 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004) penangguhan demikian ini dimaksudkan:

- 1) untuk memperbesar kemungkinan tercapainya perdamaian manakala rencana perdamaian (*on twerp accord, composition plan*) diajukan.
- 2) untuk memperbesar upaya pengoptimalan harta pailit.
- 3) untuk memungkinkan dapat melaksanakan tugasnya secara optimal.

Hak eksekusi kreditor separatis tersebut baru dapat dilaksanakan setelah debitor dinyatakan dalam keadaan insolvensi (keadaan tidak mampu membayar) atau saat kepailitan diakhiri dan pelaksanaan hak tersebut hanya terbatas dalam tenggang waktu 2 (dua) bulan sejak pengakhiran kepailitan atau sejak debitor dinyatakan dalam keadaan insolvensi (Pasal 56, 57 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004).

b. Tujuan Kepailitan

Sebagaimana telah diuraikan terdahulu, tujuan utama dari kepailitan adalah:

- 1) untuk menjamin pembagian yang sama terhadap harta kekayaan dengan debitor diantara para kreditornya.
- 2) mencegah agar debitor tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dapat merugikan kepentingan para kreditor.
- 3) memberikan perlindungan kepada debitor yang beritikad baik dari para kreditornya, dengan cara memperoleh pembebasan utang.

- 4) memberikan suatu forum kolektif dengan memilah hak-hak dari kreditor terhadap aset debitor yang tidak cukup nilainya.

Menurut Sutan Remy Sjahdeini tujuan hukum kepailitan adalah :⁵⁰

- 1) melindungi para Kreditor konkuren untuk memperoleh hak mereka sehubungan dengan berlakunya asas jaminan, bahwa "semua harta kekayaan debitor baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang telah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi jaminan bagi perikatan debitor". Yaitu dengan cara memberikan fasilitas dan prosedur untuk mereka dapat memenuhi tagihan-tagihannya terhadap debitor. Menurut hukum Indonesia, asas jaminan tersebut dijamin oleh Pasal 1131 KUHPerduta. Hukum kepailitan menghindarkan terjadinya saling rebut diantara para Kreditor terhadap harta debitor berkenaan dengan asas jaminan tersebut. Tanpa adanya Undang-Undang Kepailitan, maka akan terjadi kreditor yang lebih kuat akan mendapatkan bagian yang lebih banyak dari pada kreditor yang lemah.
- 2) menjamin agar pembagian harta kekayaan debitor diantara para kreditor sesuai dengan asas pari passu (membagi secara proporsional harta kekayaan debitor kepada para kreditor konkuren atau unsecured creditors berdasarkan perimbangan besarnya tagihan masing-masing kreditor

50 Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Faillissement Verordening Juncto Undang-Undang Nomoe 4 Tahun 1998*, 38-40.

tersebut). Di dalam hukum Indonesia, asas pari passu dijamin oleh Pasal 1132 KUHperdata.

- 3) mencegah agar debitor tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dapat merugikan kepentingan para kreditor. Dengan dinyatakan seorang debitor pailit, maka debitor menjadi tidak lagi memiliki kewenangan untuk mengurus dan memindah tangankan harta kekayaannya yang dengan putusan itu status hukum dari harta kekayaan debitor menjadi harta pailit.
- 4) pada hukum kepailitan Amerika Serikat, hukum kepailitan memberikan perlindungan kepada debitor yang beritikad baik dari para kreditornya, dengan cara memperoleh pembebasan utang. Menurut hukum kepailitan Amerika Serikat, seorang debitor perorangan (individual debitor) akan dibebaskan dari utang-utangnya setelah selesainya tindakan pemberesan atau likuidasi terhadap harta kekayaannya. Meskipun nilai harta kekayaannya setelah dilikuidasi atau dijual oleh likuidator tidak cukup melunasi seluruh utang-utangnya kepada para kreditornya, tetapi debitor tersebut diberi kesempatan untuk memperoleh *financial fresh start*. Debitor tersebut dapat memulai kembali melakukan bisnis tanpa dibebani dengan utang-utang yang menggantung dari masa lampau sebelum putusan pailit. Menurut *US Bankruptcy Code*, *financial fresh start* hanya diberikan bagi debitor pailit perorangan saja, sedangkan bagi debitor badan hukum *financial fresh start* tidak diberikan jalan keluar yang dapat ditempuh oleh perusahaan yang

pailit ialah membubarkan perusahaan debitor yang pailit itu setelah likuidasi berakhir. Menurut Undang-undang kepailitan, *financial fresh start* tidak diberikan kepada debitor, baik debitor perorangan maupun debitor badan hukum setelah tindakan pemberesan oleh kurator selesai dilakukan. Artinya, apabila setelah tindakan pemberesan atau likuidasi terhadap harta kekayaan debitor selesai dilakukan oleh kurator dan ternyata masih terdapat harta utang-utang yang belum lunas, debitor tersebut masih tetap harus menyelesaikan utang-utangnya. Setelah tindakan pemberesan atau likuidasi selesai dilakukan oleh kurator, debitor kembali diberi kewenangan untuk melakukan tindakan hukum yang berkaitan dengan harta kekayaannya, artinya debitor boleh kembali melakukan kegiatan usaha, tetapi debitor tetap pula berkewajiban untuk menyelesaikan utang-utang yang belum lunas itu.

5. Asas-asas Hukum Kepailitan

Ada beberapa asas yang harus diperhatikan oleh undang-undang kepailitan agar Undang-undang tersebut dapat memenuhi kebutuhan masyarakat, khususnya kebutuhan dunia usaha, seperti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 didasarkan pada asas adil, cepat, terbuka dan efektif. Setelah Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 berlaku selama 6 tahun lebih dipandang perlu dilakukan penambahan terhadap Undang-undang tersebut yang menurut penjelasan umum pada Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 ada beberapa faktor perlunya pengaturan mengenai kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang yaitu:

- 1) untuk menghindari perebutan harta debitor apabila dalam waktu yang sama ada beberapa kreditor yang menagih piutangnya dan debitor.
- 2) untuk menghindari adanya kreditor yang menuntut haknya dengan cara menjual barang milik debitor tanpa memperhatikan kepentingan debitor atau para kreditor lainnya.
- 3) untuk menghindari adanya kecurangan-kecurangan yang dilakukan oleh salah seorang kreditor atau debitor sendiri. Misalnya, debitor berusaha untuk memberi keuntungan kepada seorang atau beberapa orang kreditor tertentu sehingga kreditor lainnya dirugikan, atau adanya perbuatan curang dari debitor untuk melarikan sebuah harta kekayaannya dengan maksud untuk melepaskan tanggung jawabnya terhadap para kreditor.

Beritik tolak dari dasar pemikiran di atas dibentuklah Undang-Undang Kepailitan yang baru (Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004) yang didasarkan kepada asas keseimbangan, kelangsungan usaha, keadilan dan integrasi.

Asas Adil

Kepailitan harus 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. Suatu Undang-Undang kepailitan yang baik harus berlandaskan pada asas untuk memberi perlindungan yang seimbang bagi kreditor

dan debitor juga bagi semua pihak yang terkait dan berkepentingan dengan kepailitan seseorang atau satu perusahaan. Perlindungan kepentingan yang seimbang itu bukan saja mengakui kepentingan seseorang tetapi juga kepentingan orang banyak, masyarakat dan yang terkait dengan kepailitan debitor.

Asas Cepat

Undang-Undang Kepailitan harus menjamin proses kepailitan berjalan tidak berlarut-larut. Untuk mencapai tujuan itu, Undang-Undang Kepailitan membatasi berapa lama proses kepailitan harus telah tuntas sejak proses kepailitan dimulai. Dalam hubungan ini, maka harus ditentukan batas waktu bagi pengadilan yang berwenang memutuskan pernyataan pailit harus telah memeriksa dan memutuskan permohonan pernyataan pailit itu. Sebagaimana diuraikan di atas bahwa latar belakang diadakannya perubahan dan penambahan terhadap Undang-Undang Kepailitan adalah perlunya pemulihan ekonomi (ekonomi recovery) Indonesia dilakukan secara cepat dengan menyelesaikan masalah utang piutang dunia usaha melalui lembaga kepailitan. Proses penyelesaian permohonan pailit yang cepat merupakan dasar perubahan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, asas ini terkandung dalam pasal-pasal yang mengatur jangka waktu (*time frame*) penyelesaian permohonan, yaitu dalam 30 (tiga puluh) hari sejak permohonan didaftarkan di Pengadilan Niaga permohonan telah diputus. Demikian juga pemeriksaan ditingkat kasasi

dan peninjauan kembali. Asas ini tidak ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2000, jangka waktu penyelesaian permohonan bertambah panjang menjadi 60 (enam puluh) hari, karena diperiksa jangka waktu 30 (tiga puluh) hari untuk mengambil putusan permohonan pailit adalah sangat terburu-buru, sehingga pertimbangan hukum dalam putusan tidak cukup berkualitas.

Asas Terbuka/Transparan

Kepailitan harus dapat diketahui oleh masyarakat luas. Putusan pailit terhadap seorang debitor bukan saja menyangkut kepentingan satu atau dua orang kreditor saja, tetapi juga menyangkut semua kreditor, karena dengan putusan pailit oleh pengadilan itu maka terhadap harta debitor diletakkan sita umum. Untuk menjamin transparansi publik ialah bahwa pemeriksaan dan pengucapan putusan pengadilan terbuka untuk umum. Asas ini adalah asas yang ditetapkan oleh HIR. Oleh karena menurut Pasal 284 Undang-Undang Kepailitan kecuali ditentukan lain dengan undang-undang, hukum acara perdata berlaku, yaitu HIR, diterapkan pula terhadap Pengadilan Niaga maka ketentuan HIR yang menentukan bahwa pemeriksaan dan pengucapan putusan pengadilan adalah terbuka untuk umum, maka asas ini berlaku pula bagi Pengadilan Niaga.

Khusus untuk kepailitan, ketentuan ini ditegaskan dalam Pasal 10 ayat (4) Undang-undang kepailitan. Pasal 10 ayat (4) Undang-Undang Kepailitan menentukan bahwa putusan atas permohonan kasasi diucapkan dalam

sidang yang terbuka untuk umum. Putusan mengenai pencabutan kepailitan oleh Pengadilan Niaga menurut ketentuan Pasal 15 ayat (1) *Faillissement verordening* (Fv) harus diputuskan dalam sidang yang terbuka untuk umum. Menurut Pasal 289 ayat (2) Undang-Undang kepailitan putusan atas permohonan Peninjauan kembali harus diucapkan dalam sidang yang terbuka untuk umum. Menurut Pasal 13 ayat (4) Undang-undang kepailitan, dalam jangka waktu paling lambat 5 (lima) hari sejak tanggal putusan pernyataan pailit ditetapkan, Kurator mengumumkan dalam Berita Negara Republik Indonesia serta dalam sekurang-kurangnya 2 (dua) surat kabar harian yang ditetapkan oleh Hakim Pengawas, hal-hal sebagai berikut :

- a. ikhtisar putusan pernyataan pailit.
- b. identitas, alamat dan pekerjaan debitor;
- c. identitas, alamat dan pekerjaan anggota panitia sementara kreditor, apabila telah ditunjuk;
- d. tempat dan waktu penyelenggaraan rapat pertama kreditor dan
- e. identitas Hakim Pengawas.

Menurut ketentuan Pasal 18 ayat (1) Fv, pada setiap Pengadilan Niaga harus diadakan daftar (register) umum oleh Panitia yang didalamnya harus dicatat secara berurutan tanggalnya yang memuat :

- a. ikhtisar mengenai putusan-putusan pengadilan yang berisi pernyataan pailit atau pembatalan pailit.

- b. uraian mengenai isi putusan dan pengesahan perdamaian
- c. pembatalan perdamaian.
- d. jumlah-jumlah pembagian dalam suatu penyelesaian.
- e. pencabutan kepailitan sebagaimana dimaksud Pasal 15.
- f. ehabilitasi terhadap debitur pailit.

Asas Efektif

Efektifitas Undang-undang kepailitan menjadi sangat penting, karena pembentukan Perpu Nomor 1 Tahun 1998 tentang Kepailitan dibentuk dalam rangka menghadapi krisis moneter yang sangat mempengaruhi perekonomian Indonesia. Dengan pertimbangan tadi pendekatan penyempurnaan Undang-undang kepailitan (*Faillissement Verordening*) dipandang lebih realistis efektif dibanding membuat aturan baru. Faktor waktu dan keinginan untuk secepatnya memberi tetapi psikologis dalam rangka pemulihan menjadi sangat penting, sangat mendesak, dan sangat memaksa karena itulah dipergunakan Perpu sebagai instrument/rasa “kepentingan yang memaksa”.

Perpu Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan diundangkan pada tanggal 22 April 1998 dan dinyatakan berlaku efektif 120 hari sejak diundangkan.

Perpu Nomor 1 Tahun 1998 tersebut telah disahkan menjadi Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 pada tanggal 24 Juli 1998, Undang-undang tersebut efektif berlaku 20 Agustus 1998 hingga kembali menjalani perubahan

dengan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, tanggal 18 Oktober 2004.⁵¹

Asas Keseimbangan

Asas keseimbangan, ialah suatu asas yang disatu pihak, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh debitor yang tidak jujur di lain pihak, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh kreditor yang tidak beritikad baik.

Suatu Undang-Undang Kepailitan yang baik haruslah dilandaskan pada asas untuk memberikan perlindungan yang seimbang bagi semua pihak yang terkait dan berkepentingan dengan kepailitan seorang atau suatu perusahaan. Sehubungan dengan itu maka Undang-Undang Kepailitan yang baik seyogianya tidak hanya memberikan perlindungan bagi kreditor saja. Kepentingan debitor juga harus sangat diperhatikan. Asas keseimbangan ini sebenarnya telah mencakup asas adil sebagaimana diuraikan di atas.

Asas Kelangsungan Usaha

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

51 Bambang Kesowo, *Perpu Nomor 1 Tahun 1999, Latar Belakang Dan Arahnya, Makalah Para Pakar Yang Berkaitan Dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Jo Perpu Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Kepailitan* (Jakarta, 2000), 4.

dilaksanakan. Menurut Undang-Undang Kepailitan, Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) dapat diajukan baik sebelum permohonan pernyataan pailit diajukan terhadap debitor maupun ketika berlangsung pemeriksaan pengadilan terhadap permohonan pernyataan pailit. Menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, PKPU dapat diajukan oleh debitor maupun kreditor, Bank Indonesia, Badan Pengawas Pasar Modal dan Menteri Keuangan.

Pengajuan permohonan PKPU dimaksudkan agar debitor diberikan waktu dalam tenggang waktu tertentu agar debitor dapat melakukan pembayaran utang-utangnya secara memuaskan. Undang-undang kepailitan memungkinkan dilakukannya perdamaian antara debitor dan para kreditornya sekalipun telah ada putusan pernyataan pailit dari pengadilan. Setelah putusan pernyataan pailit diucapkan, maka dibukalah kesempatan kepada debitor untuk mengajukan rencana perdamaian. Rencana perdamaian yang disetujui para kreditor dapat disahkan Majelis Hakim. Pengesahan rencana perdamaian mengakibatkan kepailitan berakhir.

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. Undang-Undang tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang mempunyai cakupan yang

lebih luas baik dari segi norma, ruang lingkup materi, maupun proses penyelesaian utang piutang. Cakupan yang lebih luas tersebut diperlukan, karena adanya perkembangan dan kebutuhan hukum dalam masyarakat sedangkan ketentuan yang selama ini berlaku belum memadai sebagai sarana hukum untuk menyelesaikan masalah utang-piutang secara adil, cepat, terbuka dan efektif.

6. Alasan Pihak-pihak Memilih Lembaga Kepailitan Untuk Menyelesaikan Utang-Utang Debitor

Lembaga kepailitan adalah merupakan salah satu alternatif penyelesaian utang-utang debitor. Dengan demikian berarti jalan lain masih dapat ditempuh seperti negosiasi antara debitor dan kreditor-kreditor, atau melalui gugatan perkara di Pengadilan Negeri. Kepailitan menyangkut banyak kepentingan, yaitu kepentingan para kreditor, kepentingan masyarakat juga kepentingan negara. Oleh sebab itu, lembaga kepailitan seyogianya hanya merupakan *ultimum remedium*.⁵² Dalam prakteknya banyak kreditor merasa tidak puas terhadap pembayaran utang debitor yang diperoleh dari hasil penjualan seluruh aset debitor. Biasanya, hasil harta pailit tidak akan mencukupi untuk membayar lunas setiap kreditor. Kepailitan sebenarnya adalah pembagian rasa sakit para kreditor.⁵³

52 Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Faillissement Verordening Juncto Undang-Undang Nomoe 4 Tahun 1998*, 59.

53 Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law, Undang-Undang Kepailitan Di Indonesia Terjemahan Kartini Muljadi*, 97.

Prinsip umum Undang-Undang Kepailitan adalah *paritas creditorium* yang berarti bahwa semua kreditor mempunyai hak yang sama atas pembayaran dari hasil kekayaan debitor yang dibagikan secara proporsional menurut besarnya tagihan mereka atau *pro rata parte* (Pasal 1131 dan Pasal 1132 KUHPerdara). Prinsip *paritas creditorium* tidak berlaku bagi kelompok kreditor separatis dan kreditor preferen. Ditinjau dari sudut pandang debitor, kalangan bisnis sangat mengkhawatirkan Lembaga Kepailitan karena mengakibatkan banyak perusahaan tidak operasional (tutup). Bagi kalangan-kalangan bisnis dan wiraswasta domestik, Undang-undang kepailitan cenderung menjadi momok yang menakutkan.⁵⁴

Namun Lembaga Kepailitan setelah dibentuknya Pengadilan Niaga berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 banyak mendapat perhatian. Faktor-faktor yang mendorong pihak-pihak terkait (para kreditor) menggunakan Lembaga Kepailitan antara lain adalah:

a. Proses Permohonan Pailit Cepat

Adanya pemberian kerangka waktu yang pasti dan cepat dalam proses pemeriksaan dan pengambilan keputusan dalam permohonan pernyataan pailit, baik ditingkat pertama maupun ditingkat kasasi dan peninjauan kembali. Upaya hukum terhadap putusan Pengadilan Niaga adalah kasasi dan peninjauan kembali (tidak mengenal banding ke Pengadilan Tinggi.

54 Asrun, Prasetyantoko, and Dkk., *Analisa Yuridis Dan Empistis Peradilan Niaga*, 15.

b. Pembuktian Sederhana

Sistem pembuktian sederhana (sumir), dalam arti pemohon cukup membuktikan secara sederhana bahwa persyaratan pailit sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 telah terpenuhi.

c. Putusan Bersifat Serta Merta (*Uitvoerbaar Bij Voorraad*)

Putusan atas permohonan pernyataan pailit bersifat serta merta, dalam arti putusan tersebut dapat dilaksanakan lebih dahulu meskipun terhadap putusan tersebut ada upaya hukum kasasi atau peninjauan kembali.

d. Bersifat Adil

Penyelesaian utang-utang debitor pailit melalui lembaga kepailitan, melalui proses yang cepat dan transparan lebih memberi keadilan bagi para kreditor, orang-orang yang terkait (berkepentingan) dengan usaha debitor, bahkan terhadap debitor sendiri.

e. Memberi Kepastian Hukum

Penyelesaian utang-utang debitor melalui lembaga kepailitan dengan proses yang cepat dan transparan dan bersifat serta merta memberi kepastian hukum, bagi para kreditor, bagi debitor dan lebih jauh memberi kepastian hukum bagi dunia usaha.

B. Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU)

Setiap debitor yang mempunyai dugaan bahwa ia tidak akan dapat membayar lunas utang-utang yang dapat ditagih, diperbolehkan untuk memohon penangguhan pembayaran.

Pada hakikatnya, PKPU berbeda dari kepailitan. Penundaan dimaksud tidak berdasarkan pada keadaan di mana debitor tidak mampu membayar utangnya dan juga tidak bertujuan dilakukannya pemberesan (likuidasi budel pailit). PKPU tidak dimaksudkan untuk kepentingan debitor saja, melainkan juga untuk kepentingan para kreditornya, khususnya kreditor konkuren. PKPU bertujuan menjaga jangan sampai seorang debitor, yang karena suatu keadaan (misalnya keadaan ilikuid dan sulit memperoleh kredit), dinyatakan pailit, sedangkan bila debitor diberi waktu, maka besar harapan ia dapat melunasi utang-utangnya. Karenanya dengan memberikan waktu dan kesempatan kepada debitor, diharapkan ia melalui reorganisasi usahanya dan atau restrukturisasi utang-utangnya, dapat melanjutkan usahanya dan dengan demikian dapat membayar lunas utang-utangnya.

Akan tetapi jika debitor tersebut tidak mau menggunakan PKPU, maka secara yuridis formal perusahaannya dinyatakan pailit. Debitor dinyatakan pailit, disebabkan karena tidak mampu untuk dapat melakukan pembayaran terhadap utang-utang dari para kreditornya. Akibat lain dikatakan bahwa dengan dinyatakan pailit debitor akan mendapat suatu hukuman badan yang tidak berkaitan dengan masalah kepailitan. Bagi debitor yang dalam pengawasan PKPU, apabila tidak dapat melakukan ketentuan yang diatur oleh PKPU selama debitor tersebut masih dalam pengawasan, maka PKPU tersebut dapat dinyatakan gagal, oleh sebab itu debitor yang bersangkutan dinyatakan pailit.

Adapun yang dapat mengajukan pengakhiran PKPU adalah atas permintaan hakim pengawas, atas permohonan pengurus,

atas permintaan kreditor, atau atas prakarsa Pengadilan Niaga. Sedangkan beberapa alasan untuk mengajukan pengakhiran PKPU adalah:

- 1) debitor bertindak dengan itikad buruk dalam melakukan pengurusan terhadap hartanya, selama waktu penundaan kewajiban pembayaran utang;
- 2) debitor telah merugikan atau mencoba merugikan kreditornya;
- 3) debitor melanggar Pasal 240 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan yang mengharuskan debitor bertindak mengenai hartanya berdasarkan kewenangan yang diberi oleh pengurus;
- 4) debitor lalai melaksanakan tindakan-tindakan yang diwajibkan kepadanya oleh pengadilan pada saat atau setelah penundaan kewajiban pembayaran utang diberikan, atau lalai melaksanakan tindakan-tindakan yang disyaratkan oleh pengurus demi kepentingan harta debitor;
- 5) selama waktu penundaan kewajiban pembayaran utang, keadaan harta debitor ternyata tidak lagi memungkinkan dilanjutkannya penundaan kewajiban pembayaran utang; atau
- 6) keadaan debitor tidak dapat diharapkan untuk memenuhi kewajibannya terhadap para kreditor pada waktunya.

Jika penundaan kewajiban pembayaran utang diakhiri berdasarkan sebab-sebab tersebut di atas, maka debitor harus dinyatakan pailit dalam putusan yang sama. terhadap putusan pernyataan pailit sebagai akibat putusan pengakhiran

penundaan kewajiban pembayaran utang, maka berlaku mutatis mutandis ketentuan yang ada dalam Pasal 11, Pasal 12, Pasal 13, dan Pasal 14 Undang-Undang Kepailitan. Pasal 11 mengatur mengenai upaya hukum yang dapat dilakukan terhadap putusan pengakhiran PKPU adalah kasasi ke Mahkamah Agung. Pasal 9 Undang-Undang Kepailitan, yang mengatur prosedur kasasi di mana pemohon kasasi wajib menyampaikan memori kasasi. Pasal 13 mengatur prosedur kasasi ke Mahkamah Agung di mana dalam waktu 60 hari Mahkamah Agung harus sudah memutuskan kasasi tersebut. Sedangkan Pasal 14 mengatur tentang kemungkinan peninjauan kembali. Debitor adalah pihak pada waktu memajukan permohonan akan pengunduran pembayaran, atau setelah itu, menawarkan suatu perdamaian kepada mereka yang mempunyai piutang-piutang, yang terhadapnya berlaku pengunduran tersebut (vide Pasal 249 Fv).

Di dalam *Memorie van Toelichting (M.v.T.)* dikemukakan bahwa, apabila perubahan penundaan kewajiban pembayaran perlu diadakan, maka lebih menekankan pada tuntutan untuk peninjauan kembali, karena kini diharapkan membuat kesempatan di luar kepailitan, untuk menerapkan suatu *dwangakkoord* (perdamaian paksaan). Dengan demikian *dwangakkoord* adalah suatu peraturan mengenai debitor yang tidak sanggup membayar penuh pada kreditor dengan bekerja sama dengan Hakim yang dibuat minoritas kreditor tertentu dapat diikat oleh kemauan/kehendak mayoritas tertentu.

Dalam M.v.T. telah diketengahkan, bahwa setelah mulai penundaan kewajiban pembayaran tanpa kerjasama dengan pengurus (*bewindvoerder*), debitor tidak dapat lagi melakukan

suatu perjanjian yang mempunyai daya kekuatan hukum terhadap *boedel*. Dalam hukum Romawi dikenal *dwangakkoord* di luar kepailitan demi untuk kepentingan ahli waris (*erfgenamen*) yang belum menerima warisan, karena mengikat minoritas kreditor kepada suatu keputusan mayoritas, seperti Hakim melakukan homologasi akur. Akur yang demikian itu bertujuan menghindarkan kepailitan harta peninggalan, demi untuk melindungi yang meninggal terhadap noktah *venditio bonorum*.

Mengenai sifat hukum (*rechtskarakter*) dari akur telah diuraikan dalam Pasal 134 Faillissement verordening, (F,v) pada BAB I, § 7, butir 2, halaman 287, untuk kepailitan yang dapat dipergunakan juga bagi *surseance*, dan berlaku secara mutatis mutandis, sehingga kiranya tidak perlu diulangi lagi pembahasannya dalam Pasal 249 Fv. Akur dapat ditawarkan oleh kuasanya. Akan tetapi harus jelas bahwa orang yang muncul pada penawaran itu memang mempunyai kuasa, untuk itu. Hal ini dapat dimajukan oleh seorang advokat/penasehat hukum ke Pengadilan yang bertindak sebagai kuasa dan telah menandatangani akur itu. Untuk penawaran akur pada suatu *surseance* perseroan terbatas, tidak diperlukan keputusan rapat umum pemegang saham, karena hal yang demikian itu tidak diharuskan. Apabila rencana perdamaian itu tidak diajukan kepada Panitia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 213, maka rencana itu harus diajukan sebelum hari tanggal sidang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 215 atau tanggal kemudian dengan tetap memperhatikan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 217 ayat (4) vide Pasal 250 ayat 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998). Rencana perdamaian harus disediakan

di Kepaniteraan untuk dapat diperiksa oleh siapapun tanpa dikenakan biaya dan disampaikan kepada Hakim Pengawas, dan pengurus serta ahli, bila ada, secepat mungkin setelah rencana tersebut tersedia (vide Pasal 250 ayat 2 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998).

Dari uraian pasal tersebut di atas, jelas ternyata bahwa rencana perdamaian itu dapat dimajukan pada Pengadilan dengan ditandatangani olehnya dan oleh penasehat hukumnya. rencana akur itu sudah harus dimajukan paling lambat dalam tenggang waktu 21 (dua puluh satu) hari sebelum tanggal sidang yang direncanakan (vide Pasal 215 ayat 2 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998) atau apabila penundaan kewajiban pembayaran hutang itu secara tetap disetujui, maka penundaan tersebut berikut perpanjangannya tidak boleh melebihi 270 (dua ratus tujuh puluh) hari, terhitung sejak tanggal putusan menundaan sementara kewajiban pembayaran itu ditetapkan.

Apabila, sebelum putusan pengesahan perdamaian memperoleh kekuatan mutlak, ada suatu putusan pengadilan, yang berisi pengakhiran pengunduran tersebut, maka gugurlah rencana perdamaian tersebut.



BAB IV

TITIK SINGGUNG ARBITRASE DAN KEPAILITAN

A. Komparasi Proses Arbitrase dan Kepailitan

Pada Pasal 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, disebutkan bahwa: Pengadilan negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Pada Pasal 10 Butir d yang dikatakan : Suatu perjanjian arbitrase tidak menjadi batal disebabkan oleh keadaan “insolvensi salah satu pihak”, jo Pasal 11 ayat (1), yang berbunyi bahwa: “Adanya suatu perjanjian arbitrase meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri.

Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, ditambah dengan adanya prinsip: kebebasan berkontrak, maupun adagium yang mengatakan bahwa: kontrak akan berlaku dan mengikat sebagaimana halnya undang-undang bagi para pihaknya, banyak pihak berkeyakinan bahwa dalam suatu perjanjian utang piutang yang telah disepakati oleh para pihak, akan diselesaikan

melalui arbitrase, maka pengadilan niaga tidak lagi memiliki kewenangannya.

Pasal-pasal di atas menunjukkan bahwa badan arbitrase, baik *ad hoc* maupun permanen memiliki kompetensi absolut. Namun sejak Undang-Undang Kepailitan Nomor 4 Tahun 1998 yang mengukuhkan Perpu Nomor 1 Tahun 1998, yang kemudian dirubah dengan Undang- Undang Nomor 37 Tahun 20024 muncul pendapat bahwa pengajuan permohonan kepailitan secara serta merta akan membuat semua perkara baik perdata yang diajukan ke pengadilan negeri, maupun sengketa yang disepakati akan diselesaikan secara arbitrase akan berstatus ditangguhkan, khususnya bila berkenaan dengan budel pailit. Demikian pula yang menyangkut kewajiban dari si debitor, mengingat yang bersangkutan akan tidak lagi memiliki kewenangan untuk berbuat sesuatu atas harta kekayaannya, sejak putusan pailit jatuh. Di sini muncul polemik yang tumbuh dari berbagai penafsiran dan pemikiran seputar di mana status absolut kompetensi arbitrase harus berhenti atau di kesampingkan oleh pengadilan niaga yang menangani kepailitan. Karen Mills dalam makalahnya yang cukup ekstensif mengulas dari mulai aspek sejarah arbitrase dikenal di Indonesia, tentang ratifikasi Indonesia yang baru dilakukan pada tahun 1981 terhadap Konvensi New York 1958, juga tentang BANI, yang dalam hal ini sangat membantu dalam memahami bagaimana proses arbitrase berkembang di Indonesia. Namun pada prinsipnya ia dapat menerima bahwa masalah kepailitan bukanlah lagi berada dalam wilayah “*the parties autonomy*”, melainkan lebih banyak pada wilayah kewenangan publik, sehingga kewenangan atau kompetensi arbitrase sewajarnya

dapat mengungkapkan bagaimana tidak ramahnya pengadilan negeri kita terhadap permohonan *exequatur* dari putusan arbitrase selama ini.⁵⁵

Sejak awal, yakni sejak kitadi bawah rejim Perpu, para perancang Perpu tersebut telah menyatakan di berbagai forum mengenai batasan yang jelas dalam hal apa perjanjian yang menggunakan klausula arbitrase dapat tetap dilaksanakan, dan dalam keadaan bagaimana pengadilan niaga dapat mengesampingkan klausula arbitrase tersebut. Pertama, dinyatakan bila terjadi sengketa tentang apa yang diperjanjikan, dalam hal penentuan berapa jumlah utang karena suatu kewajiban tertentu yang belum dipenuhi, atau gugatan atas pemenuhan prestasi yang disyaratkan misalnya, maka arbitrase tetap menguasainya. Namun bila unsur adanya utang telah diakui kedua pihak, eksplisit maupun implisit, kemudian nilai atau jumlah utang tersebut dengan mudah dapat dikapitalisasi, sehingga bukan masuk dalam bilangan “sengketa” atau *contentious matters*, yang harus melalui proses pembuktian lagi, maka pengadilan niaga memiliki yurisdiksinya.⁵⁶ Kapan sesuatu itu menjadi hal yang masih disengketakan dan kapan itu telah tidak lagi, menimbulkan berbagai penafsiran dan kontroversi, sebab yang namanya perkara, selalu akan ada yang mendalilkan, dan selalu ada yang membantah. Sebab bila kedua pihak sepakat maka tidak lagi diperlukan putusan pihak ketiga, baik itu putusan arbitrase, maupun putusan pengadilan.

55 Vesna, *Undang-Undang Kepailitan Dan Arbitrase* (Jakarta: PPH, 2009), 126.

56 *Proceedings, Rabgkaian Lokakarya Terbatas Hukum Kepailitan Dan Wawasan Hukum Bisnis Lainnya: Tentang Penyempurnaan Undang-Undang Kepailitan* (Jakarta: PPH, 2003), xvii.

Singkat kata, hal-hal yang dipersengketakan tetap dapat menggunakan arbitrase sebagai forumnya, namun manakala salah satu pihak mengajukan permohonan pailit dan kasus tersebut telah memenuhi unsur-unsur di Pasal 2 ayat 1 UUK baru (Undang-Undang Nomor 37/2004) , atau Pasal 1 ayat 1 UUK lama (Undang-Undang Nomor 4/1998), maka pengadilan memiliki yurisdiksi terhadap hal tersebut, demikian yang diungkapkan oleh Ricardo Simanjuntak.⁵⁷ Penjelasan yang dimulai dengan kata pokoknya memang terkesan mensimplifikasi permasalahan, mungkin karena akhirnya hal itu menjadi *self-evidently*, alias mencari pembenaran sendiri, walaupun ruang lingkup fakta dan situasi empiriknya akan sangat tidak sederhana.

Ketika mencoba untuk mengerti tentang apa-apa saja perkara yang tidak termasuk dalam bilangan *contentious* maka akan memasuki jalur pengertian tentang proses pembuktian sederhana. Seorang pakar hukum mengatakan bahwa pembuktian sederhana diartikan sebagai tidak diperlukan proses pembuktian berkepanjangan, seperti bantahan, replik-duplik, maupun pemanggilan saksi dan lain sebagainya. Sehingga oleh karenanya permohonan pailit dapat dengan cepat diputuskan. Persoalan ternyata tidak berhenti di sana, karena beranjak dari penjelasan di atas, berkembang suatu wacana khususnya dikalangan para hakim yang menjalani dan menangani kasus dalam praktek, bahwa seyogianya Pasal 6 ayat 3 Undang-Undang Kepailitan lama atau Pasal 6 ayat 4 Undang-Undang Kepailitan baru, dibaca

57 Ricardo Simanjuntak, *Undang-Undang Kepailitan Dan Kurator Dalam Penyelesaian Aset-Aset* (Jakarta: PPH, 2003), 271.

sebagai membatasi konsep utang “yang luas”, yakni dengan merujuk pada sifat yang memiliki nilai yang dapat dikapitalisasi dengan uang sebagaimana dimaksud oleh perancang Undang-Undang Kepailitan yang merujuk pada Pasal 1233 dan Pasal 1234 KUHPerdara, menjadi pengertian utang secara sempit, yang berarti hanya terbatas pada utang yang timbul karena perjanjian kredit, atau dalam perjanjian utang piutang saja.

Lepas dari perbedaan pendapat di atas, dalam konteks keterkaitan antara klausula arbitrase dengan kepailitan, maka beberapa pendapat mengatakan bahwa bila telah tercipta jurisprudence yang mendukung bahwa pengadilan niaga tetap berwenang memutus kepailitan sekalipun untuk perjanjian yang sebelumnya telah memuat klausula arbitrase,⁵⁸ maka dapat ditafsirkan telah terbentuk suatu sumber hukum, bahwa pengadilan niaga tetap memiliki kewenangan atas perkara yang semula mencantumkan arbitrase sebagai pilihan penyelesaian sengketa.

Lebih jauh dinyatakan oleh Fred Tumbuan bahwa:

“Legal effect arbitrase sebagai extra judicial tidak dapat menyingkirkan kedudukan dan kewenangan pengadilan niaga sebagai forum extra judicial, untuk menyelesaikan permohonan yang berkategori insolvensi atau pailit berdasarkan Undang-Undang Kepailitan, meskipun timbulnya insolvensi tersebut bersumber dari perjanjian utang yang mengandung

58 Ricardo Simanjuntak, *Klausula Arbitrase Dan Wewenang Pengadilan Niaga* (Jakarta: PPH, 2006), 77–78.

*klausula arbitrase.*⁵⁹

Hal mana juga di garis bawah oleh M. Husseyn Umar dalam makalahnya yang mengutip Putusan Mahkamah Agung Nomor: 013/PK/N 1999, pada tanggal 2 Agustus 1999, yang secara eksplisit menyatakan rulingnya sebagai berikut:

*“That the commercial court has the authority to review and decide on bankruptcy petitions even though there was arbitration clause underlying such petition. It decided that there the law provides that an arbitration clause does not take away the commercial court’s jurisdiction to hear and decide on bankruptcy petition”*⁶⁰

Dengan demikian telah dicapai suatu pemahaman bahwa manakala terjadi sengketa, maka bagi perjanjian utang yang memuat klausula arbitrase, maka forum penyelesaian *contentious matters* dimungkinkan dengan arbitrase. Sedangkan bagi penentuan status pailit menjadi kewenangan mutlak dari pengadilan niaga, karena yurisdiksi pengadilan niaga sendiri dibatasi oleh ketentuan Pasal 8 ayat 4 jo Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Kepailitan baru, yang mensyaratkan adanya keadaan yang terbukti secara sederhana, sebagai syarat dikabulkannya permohonan pailit.

59 Fred Tumbuan, *Undang-Undang Kepailitan Dan Penyelesaian Lewat Arbitrase* (Jakarta: BPHN, 1998), 21.

60 M. Husen Umar, *Anotasi Putusan Arbitrase* (Jakarta: BPHN, 1998), 211.

Baik Fred Tumbuan, Ricardo Simanjuntak, Husseyn Umar, dan para pembahas lainnya seperti Parwoto Wignjosumarto dalam pembahasan mereka tidak berbeda pendapat secara prinsip. Pada umumnya mereka menyatakan bahwa di pengadilan niaga merupakan pengadilan khusus yang memiliki kewenangan *extra ordinary*, memeriksa dan memutus perkara kepailitan. Sengketa yang muncul untuk hal-hal yang diperjanjikan sebelum putusan pailit, yang mensepakati menggunakan arbitrase, tetap dapat dijalankan bila sengketa arbitrase tersebut diproses sebelum putusan pailit jatuh. Putusan arbitrase mana dapat dijadikan dasar adanya klaim, atau adanya utang. sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, yang berbunyi:

“Yang dimaksud dengan “utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih” adalah kewajiban untuk membayar utang yang telah jatuh waktu, baik karena diperjanjikan, karena percepatan waktu penagihan sebagaimana diperjanjikan, karena penenaan sanksi atau denda oleh instansi yang berwenang, maupun karena putusan pengadilan, arbiter, atau majelis arbitrase”.

Tidak berarti bahwa pengadilan niaga kemudian akan memeriksa ulang tentang adanya utang tersebut bilamana putusan arbitrase tersebut dinyatakan berkekuatan hukum final. Sekali lagi dengan perkecualian perjanjian arbitrase yang dibuat tidak melanggar *public policy*. Untuk suatu perjanjian yang memuat klausula arbitrase, yang kemudian salah satu pihaknya diputus pailit, maka dengan sendirinya proses arbitrase akan

dikesampingkan khusus dalam hal telah terpenuhinya syarat kepailitan menurut undang-undang kepailitan. Dalam hal ini *parties autonomy* akan dikesampingkan oleh *public policy*. Selain itu forum arbitrase jelas bukan forum yang berwenang untuk menjatuhkan putusan pailit. Persoalannya adalah bila proses arbitrase masih berjalan, dan permohonan pailit pada saat bersamaan diajukan ke pengadilan niaga. Dalam hal demikian, karena salah satu pihak debitor, sudah tidak memiliki kewenangan lagi dalam hal yang berkaitan dengan kekayaannya, maka kurator akan terbatas pada yang dibolehkan oleh undang-undang dan atau diwajibkan memperoleh persetujuan hakim pengawas. Bukan lagi meneruskan suatu kontrak yang dilakukan oleh si debitor.

Secara normatif, Pasal 28 - Pasal 31 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 mengatur tentang bagaimana kurator harus bersikap sehubungan dengan adanya tuntutan hukum atau gugatan yang sedang berjalan selama kepailitan berlangsung, yang mana hal ini secara analogis juga berlaku bilamana terjadi sengketa yang berjalan dengan arbitrase. Namun jangan lupa untuk dibaca Pasal 69 ayat (5) UUK. Karena dalam pasal tersebut disebutkan bahwa untuk menghadap di muka pengadilan (dianalogkan dengan majelis arbitrase) kurator harus terlebih dahulu mendapatkan izin dari Hakim Pengawas.

Sedangkan apabila terjadi tuntutan terhadap debitor pailit, tuntutan atau gugatan mana berdasar pada perjanjian yang memuat klausula arbitrase, yang dibuat oleh debitor sebelum proses kepailitan, dan dalam hal tuntutan itu menyangkut sejumlah utang, ketika putusan pailit diucapkan maka sengketa

tersebut diperhitungkan dalam proses verifikasi atau pencocokan utang. Seandainya timbul ketidak sesuaian maka harus melampaui *renvooi procedure*, yang akan menjadi kewenangan dari pengadilan niaga, melalui hakim pengawasnya untuk menyelesaikan, dan bukanlah kewenangan arbitrator.

Haruslah dipahami bahwa arbitrase dan prosedur kepailitan adalah dua hal yang berbeda. Di mana masing-masing memiliki alasan dan tujuan, karakter, dan prosedurnya sendiri. Di Indonesia konsep insolvensi dapat mengandung makna “tidak mampu membayar” (Kamus Besar Bahasa Indonesia) yang dapat membawa perseroan kepada kepailitan. Sementara itu menurut Undang-Undang Perseroan Terbatas Nomor 40 Tahun 2007, situasi yang sama dapat juga membawa perseroan kepada pembubaran hingga perseroan harus menjalani likuidasi. Vesna mengatakan bahwa konsep *insolvency* dari pada *bankruptcy*, karena beberapa alasan:

1. Berdasarkan penelitiannya di beberapa sistem hukum dari beberapa negara, terdapat beberapa istilah tentang penanganan debitor yang bermasalah. Sebagai contoh misalnya upaya untuk menghimpun *asset* untuk didistribusikan kepada kreditor, sebagian menyebutnya sebagai *reorganization*.
2. Sementara itu di Inggris misalnya, kata *bankruptcy* hanya digunakan bagi perorangan atau natural person. Sedangkan bagi perseroan, dikenal dengan terminologi *insolvency*.
3. Oleh sebab itu bila tidak merujuk secara pasti pada suatu sistem hukum negara tertentu, dan karena dalam

kontekstual sebuah perseroan, maka vesna sengaja mengambil konsep *insolvency*, yang akan mencakup pengertian segala upaya dan tindakan mengelola dan mendistribusi *asset* dari debitor yang mengalami kesulitan keuangan, meliputi *reorganization* dan *rehabilitation* dari usaha debitor.⁶¹

Sekalipun demikian tidak dapat dihindarkan juga bahwa di sana sini Vesna acap kali menggunakan istilah *bankruptcy* dan juga *insolvency* secara bergantian, karena merujuk tentang penyebutan ketentuan hukum di berbagai negara yang memang variatif. Dalam arti sebagian menyebut bahwa situasi di atas diatur dalam *Bankruptcy Code* seperti di Amerika Serikat, atau diatur dalam *Insolvency Act* seperti di Inggris.

Hukum nasional modern dan arbitrase di banyak negara maju mengenal prinsip *limited court control* di mana peradilan sangat membatasi intervensinya pada proses arbitrase. Pengadilan negara bahkan berperan sebagai pendukung dan membantu eksistensi arbitrase. Mungkin hal itulah yang ditekankan oleh para pembahas seperti Karen Mills dan M. Husseyn Umar dalam menilai bagaimana peradilan Indonesia masih agak kurang memberikan dukungan pada proses ini. Dapat dikata bahwa satu-satunya alasan untuk mengenyampingkan keputusan arbitrase adalah bila bertentangan dengan hukum acara dan *public policy*. Atau dalam ungkapan lain adalah apabila perjanjian yang memuat klausula arbitrase itu sejak awal memang cacat hukum, dan memang batal demi hukum atau tidak dapat dilaksanakan,

61 Vesna, *Arbitrase Dan Kepailitan* (Jakarta: PPH, 2006), xvii.

sebagaimana yang tertuang di *Article II (3)* dan *Article V.1.(a)* dari Konvensi New York 1958 yang telah kita ratifikasi melalui keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 34 Tahun 1981. Oleh sebab itu secara prinsip pengadilan negeri setiap negara peserta konvensi wajib menjalankan atau mengeksekusi putusan arbitrase, yang dimintakan *exequatur* padanya.

Sementara itu di sisi yang lain, Vesna menguraikan bahwa kepailitan pada intinya adalah prosedur untuk menghimpun, menginventarisasi, dan memaksimalkan aset debitor yang mengalami masalah keuangan, untuk kemudian didistribusikan bagi para kreditor, untuk tujuan pemulihan kembali usaha si debitor, baik melalui reorganisasi maupun rehabilitasi. Berbeda dengan arbitrase, prosedur kepailitan pada prinsipnya tidak dimaksudkan, untuk menyelesaikan suatu sengketa, dengan demikian prosesnya tidak diwarnai dengan sifat *adversarial* atau prosedur saling bantah. Yurisdiksi kepailitanpun lebih pasti dan memiliki kekuatan paksa karena ditentukan oleh undang-undang, yang sangat berbeda dengan yurisdiksi arbitrase yang ditetapkan oleh para pihak sendiri.

Lebih jauh beliau menyatakan bahwa hukum kepailitan berada di wilayah perbatasan antara hukum privat dan hukum publik. Bahkan dapat dikatakan bahwa kepailitan itu dalam beberapa aspeknya sangat bersifat publik, walaupun juga memiliki aspek privat. Perundang-undangan tentang kepailitan juga mau tidak mau akan menyangkut atau bersentuhan dengan beberapa pengaturan hukum di bidang lain, misalnya perbankan, pasar modal, hukum tentang pengalihan hak atas kebendaan, atas hak tanggungan, dan hak-hak lain. Karakter mana diungkapkan oleh

P. Didier dalam bukunya tentang *“The Problems Surrounding the Law of International Insolvency”*, mengatakan: *“Legislation on insolvency is a crossroads when all the element of the legal system in question meet”*⁶²

Dalam konteks putusan pailit telah jatuh, maka perlu dipertegas bahwa debitor tidak lagi memiliki kapasitas untuk mengadakan perjanjian dengan pihak lain yang langsung maupun tidak langsung berpengaruh pada harta pailit. Dengan demikian yang memiliki kewenangan karena hukum, adalah kurator dalam hal kepailitan, atau pengurus dalam hal reorganisasi atau KPPU. Pertanyaan berikut yang harus dijawab adalah, adakah ketentuan hukum kepailitan di suatu negara secara jelas merinci kewenangan kurator untuk melakukan perjanjian-perjanjian dengan pihak ketiga, termasuk perjanjian arbitrase, setelah perusahaan dalam status pailit. Jika secara normatif terdapat ketentuan tersebut, maka perjanjian arbitrase tersebut tidak terancam akan tersisihkan, atau terancam karena tidak dapat dijalankan atau dieksekusi. Artinya secara asumptif, perjanjian yang dibuat oleh kurator, paska putusan pailit, yang menyepakati adanya klausula arbitrase akan mungkin saja terjadi. Persoalannya adalah, apakah untuk tindakan tersebut prosedur tertentu harus dilampaui. Atau apakah kewenangan tersebut adalah suatu manifestasi dari fungsinya untuk bertindak mewakili debitor. Ataukah ia meneruskan kewajiban debitor, sehingga secara otomatis kurator

62 Lazic Vesna, *“The Interaction between Arbitration and Insolvency Proceeding: A Comparative View”* (Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2004), 1.

menjadi terikat pada kesepakatan yang dibuat oleh debitor pailit. Serangkaian pertanyaan inilah yang mungkin masih memerlukan klarifikasi.

Perlu diperhatikan bahwa dalam hal putusan pailit telah jatuh, maka seluruh proses termasuk kehadiran kurator atau pengurus adalah untuk tujuan melindungi harta pailit, maupun pihak ketiga. Atas pertimbangan itulah, maka peran rapat kreditor dan hakim pengawas menjadi sangat menentukan. Demi tujuan itu pulalah maka berbagai forum kajian lintas disiplin, hasil pengamatan lintas yurisdiksi, yang bertujuan membuka wawasan, mempertajam analisa bagi para hakim kepailitan menjadi perlu.

Dalam beberapa sistem hukum, sangat tegas dinyatakan bahwa membuat perjanjian arbitrase, merupakan tindakan hukum yang berada di luar jalur manajemen sehari-hari, dan bukan berada dalam koridor penanganan usaha pokok perusahaan debitor. Oleh sebab itu dengan sendirinya berada di luar dari kewenangan para kurator (hal ini merujuk pada Art. 158 Undang-Undang Kepailitan Perancis Tahun 1985 yang kemudian di rekodifikasi di Kitab Hukum Perdata (*New Commercial Code*) yang baru diundangkan pada 18 September 2000).

Sebaliknya, dalam *Bankruptcy Code* Amerika Serikat di Pasal 9019 (c) misalnya, dinyatakan bahwa bila para pihak sepakat, maka mereka dapat menggunakan arbitrase untuk menyelesaikan sengketa yang muncul kemudian setelah putusan pailit. Sebagian adanya arah kebijakan sistem peradilan disana yang juga merupakan realisasi dari upaya demokratisasi sistem peradilan, dan oleh karenanya kebijakan politik hukum tersebut

tertuang dalam pengaturan *Judicial Improvements and Access to Justice Act*, Tahun 1990.

Agaknya arbitrase sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa memiliki atribut yang lebih dipilih oleh sebagian masyarakat bisnis, untuk hal tertentu dan pada situasi tertentu, karena prosedur ini relatif singkat, lebih menekan biaya, dapat mendayagunakan ahli di bidang yang dipersengketakan. Selain itu, para pihak dapat memelihara nama baiknya karena sifatnya yang tidak terbuka untuk publik, menghindarkan para pihak dari unsur saling bermusuhan dan lebih mengakomodasi kebebasan berkontrak, meliputi kehendak para pihak untuk menyepakati media maupun prosedur mencari jalan keluar sendiri, bila terjadi masalah. Sebagian dari karakter tersebut juga menjadi tujuan dari proses kepailitan. Dengan kata lain keduanya sama-sama menginginkan proses penyelesaian berjalan cepat, tidak berbelarutar, teratur atau tertib dan secara ekonomis efisien.

Bedanya adalah bahwa pada proses kepailitan bergantung kepentingan pihak ketiga yang cukup besar, selain kepentingan para kreditor, juga para *stakeholder*. Selain itu terdapat situasi yang harus dijaga, yakni kesetaraan atau keseimbangan dan kepatutan atas pembagian porsi aset yang tertib, dan peningkatan nilai aset yang akan diterimakan kepada yang berhak. Bagi beberapa negara seperti Amerika misalnya, kepentingan di atas meliputi juga upaya bagaimana memulihkan usaha sebagai unit ekonomi, atau bagaimana mengupayakan suatu *fresh start*. Dengan demikian secara lebih fundamental di sana seluruh tahapan maupun proses kepailitan pada akhirnya dimaksudkan untuk merestrukturisasi sebuah usaha. Sekalipun tidak berarti terbatas pada usaha si

debitor pailit tersebut, melainkan bagi keseluruhan rantai usaha sebagai suatu unit usaha, yang merupakan bagian dari sistem ekonomi negara.⁶³

Bahwa perkembangan di Amerika Serikat dewasa ini justru sangat mendorong kearah pemanfaatan dan pemberdayaan ADR, khususnya mediasi dan arbitrase dengan tujuan mempercepat penyelesaian, serta memelihara *fairness* dan efisiensi. Dan kepentingan tersebut menjadi sejalan dengan tujuan kepailitan di sana. Apalagi dengan meningkatnya jumlah perkara kepailitan pada tahun-tahun 1990 an, yang akibatnya membuat kewalahan sistem peradilan di sana. Belum lagi mengingat kompleksitas banyaknya pihak yang terkait, membuat proses penyelesaiannya memakan waktu dan berlarut-larut. Adalah menjadi suatu kepentingan nasional untuk mengakselerasi pemulihan ekonomi debitor serta memaksimalkan bagian dari kreditor yang juga pelaku ekonomi. Dengan latar belakang situasi seperti itu, maka wajar bila kebijakan peradilan mengarah dan mendorong diberdayakannya APS, khususnya arbitrase dan mediasi.

Dalam politik hukum yang demikian, maka haruslah dibedakan suatu perjanjian dengan klausula arbitrase yang memang dikehendaki oleh para pihak, dengan program *court annexed arbitration* yang berakibat munculnya kewajiban bagi pengadilan untuk me-refer semua perkara perdata ke proses arbitrase atau mediasi terlebih dahulu. Di mana dalam hal yang

63 Tumbuan, *Mencermati Makna Debitor, Kreditor Dan Utang Berkaitan Dengan Kepailitan, Dalam: Emmy Yuhassarie, Undang-Undang Kepailitan Dan Perkembangannya*, 217.

terakhir ini keputusan arbitrase tersebut dapat dimintakan banding bila salah satu pihak merasa tidak puas.⁶⁴

Di Amerika, pengadilan kepailitan (*bankruptcy court*) adalah unit dari *federal district court*, yang memiliki yurisdiksi untuk memutus dan memeriksa semua perkara yang timbul dalam konteks atau dalam cakupan *the Bankruptcy Code*. Dengan demikian akan meliputi semua perkara yang muncul kemudian yang berkaitan dengan kasus kepailitan yang ditanganinya. Dengan kata lain semua perkara yang berhubungan langsung maupun tidak langsung dengan perkara kepailitan. Sekalipun demikian *Bankruptcy Rule of Procedure* 9019 (c) mengatakan bahwa bila di antara para pihak timbul sengketa atau kontroversi seputar harta pailit, di mana telah diperjanjikan sebelumnya akan dihapus melalui arbitrase, maka pengadilan dapat melimpahkan perkara tersebut kepada arbitrase, dan putusan arbitrase tersebut akan bersifat *final and binding*.⁶⁵ Kewenangan arbitrase di sini adalah menangani dan menyelesaikan perkara yang bersifat *adversarial* dan juga yang bersifat *contentious*. Di mana dalam Undang-Undang Kepailitan kita, yang berwenang menyelesaikan sengketa yang berkenaan dengan bantahan atau perselisihan bagian dari bundel pailit setelah putusan pailit, adalah hakim pengawas atau pengadilan niaga. Yakni melalui *renvooi procedure*, sebagaimana diatur di Pasal 127 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004.

Sekali lagi seperti yang telah diungkapkan oleh Vesna, bahwa

64 Ibid., 317.

65 Ibid., 332.

the nature and scope of the arbitration proceeding are governed by the parties stipulation, maka bila telah dirumuskan di depan dalam suatu perjanjian, maka hakim pengadilan kepailitan pun akan menghormatinya dengan berdasarkan pada asas, bahwa kontrak berlaku bagi para pihaknya seperti halnya undang-undang, asas *pacta sunt servanda*, *parties autonomy*, dan itikad baik. Namun dalam implementasinya masih banyak kontroversi dan ketidak pastian mengenai seberapa jauh putusan arbitrase itu bersifat mengikat dan apakah proses arbitrase tersebut bersifat *mandatory*. Se jauh ini dalam praktek penanganannya masih kasus per kasus, dalam ungkapan lain disebutkan bahwa “... *any decision to compel or deny arbitration was under the sound discretion of the bankruptcy judge*”.

Setelah melampaui berbagai kasus *landmark*, yang dimulai dengan kasus *Zimmerman v. Continental Airlines*, 1983 maka pengadilan kepailitan di Amerika menyepakati bahwa klausula arbitrase harus dapat dilaksanakan dengan mempertimbangkan 4 kriteria di bawah ini:

1. pengaruh putusan arbitrase tersebut kepada para kreditor, dalam artian keseimbangan pembagian antara kreditor terjaga atau tidak dalam arti prioritas maupun jumlah;
2. akibat administrasi maupun prosedur terhadap jalannya kepailitan;
3. adakah pengaruhnya terhadap fungsi dan tugas kurator;
4. diperlukan setidaknya keahlian khusus dari arbitratornya.

Pada akhirnya, dapat disimpulkan bahwa hakim kepailitan memiliki diskresi untuk melaksanakan putusan arbitrase, maupun membatalkannya bilamana terbukti adanya cacat hukum dari proses arbitrase tersebut, seperti misalnya adanya *fraud*, *undue*

means, misconduct dari *arbitrator*, dan lain-lain. Walaupun secara prinsip di Amerika Serikat, peninjauan kembali atas putusan arbitrase sangatlah jarang. Mengingat bahwa Mahkamah Agung dan kebijakan negara Federal sangat mendorong digunakannya arbitrase.

Di Indonesia bahwa Pengadilan Niaga berwenang memeriksa dan mengadili sengketa perdata yang disertai klausula arbitrase telah diputuskan oleh Mahkamah Agung, yaitu pertama Putusan Nomor 020 PK/N/1999 jo putusan tanggal 9 Agustus Nomor 019K/N/1999 dalam Perkara PT. Megarimba Karyatama dan PT Mitra Surya Tatamandiri sebagai pemohon Peninjauan Kembali/para termohon pailit melawan PT Basuki Pratama Engineering. Pertimbangan hukumnya bahwa kewenangan absolut lembaga arbitrase tidak bisa mengesampingkan kewenangan Pengadilan Niaga yang diberikan kewenangan khusus mengadili perkara permohonan pernyataan pailit. Putusan ini masih dikuatkan lagi oleh Mahkamah Agung Nomor 13/PK/N/1999 jo Putusan Nomor 12K/N/1999, dikuatkan kembali oleh Putusan Mahkamah Agung Nomor 09PK/N/1999 jo perkara Nomor 01K/N/2002. Dengan 3 (tiga) putusan tersebut, apakah ini tidak bisa dikualifikasi sebagai suatu yurisprudensi? Tiga putusan ini sudah dapat dinilai sebagai suatu yurisprudensi, dengan demikian dapat disimpulkan adanya suatu yurisprudensi yang menyatakan bahwa Pengadilan Niaga berwenang memeriksa dan memutuskan sengketa perdata yang disertai perjanjian arbitrase. Termasuk yurisprudensi karena Majelis Hakim Mahkamah Agung ataupun pengadilan umumnya 3 (tiga) orang, dengan 3 orang dan 3 putusan maka sudah selayaknya menjadi yurisprudensi. Tolak ukur yurisprudensi

sampai saat ini belum ada, yang ada apabila terdapat beberapa kasus yang sama diputuskan dengan putusan yang sama, maka itulah yang disebut dengan yurisprudensi. Mengenai konsep beberapa di sini juga belum jelas apakah 2, 3, 4, atau 5 putusan. Tiga putusan sudah layak menjadi tolak ukur suatu yurisprudensi, maka dalam hal ini Pengadilan Niaga berwenang memeriksa dan memutuskan sengketa perdata yang disertai perjanjian arbitrase.

Apabila Pengadilan Niaga berwenang memeriksa sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase maka akan timbul masalah. Pengadilan Niaga selalu terikat pada hukum acara pemeriksaan perkara kepailitan, yaitu Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Kepailitan. Apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana, maka kepailitan harus dikabulkan. Pembuktian sederhana ini ternyata bisa menjadi tidak sederhana. Pada suatu saat digunakan sederhana, saat lain digunakan tidak sederhana. Selagi suatu sengketa perdata yang bukan sebagai akibat perjanjian pinjam-meminjam uang, maka pembuktiannya jelas tidak sederhana. Sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase pasti pembuktiannya juga tidak sederhana. maka apabila ada sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase dilimpahkan ke Pengadilan Niaga kemungkinan besar permohonan pernyataan pailitnya akan ditolak, dengan pertimbangan hukum bahwa pembuktian arti utang ternyata tidak sederhana sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Kepailitan. Ini menjadi masalah. Keputusan berwenang atau tidaknya Pengadilan Niaga untuk mengadili perkara kepailitan dengan klausula arbitrase masih rancu.

Dengan adanya masalah kewenangan antara Pengadilan Niaga dan arbitrase, maka timbullah suatu masalah yang disebut dengan istilah titik taut kewenangan lembaga arbitrase dan Pengadilan Niaga. Sejauh ini telah ditemukan 4 (empat) titik taut, yaitu:

1. Sengketa Kewenangan Pengadilan Niaga dengan Arbitrase

Seperti yang sudah disampaikan tadi bahwa pengadilan Niaga berwenang mengadili sengketa perdata yang disertai klausula arbitrase. Hanya timbul masalah bahwa Pengadilan Niaga terikat pada Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Kepailitan yang menentukan bahwa apabila ada fakta atau keadaan yang terbukti sederhana, kepailitan harus dikabulkan. Titik tautnya apabila Pengadilan Niaga mendasarkan ketentuan Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Kepailitan, menolak permohonan pernyataan pailit yang diajukan oleh kreditor yang telah membuat perjanjian arbitrase dengan debitor. Apakah akibat hukumnya terhadap perjanjian arbitrase.

Solusi yang coba diberikan adalah apabila Pengadilan Niaga menolak permohonan pernyataan pailit yang diajukan oleh kreditor yang membuat perjanjian arbitrase, maka lembaga arbitrase kembali hidup untuk menyelesaikan sengketa perdata antara kreditor dan debitor. Sebaliknya, apabila Pengadilan Niaga ternyata mengabulkan permohonan pernyataan pailit dengan alasan bahwa perjanjian arbitrase terbukti secara sederhana, maka matilah kewenangan arbitrase untuk menyelesaikan sengketa perdata antara kreditor dan

debitor yang telah membuat perjanjian arbitrase. Inilah titik taut yang pertama. Jadi apabila Pengadilan Niaga menolak permohonan pernyataan pailit, maka arbitrase hidup, sebaliknya apabila Pengadilan Niaga mengabulkan permohonan pernyataan pailit, maka arbitrase mati.

2. Seperti yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 mengenai arti perjanjian arbitrase, maka perjanjian arbitrase bisa dibuat sebelum ada sengketa atau sesudah ada sengketa. Di sini yang diambil adalah jalan tengah, yaitu pada saat ada sengketa. Jadi 3 (tiga) titik tautnya adalah, pertama perjanjian arbitrase sebelum ada pernyataan pailit, kedua perjanjian arbitrase pada saat proses kepailitan berjalan dan yang ketiga adalah perjanjian arbitrase setelah ada putusan pernyataan pailit.

Apabila belum ada suatu perkara yang diajukan ke Pengadilan Niaga dengan alasan permohonan pernyataan pailit, debitor dan kreditor yang membuat perjanjian pailit terdapat sengketa, maka menurut ketentuan Pasal 61 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 sengketa tersebut harus diajukan para pihak ke lembaga arbitrase. Jadi, apabila ada sengketa perdata yang disertai perjanjian arbitrase tertulis tapi belum ada proses perkara permohonan pernyataan pailit di Pengadilan Niaga maka sesuai dengan ketentuan Pasal 61 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, para pihak yang bersengketa tadi menyelesaikan persoalannya melalui lembaga arbitrase.

Lembaga arbitrase menyelesaikan sengketa diantara kreditor dan debitor yang telah membuat perjanjian arbitrase, yang dilaksanakan atas dasar perjanjian yang dibuat para pihak yang kemudian akan lahir putusan arbitrase.

Namun bagaimana seandainya ada kreditor lain yang tidak terikat perjanjian arbitrase mengajukan permohonan pernyataan pailit kepada debitor yang terikat perjanjian arbitrase. Kemudian Pengadilan Niaga mengabulkan permohonan pernyataan pailit kreditor lain tadi. Bagaimanakah nasib putusan lembaga arbitrase yang telah diputuskan terhadap kreditor dan debitor yang terikat dalam perjanjian arbitrase tadi. Di sini timbul suatu masalah. Solusinya, apabila sudah diputuskan dinyatakan pailit debitor yang terikat perjanjian arbitrase tadi, maka proses penyelesaian utang-piutangnya adalah melalui rapat pencocokan piutang atau disebut dengan rapat verifikasi. Di situlah Kurator bertugas melaksanakan putusan permohonan pernyataan pailit dalam arti pengurusan dan/atau pemberesan harta pailit. Pengurusan dan pemberesan harta pailit ini yang merupakan kewenangan Kurator yang dilaksanakan dalam rapat pencocokan piutang.

Bagaimana nasib kreditor yang mempunyai hak tagih atas dasar putusan arbitrase. Kreditor tersebut juga mempunyai kewajiban menyampaikan tagihannya kepada Kurator. Jadi hak-hak yang dia terima atas dasar putusan

arbitrase disampaikan kepada kurator, kemudian kurator akan mencatat nama-nama kreditor tersebut, jumlahnya dan sifat-sifat dari utangnya, dan sebagainya. Inilah titik taut yang kedua, yaitu apabila sebelum permohonan pernyataan pailit dijatuhkan.

3. Pada Saat Pernyataan Pailit Bersamaan dengan Proses Perkara Arbitrase

Debitor dan kreditor menyelesaikan sengketanya melalui lembaga arbitrase. Kemudian juga ada perkara permohonan pernyataan pailit di Pengadilan Niaga. Apabila terjadi kasus semacam ini, diharapkan lembaga arbitrase untuk sementara menunda dulu tugasnya melaksanakan penyelesaiannya melalui lembaga arbitrase. Karena apabila ternyata nanti Pengadilan Niaga memutuskan mengabulkan permohonan pernyataan pailit kreditor, maka putusan arbitrase tadi tidak akan bisa dilaksanakan oleh Ketua Pengadilan Negeri. Hal ini karena menurut Undang-Undang Kepailitan, segala pelaksanaan putusan pengadilan yang terjadi sebelum kepailitan tadi harus dihentikan. Jadi secara otomatis apabila ada putusan arbitrase, kemudian menurut ketentuan Pasal 61 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 pemenangnya atau pemilik hak memohon eksekusi ke Pengadilan Negeri dan Ketua Pengadilan Negeri mengeluarkan ketetapan eksekusi kemudian ada pailit, maka putusan ini demi hukum harus dihentikan.

4. Pada Saat Sesudah Pernyataan Pailit

Apabila dalam sengketa perdata umum atas ketentuan Pasal 130 HIR, hakim wajib mengusahakan agar penggugat dan tergugat mengakhiri dengan perdamaian. Undang-Undang Kepailitan tidak mengatur hal itu, karena itu tidak ada kewajiban bagi hakim Pengadilan Niaga mengusahakan agar kreditor dan debitor mengakhiri perkara kepailitannya dengan perdamaian. Otomatis tidak ada penyelesaian melalui arbitrase pada saat proses perkara kepailitan sedang berlangsung. Hal ini karena ketentuan dalam Pasal 130 HIR tidak diterapkan pada Undang-Undang Kepailitan. Perdamaian hanya bisa dilaksanakan menurut ketentuan Pasal 134 Undang-Undang Kepailitan di mana harus ada tawaran perdamaian antara debitor kepada semua kreditor. Jadi tidak bisa antara debitor pribadi dengan kreditor pribadi yang membuat perjanjian arbitrase. Kesimpulannya arbitrase tidak bisa dilaksanakan atau lembaga arbitrase tidak bisa berfungsi pada saat Pengadilan Niaga sudah memutus perkara permohonan pernyataan pailit.

B. Sengketa Kewenangan Antara Pengadilan Niaga dengan Arbitrase

Arbitrase sering digunakan dalam rangka menyelesaikan sengketa yang timbul, khususnya di bidang perdagangan di antara para pihak yang terikat dalam suatu kontrak. Tujuan arbitrase adalah agar sengketa diselesaikan di luar pengadilan biasa. Suatu kontrak akan bisa diselesaikan melalui arbitrase apabila terdapat

klausula arbitrase dalam kontrak tersebut. Klausula arbitrase ini akan menentukan apakah suatu sengketa bisa diselesaikan melalui arbitrase, di mana diselesaikannya, dan hukum mana yang digunakan, serta lain-lainnya. Klausula arbitrase ini dapat berdiri sendiri terpisah dengan akta kontrak pokoknya bisa juga merupakan bagian klausul dari akta kontrak induk.

Persoalan yang krusial sehubungan dengan klausula arbitrase dengan kewenangan Pengadilan Niaga, adalah apakah suatu kontrak yang terdapat klausula arbitrase dapat diajukan permohonan pailit di Pengadilan Niaga. Untuk menentukan apakah suatu sengketa bisa dibawa ke lembaga arbitrase adalah adanya klausula arbitrase dalam kontraknya. Klausula ini bisa berdiri sendiri secara terpisah dari akta induknya, bisa juga tercantum dalam akta induknya.

Suatu kontrak yang telah ada klausula arbitrasenya maka konsekuensi yuridisnya adalah bahwa jika terjadi sengketa atas kontrak tersebut, maka penyelesaiannya harus di bawa ke lembaga arbitrase yang ditunjuk dan bukan dibawa ke Pengadilan Negeri. Persoalannya adalah apakah klausula arbitrase tersebut berlaku juga terhadap persoalan kepailitan yang merupakan kompetensi absolut Pengadilan Niaga. Artinya, apakah permohonan pailit yang diajukan ke Pengadilan Niaga dapat dinegasikan dengan klausula arbitrase tersebut.

Arbitrase di Indonesia diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Sedang Kepailitan diatur dalam Undang- Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang telah ditetapkan pada tanggal 18 Oktober 2004.

Yang dimaksud dengan arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa (Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999). Dengan demikian arbitrase baru muncul dan ada, apabila sudah ada perjanjian arbitrase, itupun harus dibuat secara tertulis oleh para pihak bersengketa. Dengan kata lain tiada arbitrase bila tiada perjanjian arbitrase tertulis. Adapun yang dimaksud dengan perjanjian arbitrase adalah suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa (Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999). Perjanjian arbitrase inilah yang menjadi dasar hukum lahirnya lembaga arbitrase yang bertugas menyelesaikan sengketa perdata di luar peradilan umum.

Undang-Undang Kepailitan tidak mengatur batasan kepailitan, tetapi Pasal 168 ayat (1) nya menentukan bahwa apabila dalam rapat pencocokan piutang tidak telah ditawarkan perdamaian, atau apabila perdamaian yang ditawarkan telah ditolak, maka demi hukum beradalah harta pailit dalam keadaan tak mampu membayar, dikenal dengan insolvensi. Bertitik tolak pada ketentuan Pasal 168 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan, dapatlah disimpulkan bahwasannya pengertian insolvensi berbeda dengan kepailitan yang biasa dikenal dengan *bankruptcy*. Insolvensi barulah muncul pada saat proses kepailitan yaitu pada saat rapat pencocokan piutang. Rapat pencocokan piutang terjadi apabila debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor

dan tidak membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan yang berwenang (Pasal 2 ayat (1) UUK). Pengadilan yang berwenang yang dimaksud adalah Pengadilan Niaga yang berada di lingkungan peradilan umum.

Kenyataan-kenyataan di atas dapat menyebabkan sengketa kewenangan mengadili Arbitrase dan Pengadilan Niaga, dengan alasan sengketa apa sajakah yang dapat dinilai sebagai kepailitan ataupun PKPU. Oleh sebab itu, maka yang diperhatikan adalah sengketa dalam perjanjian yang telah disepakati para pihak antara lain adalah sengketa kewenangan mengadili antara Arbitrase dan Pengadilan Niaga.

Sengketa kewenangan mengadili antara Arbitrase dan Pengadilan Niaga timbul sebagai akibat tindakan salah satu pihak bersengketa yang telah membuat perjanjian arbitrase itu sendiri. Berdasarkan perjanjian arbitrase tertulis yang telah mereka buat, semestinya apabila timbul sengketa mereka mengajukan penyelesaiannya ke arbitrase tidak ke Pengadilan Negeri atau Pengadilan Niaga. Tetapi dengan alasan bahwa sengketa perdata mereka adalah sengketa kepailitan, maka salah satu diantara mereka mengajukan penyelesaiannya ke Pengadilan Niaga. Sehingga timbullah sengketa kewenangan mengadili antara Arbitrase dan Pengadilan Niaga.

Pasal 3 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 menentukan bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dengan perjanjian arbitrase. Demikian pun Pasal 11 ayat (2) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 mengatur bahwa Pengadilan Negeri wajib menolak dan

tidak akan campur tangan di dalam suatu sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini. Pada dua pasal di atas telah dengan tegas membatasi kewenangan mengadili bagi pengadilan negeri untuk memeriksa dan memutus sengketa perdata yang disertai perjanjian arbitrase. Akan tetapi berdasarkan Pasal 303 Undang- Undang Nomor 37 Tahun 2004 yang mengatakan bahwa Pengadilan (pengadilan Niaga) tetap berwenang memeriksa dan menyelesaikan permohonan pernyataan pailit dari para pihak yang terikat perjanjian yang memuat klausula arbitrase, sepanjang utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang ini (Undang Undang Kepailitan dan PKPU).

C. Putusan Pengadilan Niaga Atas Kasus Kepailitan yang Mengandung Klausula Arbitrase

Terhadap sengketa kewenangan mengadili antara Arbitrase dan Pengadilan Niaga tentang sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase, Mahkamah Agung telah mengambil putusan pada pokoknya menyatakan bahwa Pengadilan Niaga berwenang memeriksa dan memutus sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase.

Apakah klausula arbitrase yang tercantum dalam perjanjian yang menyatakan bahwa para pihak sepakat memilih arbitrase sebagai forum penyelesaian konflik yang muncul antara para

pihak akibat pelaksanaan isi perjanjian dapat dijadikan dasar dan alasan untuk menolak permohonan pernyataan kepailitan. Bagaimana pandangan Pengadilan Niaga mengenai masalah tersebut dapat dilihat pada kasus-kasus seperti berikut.

Pertama, dalam perkara permohonan kepailitan yang diajukan PT Environmental Network Indonesia (PT ENINDO) terhadap PT Putra Putri Fortuna Windu dan PPF *International Corporation*. Kedua, dalam perkara permohonan kepailitan yang diajukan PT Basuki Pratama Engineering (Pemohon I) dan PT Mitra Surya Tata Mandiri sebagai Pemohon Pailit II terhadap PT Megarimba Karyatama selaku Termohon Pailit. Dalam perkara yang pertama, *Judex Factie* dalam Putusannya Nomor 14/Pailit/1999/PN tertanggal 31 Maret 1999 menolak permohonan pernyataan pailit yang diajukan Pemohon dengan alasan bahwa Pengadilan Niaga Jakarta Pusat tidak berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara permohonan kepailitan yang diajukan Pemohon. Dalam pertimbangan putusannya, *Judex Factie* menyatakan sebagai berikut:

1. Majelis Hakim pada Pengadilan Negeri/Niaga Jakarta Pusat harus menyatakan diri tidak berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara ini karena adanya klausula arbitrase pada perjanjian antara Pemohon dengan Debitor I maupun antara Debitor I dengan Kreditor II (Kreditor lain)".
2. Menimbang bahwa mengenai masalah kompetensi absolut dari arbitrase sebagaimana telah dipertimbangkan di atas adalah menyangkut hukum acara sebagaimana diatur dalam HIR yang hingga kini masih tetap berlaku di Indonesia, karena berdasarkan Penjelasan Umum

dari Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 diasumsikan bahwa ketentuan arbitrase/klausula arbitrase juga diberlakukan bagi Pengadilan Niaga yang merupakan bagian dari Peradilan Umum. Dengan kata lain berdasarkan pertimbangan tersebut di atas dihubungkan dengan masalah permohonan ini, Majelis Hakim Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat harus menyatakan diri tidak berwenang memeriksa ataupun memutusnya karena adanya klausula arbitrase pada perjanjian antara Kreditor I dengan debitor I maupun perjanjian antara Debitor I dengan Kreditor II (Kreditor lain). Sikap majelis hakim tersebut makin diperkuat dengan tanggapan Kuasa Hukum Debitor I dan Debitor II poin ke-14 mengenai klausula arbitrase dimaksud, karena kewenangan untuk memeriksa dan mengadili maupun memutus perkara permohonan ini ada pada Mahkamah Arbitrase Singapura dan BANI.

Terhadap putusan *Judex Factie* tersebut, Pemohon Pailit mengajukan Kasasi (Pemohon Kasasi). Menurut Pemohon Kasasi, *Judex Factie* telah melakukan kesalahan dalam menerapkan hukum acara karena berdasarkan ketentuan Pasal 280 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998, permohonan pailit hanya dapat diajukan kepada Pengadilan Niaga. Pasal 280 ayat (1) tersebut lengkapnya berbunyi sebagai berikut: “Dengan ketentuan ini, semua permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang yang diajukan setelah berlakunya undang-undang ini hanya dapat diajukan kepada Pengadilan Niaga”. Berdasarkan ketentuan ini, menurut

Pemohon Kasasi, kewenangan mengadili terhadap permohonan kepailitan hanya ada pada Pengadilan Niaga yang berarti pula tidak terdapat pilihan hukum lain selain Pengadilan Niaga yang untuk sementara ini untuk seluruh wilayah Republik Indonesia hanya ada pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Khusus terhadap pertimbangan hukum dari majelis hakim niaga (*Judex Factie*) di atas, Pemohon Kasasi mengajukan keberatan sebagai berikut:

1. *Judex Factie* telah keliru menerapkan hukum, karena meskipun terdapat klausula arbitrase dalam Perjanjian *Turn-Key* untuk menyelesaikan perselisihan antara Pemohon Kasasi dengan Termohon Kasasi I, akan tetapi sebagaimana diuraikan di atas permohonan Pemohon Kasasi bukan menyangkut sengketa perdata yang menuntut suatu pembayaran dan *Judex Factie* telah memposisikan dirinya seperti mengadili perkara perdata dalam peradilan umum, padahal Pengadilan Niaga merupakan ketentuan khusus (*lex specialis*) sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 280 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 yang menyatakan bahwa permohonan pernyataan pailit hanya dapat diajukan kepada Pengadilan Niaga yang berarti pengadilan lain atau lembaga lain yang berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara kepailitan tidak terkecuali badan arbitrase.
2. Sebagai peraturan yang khusus Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 tidak tunduk pada ketentuan pada perjanjian yang didasarkan pada alasan hukum *Pacta Sunt Servanda* bahkan jika diteliti lebih jauh, supremasi dari undang-

undang tersebut melintasi hukum perdata umum karena putusan kepailitan otomatis menghentikan seluruh proses perdata dan atas segala sita apapun bentuknya menjadi kehilangan kekuatan hukum, karenanya sudah barang tentu klausula apapun dalam suatu perjanjian yang bertentangan dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 harus dikesampingkan.

3. Bahwa *Judex Factie* juga sangat keliru dalam menafsirkan klausula arbitrase dalam perjanjian manajemen *Turn-Key* yang menafsirkan perjanjian seolah-olah segala perselisihan harus diselesaikan melalui Mahkamah Arbitrase di Singapura padahal dalam pertimbangannya *Judex Factie* telah mengutip poin 18.2 Perjanjian yang menyatakan bahwa jika para pihak tidak dapat menyelesaikan suatu perselisihan dengan cara damai maka masing-masing pihak dapat membawa perselisihan tersebut ke hadapan Mahkamah Arbitrase di Singapura sesuai dengan aturan-aturan dari pusat Arbitrase Internasional Singapura. Kata “dapat” dalam hal ini mengandung makna pilihan dan bukan keharusan. Dengan demikian maka karena klausula arbitrase tersebut bukan merupakan suatu keharusan melainkan suatu pilihan maka *Judex Factie* telah keliru membuat pertimbangan hukumnya.

Majelis Hakim Kasasi yang memeriksa perkara ini membenarkan keberatan-keberatan yang diajukan Pemohon Kasasi tersebut di atas. Pertimbangan Hukum Majelis Hakim Kasasi dalam perkara ini pada intinya sebagai berikut:

1. Bahwa keberatan-keberatan yang diajukan Pemohon Kasasi di atas dapat dibenarkan, karena adanya klausula arbitrase dalam suatu perjanjian tidaklah dengan sendirinya menyebabkan Pengadilan Niaga dalam masalah kepailitan tidak berwenang mengadilinya.
2. Bahwa berdasarkan Pasal 615 Rv, yang dapat diserahkan untuk menjadi kewenangan arbitrase adalah perselisihan mengenai hak-hak yang dapat dikuasai secara bebas oleh para pihak artinya tidak ada ketentuan peraturan perundang-undangan yang telah mengatur hak-hak tersebut. Bahkan Pasal 615 Rv menyatakan antara lain tentang hibah, perceraian, sengketa status seseorang dan sengketa-sengketa lain yang diatur oleh ketentuan peraturan perundang-undangan tidak dapat diajukan penyelesaiannya kepada arbitrase.
3. Bahwa dalam hal perkara kepailitan, ternyata telah ada peraturan perundang-undangan yang khusus mengatur mengenai kepailitan dan siapa yang berwenang untuk memeriksa serta memutus perkara kepailitan yaitu Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998. Ini berarti perkara kepailitan tidak dapat diajukan penyelesaiannya kepada Arbitrase karena telah diatur secara khusus dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 khususnya Pasal 280 ayat (1) yang menyatakan bahwa yang berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara kepailitan adalah Pengadilan Niaga. Dengan demikian jelaslah Pengadilan Niaga Jakarta Pusat telah salah dalam menerapkan hukum yang berlaku.

Dengan demikian, permohonan Kasasi yang diajukan Pemohon Kasasi dalam perkara ini diterima, yang berarti putusan Pengadilan Niaga yang menyatakan Pengadilan Niaga tidak berwenang mengadili perkara ini dibatalkan dan Majelis Hakim Kasasi menyatakan Pengadilan Niaga berwenang memeriksa dan mengadili perkara tersebut.

Mengenai klausula dalam kaitannya dengan Pengadilan Niaga ini, ternyata pertimbangan Majelis Hakim Kasasi sama dengan pertimbangan Majelis Hakim Peninjauan Kembali (PK) yang memeriksa perkara ini pada tingkat Peninjauan Kembali. Meskipun Putusan Kasasi Nomor 12 K/N/1999 tanggal 25 Mei 1999 dalam perkara ini dibatalkan Majelis Hakim Tingkat PK karena permohonan kasasi tersebut diajukan setelah melampaui tenggang waktu yang disyaratkan dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998, terutama ketentuan Pasal 8, namun pertimbangan hukum yang digunakan Majelis Hakim PK dalam kaitannya dengan klausula arbitrase dalam perjanjian hampir sama dengan pertimbangan hukum yang digunakan Majelis Hakim Kasasi. Pada intinya, Pendapat Mahkamah Agung (Majelis Hakim PK) dalam perkara ini adalah sebagai berikut:

1. Menimbang bahwa dengan dibatalkannya putusan kasasi tersebut maka secara otomatis yang berlaku adalah Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat tanggal 31 Maret 1999 Nomor 14/Pailit/1999/ PN.Niaga/Jkt.Pst, oleh karena itu Mahkamah Agung akan mempertimbangkan apakah putusan Pengadilan Niaga tersebut dapat dipertahankan.
2. Menimbang bahwa Pengadilan Niaga Jakarta Pusat dalam putusannya mengatakan tidak berwenang mengadili perkara *a quo* karena adanya klausula arbitrase.

3. Menimbang bahwa tentang klausula arbitrase dalam hubungannya dengan Pengadilan Niaga, Mahkamah Agung akan mempertimbangkan sebagai berikut:
 - a. Bahwa benar berdasarkan Pasal 280 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 pengadilan niaga merupakan salah satu organ dari Peradilan Umum yang ditempatkan atau diletakkan pada Pengadilan Negeri yang tidak terpisah dari struktur Pengadilan Negeri itu sendiri;
 - b. Bahwa akan tetapi Pasal 280 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 telah melimpahkan kewenangan khusus berupa Jurisdiksi Substantif yang eksklusif yang berkenaan dengan kasus penyelesaian perkara insolvensi yang meliputi juga penundaan kewajiban pembayaran utang dan perkara lain di bidang perniagaan, hal mana kemudian dipertegas dalam penjelasan Pasal 280 tersebut, semua permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang yang diajukan setelah berlakunya undang-undang ini hanya dapat diajukan kepada Pengadilan Niaga;
 - c. Bahwa bertitik tolak dari ketentuan Pasal 280 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 tersebut, status hukum dan kewenangan Pengadilan Niaga (*Legal Status and Power*) untuk menyelesaikan permohonan pailit, kewenangan mana diperoleh Pengadilan Niaga berdasarkan instrumen hukum khusus yang diatur dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998;

- d. Bahwa memang benar klausula arbitrase berdasarkan penjelasan Pasal 3 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 jo Pasal 377 HIR dan Pasal 615-651 Rv telah menempatkan status hukum dan kewenangan arbitrase memiliki kapasitas hukum untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian dalam kedudukan sebagai ekstra *judicial* berhadapan dengan Pengadilan Negeri sebagai Pengadilan Negara biasa;
- e. Bahwa dalam kedudukan arbitrase sebagai ekstra judicial yang lahir dari klausula arbitrase, Jurisprudensi telah mengakui legal effect yang memberi kewenangan absolut bagi arbitrase untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian azas *Pacta Sunt Servanda* yang digariskan Pasal 1338 KUHPerdara;
- f. Bahwa akan tetapi kewenangan absolut tersebut dalam kedudukannya sebagai ekstra judicial tidak dapat mengesampingkan kewenangan Pengadilan Niaga yang secara khusus diberi kewenangan untuk memeriksa dan mengadili penyelesaian insolvensi atau pailit oleh Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan;
- g. Bahwa berdasarkan alasan tersebut Majelis PK berpendapat bahwa putusan Pengadilan Niaga yang menyatakan tidak berwenang mengadili perkara *a quo* harus dibatalkan.

Dalam perkara yang kedua, yaitu dalam perkara permohonan kepailitan yang diajukan PT Basuki Pratama Engineering dan PT

Mitra Surta Tata Mandiri selaku para pemohon pailit terhadap termohon pailit PT Megarimba Karyatama, Majelis Hakim Niaga dalam Putusan Nomor 32/Pailit/1999 tanggal 17 Juni telah menolak permohonan pernyataan pailit yang diajukan Pemohon dengan alasan *Judex Factie* tidak berwenang untuk memeriksa permohonan pernyataan kepailitan yang diajukan karena adanya klausula arbitrase antara Pemohon Pailit dengan termohon Pailit. Dengan demikian, pandangan Majelis Hakim Niaga mengenai klausula arbitrase dalam perkara yang disebut terakhir ini sama dengan pandangan yang dikemukakan *Judex Factie* dalam perkara pertama. Dan pandangan *Judex Factie* ini jelas berbeda dengan pandangan Majelis Hakim Kasasi maupun Majelis Hakim PK yang memeriksa dan mengadili kedua perkara tersebut.

Pemohon Kasasi atau Pemohon Pailit dalam perkara yang disebut terakhir ini tidak menerima dasar penolakan permohonan tersebut oleh *Judex Factie*, yaitu adanya klausul dalam perjanjian bahwa penyelesaian atas konflik yang terjadi antara para pihak harus diselesaikan melalui forum arbitrase. Pemohon Pailit dalam memori kasasinya mengajukan keberatan atas pertimbangan hukum yang digunakan *Judex Factie* yang pada intinya sama dengan pertimbangan hukum *Judex Factie* dalam perkara pertama. Pemohon Kasasi dalam perkara kedua ini pada intinya menyatakan bahwa adanya klausul mengenai arbitrase dalam Perjanjian tersebut bukan merupakan keharusan. Penggunaan forum arbitrase hanya mungkin berdasarkan persetujuan atau kesepakatan para pihak dan dengan pengajuan permohonan kepailitan ini jelas menunjukkan pemohon Pailit (Pemohon II) tidak menyetujui penyelesaian melalui forum arbitrase.

Mengenai keberatan Pemohon Kasasi ini, Majelis Hakim Kasasi membenarkannya.

Dikatakan bahwa memang benar Pasal 280 (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan Pengadilan Niaga merupakan salah satu organ dari Pengadilan Umum yang dilekatkan pada Pengadilan Negeri. Karena itu, secara organisatoris, Pengadilan Niaga merupakan organ dari Pengadilan Negeri yang tidak terpisahkan dari struktur Pengadilan Negeri itu sendiri. Akan tetapi, Pasal 280 ayat (1) dan (2) undang-undang ini telah menegaskan dalam kedudukan Pengadilan Niaga sebagai organ Pengadilan Negeri, Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 telah melimpahkan kewenangan khusus berupa yurisdiksi substantif yang eksklusif yang berkenaan dengan kasus penyelesaian kewajiban pembayaran dan perkara lain di bidang perniagaan. Hal ini dipertegas lagi dalam Penjelasan Pasal 280 tersebut yang menyatakan, dengan ketentuan ini (Pasal 280), semua permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang yang diajukan setelah berlakunya undang-undang ini hanya dapat diajukan kepada Pengadilan Niaga. Bertitik tolak dari ketentuan Pasal 280 tersebut, status hukum dan kewenangan (*legal status and power*) Pengadilan Niaga memiliki kapasitas hukum (*legal capacity*) secara eksklusif menyelesaikan permohonan pailit. Status hukum dan kewenangan serta kapasitas hukum yang demikian diperoleh Pengadilan Niaga berdasarkan instrumen hukum khusus, yaitu Undang-Undang Kepailitan.

Bahwa kalau begitu, demikian Majelis Hakim Kasasi, setiap permintaan penyelesaian yang diajukan kepada Pengadilan Negeri yang kategori kasusnya berkenaan dengan insolvensi yang

dirumuskan Pasal 1 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998, yakni berada dalam keadaan tidak membayar utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih (*unable or failure to pay debts as they fall due*), harus diajukan dan merupakan kewenangan absolut dari Pengadilan Niaga. Karakteristik eksklusif dari Pengadilan Niaga untuk memeriksa dan memutus permohonan yang memiliki kategori insolvensi atau pailit berlaku umum untuk semua jenis utang yang berbentuk pembayaran sejumlah uang oleh debitor kepada kreditor yang secara konkuren kreditor tersebut bersaing dengan kreditor lain terhadap debitor yang sama. Dengan demikian, Pengadilan Kasasi berpendapat bahwa Pengadilan Niaga sebagai Pengadilan Negeri merupakan peradilan luar biasa (*extra ordinary court*) berhadapan dengan Pengadilan Negeri sebagai peradilan biasa (*ordinary court*) yang secara eksklusif memiliki status dan kewenangan hukum untuk menyelesaikan atau memeriksa permohonan insolvensi atau kepailitan.

Selanjutnya, Majelis Hakim Kasasi dalam pertimbangan hukumnya antara lain menyatakan sebagai berikut:

1. Menimbang, seperti yang dikemukakan di atas, kategori insolvensi atau pengajuan permohonan pailit baik yang berbentuk involuntary petition atau voluntary petition, berlaku umum untuk segala jenis kredit (kewajiban membayar utang dalam bentuk sejumlah uang kepada kreditor) maka jenis kredit yang mengandung klausula arbitrase pun harus mengikuti jalur dan kewenangan Pengadilan Niaga jika penyelesaian yang diminta kreditor berdasarkan pada dalil kategori insolvensi.

2. Bahwa memang benar klausula arbitrase berdasarkan Penjelasan Pasal 3 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 jo Pasal 377 HIR dan Pasal 615-651 Rv (St. 1849-63) serta Pasal II Peraturan Peralihan UUD 1945, telah menempatkan status hukum dan kewenangan (*legal status and power*) arbitrase memiliki kapasitas hukum (*legal capacity*) untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian dalam kedudukannya sebagai ekstra *ordinary court* berhadapan dengan Pengadilan Negeri sebagai Pengadilan Negara biasa (*ordinary state court*).
3. Bahwa dalam kedudukan arbitrase sebagai ekstra judicial (*extra ordinary court*) yang lahir dari klausula arbitrase, yurisprudensi telah mengakui *legal effect* yang memberi kewenangan absolut kepada arbitrase untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian. Landasan hukum yang menjadi dasar yurisprudensi yang memberi kewenangan imperatif secara absolut kepada arbitrase berpijak pada asas *pacta sunt servanda* yang digariskan Pasal 1338 KUHPerdara. Atas landasan tersebut praktek pengadilan secara konsisten berpegang pada opini hukum dan penerapan hukum bahwa klausula arbitrase menyingkirkan kewenangan Pengadilan Negeri sebagai Pengadilan Negara biasa (*ordinary state court*) untuk memeriksa dan menyelesaikan sengketa yang lahir dari perjanjian yang memuat klausula arbitrase.
4. Bahwa dari pendekatan ketentuan perundang-undangan yang dikemukakan di atas dihubungkan dengan praktek peradilan yang bersumber dari yurisprudensi, yang

disingkirkan *legal effect* arbitrase sebagai *extra judicial* adalah kewenangan Pengadilan Negeri dalam kedudukan dan kapasitas hukumnya sebagai Pengadilan Negara biasa. *Legal effect* arbitrase tersebut sebagai *extra judicial* tidak dapat menyingkirkan kewenangan Pengadilan Niaga untuk menyelesaikan permohonan yang berkategori insolvensi atau pailit berdasarkan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998, meskipun lahirnya masalah insolvensi tersebut bersumber dari perjanjian utang yang mengandung klausula arbitrase. Alasannya, tata cara penyelesaian yang diajukan dalam bentuk permohonan pailit kepada Pengadilan Niaga adalah cara penyelesaian yang berkarakter *extra ordinary court* melalui Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 bukan tata cara penyelesaian yang bersifat konvensional melalui gugat perdata kepada Pengadilan Negeri. Dengan demikian, status hukum (*legal status*) dan kapasitas hukum (*legal capacity*) Pengadilan Niaga yang berkarakter *extra ordinary court* yang khusus menyelesaikan permohonan pailit tidak dapat disingkirkan kewenangannya oleh arbitrase dalam kedudukan dan kapasitas hukum sebagai *extra judicial*.

5. Bahwa perlu dijelaskan, klausula arbitrase tidak menghapuskan utang Termohon sebagai debitor sehingga dengan demikian sampai saat sekarang Pemohon II adalah kreditor dan Termohon adalah debitor dan posisi hubungan hukum itu terjadi berdasarkan perjanjian yang tertuang dalam Bukti P-8, P-9 dan P-10 Klausula Arbitrase, hanya kesepakatan mengenai tata cara penyelesaian sengketa

yang lahir dari perjanjian sesuai dengan *rule* dari lembaga arbitrase yang diperjanjikan. Akan tetapi sebagaimana yang telah dipertimbangkan di atas, tata cara penyelesaian melalui arbitrase dalam kedudukannya sebagai *extra judicial* tidak boleh atau tidak dapat membatalkan hak kreditor untuk mengajukan permohonan penyelesaian melalui jalur yang lebih khusus yakni Pengadilan Niaga dengan menggunakan dasar penyelesaian insolvensi atau pailit yang diatur dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998.

Pendapat Majelis Hakim Kasasi tersebut di atas telah diperkuat Majelis Hakim PK melalui Putusan Nomor 20 PK/N/1999. Adapun pertimbangan hukum Majelis Hakim PK dalam kasus ini lengkapnya sebagai berikut:

1. Menimbang bahwa Pengadilan Niaga Jakarta Pusat dalam putusannya mengatakan tidak berwenang mengadili perkara *a quo* khususnya atas permohonan Pemohon Pailit II karena adanya klausula arbitrase.
2. Menimbang bahwa tentang klausula arbitrase dalam hubungannya dengan Pengadilan Niaga, Mahkamah Agung akan mempertimbangkan sebagai berikut:
 - a. Bahwa benar berdasarkan Pasal 280 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 Pengadilan Niaga merupakan salah satu organ dari Pengadilan Umum yang ditempatkan atau diletakkan pada Pengadilan Negeri yang tidak terpisah dari struktur Pengadilan Negeri itu sendiri.

- b. Bahwa akan tetapi Pasal 280 (1) dan (2) Perpu Nomor 1 Tahun 1998 yang telah ditetapkan menjadi Undang-Undang dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 telah melimpahkan kewenangan khusus berupa yurisdiksi substantif yang eksklusif yang berkenaan dengan kasus penyelesaian perkara insolvensi yang meliputi juga penundaan kewajiban pembayaran utang (*suspend of payment*) dan perkara lain di bidang perniagaan, hal mana kemudian dipertegas dalam penjelasan Pasal 280 tersebut, semua permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang yang diajukan setelah berlakunya Undang-Undang ini, hanya dapat diajukan kepada Pengadilan Niaga.
- c. Bahwa bertitik tolak dari ketentuan Pasal 280 seperti dikemukakan di atas, status hukum dan kewenangan (*legal status and power*) Pengadilan Niaga memiliki kapasitas hukum (*Legal capacity*) untuk menyelesaikan permohonan pailit, kewenangan mana diperoleh Pengadilan Niaga berdasarkan instrumen hukum khusus yang diatur dalam Perpu Nomor 1 Tahun 1998 yang telah ditetapkan menjadi Undang-Undang dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998.
- d. Bahwa memang benar klausula arbitrase berdasarkan penjelasan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 jo Pasal 377 HIR dan Pasal 615-651 Rv, telah menetapkan status hukum dan kewenangan arbitrase memiliki kapasitas hukum untuk menyelesaikan

sengketa yang timbul dari perjanjian dalam kedudukan sebagai *extra judicial* berhadapan dengan Pengadilan Negeri sebagai Pengadilan Negara biasa.

- e. Bahwa dalam kedudukan arbitrase sebagai *extra judicial* yang lahir dari klausula arbitrase, yurisprudensi telah mengakui *legal effect* yang memberi kewenangan absolut bagi arbitrase untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian berdasar “*Azas Pacta Sunt Servanda*” yang digariskan Pasal 1338 KUHPerdata.
- f. Bahwa akan tetapi kewenangan absolut tersebut dalam kedudukannya sebagai *extra judicial* tidak dapat mengesampingkan Pengadilan Niaga (*extra ordinary*) yang secara khusus diberi kewenangan untuk memeriksa dan mengadili penyelesaian insolvensi atau pailit oleh Perpu Nomor 1 Tahun 1998 yang telah ditetapkan menjadi Undang-Undang dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 sebagai Undang-Undang khusus (*Special law*).
- g. Bahwa berdasarkan alasan tersebut, Majelis Peninjauan Kembali berpendapat bahwa Putusan Pengadilan Niaga yang menolak Permohonan Pailit karena tidak memenuhi syarat adanya 2 atau lebih kreditor sebab kreditor 2 dalam perjanjiannya mengandung klausula arbitrase sehingga Pengadilan Niaga tidak berwenang mengadilinya, harus dibatalkan.

Dari pertimbangan-pertimbangan hukum yang digunakan Majelis Hakim PK seperti dikutip di atas, jelas terlihat bahwa pandangan Majelis Hakim Kasasi dan Majelis Hakim PK

mengenai klausula arbitrase adalah sama. Klausula arbitrase yang umumnya tercantum dalam setiap Perjanjian Kredit sebagai mekanisme atau cara yang ditentukan para pihak untuk menyelesaikan sengketa yang timbul di antara mereka sendiri akibat pelaksanaan perjanjian sama sekali tidak dapat meniadakan kewenangan Pengadilan Niaga untuk memeriksa dan memutus permohonan kepailitan yang diajukan Pemohon Pailit. Dengan perkataan lain, Kreditor atau Pemohon Pailit tetap dapat mengajukan permohonan kepailitan kepada Pengadilan Niaga jika debitor lalai menyelesaikan kewajibannya meskipun ada klausula arbitrase yang terdapat dalam Perjanjian Kredit.

Untuk menjaga kepastian hukum, putusan majelis hakim pada tingkat Pengadilan Niaga untuk kasus yang sama seharusnya mengikuti pertimbangan hukum yang digunakan majelis hakim pada tingkat kasasi atau peninjauan kembali. Memang tidak ada kewajiban bagi majelis hakim yang lebih rendah untuk mengikuti putusan majelis hakim yang lebih tinggi untuk kasus yang sama. Namun, hal ini tidak dapat dijadikan dasar atau alasan bagi majelis hakim Pengadilan Niaga untuk membuat putusan asal berbeda. Perbedaan hanya mungkin dapat ditolerir sepanjang pengadilan lebih rendah tersebut mampu memberikan argumen hukum yang lebih maju dan dapat mengalahkan argumen hukum yang dipakai majelis hakim yang lebih tinggi. Jika putusan dibuat asal beda, maka masyarakat tidak punya gambaran dan tidak dapat mengira-ngira seperti apa putusan yang akan diberikan pengadilan atas kasus atau perkara yang diajukannya.

Sikap Mahkamah Agung tersebut bisa dilihat dalam putusannya tanggal 18 Oktober 1999, Nomor: 020 PK/N/1999

jo putusan tanggal 9 Agustus 1999, Nomor: 019 K/N/1999, dalam perkara antara PT Megarimba Karyatama dan PT Mitra Surya Tatamandiri sebagai para pemohon peninjauan kembali/ para termohon kasasi/para termohon pailit melawan PT Basuki Pratama Engineering sebagai Termohon Peninjauan Kembali/Pemohon Kasasi/pemohon pailit, yang pada pokoknya menyatakan bahwa arbitrase dalam kedudukannya sebagai *extra judicial*, kewenangan absolutnya tidak bisa mengesampingkan kewenangan Pengadilan Niaga (*extra ordinary*) yang secara khusus diberi kewenangan untuk memeriksa dan mengadili penyelesaian insolvensi atau pailit oleh Perpu Nomor 1 Tahun 1998 yang telah ditetapkan menjadi undang-undang dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 dengan pertimbangan hukum pada pokoknya sebagai berikut:

1. Permohonan Peninjauan Kembali (Nomor: 020 PK/N/1999)
 - Bahwa berdasarkan Pasal 280 ayat (1) dan (2) Perpu Nomor 1 Tahun 1998 yang telah ditetapkan menjadi undang-undang dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998, status hukum dan kewenangan (*legal status and power*) Pengadilan Niaga memiliki kapasitas hukum (*legal entry*) untuk menyelesaikan permohonan pailit.
 - Bahwa berdasarkan penjelasan Pasal 3 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 jo Pasal 377 HIR dan Pasal 615-651 Rv, telah menetapkan status hukum dan kewenangan arbitrase memiliki kapasitas hukum untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari

perjanjian dalam kedudukan sebagai *extra judicial* berhadapan dengan Pengadilan Negeri sebagai Pengadilan Negara biasa.

- Bahwa dalam kedudukannya sebagai *extra judicial*, kewenangan absolutnya tidak bisa mengesampingkan kewenangan Pengadilan Niaga (*extra ordinary*) yang secara khusus diberi kewenangan untuk memeriksa dan mengadili penyelesaian insolvensi atau pailit oleh Perpu Nomor 1 Tahun 1998 yang telah ditetapkan sebagai Undang-Undang dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998 sebagai Undang-Undang khusus (*special law*).
2. Permohonan Kasasi (Nomor: 019 K/N/1999)
- Bahwa dari pendekatan ketentuan perundang-undangan dihubungkan dengan praktek peradilan yang bersumber dari yurisprudensi, yang disingkirkan *legal effect* arbitrase sebagai *extra judicial* adalah kewenangan Pengadilan Negeri dalam kedudukan dan kapasitas hukumnya sebagai Pengadilan Negara biasa.
 - Bahwa *legal effect* arbitrase tersebut sebagai *extra judicial* tidak dapat menyingkirkan kedudukan dan kewenangan Pengadilan Niaga untuk menyelesaikan permohonan yang berkategori insolvensi atau pailit berdasar Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998, meskipun lahirnya permasalahan insolvensi itu bersumber dari perjanjian utang yang mengandung klausula arbitrase (*arbitral clause*). Alasannya tata

cara penyelesaian (*settlement method*) yang diajukan dalam bentuk permohonan insolvensi (*pailit*) kepada Pengadilan Niaga adalah cara penyelesaian yang berkarakter *extra ordinary court* melalui Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, bahwa satu cara penyelesaian yang bersifat konvensional melalui gugat perdata kepada Pengadilan Negeri.

Dengan demikian status hukum (*legal status*) dan kapasitas hukum (*legal capacity*) Pengadilan Niaga yang berkarakter *extra ordinary court* yang khusus menyelesaikan permohonan pailit, tidak dapat disingkirkan kewenangannya oleh arbitrase dalam kedudukan dan kapasitas hukumnya sebagai *extra judicial*.

Terhadap sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase perjanjian arbitrase serupa, Mahkamah Agung telah menjatuhkan putusan yang sama dengan menyatakan bahwa klausul arbitrase dalam perjanjian tidak dapat mengesampingkan kewenangan Pengadilan Niaga untuk memeriksa dan memutus perkara permohonan pernyataan pailit. Berdasarkan ketentuan Pasal 280 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 yang telah ditetapkan menjadi Undang-Undang dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1998, Pengadilan Niaga berwenang memeriksa dan memutus perkara permohonan pernyataan pailit.

Pendapat Mahkamah Agung tersebut terbaca dalam putusannya tanggal 2 Agustus 1999 Nomor: 13 PK/N/1999 jo tanggal 25 Mei 1999, Nomor: 012/K/N/1999 dan putusannya tanggal 29 April 2002 Nomor: 09 PK/N/2002 jo tanggal 13 Februari 2002, Nomor: 01 K/N/2002.

Berdasarkan ketiga putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia di atas, maka dalam prakteknya dapat dikatakan tidak ada lagi permasalahan sengketa kewenangan mengadili antara arbitrase dan Pengadilan Niaga tentang sengketa perdata yang disertai perjanjian arbitrase.

Dengan kasus-kasus yang telah disebutkan tersebut, maka dapat dilihat bahwa terjadi titik taut antara arbitrase dan kepailitan adalah sebagai berikut:

1. Pasal 3 dan Pasal 11 ayat (2) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 pada pokoknya telah mengatur bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang memeriksa dan memutuskan sengketa perdata yang disertai perjanjian arbitrase. Tetapi dalam praktek terjadi pihak bersengketa mengajukan penyelesaian sengketa perdata tersebut ke Pengadilan Niaga dengan cara mengajukan permohonan pernyataan pailit. Terhadap persoalan ini Mahkamah Agung telah memutuskan bahwa Pengadilan Niaga berwenang memeriksa dan memutuskan sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase sebagaimana terbaca dalam putusan:
 - a. Nomor: 020 PK/N/1999 jo Nomor: 19 K/N/1999;
 - b. Nomor: 013 PK/N/1999 jo Nomor: 12 K/N/1999; dan
 - c. Nomor: 9 PK/N/2002 jo Nomor: 01 K/N/2002.

Hanya saja yang menjadi persoalan adalah apakah permohonan pernyataan pailit dari kreditor yang telah membuat perjanjian arbitrase dengan debitor tadi dapat dikabulkan atautkah ditolak oleh Pengadilan Niaga. Bila permohonan kreditor dapat dikabulkan, maka berarti

lembaga arbitrase tidak berwenang lagi menyelesaikan sengketa para pihak tersebut. Sebaliknya apabila permohonan ditolak, maka penyelesaian sengketa perdata mereka menjadi kewenangan lembaga arbitrase.

Perlu diperhatikan bahwa Pengadilan Niaga dalam memeriksa dan memutuskan perkara permohonan pernyataan pailit tunduk pada hukum acara pembuktian yang diatur dalam Pasal 6 ayat (3) UUK, yaitu apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana, maka permohonan pernyataan pailit harus dikabulkan. Karena itu bisa dipertanyakan apakah sengketa perdata dengan perjanjian arbitrase tersebut dapat diklasifikasikan sebagai upaya pembuktian secara sederhana. Bila tidak terbukti secara sederhana, sudah barang tentu Pengadilan Niaga akan menyatakan dirinya tidak berwenang untuk memeriksa dan memutuskan sengketa itu.

2. Pengadilan Niaga berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (1) UUK, tentang syarat-syarat agar debitor dapat dinyatakan pailit, dihubungkan dengan ketentuan Pasal 6 ayat (3) UUK, tentang pembuktian secara sederhana, dapat mengabulkan permohonan pernyataan pailit yang dilakukan oleh kreditor yang telah membuat perjanjian arbitrase. Apabila proses perkara permohonan pailit sedang berjalan, lembaga arbitrase sebaiknya tidak melaksanakan fungsinya memeriksa dan memutuskan sengketa perdata yang diajukan oleh para pihak bersengketa tersebut, sebab apabila arbitrase tetap memeriksa dan akhirnya memutuskan sengketa para pihak, akan timbul suatu

permasalahan tentang pelaksanaan/eksekusi putusan arbitrase.

Pasal 61 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 menentukan bahwa dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak bersengketa.

Apabila Pengadilan Niaga mengabulkan permohonan pernyataan pailit, maka ketentuan Pasal 61 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tidak akan bisa dilaksanakan oleh pihak bersengketa maupun Ketua Pengadilan Negeri, sebab hal tersebut terhalang oleh ketentuan Pasal 32 ayat (1) UUK yang menentukan bahwa putusan pernyataan pailit mempunyai akibat bahwa segala pelaksanaan putusan hakim terhadap setiap bagian dari pada kekayaan si berutang, yang telah dimulainya sebelum kepailitan seketika harus dihentikan. Dengan demikian berarti proses pemeriksaan arbitrase yang diakhiri dengan putusan arbitrase, tidaklah akan mempunyai akibat hukum yang positif bagi para pihak bersengketa jika seandainya ternyata Pengadilan Niaga mengabulkan permohonan pernyataan pailit.

3. Pengadilan Niaga atas permohonan pernyataan pailit yang diajukan oleh kreditor yang membuat perjanjian arbitrase, sedang dalam proses permohonan tetapi belum memutuskan. Dalam perkara perdata umum yang pemeriksaannya menjadi kewenangan Pengadilan Negeri, hakim pemeriksa perkara wajib mengusahakan agar pihak

bersengketa (penggugat dan tergugat) dapat mengakhiri perkara mereka dengan perdamaian. Kewajiban hakim ini diatur dalam Pasal 130 HIR. UUK tidak mengatur ketentuan usaha perdamaian seperti tersebut dalam Pasal 130 HIR, karena itu hakim pemeriksa perkara permohonan pernyataan pailit tidak wajib mengusahakan perdamaian diantara pihak bersengketa yang membuat perjanjian arbitrase, sehingga karenanya lembaga arbitrase tidak bisa diterapkan dalam perkara kepailitan.

Seperti halnya pada saat proses pemeriksaan perkara kepailitan, pada pelaksanaan putusan kepailitanpun, debitor pailit yang membuat perjanjian arbitrase dengan kreditor tidak mempunyai upaya hukum menyelesaikan sengketa dengan kreditor secara pribadi/ perseorangan melalui lembaga arbitrase. Debitor pailit berhak menawarkan suatu perdamaian kepada semua berpiutangnya bersama-sama (Pasal 134 UUK), karena itu penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase dengan kreditor seorang pembuat perjanjian arbitrase tidak dimungkinkan oleh UUK. Ditambah lagi rencana perdamaian tersebut haruslah mendapat persetujuan dari para kreditor dalam rapat kreditor sebagaimana diatur dalam Pasal 141 dan Pasal 142 ayat (1) UUK. Rencana perdamaian inilah yang ditawarkan oleh debitor pailit kepada para kreditor pada rapat pencocokan piutang dan apabila ia tidak menawarkannya demi hukum pailit dalam keadaan tidak mampu membayar/insolvensi (Pasal 168 ayat (1) UUK).

4. Arbitrase telah memeriksa dan memutus sengketa perdata para pihak yang membuat perjanjian arbitrase pada saat Pengadilan Niaga belum memutus perkara kepailitan. Terhadap putusan arbitrase ini, para pihak bersengketa dapat melaksanakan haknya dengan mengajukan permohonan eksekusi putusan arbitrase berdasarkan ketentuan Pasal 61 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999. Karena sudah ada putusan arbitrase di antara debitor dan kreditor yang membuat perjanjian arbitrase, maka tertutup upaya hukum kreditor tersebut untuk mengajukan permohonan pernyataan pailit, sebab upaya hukum yang ada adalah pelaksanaan putusan arbitrase seperti diatur dalam Pasal 61 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999.

Proses di atas hanya berlaku apabila pihak berperkara dalam kepailitan adalah debitor dan kreditor sendiri yang membuat perjanjian arbitrase. Lain persoalan apabila permohonan pernyataan pailit diajukan oleh kreditor lain selain kreditor pembuat perjanjian arbitrase. Apabila Pengadilan Niaga memutuskan dan menyatakan debitor pembuat perjanjian arbitrase pailit, maka timbul permasalahan eksekusi putusan arbitrase. Pelaksanaan putusan permohonan pernyataan pailit dalam arti pengurusan dan atau pemberesan harta pailit adalah menjadi tugas dan wewenang Kurator sebagaimana diatur dengan ketentuan Pasal 12 ayat (1) jo Pasal 67 ayat (1) UUK. Karena itu sesuai dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) tuntutan akan hak pihak bersengketa yang tersebut

dalam putusan arbitrase harus dimajukan kepada Kurator. Hak eksekusi terhadap putusan arbitrase terhalang oleh ketentuan Pasal 37 ayat (1) UUK.

Dalam kasus PT Basuki Pratama Engineering dan PT Mitra Surya Mandiri melawan PT Megarimba Karyatama dan dalam kasus Elizabeth Prasetyo Utomo melawan PT Pacific Metrorealty tersebut di atas, peradilan telah secara tepat dan konsisten dalam menerapkan prinsip *debt pooling*. Hakim telah memutuskan bahwa meskipun suatu kontrak terdapat klausula arbitrase, akan tetapi kewenangan mengadili perkara kepailitan adalah tetap pada Pengadilan Niaga. Klausula arbitrase tidak dapat menyampingkan kewenangan absolut dari Pengadilan Niaga.

Sedangkan dalam kasus PT Trakindo Utama melawan PT Hotel Sahid Jaya dan kasus PT Environmental Network Indonesia (PT ENINDO), cs melawan PT Putra Putri Fortuna Windu, peradilan telah secara tidak konsisten dan tidak tepat dalam menerapkan prinsip *debt pooling* yang berkaitan dengan kewenangan absolut peradilan niaga untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan kepailitan. Peradilan berpendapat bahwa dalam hal terdapat klausula arbitrase dalam kontrak yang dibuat oleh para pihak, maka para pihak tidak dapat mengajukan permohonan kepailitan ke pengadilan niaga, melainkan para pihak harus mengajukan perkara kepailitan ini ke badan arbitrase.

Dalam kepailitan terdapat prinsip *debt pooling*, yang di dalam prinsip tersebut mengatur kelembagaan yang menangani perkara kepailitan. Kepailitan merupakan prosedur penagihan yang tidak biasa (*oneigenlijke incassoprocedures*) sehingga lembaga dan

hukum acara yang digunakan pun memiliki ciri tersendiri. Ciri khas tersebut antara lain terlihat dari adanya hakim pengawas dan kurator sebagai dua person yang terlihat langsung dalam kepailitan.

Di samping itu, terdapat beberapa argumentasi yuridis mengenai kewenangan absolut yang eksklusif dalam persoalan kepailitan, yakni:

1. Bahwa Undang-Undang Kepailitan merupakan *lex specialis* dari Undang-Undang Arbitrase. Dalam Undang-Undang Kepailitan secara tegas dinyatakan bahwa Pengadilan Niaga merupakan satu-satunya yang berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara kepailitan dan PKPU. Ketentuan ini merupakan ketentuan yang memaksa (*aanvullendsrecht*) dan tidak dapat dikesampingkan oleh para pihak dengan mencantumkan klausula arbitrase. Seandainya Pengadilan Niaga tidak berwenang memeriksa dan memutus permohonan kepailitan, lalu apakah arbitrase kemudian berwenang menyatakan suatu subjek hukum dalam keadaan pailit. Hal ini sangatlah tidak mungkin, mengingat hukum acara dalam Pengadilan Niaga banyak yang diatur secara khusus untuk proses dan prosedur kepailitan.
2. Bahwa undang-undang juga tidak memberikan pilihan hukum dalam permohonan kepailitan selain dari kepada kewenangan Pengadilan Niaga sebagai peradilan yang khusus, dan tentang kewenangan mengadili kepailitan tersebut, Pengadilan Niaga tidak tunduk pada pilihan

hukum dan kewenangan yang diatur dalam perjanjian. Analog dari penjelasan ini, jika suatu perjanjian terdapat klausula yang menyatakan dengan tegas bahwa segala akibat hukum yang timbul dari perjanjian tidak dibenarkan diselesaikan melalui Pengadilan Niaga, maka tidak serta merta Pengadilan Niaga tidak berhak memeriksa permohonan kepailitan.

Dari segi teoritis, mengenai kewenangan Pengadilan Niaga dalam memutus permohonan kepailitan sebagaimana diungkapkan oleh Fred B.G. Tumbuan bahwa tidak perlu diragukan lagi bahwa Pengadilan Niaga tetap berwenang memeriksa dan menyelesaikan permohonan pailit dari para pihak yang terikat perjanjian yang memuat klausula arbitrase, sepanjang utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal (1) Undang-Undang Kepailitan.⁶⁶ Lebih lanjut Fred B.G. Tumbuan menyatakan bahwa berdasarkan literatur dari Belanda dikatakan bahwa sekalipun terdapat dalam perjanjian antara kreditor dengan debitor memuat suatu klausula arbitrase, tidak menghilangkan kewenangan pengadilan untuk menentukan secara sumir apakah si kreditor mempunyai hak tagih.⁶⁷

Demikian pula pendapat dari Aria Suyudi, yang menyatakan bahwa seharusnya keberadaan klausula arbitrase tidaklah membuat Pengadilan Niaga harus kehilangan kewenangannya

66 Fred Tumbuan, *Undang-Undang Kepailitan dan Penyelesaian Lewat Arbitrase* (Jakarta: BPH, 2004), 18.

67 Ibid.

untuk memeriksa dan menyatakan pailit, karena beberapa hal:⁶⁸

1. Fungsi Pengadilan Niaga dalam kepailitan adalah tidak tergantikan. Dengan pendapat majelis hakim yang menyatakan ketidakwenangan Pengadilan Niaga karena adanya klausula arbitrase, maka akan meniadakan kemungkinan pengajuan pailit terhadap setiap pihak yang terikat klausula arbitrase, hal ini menjadi aneh, karena di masa yang akan datang orang akan menggunakan klausul arbitrase sebagai metode preventif pencegahan munculnya tuntutan pailit, yang mana akan amat tidak menguntungkan bagi tujuan kepailitan itu sendiri.
2. Kepailitan sendiri, karena sifatnya yang merupakan suatu permohonan tidak memerlukan adanya sengketa untuk dapat melahirkan suatu keadaan pailit. Memang ini seakan-akan melangkahi kenyataan yang terjadi saat ini, karena pada faktanya, praktis nyaris semua kepailitan involuntary berasal dari ketidaksediaan debitor untuk membayar kewajibannya, dan lebih memilih untuk “ngemplang”, kondisi mana menyusahkan kreditor dan seharusnya ada sengketa satu sama lain untuk menuntut pemenuhan prestasi sebelumnya di antara mereka. Sehingga mungkin mekanisme logisnya adalah, tidak mungkin tidak ada sengketa di antara mereka, dan oleh karena itu, klausula arbitrase langsung merujuk ke arbiter untuk menyelesaikan sengketa tersebut.

68 Aria Suyudi, *Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa Kepailitan* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2009), 62–63.

3. Kepailitan mengakibatkan bahwa segala pelaksanaan putusan hakim terhadap setiap bagian dari pada kekayaan si berutang, yang telah dimulainya sebelum kepailitan seketika harus dihentikan, dan selanjutnya bahwa sejak waktu yang sama pula, tiada suatu putusan pun boleh dijalankan dengan memenjarakan si berutang, lebih jauh lagi segala sita yang telah ditaruh haruslah diangkat, bahkan kalau perlu Hakim Pengawas dapat memerintahkan pencoretannya.

Agak lebih moderat apa yang disampaikan oleh Vesna Lasic, seorang doktor dari Universitas Utrecht yang meneliti khusus titik paut arbitrase dengan kepailitan, menyatakan bahwa:

A comparative view of the relevant provisions of insolvency and arbitration law illustrates that the commencement of insolvency proceeding does not have to imply the exclusion of arbitration. Therefore, the solution following from those legislations that provide for arbitrability of both claims on behalf of the estate and contested creditors' claims present a more appropriate approach. However, this also implies that those provisions of insolvency laws that express the basic principles of the insolvency proceedings should be regarded in the arbitration in order to have an enforceable award.⁶⁹

69 Vesna, "The Interaction between Arbitration and Insolvency Proceeding: A Comparative View," 271.

Keterkaitan antara lembaga arbitrase dengan kepailitan. Vesna berpendapat bahwa masing-masing prosedur hukum tersebut tidak dapat mengalahkan satu dengan yang lainnya.

Para pihak memilih peradilan Niaga dalam perjanjian yang telah disepakati adalah sah menurut hukum, dan harus tetap dijalankan hingga jangka waktu perjanjian tersebut berakhir. Namun apabila sejak awal para pihak mengadakan perjanjian yang di dalamnya memuat klausula tentang Arbitrase, maka secara yuridis formal, para pihak terikat secara mutlak untuk menyelesaikan sengketa yang timbul pada lembaga Arbitrase tersebut.

Kemutlakan keterikatan pada klausula arbitrase tersebut dengan sendirinya mewujudkan kewenangan kompetensi absolut dari lembaga Arbitrase tersebut untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian. Dalam kewenangan arbitrase tersebut dapat dinyatakan gugur demi hukum dalam penyelesaian sengketa hanya dapat dibenarkan apabila dari ke 2 (dua) belah pihak tersebut telah secara tegas untuk bersepakat dengan cara menarik kembali perjanjian arbitrase tersebut yang sejak awal di buat oleh mereka.

Berdasarkan hal tersebut maka dapat dikatakan bahwa apabila para pihak telah sepakat untuk mengikuti penyelesaian lewat peradilan Niaga, maka harus dilakukan oleh Pengadilan Niaga, dan tidak dapat dilakukan oleh lembaga arbitrase. Jika salah satu pihak bersikukuh untuk tetap menggunakan media Arbitrase dari perjanjian awal yang tidak memuat, maka

Pengadilan Niaga harus dapat menolak, sebab kewenangan/kompetensi absolut ada pada masing-masing peradilan. Namun apabila ada kesepakatan untuk menggunakan arbitrase, maka hal tersebut dapat dibenarkan sesuai dengan kesepakatan para pihak, sebagaimana diatur dalam Pasal 1138 KUHPerdara perjanjian yang telah dibuat adalah merupakan Undang-undang bagi mereka yang membuatnya "*Pacta Sund Servanda*". Konsekuensinya adalah tergantung dari para pihak untuk menjalankan hal-hal tersebut sesuai kesepakatan.

Dalam perubahan Undang-Undang Kepailitan, yakni sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004, dalam Pasal 303 sudah secara tegas menyatakan Pengadilan Niaga tetap berwenang memeriksa dan menyelesaikan permohonan pernyataan pailit dari para pihak yang terikat perjanjian yang memuat klausula arbitrase, sepanjang utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan dalam pasal ini dimaksudkan untuk memberi penegasan bahwa pengadilan tetap berwenang memeriksa dan menyelesaikan permohonan pernyataan pailit dari para pihak, sekalipun perjanjian utang piutang yang mereka buat memuat klausula arbitrase.

Apabila pembahasan tersebut dikaitkan dengan teori kewenangan sebagaimana dikemukakan oleh HD Stout dan teori perlindungan hukum yang dikemukakan oleh Sudikno maka terlebih dahulu yang harus diperhatikan bagaimana hukum menyelesaikan perselisihan kepailitan, yang mana dalam perjanjian atau kontrak dagangnya mencantumkan adanya klausula arbitrase. Ketika seseorang atau suatu badan usaha

melakukan suatu hubungan dengan mitra usahanya diawali dengan membuat “perjanjian atau kontrak” (dagang), yang mengatur mengenai semua hak dan kewajiban kedua belah pihak, termasuk diatur juga mengenai cara penyelesaiannya bila timbul masalah atau sengketa di kemudian hari berkaitan dengan isi perjanjiannya. Apakah akan diselesaikan melalui pengadilan (litigasi) ataukah dengan mengangkat/menunjuk pihak ketiga sebagai juru damai atau wasit/arbitrer (arbitrase/non litigasi). Dalam hal ini sebaiknya para pihak memilih salah satu bukan keduanya. Karena menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase apabila dalam perjanjiannya sudah mencantumkan adalah janji/klausula arbitrase (*arbitration clausula*), maka pengadilan negeri tidak punya kewenangan lagi untuk menyelesaikan sengketa tersebut dan wajib menolak. Dengan kata lain, sengketa tersebut harus diselesaikan dengan arbitrase atau di luar lembaga peradilan sesuai dengan kesepakatan para pihak yang telah dituangkan dalam perjanjiannya karena pada prinsipnya itu mengikat kedua belah pihak atau berlaku sebagai undang-undang bagi kedua belah pihak (asas *pacta sunt servanda*). Tetapi yang perlu diperhatikan apabila sengketa dagang tersebut pada pokoknya tentang “kepailitan”, maka untuk penyelesaiannya adalah menjadi kewenangan “Pengadilan Niaga” secara khusus yang merupakan bagian dari peradilan umum (negeri) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 280 Undang-Undang Kepailitan.

Di sini muncul konflik, ketika ada suatu sengketa yang berkaitan dengan kepailitan sementara di dalam kontrak/perjanjiannya juga memuat adanya janji/klausul arbitrase bahwa bila ada atau timbul sengketa kelak di kemudian hari para pihak

memilih penyelesaiannya secara arbitrase. Bila kita merujuk pada berlakunya asas perundang-undangan “*Lex specialis derogat lex generalis*”, maka mana yang dianggap sebagai peraturan yang khusus yang dapat mengesampingkan berlakunya peraturan yang umum di antara undang-undang kepailitan dan undang-undang arbitrase. Penyelesaian melalui pengadilan niaga ataukah di luar lembaga peradilan (dengan arbitrase). Berdasarkan ketentuan yang ada dalam undang-undang kepailitan maupun undang-undang arbitrase sama-sama punya kewenangan untuk menyelesaikannya karena memang belum ada aturan atau ketentuan bagaimana penyelesaiannya bila ada konflik semacam ini, sehingga menurut peneliti hal ini perlu segera diatur agar bisa dijadikan pedoman bagi para hakim (di pengadilan niaga) sehingga tercipta “kepastian hukum di samping keadilan” bagi para pihak dalam menyelesaikan sengketanya.

Mengenai kekuatan berlakunya perjanjian atau klausula arbitrase, apakah bisa dikesampingkan oleh para pihak. Untuk itu, ada dua aliran dalam teori hukum, adalah sebagai berikut:⁷⁰

- a. Aliran yang menyatakan bahwa klausul arbitrase atau perjanjian arbitrase bukan *public policy*. Misalnya, yang diputus oleh *Hoge Raad* negeri Belanda, 6 Januari 1925. Di sini ditegaskan sungguh pun ada klausul arbitrase, tetapi pengadilan tetap berwenang mengadili sejauh tidak ada eksepsi dari pihak lawan, karena klausul arbitrase bukanlah *openbare orde*.

70 Munir Fuady, *Hukum Perbankan Modern* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003), 121-122.

- b. Aliran yang menekankan asas “*pacta sunt servanda*” pada kekuatan klausul atau perjanjian arbitrase. Aliran ini mengajarkan bahwa klausul atau perjanjian arbitrase mengikat para pihak dan dapat dikesampingkan hanya dengan kesepakatan bersama para pihak yang tegas untuk itu. Dalam hal ini penarikan secara diam-diam atau praduga telah diwaive tidak berlaku dan perjanjian atau klausul arbitrase dianggap menimbulkan kompetensi absolut. Aliran ini terkesan kaku, dan dalam hal ini dengan tegas ditentukan bahwa hanya dengan perjanjian yang tegas dan ditandatangani kedua belah pihaklah suatu klausul arbitrase dapat dikesampingkan. Aliran ini cukup banyak diikuti oleh pengadilan-pengadilan, antara lain dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 225/K/Sip/1981.
- c. Aliran kontroversial. Di samping dua aliran tersebut di atas, pada perkembangannya yang sebenarnya bersifat sempalan yang sangat bertolak belakang dengan aliran *pacta sunt servanda* (nomor b), misalnya yang diputus oleh MA No. 1851 K/PDT/1984.

Pada prinsipnya aliran yang kontroversial ini menyatakan sungguh pun ada klausul arbitrase dalam perjanjian para pihak, *in casu* yang dipilih adalah BANI, dan sungguh pun ada bantahan dari salah satu pihak ketika harus ke pengadilan negeri, tetapi pengadilan negeri tetap menyatakan dirinya berwenang dan Mahkamah Agung membenarkannya. Alasannya karena para pihak tidak serius (istilah pengadilan negeri yang bersangkutan: “dalam hati para pihak tidak ada niat untuk menggunakan arbitrase”). Jadi, pada prinsipnya walaupun sengketa dinyatakan menjadi kewenangan arbitrase, tidak berarti bahwa pengadilan sama sekali tidak berwenang.



DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrasyid, Pryatna. *Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Suatu Pengantar*. Jakarta: Fikahati Aneska bekerjasama dengan Badan Arbitrase Nasional (BANI), 2002.
- Adolf, Huala. *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*. Jakarta: Rajawali, 1991.
- Algra, N. E. *Inleiding Tot Het Nederlands Privaatrecht*. Groningen: Tjeenk Willink, 1975.
- Asrun, Andi Muhammad, A. Prasetyantoko, and Dkk. *Analisa Yuridis Dan Empiris Peradilan Niaga*. Jakarta: CINLES: Centre for Information & Law, Economic Studies, Pusat Informasi & Pengkajian Umum Ekonomi, 2000.
- Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1979.
- Darmodihardjo, Darji. *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2011.
- Declercq, Peter J. M. *Netherlands Insolvency Law, The Netherlands Bankruptcy Act and The Most Important Legal Concept*. The Hague: T.M.C. Assen Press, 2002.
- Fuady, Munir. *Hukum Perbankan Modern*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003.

- Gautama, Sudargo. *Aneka Hukum Kontrak*. Bandung: Alumni, 1976.
- . *Capita Selecta Hukum Perdata Internasional*. Bandung: Alumni, 1833.
- . *Hukum Arbitrase Nasional*. Bandung: Alumni, n.d.
- . *Hukum Perdata Internasional Indonesia*. 3rd ed. Bandung: Alumni, 1987.
- . *Undang-Undang Arbitrase Baru 1999*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999.
- Harahap, M. Yahya. *Arbitrase*. 2nd ed. Jakarta: Sinar Grafika, 2003.
- . *Arbitrase Ditinjau Dari Reglement Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for The Settlement of Investment Disputes (ICSID) UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award PERMA*. 2nd ed. Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2003.
- . *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian Dan Putusan Pengadilan*. Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
- Hoff, Jerry. *Indonesian Bankruptcy Law, Undang-Undang Kepailitan Di Indonesia Terjemahan Kartini Muljadi*. Jakarta: PT. Tata Nusa, 2002.
- Kartono. *Kepailitan Dan Pengunduran Pembayaran*. Jakarta: Pradnya Paramita, 1982.
- Kesowo, Bambang. *Perpu Nomor 1 Tahun 1999, Latar Belakang Dan Arahnya, Makalah Para Pakar Yang Berkaitan Dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Jo Perpu Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Kepailitan*. Jakarta, 2000.

- Lew, DM Julian. *Contemporary Problems in International Arbitration*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Lusk, F. Harold. *Business Law: Principles and Cases*. Homewood Illinois: Richard D. Irwin Inc., 1986.
- Manan, Bagir. *Hukum Positif Indonesia*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2004.
- Mulyadi, Kartini. *Kepailitan Dan Penyelesaian Utang Piutang Dalam Rudhy A. Lontoh (Ed), Penyelesaian Utang Piutang Melalui Pailit Atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*. Edited by Alumni. Bandung, 2001.
- Proceedings. *Rabgkaian Lokakarya Terbatas Hukum Kepailitan Dan Wawasan Hukum Bisnis Lainnya: Tentang Penyempurnaan Undang-Undang Kepailitan*. Jakarta: PPH, 2003.
- Radjagukguk, Erman. *Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan*. Jakarta: Chandra Pratama, 2002.
- Salman, H.R. Otje. *Filsafat Hukum Perkembangan Dan Dinamika Masalah*. Bandung: Refika Aditama, 2010.
- Simanjuntak, Ricardo. *Esensi Pembuktian Sederhana Dalam Kepailitan Dalam Emmy Yuhassarie (Ed), Undang-Undang Kepailitan Dan Perkembangannya*. Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005.
- . *Klausula Arbitrase Dan Wewenang Pengadilan Niaga*. Jakarta: PPH, 2006.
- . *Undang-Undang Kepailitan Dan Kurator Dalam Penyelesaian Aset-Aset*. Jakarta: PPH, 2003.
- Sjahdeini, Sutan Remy. *Hukum Kepailitan Memahami Faillissement Verordening Juncto Undang-Undang Nomoe 4 Tahun 1998*. Jakarta: PT. Temprint, 2002.

- Subekti, R. *Arbitrase Perdagangan*. Bandung: Bina Cipta, 1981.
- Suyudi, Aria. *Arbitrase Dan Penyelesaian Sengketa Kepailitan*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2009.
- Suyudi, Aria, Eryanto Nugroho, and Henni Sri Nurbayati. *Kepailitan Di Negeri Pailit*. Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, 2004.
- Tumbuan, Fred. *Undang-Undang Kepailitan Dan Penyelesaian Lewat Arbitrase*. Jakarta: BPHN, 1998.
- . *Undang-Undang Kepailitan Dan Penyelesaian Lewat Arbitrase*. Jakarta: BPH, 2004.
- Tumbuan, Fred B. G. *Mencermati Makna Debitor, Kreditor Dan Utang Berkaitan Dengan Kepailitan, Dalam: Emmy Yuhassarie, Undang-Undang Kepailitan Dan Perkembangannya*. Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005.
- Umar, M. Husen. *Anotasi Putusan Arbitrase*. Jakarta: BPHN, 1998.
- Vesna. *Arbitrase Dan Kepailitan*. Jakarta: PPH, 2006.
- . *Undang-Undang Kepailitan Dan Arbitrase*. Jakarta: PPH, 2009.
- Vesna, Lazic. “The Interaction between Arbitration and Insolvency Proceeding: A Comparative View.” Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2004.
- Waxman, Ned. *Bankruptcy*. Chicago: Gilbert Law Summaries, Harcourt Brace Legal Professional Publication Inc., 1992.
- Wojomeksito, S. *Kamus Umum Belanda Indonesia*. Jakarta: PT. Ichtar Baru Van Hoeve, 1999.

GLOSARIUM

Actio pauliana	Upaya hukum yang diberikan oleh undang-undang kepada kreditor untuk membatalkan perbuatan debitor yang merugikan kreditor.
Arbiter	Seorang atau lebih yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa atau yang ditunjuk oleh Pengadilan Negeri atau oleh lembaga arbitrase, untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu yang diserahkan penyelesaiannya melalui arbitrase.
Arbitrase	Cara penyelesaian suatu sengketa perdata diluar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.
Bankruptcy	Ketidakmampuan yang dinyatakan secara legal oleh individu atau organisasi untuk membayar kreditor mereka.

Debitor	Orang atau pihak yang mempunyai utang atau pinjaman ke pihak lain, karena adanya suatu perjanjian atau undang-undang yang dijanjikan debitor untuk dibayar kembali pelunasannya pada masa yang akan datang.
Diskresi,	Kebebasan mengambil keputusan sendiri dalam setiap situasi yang dihadapi.
Diskriminasi	Sikap membedakan secara sengaja terhadap golongan-golongan yang berhubungan dengan kepentingan tertentu.
Duplik	Jawaban tergugat terhadap suatu replik yang diajukan oleh penggugat.
Eksekusi	Pelaksanaan putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap atau pasti.
Eksepsi	Istilah yang digunakan dalam proses hukum dan peradilan yang berarti penolakan/keberatan yang disampaikan oleh seorang terdakwa, disertai dengan alasan-alasannya bahwa dakwaan yang diberikan kepadanya dibuat tidak dengan cara yang benar dan tidak menyangkut hal tentang benar atau tidak benarnya sebuah tindak pidana yang didakwakan.

Ex aequo et bono	Istilah hukum yang mengacu kepada wewenang hakim untuk mengambil keputusan bukan berdasarkan hukum, tetapi berdasarkan apa yang mereka anggap adil.
Hakim ad hoc	Hakim yang bersifat sementara yang memiliki keahlian dan pengalaman di bidang tertentu untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang pengangkatannya diatur dalam undang-undang.
Insolvensi	Keadaan orang atau perusahaan yang tidak dapat membayar utang atau kewajiban keuangannya dengan tepat waktu.
Itikad baik	Sebuah asas hukum dalam hukum perdata dan hukum internasional yang terkait dengan kejujuran, niat baik, dan ketulusan hati.
Juridiksi	Ucapan yang memiliki dasar hukum.
Kasasi	Salah satu upaya hukum biasa yang dapat diminta oleh salah satu atau kedua belah pihak terhadap suatu putusan pengadilan tinggi.
Kepailitan	Suatu proses di mana seorang <u>debitor</u> yang mempunyai kesulitan keuangan untuk membayar utangnya dinyatakan pailit oleh pengadilan, dalam hal ini adalah <u>pengadilan niaga</u> ,

Kreditor	Orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau undang-undang yang dapat ditagih dimuka pengadilan.
Kreditor Separatis	Kreditor yang mempunyai hak sangat istimewa, kreditor pemegang hak jaminan kebendaan seperti hak tanggungan, yang telah membuat janji untuk menjual atas kekuasaan sendiri.
Kreditor konkuren	Kreditor yang tidak memegang hak jaminan kebendaan.
Kurator	Balai Harta Peninggalan atau orang perseorangan yang diangkat oleh Pengadilan untuk mengurus dan mem-bereskan harta debitor Pailit di bawah pengawasan Hakim Pengawas.
Moneter	Kebijakan yang dikeluarkan oleh bank sentral dalam bentuk pengaturan per-sediaan uang untuk mencapai tujuan tertentu.
Obligasi	Surat berharga atau sertifikat yang berisi perjanjian antara perusahaan emiten sebagai peminjam dana dengan investor sebagai pemberi dana.
Prestasi	Sesuatu yang wajib dipenuhi oleh debitor dalam setiap perikatan.

Indeks

A

Actio Paulina 53, 147

Adagium 75

Ad Hoc 15, 16, 17, 18, 76, 145

Adversaria 23

Agreement 5

Arbiter 4, 7, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 25, 26, 81, 131, 135

Arbitrase Iv, V, Vii, Viii, Ix, Xi, Xii, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 17, 19, 20, 21,
24, 25, 75, 77, 79, 80, 84, 94, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 106, 107, 115,
127, 129, 130, 131, 133, 135, 139, 140, 141, 142, 143, 147, 152, 153

Asset 16, 45, 83, 84

B

Badan Arbitrasi Nasional Indonesia 12, 147

Bankruptcy 30, 31, 32, 36, 39, 57, 66, 84, 87, 90, 139, 140, 142, 143, 147

Bantuan Hukum

Bindend Advis 147

Binding Opinion 147

D

Debitor 40, 45, 50, 51, 57, 66, 69, 71, 89, 97, 103, 104, 126, 142, 144, 147

Debt Pooling 147

Diskresi 144, 147

Diskriminasi 144, 148

Duplik 42, 43, 78

Dwangakkoord (Perdamaian Paksaan) 71

E

Eksekusi 14, 35, 54, 55, 97, 125, 127, 128

Eksepsi 43, 136

Ex Aequo Et Bono 145, 148

Exequatur 148

F

Faillissement Verordering 36, 148

Financial Distress 31

I

Insolvensi 30, 55, 75, 79, 83, 100, 109, 110, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 120,
121, 122, 126

Itikat Baik 148

J

Jatuh Tempo 29, 33, 113

Judex Factie 103, 104, 105, 106, 111, 148

Judicial Power 23

Jurisdiksi 13, 14, 78, 80, 85, 87, 90

K

Kasasi 104, 105, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 116, 118, 120, 121, 145, 148

Kepailitan Vi, Vii, Viii, 4, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45,
46, 50, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69,
71, 72, 76, 79, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 97, 98,
99, 100, 101, 103, 105, 106, 107, 110, 111, 113, 119, 123, 125, 126, 127,
128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 152, 153

Kreditor 31, 32, 33, 34, 35, 37, 40, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 59,
61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 83, 85, 87, 88, 89, 91, 94, 95,
96, 97, 98, 100, 113, 115, 116, 118, 123, 124, 125, 126, 127, 130, 131,
143, 146

Kreditor Konkuren 56, 146

Kreditor Separatis 146, 149

Kurator 51, 52, 53, 54, 62, 78, 96, 127, 128, 141, 146, 149

L

Law Of Procedure 149

Law Of The Parties 7

Legal Justice 21

Legal Status 109

Lex Arbitri 14

Lex Specialis Derogat Legi Generalis 2, 149

Limited Court Control 84

M

Memori Kasasi 71

Moneter 146, 149

N

Narapidana

Noktah Venditio Bonorum 72

O

Obligasi 146, 149

P

Pacta Sunt Servanda 91, 114, 135, 137

Pancasila 2, 149

Pari Passu Prorate Parte 34

Paritas Creditorium 34, 36, 67

Partij Autonomie 25, 149

Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) 65, 68, 149

Peradilan Semu (*Quasi Judicial*) 150

Positiveringsarbieid 3

Prestasi 40, 77, 131

Promissory Notes 41

Prorate Parte 31, 34, 149

R

Rechtbeginselen 150
Reliable 150
Replik 42, 43, 78, 144

S

Sengketa Vii, Xi, Xii, 5, 8, 9, 19, 24, 75, 81, 88, 93, 94, 98, 99, 101, 131, 139,
142, 150, 152
Settlement Method 122
State Court 23, 114

U

Uang Paksa (*Dwangsom*) 54
Uitvoerbaar Bij Voorraad 68, 150
Ultimum Remedium 66
Uncitral 11, 17, 18, 140, 150, 151
Uncitral Arbitration Rules (Uar) 17, 26, 150
Utang V, Vii, Viii, Xi, 34, 37, 38, 40, 41, 65, 66, 68, 89, 99, 141, 142, 149, 150,
152

Y

Yurisdiksi 42, 112, 117

TENTANG PENULIS

Mosgan Situmorang, S.H., M.H. adalah seorang Peneliti Ahli Utama pada Balitbang Hukum dan Ham Kementerian Hukum dan Ham sejak tahun 2015, sebelum bertugas Balitbang Hukum dan Ham yang bersangkutan bekerja pada Badan Pembinaan Hukum Nasional sejak tahun 1989. Lulus Fakultas Hukum Universitas Jayabaya (1987) jurusan Hukum Perdata dan kemudian menyelesaikan pasca sarjana di STIH IBLAM (2003).

Sebagai peneliti di samping melakukan banyak penelitian di dalam negeri pernah melakukan penelitian maupun short course di berbagai negara antara lain Work at UNCITRAL on Reforming the 1958 New York Convention In Particular Regarding Refusal of Enforcement of Arbitral Awards, In the Light Recent Practice in Indonesia, Europe and America, penelitian dilakukan di Max-Planck Institute for International and Private Law, Hamburg Jerman tahun 2003 (Basiswa dari Max-Planck Jerman). “Cross-Border Insolvency-Comparative & International Law Aspect”, sebuah program penelitian yang dilaksanakan di UNIDROIT Roma Italia tahun 2001 (Basiswa dari Pemerintah Korea Selatan dan UNIDROIT). Insolvency and Commercial law in a Global Economy di Faculty of Law, University of Melbourne Australia, tahun 1998 (Basiswa dari AUSAID Australia). Menyelesaikan

Kursus Mediasi yang diadakan oleh Bond University Australia di Jakarta 1999. Penelitian di Malaysia, Singapura, dan Hong Kong tentang Perlindungan Terhadap Pekerja Migran Indonesia serta Penelitian Tentang Transfer of Sentenced Person di Malaysia tahun 2018. Di samping sebagai peneliti yang bersangkutan juga adalah sebagai Dosen di Fakultas Hukum Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya sejak tahun 2007 dan di Sekolah Hukum Litigasi Jakarta sejak tahun 2010.

KEDUDUKAN KLAUSULA ARBITRASE PADA KASUS KEPAILITAN

Hukum Arbitrase dan kepailitan itu sendiri pada dasarnya sudah ada sejak lama. Pengundangan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Tentang Kepailitan serta Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa telah membawa perubahan yang signifikan dalam hal penyelesaian kasus-kasus atau sengketa di bidang perekonomian dan perdagangan.

Dengan makin pesatnya perkembangan perekonomian dan perdagangan serta makin banyaknya permasalahan utang-piutang yang timbul dalam dunia usaha yang belum bisa diselesaikan dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan, kembali ketentuan tersebut mengalami perubahan menjadi Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang diundangkan pada tanggal 18 Oktober 2004. Pada dasarnya, baik Undang-Undang Kepailitan dan Undang Arbitrase mempunyai peran dan tujuan yang sama untuk mendukung kemajuan perekonomian. Yang menjadi permasalahan adalah dalam kedua Undang-Undang tersebut terdapat norma yang saling bertentangan yakni antara pasal 3 Undang-Undang Arbitrase dan pasal 303 Undang-Undang Kepailitan

Dalam buku ini di uraikan bagaimana kedudukan klausula arbitrase apabila timbul sengketa dan akan tetapi salah satu pihak mengajukan kepailitan ke Pengadilan Niaga. Siapakah yang berwenang memeriksa kasus tersebut apakah lembaga arbitrase atau pengadilan Niaga dan bagaimana pendapat Mahkamah Agung dalam hal ini.

Dengan diterbitkannya buku ini yang berisi ulasan mengenai sejarah, filosofi, syarat-syarat hukum Arbitrase dan Kepailitan, serta penundaan kewajiban pembayaran utang diharapkan akan memberikan wawasan baru mengenai hukum Arbitrase dan Kepailitan serta penerapannya di Indonesia khususnya kontradiksi.



BALITBANGKUMHAM Press (Anggota IKAPI)
Jl. HR Rasuna Said Kav. 4-5 Kuningan,
Jakarta Selatan
Website: www.balitbangham.go.id
Telp: (021) 252 5015, ext. 512/514
E-mail: balitbangkumhampress@gmail.com

ISBN 978-623-6958-51-3

