

BAB I

PENDAHULUAN

A Latar Belakang Masalah

Manusia dan usaha bisnis itu memiliki persamaan. Keduanya dilahirkan maupun didirikan, dengan harapan dan tujuan yang sama, yaitu jika nanti tumbuh dan berkembang secara sehat, diharapkan akan berguna bagi pihak lain. Manusia sejak dikandung, dilahirkan, dibesarkan, dengan harapan akan tumbuh sehat, pintar dan kelak akan berguna kepada sekitarnya, seperti: orang tua, sanak saudara, keluarga kecil, keluarga besar, lingkungan masyarakat dan seterusnya. Demikian juga dengan usaha bisnis, didirikan dengan harapan bisa berjalan normal, memberikan keuntungan, balik modal, dapat mempekerjakan karyawan dan dapat mengembangkan tanggung jawab sosial kepada masyarakat (*corporate social responsibility*). Sebagaimana manusia, ketika dirancang mendirikan usaha bisnis, sangat diharapkan bahwa kelak usaha itu adalah menguntungkan.

Perkembangan manusia maupun usaha bisnis, tidak dapat berdiri sendiri. Keduanya sangat membutuhkan pihak lain untuk membantunya. Anak membutuhkan orang tua untuk membesarkannya. Berlanjut dengan bantuan sekolah dan guru jika menempuh pendidikan, sampai akhirnya dia bisa bekerja dan dapat menghidupi keluarganya. Demikian dengan usaha bisnis, berdiri tentu dengan modal utama keahlian di bidang usaha yang akan digeluti. Kemudian permodalan, sumber daya manusia, adanya pangsa pasar, dukungan lingkungan usaha seperti perizinan, lingkungan, dll. Jika usaha didirikan, berjalan dengan baik diharapkan akan dapat memberikan manfaat kepada seluruh pihak yang berkaitan dengan usaha bisnis tersebut. Maka dari itu, berjalannya usaha (*going concern*), adalah sesuatu yang diusahakan dicapai dan diidam-idamkan oleh seluruh pengusaha.

Goingg concern merupakan salah satu asas yang diatur dalam UU Kepailitan dan PKPU yang membuat suatu badan usaha/perorangan bisa berjalan kembali walaupun telah jatuh pailit.

Dunia usaha, selain sumber daya manusia, permodalan adalah hal utama. Jika si pemilik usaha memiliki uang yang cukup, uang tersebut akan dipakai untuk memodali usahanya, artinya tidak diperlukan pihak lain untuk memberikan uang untuk dipakai sebagai modal untuk menjalankan usaha. Namun, seiring dengan dinamika usaha, perkembangan, strategi, terkadang uang sendiri tidak cukup untuk membiayai perkembangan usaha. Maka dari itu, diperlukan bantuan pihak lain. Pihak lain itu adalah pihak yang akan memberikan uang dengan cara meminjam. Pihak tersebut disebut berpiutang atau kreditor.

Menurut Pasal 1 ayat (2), Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang selanjutnya disebut sebagai Undang-Undang Kepailitan dan PKPU, “ Kreditor adalah orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau undang-undang yang dapat ditagih di muka pengadilan “.¹

Kreditor akan memberikan uang kepada pengusaha yang akan menjadi pihak berutang atau debitor, Tentu, pemberian itu tidak ada yang gratis, dan harus didukung sebagai elemen, seperti: besarnya uang yang dipinjam, kapan dikembalikan, berapa bunga, dan apa jaminan pembayarannya.

Pihak kreditor dengan pihak debitor akan membuat perjanjian mengenai pinjam meminjam ini. Dari sinilah asal muasal nya adanya perjanjian utang piutang. Hampir

¹ Undang-Undang Ri Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Hlm.2.

tidak ada lagi usaha yang tidak membutuhkan pinjaman sebagai komponen permodalan untuk menjalankan usaha (*going concern*). Dan di lain pihak, muncul pulalah lembaga-lembaga pemberi pinjaman, semisal: Bank, Lembaga Keuangan bukan bank, leasing, dan lain-lain

Menurut Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Kepailitan dan PKPU, “Debitur adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang perluasannya dapat ditagih di muka pengadilan.”

Perjanjian yang dibuat tersebut itu adalah menjadi pengikat kepada penerima pinjaman (debitur) dan yang memberi pinjaman (kreditor). Kembali kepada penjelasan di atas, keduanya berharap, dengan adanya penambahan uang sebagian modal, walaupun dalam bentuk pinjaman, debitur yakin bahwa utang tersebut dapat dikembalikan dan dia akan mendapat juga keuntungan. Demikian juga si kreditor, dengan keinginan memberi pinjaman, kreditor berharap mendapat juga keuntungan dari uang yang diberikannya sebagai pinjaman, yaitu dalam bentuk bagaimana cara membayar utang, besarnya bunga, besarnya hukuman (*penalty*) yang didapat jika terlambat membayar dan kepastian pengembalian uang secara utuh dan keuntungan-keuntungan lain, Pasal 1320 Burgerlijk Wetboek, diterjemahkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, selanjutnya disingkat KUHPerdata, mensyaratkan ada 4 unsur utama agar perjanjian sah, yaitu adanya kesepakatan bagi mereka yang berjanji, adanya kecakapan untuk membuat perjanjian, adanya hal tertentu dan adanya sebab yang halal, menerangkan tentang syarat yang harus dipenuhi untuk lahirnya suatu perjanjian. Syarat tersebut baik mengenai pihak yang membuat perjanjian atau biasa disebut syarat subjektif maupun syarat mengenai perjanjian itu sendiri biasa disebut syarat objektif.²

² Ahmadi Miru, *Hukum Perikatan Penjelasan Makna Pasal 1233 Sampai 1456 Bw*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2008, Hlm. 67.

Karena utang dan piutang dibuat secara berdua, perjanjian di antara mereka menjadi hukum pengikat atau undang-undang bagi keduanya. Dalam praktik, mereka akan membuatnya dalam tertulis, apakah itu dengan surat perjanjian di bawah tangan, atau mereka membuatnya di hadapan notaris. Namun, karena utang piutang adalah perjanjian, utang adalah sesuatu yang harus ditepati. Fakta *sur servanda*, janji harus ditepati. Dan bukan hanya harus ditepati, utang juga termasuk kewajiban yang harus dibayar atau dipenuhi oleh ahli waris jika si pengutang, debitor, meninggal dunia.

Menurut Pasal 1 Ayat (6) Undang-Undang Kepailitan dan PKPU, utang adalah kewajiban dan dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang, baik secara langsung maupun yang akan timbul di kemudian hari atau kontingen, yang timbul karena perjanjian atau undang-undang dan wajib dipenuhi oleh debitor dan apabila tidak dipenuhi memberi hak kepada kreditor untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan debitor.

Menurut Pasal 1131 KUHPerdara, harta benda debitor adalah menjadi jaminan atas utang-utangnya. Artinya, dengan demikian menurut Pasal ini, segala harta kekayaan seseorang otomatis menjadi atas utang yang telah dibuat³ jika debitor tidak dapat mengembalikan pinjaman, harta benda debitor akan menjadi jaminan atas utang-utang tersebut. Jika seseorang tidak memenuhi perjanjian, dia dituntut untuk mengembalikan utang tersebut.

Berlangsungnya usaha (*going concern*), bisa bertahan dan menguntungkan menjadi dambaan setiap pengusaha maupun pekerja. Berlangsungnya usaha menimbulkan gairah kepada perusahaan untuk mengembangkan usahanya, melakukan inovasi dan kreativitas untuk mendapatkan keuntungan sesuatu dengan target-target usaha yang sudah

³ Putu Ayu Winarsi, *Hukum Jaminan Di Indonesia (Perkembangan Pendaftaran Secara Elektronik)*, Cv. Media Publishing, Surabaya, 2020, Hlm. 2.

ditentukan. Demikian juga pekerja, berlangsungnya sudah membuat mereka tetap menerima gaji, tunjangan dan fasilitas lain yang membuat mereka dapat menghidupi diri mereka atau keluarga mereka. Dan juga pihak-pihak terafiliasi dengan perusahaan seperti supplier, vendor dan jasa-jasa yang berhubungan bisnis dengan perusahaan.

Berbagai cara dilakukan oleh perusahaan untuk tetap melanjutkan usahanya (*going concern*). Pada intinya, jenis usaha apapun, tetap bisa bertahan asalkan pasar membutuhkannya. Juga harus efisien agar bisa bersaing dengan usaha lain, selain wajib mempertahankan kualitas. Maka dari itu, berlomba-lomba pihak melakukan agar tetap bisa bertahan. Contoh sederhana, kebutuhan pasar akan kabel untuk telekomunikasi. Dahulu telephone memakai jaringan kabel untuk menyambung ke pelanggan. Dengan adanya teknologi satelit dan yang menyebabkan telephone cukup memakai jaringan internet dan tidak perlu lagi memakai jaringan kabel, membuat industri kabel untuk perusahaan telekomunikasi menjadi berkurang, Namun sebaliknya, untuk penyambungan listrik masih memerlukan kabel, Namun, membanjirnya barang kabel di pasaran dunia membuat harga kabel pun mengalami penyesuaian penurunan. Maka dari itu, industri kabel harus benar-benar efisien sehingga masih dibutuhkan pasar dan mampu bersaing dari segi harga. Demikian juga kecanggihan teknologi, yang mengakibatkan banyak tenaga manusia yang berkurang pemakaiannya sehingga harus terjadi pemutusan hubungan kerja. Gardu-gardu jalan tol yang selama puluhan tahun diisi oleh tenaga manusia, kini diganti dengan mesin elektronik pembayaran (*E-money*) saja. Banyaknya *automatic teller machine* (ATM) membuat orang tidak perlu lagi ke bank. Juga dengan semakin canggihnya *electronic banking* (*E-banking*), transaksi tidak lagi pergi ke bank, ke *auto teller machine* (ATM), melainkan cukup melalui telepon seluler saja. Itulah gambaran umum, bagaimana kiat pengusaha menjalankan usahanya agar bisa bertahan (*going concern*).

Dalam dunia usaha, baik perorangan maupun berbadan hukum, meminjam uang untuk melangsungkan usaha adalah hal yang lumrah. Banyak usaha-usaha perbankan, jasa keuangan, pinjaman online, gadai dan lain-lain. Namun, semua itu menjadi utang bagi perusahaan. Utang dibuat dengan perjanjian, baik lisan maupun tertulis. Dengan jaminan atau tanpa jaminan, semuanya adalah menjadi kewajiban yang harus dihitung secara saksama agar pinjaman tersebut jangan malah sampai memberatkan.

Pinjaman menimbulkan kewajiban pembayaran kepada yang meminjamkannya (debitor). Sepanjang utang dipakai tepat sasaran, dibayar secara lancar, utang malah memberikan keuntungan kepada debitor, karena debitor dapat menjalankan usahanya dengan baik. Karena utang adalah salah satu komponen utama sebagai jalan keluar untuk mengatasi masalah kelangsungan usaha. Utang ibarat oli pelumas yang dapat menggerakkan roda perusahaan untuk berjalan kembali melanjutkan rencana-rencana usaha yang sudah dibuat.

Indonesia menganut pengertian utang dalam arti luas. Bukan hanya yang diperjanjikan, tetapi juga yang lahir dari undang-undang. Permasalahan mulai timbul jika utang belum bisa atau tidak dibayar dengan tepat waktu. Perjanjian yang sudah dibuat secara tertulis pun tidak ditepati. Si pemberi pinjaman (kreditor) pasti tidak menerima jika uang yang dipinjamkannya tidak dikembalikan sesuai dengan perjanjian. Mereka akan menuntut terjadinya ingkar janji (*wanprestasi*) dan menuntut agar uang dikembalikan berikut bunga, denda dan kerugian-kerugian lain. Dalam sistem hukum Indonesia, mereka akan menuntut pengembalian itu kepada pengadilan. Namun, jika dari awal mereka sepakat, dapat juga menuntutnya melalui arbitrase. Intinya, mereka akan menuntut agar debitor mengembalikan uang yang dipinjam berikut kerugian-kerugian lain, seperti bunga, denda, jasa tagih. Tuntutan dilakukan di pengadilan yang wilayah hukumnya adalah tempat kediaman debitor berada. Tuntutan, juga akan diminta sita atas

harta debitor agar tidak bisa mengalihkannya kepada pihak ketiga. Dan jika sita dikabulkan, dan kreditor menang, harta debitor tersebut akan dijual secara lelang untuk mengembalikan kewajiban debitor kepada kreditor. Hal ini sesuai dengan Pasal 1131 KUH Perdata yang menyatakan harta benda debitor akan menjadi jaminan utangnya.

Bahwa selain mengajukan gugatan atas terjadinya ingkar janji atau wanprestasi, kreditor yang tidak menerima gagal pembayaran, dapat juga melakukan upaya hukum lain, yaitu dengan mengajukan tuntutan agar debitor dinyatakan pailit. Permohonan pailit, sebenarnya tidak melulu hak dari kreditor saja. Debitor pun bisa mengajukan permohonan. Bahkan, negara, dalam hal ini Kejaksaan, Menteri Keuangan dan Bank Indonesia, bisa mengajukan permohonan kepailitan. Menurut Pasal 2 Undang-Undang Kepailitan dan PKPU, pihak yang mengajukan permohonan kepailitan adalah kreditor, debitor, Kejaksaan, bank Indonesia, otoritas jasa keuangan dan Menteri Keuangan. Semuanya memang seolah dilematis. Di satu sisi, utang sangat diperlukan sebagai pelumas untuk menjalankan roda usaha, tetapi tidak terbayarnya utang, menimbulkan juga potensi pailit bagi si pengutang (debitor).

Istilah kepailitan sebenarnya sudah ada dalam terminologi bangsa Indonesia. Kepailitan itu, orang Deli menyebutnya tumpur, selalu dikaitkan dengan adanya perjanjian utang piutang yang belum dibayar. Utang bisa belum dibayar sebagian maupun seluruhnya. Pihak yang memiliki piutang, sering disebut kreditor. Dan pihak yang punya utang disebut debitor. Pihak berpiutang atau kreditor tentu tidak menerima jika uangnya belum dikembalikan. Dan menuntut agar utang dibayar dengan jaminan pembayaran. Tidak jarang juga dengan menuntut bunga dan denda. Jaminan pembayaran adalah harta debitor atau harta. Lantas, bagaimana jika hartanya tidak ada? Debitor akan ditangkap dan akan dijadikan budak.⁴ Namun, cerita tentang utang yang tidak dibayar

⁴ Antony Reid, *Sumatra Tempo Dulu*, Penerbit Komunitas Bambu, 2014, Hlm. 229.

dan akibat hukumnya lebih lengkap dari dunia Eropa, pada zaman Romawi dan jaman Junani. Debitor yang punya utang dan tidak dibayar akan mendapat hukuman badan. Juga akan dijadikan budak dan bisa diperjual belikan. Disanalah muncul istilah *jubilee*, yang artinya 50 (lima puluh tahun), dimana kaisar atau raja mengumumkan pengampunan utang. Yang berarti, masa itu adalah, para debitor dilepaskan atau dihapus dari utangnya dan para budak dibebaskan menjadi manusia merdeka.⁵

Dalam perkembangannya, sesuai dengan tuntutan terhadap harkat dan hak asasi manusia, hukuman terhadap debitor yang tidak membayar utang telah berubah. Yang dahulu dimasukkan ke penjara, atau pidana, sekarang berubah menjadi hukuman pengembalian saja. Disinilah mulai muncul tanggung jawab perdata, yaitu tanggung jawab harta sebagai jaminan. Debitor tidak perlu masuk penjara atau menjadi budak, tetapi seluruh harta debitor akan menjadi jaminan bagi utangnya.

Istilah kepailitan dari kata benda yang berakar dari kata pailit. Berasal dari bahasa Belanda, yaitu failit. Dari istilah failit tersebut, muncul istilah *failissement* yang diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia menjadi kepailitan. Dari *failissement*, muncul istilah *failissementwet* (undang-undang kepailitan Belanda) dan *failissement verordering* (undang-undang kepailitan hindia Belanda) yang berarti undang-undang kepailitan. *Failissement* dan kepailitan merupakan padanan istilah *bankruptcy* atau insolvensi dalam Bahasa Inggris.⁶

Kata *bankruptcy* berasal dari Bahasa Perancis, yaitu *banque route*. Sutan Remy Sjahdeini – Duhaemi.org. *Learn Law*), yaitu berasal dari 2 (dua) kosa kata dari bahasa Latin Kuno, yaitu *bancus*, (*bench* / bangku atau *table* / meja) dan *ruptus* (*broken* / patah). Dikisahkan oleh Sutan Remi Sjahdeini, apabila seorang bank atau *money changer*, yang

⁵ Sutan Remy Sjahdeini, *Sejarah, Asas Dan Teori Hukum Kepailitan*, Prenadamedia, 2016, Hlm. 26.

⁶ Sutan Remy Sjahdeini, *Ibid.*, Hlm. 2.

semula melakukan semua transaksinya di atas sebuah bangku (*bench*) di tempat tertentu, dan kemudian tidak dapat lagi melanjutkan transaksinya berupa memberikan pinjaman (*lending*) dan memenuhi kewajiban-kewajibannya, (utang-utangnya), maka bangku tersebut dipatahkannya. Pematahan bangku tersebut sebagai simbol menunjukkan bahwa dia telah gagal dan tidak mampu lagi untuk bernegosiasi dan melunasi utang-utangnya. Peristiwa itu sering terjadi di Italia pada abad pertengahan (*medieval Italy*), istilah bangkrut dipercayai secara luas sebagai terjemahan *branco rotto* atau *bancarotta*, yang dalam Bahasa Italia berarti *broken bank*. Kata *bancarotta* kemudian diserap, antara lain ke bahasa Spanyol, yang artinya *bankruptcy*. Dalam Bahasa Spanyol, frasa *estar en bancarotta* berarti *to be bankrupt* dan *la bancarrota* berarti *to go bankrupt*.⁷

Di Indonesia, istilah yang dipakai lebih banyak memakai istilah pailit, karena terbiasa mendengar Bahasa Belanda dan diberlakukannya aturan kepailitan oleh pemerintah penjajah Hindia Belanda, dengan istilah failit atau *failissement*. Istilah kepailitan menjadi lebih jelas setelah berkuasanya perusahaan monopoli dagang milik Belanda *Vereenigde OosIndische Compagnie* (VOC) di Indonesia sejak tahun 1600 an. Usaha monopoli dagang memerlukan hukum dagang juga. VOC memerlukan hukum Belanda atau Eropa untuk melindungi kepentingan usaha mereka, jika bertransaksi dengan kalangan timur asing seperti Cina, Jepang, India, maupun dengan pribumi. Mulailah dikenal istilah pailit. Berkuasanya VOC dan kemudian berganti kepada pemerintah Hindia Belanda, tidak mengubah isi dan ketentuan kepailitan.

Menurut Elyta Ras Ginting, jejak berlakunya hukum kepailitan Belanda di Indonesia tidak terlepas dari peristiwa kepailitan yang menimpa perusahaan monopoli dagang tersebar di Belanda bernama *Vereenigde Oosindische Compagnie* (VOC).⁸

⁷ *Ibid*, Hlm.3

⁸ *Idem*, Hlm.9

Kepailitan VOC membuat pemerintah Kerajaan Belanda mengambil alih semua aktivitas VOC di dunia, tidak terkecuali Hindia Belanda. Itulah sebabnya, sejarah hukum kepailitan di Indonesia yang dahulu disebut *Nederlandsch Indie* atau Hindia Belanda, dapat ditelusuri dari 2 (dua) sumber hukum, yaitu dalam *wetboek van rechtverorddering* atau Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD) yang diberlakukan pada tanggal 1 Mei 1848 (stb 1847 No. 23) dan *Reglement op de Burgerlijke Rechtverordering* (RV) atau ketentuan hukum acara perdata khusus yang berlaku untuk golongan Eropa dan yang dipersamakan dengan golongan Eropa untuk berperkara di muka *Raad van Justitie* dan *Residentiegerecht* yang diberlakukan pada tanggal 1 Mei 1848 (Stb 1847 No. 52). Kedua sumber hukum ini diberlakukan di Hindia Belanda berdasarkan asas konkordansi (*concordantie beginsel*), sebagaimana diatur dalam Pasal 131 ayat 3 *Indische Staatregeling* (Stb. 1925 No. 577). Pada fase ini, ada 2 (dua) peraturan kepailitan yang diberlakukan sekaligus, yaitu:

- a. Kepailitan khusus untuk pedagang (*kooplieden*), diatur di buku ke III pada Pasal 749 sampai dengan Pasal 910 Kitab Hukum Dagang (*wet van koophandel*) dengan judul *Van de voorzieningen in Geval van onvermogen van kooplieden* (peraturan tentang ketidakmampuan pedagang).
- b. Kepailitan untuk non pedagang (*niet kooplieden*), diatur dalam *reglement op de rechtverordering* (RV) di buku III Bab ke VII pada Pasal 899 sampai dengan 915 dengan judul *van de staat van kennelijk onveermogen* atau tentang keadaan nyata-nyata tidak mampu. (Stb. 1847 No. 52 jo 1849 No. 63).⁹

Dalam perjalanannya, adanya dualisme hukum kepailitan menimbulkan berbagai protes dan kecaman dari ahli-ahli hukum di Belanda. Maka dari itu, pada tahun 1905,

⁹ *Ibid*, Hal.9

dualisme diakhiri dengan memberlakukan *Verordering op het en de surceance van Betaling voor de Europeanen in Nederlands Indie* dengan Stb 1905 No. 217. Selanjutnya dengan Stb. 1906 No. 348, ketentuan Buku III *Wet Van Koophandel* (WvK) dan Bab VII dari Buku III *Reglement op de Rechtverordering* (RV) dinyatakan dicabut, dan *faillissement verordering* dinyatakan berlaku sebagai hukum kepailitan di Hindia Belanda bagi semua orang tanpa membedakan pedagang atau non pedagang dan berlaku sejak tanggal 1 November 1906.¹⁰

Ketentuan *faillissements verordering*, masih berlaku selama masa penjajahan Jepang sampai Indonesia merdeka, tanggal 17 Agustus 1945. Disahkannya Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) sebagai Undang-Undang Dasar Republik Indonesia, mencantumkan adanya aturan peralihan.

Pasal II aturan peralihan dari UUD 1945 menyebutkan: “Segala badan kenegaraan dan peraturan yang ada masih langsung berlaku selama belum diadakan yang baru” (Kutipan dari UUD 1945). Bahkan, *faillissement verordering* masih berlaku sampai tahun 1998, yaitu sejak Perpu No. 1 tahun 1998 diterbitkan dan dilanjutkan dengan diundangkannya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 tahun 1998 menjadi Undang-Undang (UU No. 4 tahun 1998). Ketentuan mengenai kepailitan yang masih dipengaruhi oleh Belanda berakhir dengan diundangkannya Undang-Undang No. 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Pasal 307 menyebutkan:

“Pada saat undang-undang ini mulai berlaku, Undang-Undang tentang Kepailitan (Faillissements – verordering Staatbald 1905: 217 juncto Saatblad 1906 : 348) dan Undang-Undang Nomor 4 tahun 1998 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 tahun 1998 tentang

¹⁰ *Ibid*, Hlm 9

Perubahan Atas Undang-Undang Tentang Kepailitan Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1998 Nomor 135, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3778), dicabut dan dinyatakan tidak berlaku”

Kepailitan tidak bisa dilepaskan dari adanya utang. Ibarat pepatah Melayu, tidak mungkin ada asap jika tidak ada api. Demikian juga halnya dengan kepailitan. Tidak mungkin ada kepailitan jika tidak ada utang.

Secara *a contrario*, jika utang terbayar atau tercicil tepat waktu sesuai dengan perjanjian, dipastikan tidak akan terjadi kepailitan. Adanya utang yang belum dibayar, apakah karena belum mampu membayar, atau tidak mau membayar, memberi kebebasan kepada pihak berpiutang (kreditor) untuk memilih upaya hukum ke pengadilan: apakah menuntut debitor secara perdata umum atau menuntut debitor agar dinyatakan pailit.¹¹

Dalam kenyataannya, ternyata si debitor mempunyai utang tidak hanya kepada satu orang atau pihak. Adakalanya, dia memiliki utang kepada banyak pihak. Maka dari itu, muncullah Pasal 1132 KUHPerdata, yang mengatur harta benda debitor akan dibagi merata kepada para kreditornya, yang disebut dengan *pari pasu pro rata*. Beberapa ahli, antara lain Fredd Tumbuan mengatakan inilah sebenarnya prinsip dasar kepailitan. Dimulai dengan debitor yang tidak mampu membayar utang, sehingga jaminan utang adalah hartanya. Dan ternyata kreditornya banyak, maka harta tersebut dibagi secara proporsional. Artinya, terhadap harta debitor tidak boleh main hakim sendiri, di antara para kreditor saling berebut untuk mendapatkan harta debitor. Dari sinilah muncul kewajiban adanya dua atau lebih kreditor sebagai syarat untuk mengajukan kepailitan.¹²

Selanjutnya, kapan istilah kepailitan itu muncul kepailitan yang kata dasarnya

¹¹ Wawancara Dengan Ricardo Simanjuntak Pada Senin, 11 April 2022

¹² Wawancara Dengan Jimmy Simanjuntak Pada Selasa, 15 Maret 2022

adalah pailit, yang artinya jatuh, bangkrut, jatuh miskin. Kepailitan artinya perihal pailit (bangkrut), keadaan atau kondisi seseorang atau badan hukum yang tidak mampu lagi membayar kewajibannya (dalam hal utang-utangnya) kepada si piutang. Dari istilah umum ini secara samar sudah mulai dapat diartikan, kepailitan adalah kondisi seseorang yang tidak mampu membayar utang-utangnya. Ada 3 (tiga) elemen penting di sini, yaitu adanya utang, adanya ketidakmampuan membayar dan utangnya ada kepada dua atau lebih pihak. Arti utang menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia: 1) uang yang dipinjam dari orang lain; 2) Kewajiban membayar kembali apa yang sudah diterima.

Menurut Hadi Shubhan, Pailit merupakan suatu keadaan di mana debitor tidak mampu untuk melakukan pembayaran-pembayaran terhadap utang-utang dari para kreditornya. Keadaan tidak mampu membayar lazimnya disebabkan karena kesulitan kondisi keuangan (Financial distress) dari usaha debitor yang telah mengalami kemunduran. Sedangkan kepailitan merupakan putusan pengadilan yang mengakibatkan sita umum atas seluruh kekayaan debitor pailit, baik yang telah ada maupun yang akan ada di kemudian hari.¹³

Dengan demikian, kepailitan adalah sita umum dimana seluruh harta debitor pailit berupa benda benda berwujud dan/atau benda tidak berwujud yang berupa Hak Kekayaan Intelektual (HKI) menjadi tersita, baik harta yang ada saat ini, harta yang telah dialihkan, maupun harta yang akan datang. Setiap subjek hukum yang telah diputus pailit (debitor pailit), baik orang atau badan hukum, demi hukum kehilangan haknya untuk menguasai harta-hartanya tersebut.

Karena sifatnya umum, masih dibutuhkan untuk menginventarisir harta- harta (boedel pailit) baik yang berupa harta benda berwujud maupun benda yang tidak

¹³ M.Hadi Subhan, *Hukum Kepailitan, Prinsip, Norma, Dan Praktik Di Peradilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, Hlm. 34

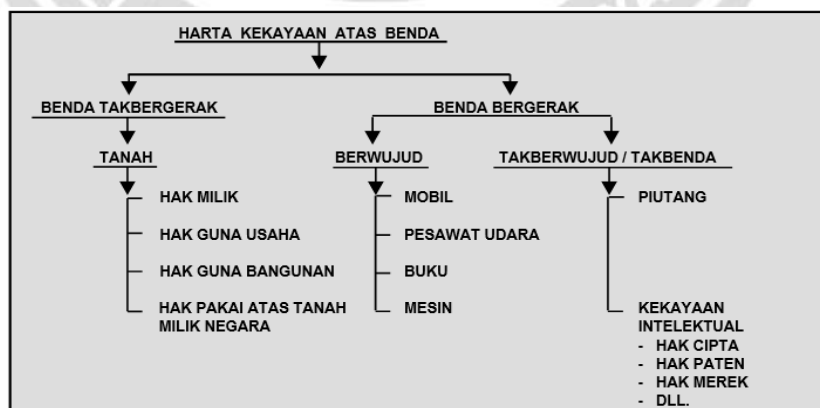
berwujud (HKI) oleh Kurator. Boedel pailit itulah yang nantinya akan dijual dan dibagi oleh Kurator kepada para kreditor sesuai dengan yang diatur dalam perundang-undangan.

Kepailitan meliputi seluruh kekayaan debitor pada saat pernyataan pailit diucapkan serta segala sesuatu yang diperoleh selama kepailitan. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) kekayaan adalah barang uang dan sebagainya) yang menjadi kekayaan. Menurut KUHPerdara, kekayaan disebut benda, sebagaimana diatur dalam Pasal 503 dan Pasal 1131 KUHPerdara yang dibagi dalam 4 kategori, yaitu:

1. Benda berwujud dan tidak berwujud. (Pasal 503 KUHPerdara)
2. Benda bergerak dan tidak bergerak. (Pasal 504 KUHPerdara)
3. Benda habis dan tidak habis. (Pasal 504 KUHPerdara)
4. Benda yang sudah ada dan akan ada. (Pasal 1131 KUHPerdara).

Skema dari Harta Kekayaan atas benda digambarkan dalam bentuk skema oleh Laddie Presscot & Victoria, dalam bukunya *The Modern Law of Copyright*, Butterworth, sebagai berikut:¹⁴

Gambar 1.1.
Harta Kekayaan atas Benda



¹⁴ Eddy Damian, *Hukum Hak Cipta*, Edisi V, Penerbit Pt Alumni, 2019, Hlm. 361.

Hak Kekayaan Intelektual seperti Hak Paten, Hak Cipta, Hak Desain Industri, Hak Merek yang merupakan benda tak berwujud dapat merupakan benda tak berwujud yang menjadi Boedel/ harta pailit dari debitor pailit.

Langkah hukum yang dapat dilakukan oleh kurator adalah mengurus harta pailit dan membereskan harta pailit atau boedel pailit dengan cara menjualnya di muka umum. Namun, dalam perjalanannya ada pertimbangan yang memungkinkan bagi kurator untuk memilih tidak menjual, melainkan melanjutkan menjalankan usaha dari debitor pailit. Istilah ilmu ekonomi atau akuntansi menyebutnya *going concern*. Pertimbangannya, tidak jarang dijumpai, sebenarnya perusahaan tersebut masih bisa diselamatkan usahanya beserta boedel pailitnya. Diketahui dalam pencatatan dan kedatangan Kurator ke tempat debitor, sebagaimana diatur dalam Pasal 100 Undang-Undang Kepailitan dan PKPU, kurator wajib mencatat harta pailit paling lambat 2(dua) hari setelah menerima surat putusan pengangkatan dirinya sebagai kurator. Bahwa pada saat pencatatan, bertemu dengan debitor, diketahui adanya itikad baik dan keterbukaan debitor dan ada prospek bahwa perusahaan masih layak dijalankan.

Dengan bantuan ahli akuntansi, Kurator dapat menganalisis bahwa perusahaan masih dapat dijalankan. Dalam dunia akuntansi, menurut Michael C Dennis, yang dikutip oleh Elyta Ras Ginting, ada 9 (Sembilan) indikator yang dapat dijadikan acuan bagi para akuntan untuk tidak memberikan opini *going concern*, jika ditemukan kondisi-kondisi sebagai berikut¹⁵ :

1. Arus uang kas minus (*negative cash flow*).
2. Mengalami kerugian secara terus menerus (*significant net loss*).
3. Menurunnya penjualan dan permintaan secara signifikan (*a serious decline in sales and demand*).

¹⁵ *Ibid*, Hlm 9

4. Tidak dapat membayar utang kepada kreditor separtis (*default on debts owe to secured creditors*).
5. Telah melanggar kesepakatan perjanjian pinjaman (*loan covenant violation*).
6. Adanya kewajiban yang belum jatuh tempo yang harus dilaksanakan pembayarannya (*sizeable contingent liabilities*).
7. Terjadi pengembalian produk secara massal (*major products recalls*).
8. Perusahaan mendapat sanksi pajak (*tax liens placed on the business*).
9. Perusahaan sedang digugat secara hukum atas pelanggaran hak personal dari seseorang yang dilakukan oleh perusahaan (*law suits filed against the company in particular personal injury suit*).

Bersamaan dengan upaya kurator untuk menginventaris harta-harta debitor, ditemukan pembukuan bahwa perusahaan layak dioperasikan kembali. Namun, tidak semua Kurator menjalankan ini karena mereka lebih suka untuk menjual saja semua harta pailit di muka umum agar secepatnya mendapat honorarium. Menjalankan dalam keadaan normal saja sulit, bagaimana menjalankannya pada posisi pailit?

Namun, permasalahan untuk menjalankan usaha seperti ini adalah kecerdasan bisnis dan kemampuan dari setiap Kurator. Kurator umumnya berlatar advokat dan sarjana hukum yang kurang paham ekonomi, bisnis, apalagi kemampuan managerial untuk mengelola usaha. Selain itu, juga menghadapi “rejim mayoritas”, dimana persetujuan untuk melangsungkan usaha harus disetujui oleh para kreditor.¹⁶

Prinsip artinya asas, yaitu kebenaran yang menjadi dasar berpikir, bertindak, dan sebagainya. Dengan demikian, prinsip sama artinya dengan asas. Peneliti memakai istilah asas sesuai dengan istilah yang dipakai dalam Undang-Undang Kepailitan dan PKPU. Namun jika ada pemakaian istilah prinsip, sebenarnya sama saja pengartiannya.

¹⁶ Wawancara Dengan Jimmy Simanjuntak Pada Selasa, 15 Maret 2022

Pada penjelasan umum Undang-Undang Nomor 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU, ada 4 (empat) asas kepailitan, yaitu¹⁷:

1. Asas keseimbangan;
2. Asas kelangsungan usaha;
3. Asas keadilan
4. Asas integrasi.

Jika mengacu kepada ketentuan yang khusus, asas kelangsungan usaha diatur dalam Pasal 104, 179, 180 dan 181 Undang-Undang Kepailitan dan PKPU. Diberikannya *going concern* tentu untuk memberikan kesempatan kepada debitor maupun kreditor untuk merestrukturisasi perusahaan. Artinya, jika terjadi pailit, tidak serta-merta melakukan pemberesan karena *going concern* menghidupkan kembali perusahaan yang sudah jatuh pailit yang di mana *going concern* seperti penjelasan di atas juga bisa berdampak terhadap pembangunan ekonomi nasional. Berdasarkan latar belakang masalah tersebut, maka penulis tertarik untuk melakukan suatu penelitian untuk suatu disertasi dengan judul **Prinsip Kelangsungan Usaha Bisnis (*Going Concern*) Pada Kepailitan Dalam Rangka Pembangunan Ekonomi Nasional.**

B Rumusan Masalah

Adapun rumusan masalah pada penulisan ini adalah:

1. Apa teori hukum yang digunakan sebagai landasan hukum atau *ratio legis* bagi kelangsungan usaha (*going concern*) debitor pailit?
2. Apa prinsip-prinsip hukum terbaik yang dapat digunakan bagi kelangsungan usaha (*going concern*) debitor pailit?

¹⁷ Sutan Remy Sjadeini, Memahami Undang-Undang No.37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan, Hal.51

3. Bagaimana konsep hukum pengaturan yang terbaik bagi kelangsungan usaha (*going concern*) debitor pailit dalam rangka kontribusi terhadap Pembangunan Ekonomi Nasional.

C Tujuan Penelitian

Berikut tujuan penelitian pada penulisan ini adalah:

1. Menemukan teori yang dapat digunakan sebagai dasar hukum atau *ratio legis* untuk kelangsungan usaha (*going concern*) debitor pailit.
2. Menemukan prinsip-prinsip hukum kelangsungan usaha bisnis (*going concern*) debitor pailit.
3. Menerapkan konsep pengaturan yang terbaik bagi kelangsungan usaha (*going concern*) debitor pailit, dalam rangka kontribusi terhadap Pembangunan Nasional.

D Manfaat Penelitian

Adapun manfaat penelitian yang bisa diambil dalam penulisan ini adalah:

1. Secara teoritis dapat menambah dan memperdalam wawasan keilmuan hukum kepailitan menurut hukum positif di Indonesia, dalam rangka membangun pemahaman dan kebijakan untuk pengembangan Hukum Positif yang relevan dan sesuai kebutuhan masyarakat.
2. Manfaat praktis adalah untuk membangun kesadaran dan pemahaman kepada publik akan perlunya upaya penyelamatan usaha oleh Kurator, dalam menentukan arah kebijakan merumuskan peraturan perundang-undangan Kepailitan dan Aset-aset Debitor Pailit yang berupa benda tidak berwujud (HKI) Kekayaan Intelektual disamping aset-aset debitor pailit yang berupa benda-benda berwujud.

E Kerangka Teori Hukum

1. Teori Negara Kesejahteraan

Teori Negara Kesejahteraan digunakan karena Negara berperan mengelola dan mengorganisasi perekonomian, memajukan kesejahteraan umum dalam welfare state (Negara Kesejahteraan) dan pemerintah harus berperan aktif mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi untuk kesejahteraan masyarakat, berikut pendapat tentang Negara Kesejahteraan.¹⁸

Paul Spicker mengatakan bahwa kesejahteraan tergantung kepada perkembangan ekonomi Negara yang bersangkutan. Ekonomi bukanlah satu-satunya untuk mencapai kesejahteraan suatu negara, tetapi hal ini merupakan kebutuhan karena perkembangan ekonomi merupakan dasar bagi tercapainya suatu kesejahteraan materiil. Hanya melalui ekonomilah persoalan-persoalan penting dalam perwujudan kesejahteraan masyarakat akan tercapai.¹⁹

Dalam Bab XIV, Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 hasil Amandemen keempat merupakan Pasal mengenai perekonomian nasional dan kesejahteraan sosial. Kesejahteraan sosial yang terdapat dalam UUD 1945 yang berarti Pembangunan ekonomi nasional haruslah bermuara pada peningkatan kesejahteraan sosial sedangkan system ekonomi Indonesia berdasarkan pada UUD 1945 dan Pancasila, terlihat dalam pembangunan ekonomi, hukum harus menjadi figure ekonomi dan sebaliknya ekonomi juga tidak boleh meninggalkan hukum. Pembangunan Nasional diselenggarakan berdasarkan demokrasi dengan prinsip – prinsip kebersamaan, berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, serta

¹⁸ Maemunah, Rekonstruksi Hukum Standar Nasional Sumber Daya Manusia Penyelenggara Kesejahteraan Sosial Berbasis Nilai Keadilan Pancasila (Disertasi), Unisulla, Hal.Xii

¹⁹ Paul Spicker, *The Welfare State, A General Theory*, Sage Publication, London, 2000, Hlm. 8

kemandirian dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan nasional.²⁰ Demikian pula dalam Undang – Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang 2005 – 2025 menyebutkan:²¹

“Pembangunan hukum diarahkan untuk mendukung terwujudnya pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan; mengatur permasalahan yang berkaitan dengan ekonomi, terutama dunia usaha dan dunia industri, serta menciptakan dunia investasi terutama penegakan dan perlindungan hukum.”

Menurut Sunaryati Hartono, terdapat 4 (empat) Fungsi Hukum dalam Pembangunan yaitu:²²

- a. Hukum sebagai pemeliharaan ketertiban dan keamanan;
- b. Hukum sebagai sarana pembangunan;
- c. Hukum sebagai sarana penegak keadilan; dan
- d. Hukum sebagai sarana pendidikan masyarakat.”

Bedasarkan penjelasan terhadap empat fungsi hukum dalam pembangunan menurut Sunaryati, hukum itu merupakan ekonomi pembangunan, bukan sosial ekonomi. Hukum harus memegang peranan yang penting bagi sukses tidaknya pelaksanaan suatu rencana pembangunan ekonomi dan pembangunan masyarakat pada umumnya. Hukum harus membuka jalan dan menyalurkan kehendak dan kebutuhan masyarakat kearah tujuan yang dikehendaki.²³ Sebagaimana

²⁰ Undang – Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2004 Tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional Pasal 2, Ayat (1) Tentang Asas Dan Tujuan Pembangunan.

²¹ Undang – Undang Ri Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Pembangunan Jangka Panjang 2005-2025 Bab Iv, Mengenai Arah, Tahapan Dan Prioritas Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005-2025, Huruf E, Tentang Reformasi Hukum Dan Birokrasi, Hlm.110.

²² Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*, Binacipta, Bandung, 1982, Hlm.10.

²³ *Ibid*, Hlm.10

dikemukakan juga oleh Roscou Pound dalam bukunya *“An Introduction to the Philosophy of Law”*.

Sejalan dengan Konsep Roscou Pound ini, dikembangkan oleh Mochtar Kusumaatmadjam yaitu bahwa hukum tidak diartikan sebagai “alat” tetapi sebagai “sarana” pembaharuan masyarakat. Pikiran – pikiran yang melandasi konsep tersebut adalah:

- a. Bahwa ketertiban dan keteraturan dalam usaha pembangunan dan pembaharuan memang diinginkanm bahkan mutlak perlu, dan
- b. Bahwa hukum dalam arti kaidah diharapkan dapat mengarahkan kegiatan manusia kearah yang dikehendaki oleh pembangunan dan pembaruan itu.

Hal ini maka diperlukan sarana berupa peraturan hukum yang tertulis itu harus sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.²⁴ Sebenarnya, konsep Mochtar Kusumaatmadja ini tidak hanya dipengaruhi oleh sosiological Jurisprudence, tetapi juga oleh *Pragmatic Legal Realism*.²⁵

Dikaitkan dengan Teori keseimbangan yang dikemukakan oleh Jeremy Bentham yang mengemukakan *The Aim of Law is The Greatest Happiness for The Greater Number*. Salah satu yang harus dicapai dalam suatu perkara kepailitan adalah berdasarkan pada asas keseimbangan seperti dikemu-kakan oleh Jeremy Bentham ini yang hidup pada tahun 1748 sampai 1832.

Perkembangan hukum perjanjian melahirkan asas baru yaitu asas keseimbangan yang menyatakan bahwa suatu perjanjian mengikat sepanjang dilandasi keseimbangan kepentingan di antara para pihak. Pada umumnya, untuk menilai kekuatan mengikat perjanjian didasarkan atas syarat sahnya perjanjian.

²⁴ Mochtar Kusumaatmadjam, *Hukum, Masyarakat Dan Pembinaan Hukum Nasional Suatu Uraian Tentang Landasan Pikiranm Pola Dan Mekanisme Pembaharuan Hukum Di Indonesia*, (Lembaga Penelitian Hukum Dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran), Bandung, 1976, Hlm. 9-10.

²⁵ *Ibid.* Hal.10

Munculnya asas keseimbangan kemudian menimbulkan permasalahan yang menjadi fokus utama dalam penulisan hukum ini.

Meskipun tidak terdapat ketentuan yang mengatur berlakunya asas keseimbangan dalam hukum perjanjian Indonesia, tetapi penerapan asas keseimbangan secara tidak langsung terdapat dalam Pasal 1320 KUHPerdata. Ditekankannya “kesepakatan”, “pelaksanaan dengan iktikad baik” serta terikatnya perjanjian dengan “kepatutan, kebiasaan dan undang-undang” menunjukkan bahwa dalam suatu perjanjian sebaiknya ada keseimbangan di antara para pihak sehingga menciptakan rasa keadilan. Suatu perjanjian yang tidak seimbang tidak mempunyai kekuatan mengikat sebab bertentangan dengan iktikad baik, rasa keadilan, dan kepatutan. Sebagai akibatnya perjanjian yang tidak seimbang dapat dimintakan pembatalan perjanjian.

KUH Perdata ini mengatur beberapa ketentuan yang merupakan perwujudan dari asas keseimbangan, yaitu disatu pihak, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga-lembaga kepailitan oleh debitor yang tidak jujur, dilain pihak terdapat ketentuan yang mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan yang tidak beriktikad baik. Artinya, Kurator harus menyeimbangkan kepentingan kreditor, debitor dan pihak-pihak berkepentingan dalam kepailitan.²⁶

2. Teori Keadilan

Kerangka teori dimulai dari teori Aristoteles dan Jhon Rawls. Kemudian diikuti oleh teori-teori keadilan dalam kepailitan. Kepailitan awalnya dianggap sebagai suatu vonis atas suatu perbuatan yang dianggap sebagai tindakan tidak

²⁶ Bernard Nainggolan, *Perlindungan Hukum Seimbang, Debitor, Kreditor Dan Pihak-Pihak Beerkepentingan Dalam Kepailitan*, Penerbit Pt Alumni, 2011.

terpuji, karena debitor pailit dianggap menggelapkan atau tidak mau membayar utang-utangnya kepada kreditor. Proses kepailitan merupakan hukuman bagi debitor yang tidak mau membayar utang-utangnya, serta menghukum debitor yang beritikad tidak baik menipu dan menghalangi kreditor untuk menagih utang-utang debitor dengan cara menyembunyikan asset-asetnya. Kepailitan juga dianggap sebagai kesalahan debitor secara pribadi, karena menyebabkan kegagalan dalam usahanya sehingga debitor tidak mampu membayar utang-utangnya kepada kreditor. Dalam perkara kepailitan asas keadilan mengandung pengertian bahwa ketentuan kepailitan dapat memenuhi rasa keadilan bagi para pihak yang berkepentingan. Asas ini untuk mencegah terjadinya kesewenang wenangan pihak penagih yang mengusahakan pembayaran atas tagihan masing masing terhadap debitor, dengan tidak mempedulikan kreditor lainnya.

Keadilan adalah kondisi kebenaran ideal secara moral mengenai sesuatu hal, baik menyangkut benda atau orang. Menurut sebagian besar teori, keadilan memiliki tingkat kepentingan yang besar. Intinya, keadilan adalah meletakkan segala sesuatu pada tempatnya atau sesuai dengan porsinya, adil tidak harus merata berlaku bagi semua orang tetapi sifatnya sangat subjektif. Keadilan juga merupakan kelayakan dalam tindakan manusia.²⁷

Kelayakan diartikan sebagai titik tengah diantara kedua ujung eksterm yang terlalu banyak dan terlalu sedikit. Kedua ujung eksterm itu menyangkut 2 (dua) orang atau benda. Bila 2 (dua) orang tersebut punya kesamaan dalam ukuran yang telah ditetapkan, maka masing-masing orang harus memperoleh benda atau hasil yang sama. Jika tidak sama, maka akan terjadi pelanggaran terhadap proporsi tersebut berarti ketidakadilan. Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law*

²⁷ Pasalong, Harbani. (2021). *Etika Profesi*. Makassar: Nas Media Indonesia

and state, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan.²⁸

Adapun tujuan dari teori keadilan menurut John Rawls, yaitu:²⁹

- a. Teori ini merupakan prinsip-prinsip umum keadilan yang mendasari dan menerangkan berbagai keputusan moral yang sungguh-sungguh dipertimbangkan dalam keadaan- keadaan khusus. Maksud dari “keputusan moral” adalah sederet evaluasi moral yang telah dibuat dan sekiranya menyebabkan tindakan sosial. Keputusan moral yang sungguh dipertimbangkan menunjuk pada evaluasi moral yang dibuat secara refleksif.
- b. Rawls mau mengembangkan suatu teori keadilan sosial yang lebih unggul atas teori utilitarianisme. Rawls memaksudkannya “rata- rata” (average utilitarianisme). Maksudnya adalah bahwa institusi sosial dikatakan adil jika diabdikan untuk memaksimalkan keuntungan dan kegunaan. Sedang utilitarianisme rata-rata memuat pandangan bahwa institusi sosial dikatakan adil jika hanya diandaikan untuk memaksimalkan keuntungan per kapita.

3. Teori Kepailitan

- a. *Universalist theory*, tokohnya Jerome Sgard, tujuan dari hukum kepailitan merupakan penggabungan dari 2 (dua) sistem hukum, yaitu *civil law system* dan *common law system*.

²⁸ Hans Kelsen, *General Theory Of Law And State*, Diterjemahkan Oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media, 2011, Hlm.7.

²⁹ Damanhuri Fattah, “Teori Keadilan Menurut John Rawls”, *Jurnal Tapis*, Vol.9 No.2, Julidesember, 2013, Hlm.32-33.

- b. *Creditors bargain theory* atau *creditors wealth maximization*, tokohnya Thomas H. Jackson, yang intinya adanya kekuatan dari kreditor untuk meningkatkan perolehan mereka dari harta pailit.
- c. *Contractarian approach theory*, tokohnya Donald R. Korobkin, bahwa dalam kepailitan, selain kreditor yang telah terikat kontrak dengan debitor, ada pihak lain yang berkaitan dengan debitor yang haknya harus diperhitungkan dalam kepailitan yang tidak terikat dengan kontrak. Contohnya pemegang saham dan kreditor konkuren dan kreditor non kontrak.
- d. *Ethical Vision Theory*, tokohnya Elizabeth Warren, yang intinya, hukum kepailitan juga ditujukan untuk melindungi hak dari pihak-pihak lain yang terimbas akibat kepailitan debitor, yang tidak berposisi sebagai kreditor dan tidak memiliki hak atas harta debitor, tetapi berkepentingan dengan kelangsungan usaha debitor.
- e. *Procedure Theory*, tokohnya adalah Charles W. Mooney, yang berpendapat bahwa hukum kepailitan tidak hanya menegakkan hak-hak para kreditor terhadap debitor, tetapi juga melindungi hak-hak debitor.
- f. *Debitor friendly bankruptcy theory*, tokohnya adalah Matej J Manic dan Razvan Vlabu, yang mengidealkan hukum kepailitan ditinjau dari segi ekonomi daripada aspek hukum.
- g. *Team production theory of bankruptcy*, tokohnya adalah Lyn tujuan utama hukum kepailitan adalah meningkatkan harta pailit.³⁰

Kepailitan merupakan salah satu jalan keluar yang bersifat komersial untuk keluar dari persoalan utang piutang yang menghimpit seorang debitor, dimana

³⁰ Elyta Ras Ginting, *Op. Cit.* Hal.185-186

debitor tersebut tidak mempunyai kemampuan lagi membayar utang utangnya kepada kreditor sehingga jika keadaan ketidak mampuan 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 bila kemudian ditemukan bahwa debitor tersebut memang tidak mampu lagi untuk membayar hutangnya yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih sebagaimana uraian di atas (*involuntary petition bankruptcy*).

F Orisinalitas Penelitian

Penelitian yang pernah dilakukan tentang topik yang relatif sama dengan yang ingin penulis teliti tersebut di bawah ini, tetapi pada dasarnya penelitian disertasi yang penulis lakukan terdapat perbedaan dengan penelitian sebelumnya yang antara lain:

1. Disertasi: Yuhelson. Univ Jayabaya. Prioritas Pembagian Harta Kekayaan Debitor Pailit terhadap Kreditor Preferen dan Kreditor Separatis berdasarkan Prinsip-Prinsip Kelangsungan Usaha yang Berkeadilan dan Kepastian Hukum. Tahun 2016.
2. Disertasi: Maruli Simalango. Asas Kelangsungan Usaha dalam Hukum Kepailitan Indonesia. Tahun 2017.
3. Disertasi tentang “Penerapan Asas Kelangsungan Usaha Menggunakan Uji Insolvensi: Upaya Mewujudkan Perlindungan Hukum Berbasis Keadilan Restrukturatif Bagi Debitor Pailit Dalam Penyelesaian Sengketa Kepailitan” yang ditulis oleh Serlika Aprita, Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya. Tahun 2019.

G Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penulisan dengan pendekatan hukum normatif dan empiris, yaitu cara penulisan yang didasarkan pada analisis terhadap beberapa data empiris dari teori hukum, asas hukum serta peraturan perundang-undangan yang sesuai dan berkaitan dengan permasalahan dalam penelitian ini. Juga dikaitkan dengan beberapa putusan pengadilan dan penetapan hakim pengawas yang memutuskan melanjutkan usaha (*going concern*). Penelitian hukum normatif ini adalah suatu prosedur dan cara penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari segi normatifnya.

Selain dari metode normatif dan empiris, peneliti juga menggunakan metode evaluatif, yaitu sebagai cara kerja yang tepat dalam mencapai tujuan penelitian dan berfungsi untuk mempermudah dalam proses penelitian. Metode penelitian evaluative adalah suatu penelitian yang menuntut persyaratan yang harus dipenuhi, yaitu adanya kriteria, tolok ukur, atau standar yang digunakan sebagai pembanding bagi data yang diperoleh, setelah data tersebut diolah dan merupakan kondisi nyata dari objek yang diteliti.³¹

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan yang dilakukan dalam penelitian ini adalah pendekatan sejarah (*history approach*). Sejarah hukum berusaha mengenali dan memahami secara sistematis proses-proses terbentuknya hukum, faktor-faktor yang menyebabkan, serta memberikan tambahan pengetahuan hukum dalam masyarakat. Pendekatan

³¹ [Http://Repository.Upi.Edu/4280/6/S_Pta_0811666_Chapter3.Pdf](http://Repository.Upi.Edu/4280/6/S_Pta_0811666_Chapter3.Pdf) Diakses Pada Selasa, 21 Februari 2023 Pukul 13.42 Wib

ini digunakan untuk mengetahui latar belakang dari pembentukan Undang-Undang Kepailitan dan PKPU dalam hubungannya dengan Prinsip Kelangsungan Usaha Bisnis (*Going Concern*) pada Kepailitan dalam Rangka Pembangunan Ekonomi Nasional.

Selain pendekatan sejarah (*historis approach*), pendekatan perbandingan dilakukan dengan cara mengadakan studi perbandingan hukum. Studi perbandingan hukum merupakan kegiatan membandingkan hukum suatu negara dengan hukum negara hukum negara lain atau hukum dari suatu waktu tertentu dengan hukum dari waktu bertujuan untuk penyingkapan latar belakang terjadinya ketentuan hukum tertentu untuk masalah untuk masalah yang sama dari dua negara atau lebih.³²

Metode perbandingan hukum digunakan untuk dapat menemukan jawaban atas beberapa pertanyaan yang tidak terjawab dengan pendekatan hukum kepailitan Indonesia. Metode perbandingan dilakukan dengan memfokuskan perhatian kepada persamaan dan perbedaan sistem hukum yang diperbandingkan. Selanjutnya perbandingan dilakukan untuk mengkaji bagaimana sistem hukum yang berbeda mengatasi permasalahan hukum tertentu, Metode perbandingan hukum dilakukan dengan menelusuri sejarah lahir dan berkembangnya konsep hukum kepailitan yang berkembang di Indonesia dan beberapa negara lain.³³

Perbandingan ini terutama dilakukan pada konsep Hukum Kepailitan modern pada Hukum Kepailitan Perancis, Belanda, Amerika Serikat, Inggris, Singapura, dan Thailand dapat dipertimbangkan untuk diadopsi dalam Hukum Kepailitan Indonesia dengan tidak terburu-buru melikuidasi harta debitor pailit yang masih

³² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Normatif*, Hal.133

³³ Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor Dan Debitor Dalam Hukum Kepailitan Di Indonesia*, Hal.35

prospektif dalam mekanisme kepailitan guna memberikan kesempatan kepada perusahaan untuk melangsungkan usahanya sehingga kemungkinan meningkatkan kualitas nilai harta pailit yang pada akhirnya akan menyelesaikan utang-utangnya.

Perbandingan hukum dalam disertasi ini dilakukan dengan memperhatikan latar belakang budaya, politik dan ekonomi. Dengan demikian, perbandingan hukum dalam penelitian ini dilakukan dengan tiga cara. Pertama, menelusuri latar belakang timbulnya peraturan kepailitan yaitu bagaimana budaya yang berkembang pada saat norma tersebut dibentuk, apa semangat yang melatarbelakangi munculnya norma tersebut, dan bagaimana kondisi ekonomi yang sedang terjadi pada saat norma tersebut tercipta. Kedua, membandingkan isi teks undang-undang kepailitan yang ada di beberapa negara. Ketiga, melakukan perbandingan hukum melalui putusan pengadilan, maka putusan pengadilan di dalam suatu sistem hukum dapat dijadikan contoh penerapan norma tersebut.³⁴

Dalam hal memperbandingkan model dan prosedur hukum kepailitan ini, diharapkan hukum kepailitan Indonesia dapat mengadopsi perkembangan hukum kepailitan yang bersifat universal. Dipergunakan negara *common law* dan negara lain sebagai pembanding karena Indonesia sendiri sebagai negara *civil law* dapat mengambil manfaat dari pertanyaan seberapa jauh sistem hukum dalam kedua kelompok besar ini sama atau dengan memperhatikan arus perubahan yaitu apakah sistem *common law* dan *civil law* dalam perkembangannya akan semakin mendekat melalui unifikasi dan harmonisasi. Disamping itu, perkembangan hukum dewasa ini sangat dipengaruhi oleh hukum dari negara *common law* sebagai akibat globalisasi dalam organisasi dunia perdagangan (*world trade organization*)

³⁴ Bernard Grossfed, *The Strength And Weakness Of Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press, 1990, Hal.72-74

termasuk globalisasi dalam penanaman modal asing (*trade related investment measures*) serta hak kekayaan intelektual (*trade related intellectual property rights*).³⁵ Hal ini berkesesuaian dengan konsep "*the obligations of the state are not only limited to various domestic affairs, but also includes relations with other countries. The relationship is established in the form of cooperation intended to achieve the common goals or interests of sovereign and equitable countries. The corporation produced several forms interstate's community interests such as economic and trade, political and security and sociocultural relationship*".³⁶

3. Jenis dan Sumber Data

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari peraturan perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim. Pada penelitian ini, penulis juga menitikberatkan kepada Undang-Undang Dasar 1945 dan Undang-Undang No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU dan KUH Perdata.

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum skunder adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Adapun bahan hukum sekunder yang digunakan untuk memberikan penjelasan mengenai materi yang terdapat dalam bahan hukum primer berasal dari beberapa literatur, buku

³⁵ Erman Rajagukguk, *Peranan Hukum Di Indonesia, Menjaga Persatuan, Memulihkan Ekonomi Dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*, Pidato Yang Disampaikan Pada Dies Natalis Dan Peringatan Tahun Emas Universitas Indonesia, Kampus Ui Depok, 2000, Hal.13

³⁶ Syahmin Ak And Fidelia, *The International Cooperation To Eradicate Illicit Firearms Trafficking In Southeast Asian Regions*. Sriwijaya Law Review, Vol.2 July 2018, Page 183

tesk, jurnal hukum, karangan ilmiah dan buku-buku lain yang berkaitan langsung dengan tema penulisan penelitian ini.

c. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan skunder. Bahan hukum ini sebagai alat bantu dalam penulisan penelitian ini. Adapun bahan hukum tersier ini dapat berupa wawancara dan kamus-kamus hukum yang berkaitan langsung dengan penelitian ini.

4. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan bahan-bahan penelitian dilakukan dengan pengelompokan peraturanh perundang-undangan, meneliti meneliti bahan pustaka, membaca buku-buku dan sumber-sumber lainnya yang berhubungan dengan permasalahan dalam penelitian ini.³⁷ Setelah memperoleh bahan-bahan penelitian dari hasil penelitian kepustakaan, maka dilakukan pengolahan bahan-bahan penelitian dengan cara mengadakan sistematisasi terhadap bahan-bahan penelitian tertulis. Sistematisasi berarti membuat klasifikasi terhadap bahan-bahan penelitian untuk memudahkan pekerjaan analitis dan konstruksi.³⁸

5. Lokasi Penelitian

Selain dari metode tersebut di atas, penelitian ini juga menggunakan metode penelitian empiris dengan cara pernah melakukan riset putusan pengadilan dari tahun 2017 sampai dengan 2021 yang dilakukan wawancara ke Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Ketua Pengadilan Negeri

³⁷ Soerjono Dan Abdurahman, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Rineka Cipta, 1997, Hal. 56

³⁸ Soerjono Soekanto Dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Hal.251

Surabaya di Pengadilan Negeri Surabaya, dan Ketua Pengadilan Negeri Semarang di Pengadilan Negeri Semarang.

6. Teknis Analisis Data

Dalam penelitian ini di gunakan metode analisis *deduksi*, yaitu metode analisis dengan melakukan analisis terhadap peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan (rumusan masalah) yang terdapat dalam penelitian ini untuk kemudian di korelasikan dengan beberapa asas dan teori yang menjadi landasan atau pisau analisis dalam penulisan penelitian ini sebagai langkah untuk menemukan konklusi, jalan keluar maupun konsepsi ideal tentang hal-hal yang menjadi pembahasan.

