

BAB 3

PEMBAHASAN

A. Aspek –Aspek Hukum Kepailitan Lintas Batas

1. Ruang Lingkup Pengertian Lintas Batas (Transnasional)

Hukum mengatur hubungan yang ditimbulkan dari hubungan antar subjek hukum yang mengakibatkan akibat hukum tertentu. Pengaturan tersebut dapat berupa pengaturan baik dalam lingkup nasional maupun dalam lingkup internasional yang tercipta dari hubungan yang terjalin antar subjek hukum untuk memenuhi kebutuhan pribadi maupun sosialnya.

Begitu juga dengan pengaturan kepailitan yang mengatur hubungan antar subjek hukum pada masalah kepailitan baik dalam lingkup nasional maupun internasional. Fokus penelitian ini mencakup pada pengaturan *cross-border insolvency* atau *kepailitan lintas batas* yang tidak luput dari teori Hukum Perdata Internasional (HPI) adalah berupa perjanjian-perjanjian internasional, kasus hukum, dan literatur hukum.

Seiring dengan berkembangnya ekonomi dunia yang berdampak pada meningkatnya transaksi perdagangan antar pelaku usaha yang memiliki kewarganegaraan, domisili ataupun keberadaan harta di negara yang berbeda. Kegiatan yang dilakukan melintasi batas negara tersebut terkena beberapa peraturan perundangan-undangan nasional yang salah satunya adalah hukum kepailitan.

Secara teori, Hukum Perdata Internasional adalah keseluruhan peraturan dan putusan hukum yang menunjukkan stelsel hukum manakah yang berlaku atau apakah yang merupakan hukum, jika hubungan-hubungan atau peristiwa-peristiwa antara warga negara pada satu waktu tertentu memperlihatkan titik-titik pertalian dengan stelsel dan kaidah hukum dari dua atau lebih negara, yang berbeda dalam lingkungan kuasa, tempat, pribadi, dan soal-soal (Sudargo Gautama, 1987: 21). Hukum Perdata Internasional selalu mengandung unsur-unsur nasional dan transnasional dan masalah-masalah pokok yang dihadapinya selalu bersifat transnasional (Bayu Seto Hardjiwahono, 2006: 11).

Masalah hukum yang bersifat transnasional tersebut berkaitan dengan unsur-unsur asing yang melampaui batas-batas teritorial negara. Keterkaitan antara transaksi usaha melibatkan dua atau lebih yurisdiksi negara, maka salah satu unsur yang penting yang timbul adalah masalah hukum perdata internasional yang terkait dengan kegiatan usaha tersebut. Secara otomatis dalam transaksi lintas batas tersebut akan terkena beberapa peraturan perundangan-undangan nasional yang salah satunya adalah hukum kepailitan (Zulhansyah Caesar, 2000:3).

Salah satu bagian bagian penting dalam mempelajari HPI adalah mengenai titik-titik pertalian yang memberikan petunjuk dalam menyelesaikan kasus yang berkaitan dengan HPI. Teori titik pertalian primer digunakan dalam menentukan ada tidaknya unsur asing dalam suatu perikatan. Titik pertalian primer adalah faktor-faktor dan keadaan yang menciptakan bahwa suatu hubungan menjadi hubungan Hukum Antar Tata Hukum (Sudargo Gautama, 1987: 25). Dengan titik pertalian primer tersebut dapat ditentukan ada tidaknya pertemuan antara dua atau lebih sistem hukum yang bertemu dalam suatu hubungan perikatan itu diatur oleh kaidah-kaidah Hukum Antar Tata Hukum.

Adapun yang termasuk dalam titik pertalian primer untuk hubungan perikatan perdata internasional adalah (Sudargo Gautama. 1986: 25)

- a. Kewarganegaraan;
- b. Bendera Kapal;
- c. Domisili;
- d. Tempat Kediaman;
- e. Tempat Kedudukan Badan Hukum;
- f. Pilihan Hukum.

Jika dalam suatu peristiwa hukum terdapat beberapa hal tersebut diatas, dan masing-masing tunduk pada sistem hukum negara yang berbeda antara satu sama lainnya, maka peristiwa hukum tersebut termasuk dalam suatu hubungan hukum bersifat lintas batas dalam ruangan hukum perdata internasional.

Selain itu juga terdapat titik pertalian sekunder atau yang disebut dengan titik taut penentu, yaitu titik yang menentukan hukum mana yang harus

diberlakukan dalam menyelesaikan perkara yang mengandung unsur-unsur asing, yaitu (Sudargo Gautama, 1986: 31):

- a. Kewarganegaraan;
- b. Bendera Kapal;
- c. Domisili;
- d. Tempat Kediaman;
- e. Tempat Kedudukan Badan Hukum;
- f. Pilihan Hukum;
- g. Tempat Letaknya Benda;
- h. Tempat Dilangsungkannya Perbuatan Hukum;
- i. Tempat Terjadinya Perbuatan Melanggar Hukum.

2. Pengertian dan Ruang Lingkup Kepailitan Lintas Batas

a. Pengertian

Perhatian dunia pada pengaturan kepailitan semakin meningkat seiring meningkatnya interaksi antar negara-negara dan adanya kebutuhan serta ketergantungan ekonomi pada transaksi bisnis internasional dan investasi pada era globalisasi, terutama pada kepailitan lintas batas. Pada dasarnya *cross-border insolvency* atau kepailitan lintas batas merupakan perkembangan dari sifat kepailitan pada umumnya. Kepailitan yang diketahui secara umum merupakan suatu proses di mana seorang debitor yang mempunyai kesulitan keuangan untuk membayar utangnya terhadap kreditor dinyatakan pailit oleh pengadilan, dikarenakan debitor tersebut tidak mampu membayar utangnya (J. Djohansah, 2001: 23), mengalami perkembangan sifat transnasional yaitu dengan terlibatnya unsur-unsur asing (*foreign elements*) yang melampaui batas-batas teritorial negara. Roman Tomasic menjelaskan bahwa “*cross-border insolvency may occur, for instance where an insolvent debtor has assets in more than one state, or where creditors are not from the state where the insolvency proceedings are taking place, yet the cross-border insolvency can apply to individuals or corporation*” (Roman Tomasic, 2005: 542). Disebut dengan kepailitan lintas batas jika seseorang, baik individu maupun perusahaan, yang merupakan debitor dinyatakan

pailit memiliki aset di lebih dari satu negara, atau ketika kreditor tidak berdomisili di negara tempat penyelesaian perkara kepailitan tersebut.

Kepailitan lintas batas atau *cross-border insolvency* yang muncul karena kepailitan yang mengandung unsur-unsur internasional dapat berdampak pada beberapa negara sekaligus sebagai akibat adanya unsur-unsur asing yang tentunya dapat berbenturan dengan unsur-unsur domestik suatu negara lainnya (Ricardo Simanjuntak, 2004: 315). Unsur-unsur asing (*foreign elements*) di dalam kepailitan lintas batas adalah dengan terlibatnya pihak asing sebagai subjek yang terlibat dalam kepailitan tersebut. Kedudukan pihak asing sebagai salah satu subjek yang terlibat dalam kepailitan lintas batas negara tersebut ialah sebagai kreditor asing yaitu kreditor yang domisilinya berbeda dengan debitor.

Keberadaan kreditor asing dalam kepailitan lintas batas perlu diperhatikan karena unsur asing tersebut tentu saja akan berbenturan dengan unsur domestik negara. Terutama karena setiap negara memiliki hukum kepailitan yang berbeda-beda. Roman Tomasic berpendapat bahwa perlakuan yang baik dan layak yang tidak membedakan antara kreditor asing dan kreditor biasa perlu diperhatikan karena hak-hak kreditor harus terjamin sebagaimana mestinya (Roman Tomasic, 2005: 542). Karena di dalam kepailitan lintas batas terdapat beberapa negara sekaligus yang terlibat, dengan adanya perbedaan dalam pengaturan hukum kepailitan nasionalnya masing-masing.

Pengertian kepailitan lintas batas secara implisit telah dijelaskan di dalam *model law* yang diatur oleh UNCITRAL sebagai *included cases where some of the creditors of the debtor are not from the state where the insolvency proceedings taking places*. Disebut sebagai kepailitan lintas batas atau *cross-border insolvency* ketika terdapat unsur asing (*foreign elements*) di dalamnya, yang bukan berasal dari negara dimana proses kepailitan tersebut dilakukan.

Philip R. Wood juga menyebutkan bahwa *cross border insolvency – proceedings override the previous strict territoriality of state insolvency proceedings which did not extend to assets located in foreign countries or vice versa*. Kepailitan lintas batas bertentangan dengan proses penyelesaian berdasarkan yurisdiksi nasional yang sebelumnya hanya mencakup dalam satu

wilayah negara itu sendiri dan tidak dapat mengakomodir aset-aset yang ada di luar wilayah yurisdiksi negara dan juga sebaliknya. (Phillip R. Wood, 2007: 179).. Terkait dengan dengan hal tersebut, yang menjadi perhatian dalam upaya penyelesaian kepailitan lintas batas pada dasarnya adalah pengakuan dan pelaksanaan putusan pailit di negara lain, serta mengenai luas cakupan harta pailit yang dapat di eksekusi terkait dengan letak harta pailit yang berda di luar yurisdiksi negara tempat sebuah putusan pailit ditetapkan.

b. Ruang Lingkup

1) Subjek Hukum

Subjek hukum dalam ilmu hukum memiliki arti sebagai pengemban hak dan kewajiban yang sedemikian rupa yang dapat melakukan perbuatan hukum dan hukum tertentu. Subjek hukum perdata dapat dikategorikan dalam dua kategori yaitu:

- a) Manusia (*Naturlijk persoon*)
- b) Badan Hukum (*rechtspersoon*)

Baik berupa manusia maupun badan hukum, keduanya sebagai subjek hukum berhak melakukan hubungan hukum baik antar sesama manusia (orang perseorangan), sesama badan hukum, ataupun antara manusia dengan badan hukum. Keduanya pun secara tidak dikecualikan memiliki kemampuan dalam mengadakan perbuatan yang dapat menimbulkan akibat hukum, serta memiliki hak dan kewajiban masing-masing.

Subjek hukum dalam kepailitan dalam ranah kepailitan memiliki hak dan kewajiban yang telah diatur di dalam undang-undang kepailitan sebuah negara. Pada beberapa negara pengaturan mengenai kepailitan digolongkan menjadi kepailitan pribadi dan badan hukum. Dimana kategori tersebut dilihat dari jenis subjek hukum yang terlibat dalam suatu perkara kepailitan. Subjek hukum dalam perkara kepailitan dapat bertindak sebagai:

a) Pemohon Pailit

Pemohon pailit merupakan pihak yang berinisiatif untuk mengajukan permohonan pailit ke pengadilan berdasarkan undang-undang kepailitan. Adapun

yang dapat bertindak sebagai pemohon pailit dalam mengajukan permohonan pailit antara lain:

(1) Debitor itu sendiri

Black Law Dictionary mendefinisikan debitor sebagai, “*One who owes a debt; he who may be compelled to pay a claim or demand. Anyone liable on a claim, whether due or to become due*” (Henry Campbell Black, 1968: 492). Sementara US *Bankruptcy Code* mendefinisikan debitor sebagai, “*person or municipality concerning which a case under this title has been commenced*”. Pengertian kata “*person*” dalam hal ini adalah termasuk individu, persekutuan, dan juga perusahaan namun bukan bagian dari pemerintahan (Brian A. Blum, 1993: 197)

Sedangkan di Indonesia, di dalam Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran (UUK-PKPU) Utang dalam pasal 1 (3) disebutkan mengenai definisi dari debitor sebagai orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan

Debitor baik sebagai orang perseorangan (pribadi) ataupun badan hukum selaku pemohon pailit dapat bertindak sebagai subjek hukum dalam melakukan perbuatan hukum yaitu mengajukan permohonan pailit terhadap diri mereka sendiri. Pengajuan permohonan pailit bagi dirinya (*voluntary petition*) jika terdapat alasan yang menyebutkan ia atau kegiatan usahanya sudah tidak mampu lagi untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban internal maupun eksternal secara ekonomi (Aria Suyadi dkk, 2004: 78).

(2) Satu atau lebih seorang kreditor

Black law dictionary mendefinisikan kreditor sebagi, “*a person to whom a debt is owing by another person who is the debtor*” (Henry Black Campbell, 1968: 441). Sedangkan US *Bankruptcy Code* mendefinisikan kreditor sebagai, “*entity (include person, estate, trust, governmental unit, and US trustee that has a claim against debtor that arose at that time before the order for relief concerning the debtor*”.

Sementara di Indonesia di dalam pasal 1(2) Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (UUK-PKPU) mendefinisikan kreditor sebagai orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau undang-undang yang dapat di tagih di muka pengadilan.

Jerry Hoffman dalam buku *Indonesia Bankruptcy Law* menjelaskan bahwa secara umum terdapat tiga jenis kreditor, yaitu (Jerry Hoffman, 2004: 117):

(a) Kreditor Konkuren (*Unsecured Creditor*)

Unsecured creditor do not have priority and will therefore be paid, if any proceeds of the bankruptcy estate remain, after all the other creditor have received payment. Unsecured creditors are required to present their claims for verification to their receiver and the are charged a pro rata parte share of the cots of the bankruptcy.

Kreditor konkuren merupakan kreditor tanpa jaminan, ia tidak memiliki hak priortias namun akan tetap menerima pembayaran, jika terdapat sisa hasil harta pailit debitor, setelah semua kreditor menerima pembayarannya. Kreditor konkuren harus menunjukan klaim mereka untuk verifikasi atas pembayaran mereka, serta pada mereka diberlakukan prinsio pro rata parte terhadap biaya kepailitan.

(b) Kreditor Preferen (*Secured Creditor*)

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

Kreditor preferen merupakan pemegang jaminan yang memiliki hak prioritas berdasarkan suatu perjanjian tertentu dengan debitor. Kreditor preferen dapat melakukan penyitaan terhadap harta debitor yang dijadikan jaminan tanpa menunggu putusan pengadilan, dikarenakan ia memiliki hak prioritas dan istimewa dalam menerima pembayaran piutangnya. Hak untuk melakukan penyitaan atas jaminan tanpa putusan pengadilan disebut sebagi *the right of immadiate enforcement*.

(c) Kreditor dengan Hak Istimewa (*Prefered Creditor*)

Preffered creditors, unlike secured creditors have a preference to their claim. Obviously, the preference issue is only relevant if there is more than one creditor and if the assets of the debtor are not sufficient to pay all the creditors (there is concursus creditorium). Preffered creditors are required to present their claims to the receiver and the thereby charged a pro rata parte share of costs of the bankruptcy.

Kreditor dengan hak istimewa berbeda dengan kreditor preferen, ia memiliki preferensi untuk klaim mereka. Preferensi ini menjadi relevan jika terdapat lebih dari satu kreditor dan jika aset dari debitor tidak dapat memenuhi semua piutang kreditor. Terdapat beberapa kategori kreditor dengan hak istimewa diantaranya adalah kreditor yang memiliki prioritas hukum, kreditor yang tidak memiliki prioritas hukum, dan *estate creditors*.

(3) Instansi Negara Terkait

Diluar sebagai debitor ataupun kreditor pemohon pailit juga dapat berasal dari instansi pemerintahan tertentu yang memiliki kewenangan berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk melakukan perbuatan hukum berupa pengajuan permohonan pailit terhadap debitor pailit ke pengadilan. Di Indonesia beberapa instansi yang berhak untuk mengajukan permohonan pailit ke pengadilan antara lain:

- (a) BPPN yang secara hukum dibenarkan bertindak sebagai kreditor dengan menggunakan instrumen cessie yang telah disepakati dalam suatu akta jual beli sehingga BPPN dapat bertindak sebagai kreditor atas nama sendiri (Arya Suryadi dkk, : 84). Sedangkan cara yang kedua adalah dengan bertindak atas nama bank dalam penyelesaian berdasarkan pasal 40 (a) PP No. 17 Tahun 1999;
- (b) Kantor Pajak;
- (c) Kejaksaan Republik Indonesia;
- (d) Bank Indonesia;
- (e) BAPEPAM.

b) Termohon Pailit

Selain pemohon pailit salah satu unsur penting yang bertindak sebagai subjek kepailitan lintas batas adalah termohon pailit, sebab tanpa adanya termohon pailit tentu saja tidak akan ada perkara kepailitan yang dimohonkan oleh pemohon pailit. Sebagai subjek hukum kepailitan lintas batas negara, termohon pailit pun dapat berupa orang perseorangan ataupun badan hukum. Dibeberapa negara pengaturan mengenai kepailitan terhadap perseorangan dengan badan hukum dibedakan. Sementara di Indonesia tidak.

Pada kepailitan lintas batas termohon pailit merupakan debitor yang memiliki hutang dan telah memenuhi syarat-syarat yang ditentukan dalam undang-undang kepailitan untuk dapat dinyatakan pailit oleh pengadilan tempat permohonan pailit diajukan. Disamping itu debitor dalam kepailitan lintas batas negara dapat berupa subjek hukum lokal maupun hukum asing.

Dalam hal debitor sebagai termohon kepailitan lintas batas adalah debitor lokal, maka kreditor sebagai pemohon pailit berupa kreditor dalam perkara kepailitan lintas batas adalah subjek hukum pada negara yang sama, namun aset/harta pailit debitor berada di luar negara tempat putusan pailit dijatuhkan. Sehingga dalam hal ini terdapat unsur asing dalam perkara kepailitan yang bersifat lintas batas negara.

2) Unsur Asing

Suatu keadaan dapat dikategorikan sebagai kepailitan lintas batas yakni apabila dalam suatu kasus kepailitan tersebut terdapat unsur-unsur asing di dalamnya. Sehingga penting untuk mengetahui apa yang dimaksud dengan unsur-unsur asing yang terdapat dalam kepailitan lintas batas. Perihal kepailitan yang didalamnya terkandung unsur-unsur internasional menjadi sangat perlu diperhatikan mengingat dampak-dampak yang timbul sebagai adanya unsur asing itu, yang tentunya akan berbenturan dengan unsur domestik sehingga dalam hal ini muncul persoalan *cross-border transnasional* (Ricardo Simanjuntak, 2004: 315).

Foreign elements itu berarti suatu pertautan dengan sebuah sistem hukum lain di luar sistem hukum negara “forum” (negara tempat pengadilan yang

mengadili perkara) dan pertautan itu sebenarnya ada di dalam fakta-fakta dari perkara (Bayu Seto Hardiwahono, 2006:4). Pada dasarnya kepailitan lintas batas negara melibatkan kepentingan dua negara yang berbeda misalnya terapat suatu keadaan dimana kreditor dan debitor merupakan dua subjek hukum yang berdomisili di negara yang berbeda, sehingga dalam keadaan yang demikian negara tempat kreditor berdomisili dan negara tempat debitor berdomisili memiliki kedaulatan yang berbeda. Dalam keadaan demikian apabila kreditor menggugat pailit debitor berdasarkan hukum yang berlaku pada negara kreditor, maka putusan pailit tersebut tidak dapat dieksekusi di negara tempat debitor karena telah melintasi kedaulatan negara kreditor. Menurut Sudargo Gautama, suatu peristiwa hukum yang dikatakan mengandung unsur asing didalamnya yaitu bilamana dalam peristiwa hukum tersebut terdapat salah satu pihak dari peristiwa hukum berkewarganegaraan asing atau berkedudukan hukum asing atau terdapat beberapa harta benda di luar negeri (Sudargo Gautama, 2008: 35).

Kreditor ataupun debitor dalam kepailitan lintas batas dikatakan sebagai kreditor asing maupun debitor asing yaitu apabila terdapat unsur asing berupa unsur kebangsaan dari ranah hukum, terutama ranah hukum acara perdata baik unsur kebangsaan untuk subjek hukum pribadi maupun badan hukum. Sehubungan dengan nasionalitas subjek hukum dalam ranah hukum perdata internasional hal tersebut dikaitkan dengan status personal dari subjek hukum pribadi maupun subjek hukum berupa badan hukum.

Menurut Sudargo Gautama, status personal adalah merupakan kelompok kaidah-kaidah yang mengikuri seseorang di mana ia berada yang mempunyai lingkungan kuasa berlaku serta ekstrateritorial atau universal dan tidak terbatas pada teritori (wilayah) suatu negara tertentu (Sudargo Gautama, 2008: 3). Sehingga status personal dapat diartikan sebagai hukum dari negara di mana seseorang atau badan hukum memiliki kebangsaan. Hukum tersebut nantinya akan menentukan berbagai kewenangan serta kemampuan dari subjek hukum dalam melakukan perbuatan hukum lintas negara.

Keadaan lain dapat juga diilustrasikan saat kreditor dan debitor terdapat dalam negara yang sama namun dalam keadaan debitor memiliki aset di luar

negeri yang dapat digolongkan sebagai harta pailit jika debitor dinyatakan pailit oleh negaranya, sehingga dengan begitu keberadaan harta pailit tersebut tentu berada di luar kedaulatan teritorial negara tempat tinggal debitor dan kreditor. Sehingga unsur asing dalam kepailitan lintas batas negara antara lain dapat berupa (Suyana, 2007: 48):

- a) Adanya debitor asing
- b) Adanya kreditor asing
- c) Adanya benda atau aset debitor pailit di luar negeri, atau
- d) Adanya benda atau aset perusahaan yang dimiliki asing

Beberapa contoh kepailitan yang dapat dikategorikan sebagai kepailitan lintas batas antara lain adalah sebagai berikut (Hikmahanto Juwana, 2001: 224-227):

- a) Bila suatu perusahaan di luar negeri dinyatakan pailit oleh pengadilan, dimana perusahaan tersebut memiliki saham dari suatu perusahaan yang ada di suatu negara dengan bentuk berupa perusahaan *joint venture*.
- b) Bila suatu perusahaan di sebuah negara dinyatakan pailit oleh pengadilan dimana perusahaan tersebut memiliki saham dari suatu perusahaan di luar negeri.
- c) Bila suatu perusahaan di luar negeri dinyatakan pailit oleh pengadilan, dimana perusahaan tersebut mempunyai perjanjian dengan perusahaan di suatu negara, misalnya dengan adanya *naming right agreement*

Michael Freeman berpendapat, *the phenomenon of cross-border insolvency is encountered where the dispersal of the debtor's assets and the activities generates a spread of interests and claims involving the potential application of more than a single system of law* (Michael Freeman, 2003:429). Fenomena kepailitan lintas batas terjadi karena meningkatnya kecenderungan penyebaran aset debitor yang berdampak pada tersebarnya kepentingan dan klaim yang melibatkan penerapan lebih dari satu sistem hukum.

c. Prinsip-prinsip yang Terkait dengan Kepailitan Lintas Batas

Prinsip-prinsip yang terkait dengan kepailitan lintas batas berkaitan dengan keberlakuan hukum kepailitan yang melintasi wilayah beberapa negara sekaligus atau prinsip dari keberlakuan hukum kepailitan yang melintasi batas yuridiksi negara atau lintas batas. Terdapat dua prinsip yang mendasari persoalan kepailitan lintas batas. Prinsip-prinsip tersebut menjelaskan mengenai berlakunya suatu putusan lintas batas dan akibat-akibat hukum yang dapat timbul di wilayah negara pihak yang terlibat, baik di negara tempat penyelesaian perkara kepailitan batas tersebut dijatuhkan maupun di negara tempat harta debitor terletak. Prinsip-prinsip tersebut yaitu prinsip teritorialitas dan prinsip universalitas

a) Prinsip Teritorialitas (*pluralite de failites, territorialite de la failite*)

Prinsip teritorialitas membatasi keberlakuan putusan pailit pada suatu daerah negara. Menurut prinsip ini kepailitan hanya mencakup bagian-bagian harta benda yang terletak di dalam wilayah yuridiksi negara tempat putusan tersebut ditetapkan. Prinsip ini didasarkan dari keyakinan bahwa proses peradilan (*the proceedings*) hanya akan mempertimbangkan aset yang berada di wilayah hukum di mana pengajuan kepailitan tersebut. Dengan kata lain, prinsip ini menganggap suatu proses peradilan di wilayah suatu negara berbeda dan tidak dapat ditetapkan di wilayah yuridiksi lain. Maka dari itu hanya harta atau aset pailit lokal (yang berada di dalam wilayah yuridiksi yang sama) yang dapat digunakan untuk melunasi kewajiban utang terhadap pihak debitor.

Paul J. Omar berpendapat bahwa *territoriality drives from the doctrine of state sovereignty – the notion that the authority of one system including its insolvency law and proceedings, should be confined, to the territory of the state*. Prinsip teritorialitas merupakan prinsip yang berasal dari doktrin kedaulatan negara yang juga di dalamnya menyebutkan bahwa otoritasnya termasuk hukum kepailitan yang terbatas pada wilayah teritorial negara saja (Paul J. Omar, 2008:45).

Prinsip ini pada dasarnya akan berdampak pada sulitnya eksekusi aset pailit yang ada di luar wilayah yuridiksi tempat putusan pailit tersebut dijatuhkan. Selain itu, Ricardo Simanjuntak juga menjelaskan mengenai prinsip

teritorialitas dalam kepailitan lintas batas juga sangat mempengaruhi status *foreign debtors*. “*Eventhough the assets are owned by a foreign debtor, but according to the principle of territorial sovereignty of the states. All of the assets domiciled within the states jurisdiction are subject to the laws of the states and the other states law cannot automatically apply the bankruptcy decision to the foreign-located assets*”. Dengan kata lain, negara tidak akan mematuhi putusan pailit dari pengadilan asing. (Ricardo Simanjuntak, 2015: 178).

Kelemahan dari prinsip teritorialitas diantaranya yaitu:

- (1) Terdapat adanya potensi perbedaan perlakuan (*unfair treatment*) kepada kreditor lokal (*local creditors*) dan kreditor asing (*foreign creditors*). Hal ini bisa dilihat dari informasi mengenai pailit tersebut yang terlambat diketahui kreditor asing, tidak seperti kreditor lokal yang akan secara langsung mengetahui (*real-time information*);
- (2) Perbedaan sistem hukum dapat menjadikan pemahaman mengenai kreditor dan preferensinya yang berbeda-beda pula;
- (3) Perbedaan jangka waktu dan tingginya biaya yang akan dikeluarkan;
- (4) Proses peradilan (*the proceedings*) yang berbeda-beda dan berulang kali dapat memicu adanya konflik aka hasil yang tidak sesuai dan dapat merusak proses restrukturisasi perusahaan pailit;
- (5) Debitor dapat dengan sengaja menempatkan aset di luar negeri dengan tujuan untuk menghindari asetnya dieksekusi oleh kurator dalam kepailitan.

b) Prinsip Universalitas (*unite universalite exterritorialite de la failite*)

Prinsip ini menganggap suatu putusan pailit dapat berlaku di seluruh dunia. Keputusan pailit yang dijatuhkan di suatu negara dapat berlaku di mana saja pihak yang dinyatakan pailit tersebut memiliki harta benda. Perkara kepailitan harus diselesaikan dibawah payung hukum yang sama (*the laws of a single country*) supaya dapat diselesaikan secara lebih efektif dan terduga.

Universalis, orang yang percaya pada prinsip universalitas, berpendapat bahwa sistem penyelesaian kepailitan lintas batas yang terpusat akan memberikan:

- (1) Persamaan perlakuan bagi kreditor;

- (2) Maksimalisasi nilai harta pailit;
- (3) Proses administrasi harta pailit yang cepat dan efisien; dan
- (4) Prediktabilitas hasil akhir.

Universality is achieved when a single estate consisting of all the debtor's assets. Wherever located, is administered by a single trustee appointed by the authorities in the adjudicating country. One bankruptcy court marshals all of the debtor's assets in its jurisdiction and settles all creditor claims against the assets. Such unitary disposition gives international effect to a local bankruptcy adjudication (Mark Gross, 1991: 128).

Beberapa negara memberlakukan sistem yang menganggap putusan hakim negara sendiri dalam beberapa hal berlaku secara universal, namun sebaliknya putusan hakim asing dalam beberapa hal berlaku secara terbatas pada daerah tertentu saja. Hukum di Indonesia memberlakukan prinsip teritorialitas karena pada pokoknya suatu keputusan pailit yang diucapkan diluar negeri tidak mempunyai akibat hukum di dalam negeri (Sudargo Gautama, 2007: 303). Jika dianut prinsip ini maka pihak yang sudah dinyatakan pailit di luar negeri dapat dinyatakan pailit lagi di Indonesia.

Prinsip Universalitas menurut Ricardo Simanjuntak “*describe that the bankruptcy estates collectivity is to be achieved through concentration of proceedings in a single foru and through application of a single law, the lex fori concursus*” (Ricardo Simanjuntak, 2015: 178).

Namun, kelemahan dari prinsip ini yaitu:

- (1) Pengakuan dari negara asing harus berdasarkan pada prinsip *reciprocal*;
- (2) Dasar prinsip resiprositas akan menjadi mustahil untuk diraih jika didasarkan pada pertimbangan politik, karena pengakuan prinsip universalitas bisa dilihat sebagai pengurangan akan kekuatan kedaulatan dari negara;
- (3) Harus ada kebergantungan ekonomi yang kuat diantara negara-negara untuk dapat memberikan kesempatan untuk bernegosiasi and berkomitmen dalam penerapan prinsip universalitas;
- (4) Harus ada jehelasan konsekuensi hukum kepada negara yang melanggar komitmen bersama.

d. Yurisdiksi Putusan Pailit

Mengenai yurisdiksi berarti secara luas dapat diartikan sebagai masalah mengadili dan memutuskan suatu persoalan hukum yang diajukan kepadanya. Akan ada beberapa kendala terkait yurisdiksi jika sudah terkait dengan kasus-kasus transnasional yang melewati batas negara. Utamanya mengenai kepailitan lintas batas, yurisdiksi putusan pailit memegang peranan penting, karena letak pengakuan akan putusan pailit tersebut akan berpengaruh pada eksekusi aset pailit dan proses rekonstruksi. Wewenang suatu pengadilan untuk mengadili perkara kepailitan lintas batas dan pengakuan dan pelaksanaan atas putusan pailit asing dari negara asing menjadi masalah yang akan dihadapi ketika berbicara mengenai yurisdiksi putusan pailit lintas batas (Paul J. Omar, 2008: 41).

The multilateral approach provides a choice of law- of – law rule selects a legal system to apply to the transaction and this legal system then determines the disputes. This requires a court first to characterise the issue before the court; next to select the rule of the conflict of laws which lays down a connecting factor for issue in question; and finally to identify the system of law which is tied by the relevant connecting factor to the issue as characterised. Given the multidimensional aspects to legal problems that arise in an insolvency with foreign elements, an advantage of this approach is that it allows more flexibility in arriving at a suitable solution

Hal-hal yang berhubungan dengan pelaksanaan putusan pailit dalam sengeket kepailitan lintas batas tidak terlepas dari klausula pilihan hukum dan pilihan forum, dimana sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, masing-masing pihak dapat menentukan sendiri dalam perjanjian utang-piutangnya mengenai pilihan hukum (*choice of law*), pilihan forum (*choice of jurisdiction*), dan pilihan domisili (*choice of domicile*). Jika para pihak tidak menentukan sendiri, maka sektor hukum dalam hal ini menyediakan kaidahnya untuk mengatur hal tersebut untuk menentukan bahwa dalam kasus terkait, hukum yang berlaku, pengadilan yang berwenang dan domisili yang dipakai (Sudargo Gautama, 2007: 34).

3. Aspek-aspek Kepailitan Lintas Batas dalam Hukum Nasional Indonesia

Belum adanya ketentuan hukum yang secara spesifik membahas mengenai pengaturan penyelesaian sengketa kepailitan lintas batas di Indonesia menjadikan masalah kepailitan lintas batas di Indonesia masih sangat terbatas upaya penyelesaiannya. Begitu juga dengan konsekuensi-konsekuensi kepailitan lintas batas yang masih sangat terbatas. Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (UUK-PKPU) sendiri, selaku peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai kepailitan, belum secara rinci dan tegas berkenaan dengan kepailitan lintas batas.

Terdapat beberapa pasal yang secara tidak langsung berkaitan dengan pelaksanaan kepailitan atas benda-benda debitor atau harta pailit debitor yang berada di luar negeri atau berada di luar wilayah yurisdiksi Indonesia. Namun, sayangnya belum terdapat ketentuan lain mengenai adanya kreditor asing dan debitor asing dalam suatu negara sebagai unsur asing dalam kepailitan lintas batas yang seharusnya diatur dalam aturan Hukum Kepailitan justru tidak disinggung dalam UUK-PKPU tersebut. Padahal sebagai salah satu unsur dalam kepailitan lintas batas, debitor dan kreditor asing berhak untuk dilindungi haknya dan mendapatkan perlakuan yang sama dengan debitor dan kreditor lokal dengan adanya pengaturan hukum yang jelas.

a. Yurisdiksi / Forum Pengadilan yang Dipergunakan

Perbedaan domisili para pihak yaitu kreditor dan debitor yang bersifat lintas batas, memunculkan perbedaan sistem hukumnya pula, dilihat dari kedudukan debitor maupun kreditor tersebut. Pada dasarnya pengadilan yang berwenang untuk memeriksa gugatan adalah pengadilan negeri yang terletak di wilayah hukum tempat tinggal tergugat, sesuai dengan asas *actor sequitor forum rei*, hal tersebut didasarkan pada adanya prinsip-prinsip berikut ini:

- 1) *The basis of presence*, yang menjelaskan bahwa pada umumnya yurisdiksi suatu negara diakui sepanjang mencakup secara teritorial atas semua orang dan benda-benda yang berada dalam batas-batas wilayahnya;
- 2) *Principle of effectiveness*, yang menjelaskan bahwa pada umumnya hakim akan memberikan suatu putusan yang pada hakikatnya akan dapat

dilaksanakan kelak, sehingga paling terjamin apabila gugatan diajukan di hadapan pengadilan dimana pihak tergugat dan benda-bendanya berada (Sudargo Gautama, 2004: 3).

UUK-PKU dalam pasal 3 memberikan pengaturan mengenai kompetensi untuk mengadili suatu gugatan pailit, yaitu sebagai berikut:

- 1) Putusan atas permohonan pernyataan pailit dan hal-hal yang lain berkaitan dengan dan/atau diatur dalam undang-undang kepailitan, diputuskan oleh pengadilan yang daerah hukumnya meliputi daerah tepat kedudukan debitor;
- 2) Dalam hal debitor telah meninggalkan wilayah Negara Republik Indonesia, pengadilan yang berwenang menjatuhkan putusan atas permohonan pernyataan pailit adalah pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan hukum terakhir debitor;
- 3) Dalam hal debitor adalah persero suatu firma, pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan hukum firma tersebut juga berwenang memutuskan;
- 4) Dalam hal debitor tidak berkedudukan di wilayah Negara Republik Indonesia tetapi menjalankan profesi atau usahanya di wilayah negara Republik Indonesia, pengadilan yang berwenang memutuskan adalah pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan atau kantor pusat debitor menjalankan profesi atau usahanya di wilayah Negara Republik Indonesia;
- 5) Dalam hal debitor merupakan badan hukum, tempat kedudukan hukumnya adalah sebagaimana dimaksud di dalam anggaran dasarnya.

Dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan hukum yang telah dijabarkan diatas maka terhadap permasalahan yurisdiksi untuk mengadili suatu gugatan pailit dapat diselesaikan sebagai berikut:

- 1) Dalam hal debitor lokal (tergugat), berkedudukan di Indonesia akan digugat pailit oleh kreditor asing (penggugat) yang berkedudukan di luar negeri, maka Pengadilan Niaga Indonesia berhak mengadili perkara kepailitan tersebut berdasarkan pasal 3 ayat (1) UUK-PKPU, di mana permohonan pailit diajukan di pengadilan tempat kedudukan pihak debitor;

2) Dalam hal debitor asing (tergugat) yang berkedudukan di luar negeri, sedangkan pihak kreditor (penggugat) berkedudukan di Indonesia, berdasarkan pasal 3 ayat (4) UUK-PKPU, pengadilan Niaga di Indonesia juga berwenang untuk mengadili debitor yang tidak berkedudukan di Indonesia sepanjang debitor tersebut menjalankan profesi atau usahanya di wilayah Negara Republik Indonesia. Namun, dengan adanya prinsip *the basis of presence and principle of effectiveness*, tidak menutup kemungkinan juga untuk mengajukan gugatan pailit terhadap debitor pada keadaan ini di luar negeri tempat debitor berkedudukan.

Berdasarkan ketentuan diatas maka yurisdiksi yang mempunyai kewenangan untuk mengadili adalah pengadilan di mana tempat kedudukan debitor berada tersebut kecuali apabila debitor telah meninggalkan wilayah Indonesia. Permasalahan yurisdiksi pengadilan yang berwenang mengadakan proses perkara kepailitan lintas batas adalah yurisdiksi dari wilayah hukum pihak termohon pailit beserta harta bendanya berada.

b. Sistem Hukum yang Dipergunakan

Pemilihan sistem hukum yang dipergunakan akan mempengaruhi proses penyelesaian perkara kepailitan lintas batas. Hal ini dilakukan dengan menentukan forum pengadilan yang berhak untuk menangani dan memproses perkara kepailitan tersebut. Sebagaimana asas *locus regit actum* yang menyebutkan bahwa bentuk dari setiap perbuatan ditentukan menurut hukum dari negara atau tempat perbuatan itu dilakukan.

Dalam menyelesaikan perkara kepailitan lintas batas yang di dalamnya terdapat unsur asing (*foreign elements*), telah disebutkan dalam pasal 3 ayat (4) UUK-PKPU bahwa Pengadilan Niaga Indonesia memiliki yurisdiksi untuk menyelesaikannya. Sehingga jika forum pengadilan yang akan dipergunakan telah ditetapkan, yaitu forum pengadilan di Indonesia, maka hukum yang digunakan adalah hukum Indonesia.

Walaupun di Indonesia dikenal dengan prinsip kebebasan hukum oleh para pihak yang bersengketa, namun dalam perkara kepailitan yang mengandung

unsur-unsur asing (*foreign elements*) dimungkinkan adanya pilihan hukum, karena:

- 1) Dalam hal para pihak tidak bebas untuk melakukan pilihan hukum, sebab pilihan hukum baru muncul dalam bidang hukum kontrak yang bersifat perdagangan/perniagaan;
- 2) Undang-undang tidak menentukan sistem-sistem hukum lain selain yang telah ditentukan, dalam hal ini yakni Hukum Indonesia;
- 3) Pilihan hukum tidak diperkenankan oleh hukum sang hakim (*lex fori*).

Selain itu, pasal 229 UUK-PKPU mengatakan bahwa kecuali ditentukan lain dalam undang-undang tersebut maka hukum acara yang berlaku adalah hukum acara perdata. Hukum acara perdata yang dimaksud adalah Hukum Acara Perdata Indonesia. Sehingga UUK-PKPU menetapkan penggunaan hukum Indonesia dalam penyelesaian sengketa kepailitan dan tidaklah menentukan sebaliknya.

c. Pengakuan Dan Pelaksanaan Putusan Pailit (*Recognition and Enforcement*)

Permasalahan yang kerap timbul dalam kepailitan lintas batas adalah menyangkut masalah pengakuan (*recognition*) dan pelaksanaan (*enforcement*). Kedua istilah ini memiliki makna yang berbeda satu sama lain, karena akibat yang ditimbulkan dari kedua istilah ini berbeda. Pelaksanaan atau *enforcement* memiliki makna yang lebih luas dan mendalam dibandingkan dengan pengakuan atau *recognition*. Pelaksanaan suatu putusan memberikan konsekuensi yang lebih jauh dan luas seperti dapat menimbulkan tindakan-tindakan aktif dari instansi-instansi tertentu yang bersangkutan dengan peradilan atau administratif dari suatu pengakuan yang tidak selalu mengakibatkan adanya tindakan-tindakan aktif seperti itu (Sudargo Gautama, 2007: 182).

Mengenai pengakuan dan pelaksanaan suatu putusan pengadilan di negara dengan yurisdiksi berbeda, tidaklah dapat terlepas dari sifat putusan pengadilan. Terdapat dua jenis putusan pengadilan berdasarkan Hukum Perdata Internasional, yaitu putusan yang bersifat *constitutive* dan putusan yang bersifat *declaratoir*. Menurut Sudikno Mertokusumo, putusan *constitutive* adalah putusan

yang dapat meniadakan atau menciptakan suatu keadaan hukum, sedangkan *declaratoir* adalah putusan yang bersifat menerangkan atau menyatakan apa yang sah (Sudikno Mertokusumo, 1993: 192).

Putusan pailit sendiri dikategorikan sebagai putusan yang bersifat *constitutive*, karena putusan pailit mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

- 1) Putusan pailit akan menyebabkan timbulnya suatu keadaan hukum yang baru pada saat putusan tersebut memperoleh kekuatan hukum yang tetap;
- 2) Perubahan keadaan pailit terjadi pada saat putusan pailit diucapkan tanpa memerlukan adanya suatu upaya paksa;
- 3) Putusan pailit tidak menerapkan hak atas suatu prestasi tertentu, sehingga pelaksanaannya tidak tergantung pada bantuan dari pihak lawan yang dikalahkan.

Di Indonesia terdapat larangan untuk melaksanakan putusan asing karena dianggap sebagai pelanggaran terhadap asas kedaulatan negara. Hal ini disebabkan berlakunya prinsip teritorialitas yang dianut di Indonesia, yang mensyaratkan bahwa putusan yang ditetapkan diluar negeri tidak dapat secara langsung dilaksanakan dalam wilayah lain. Namun, keputusan hakim asing yang tidak meminta diadakannya eksekusi terhadap harta benda yang terletak di wilayah Indonesia dapat diakui sepanjang peradilan luar negeri yang memutuskan ini berwenang untuk membuat keputusan tersebut dan bahwa keputusan tersebut memang telah dibuat secara sah (baik yang bersifat *declaratoir* maupun *constitutive*) (Sudargo Gautama, 1997: 53). Hal ini karena pada umumnya keputusan-keputusan *declaratoir* dan *constitutive* tersebut tidak memerlukan pelaksanaan, namun hanya akan menciptakan hak dan kewajiban dari orang yang bersangkutan dalam hubungan tertentu dan karenanya mudah diakui oleh hakim luar negeri (di mana keputusan itu dibuat) karena tidak memerlukan pelaksanaan.

Pasal 212 UUK-PKPU menyebutkan bahwa apabila suatu kepailitan diberikan kepada debitor Indonesia maka dimanapun hartanya berada maka akan berlaku dalam status sita umum. Sebaliknya, apabila debitor asing dinyatakan pailit di luar negeri maka aset teritorial hanya akan dibatasi sampai luar wilayah hukum Indonesia. Pelaksanaan penyitaan aset debitor pailit yang demikian

menimbulkan masalah karena putusan yang menimbulkan akibat hukum tidak dapat dilaksanakan di Indonesia dimana aset dari pihak debitot pailit Indonesia berada. Jadi apabila debitor asing tersebut memiliki aset di Indonesia maka aset tersebut menurut hukum Indonesia bukan aset yang berada dalam sita umum dan putusan pailit yang dijatuhkan oleh pengadilan asing tidak dapat diakui dan dilaksanakan di wilayah yurisdiksi Indonesia. Hal tersebut dikarenakan tidak adanya ketentuan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia yang menyatakan bahwa suatu putusan asing dapat diakui dan dilaksanakan di Indonesia. Disebutkan juga di dalam UUK-PKPU belum diatur mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan kepailitan lintas batas yang diputus di pengadilan luar negeri. Selain itu, Indonesia belum memiliki perjanjian bilateral maupun multilateral mengenai eksekusi putusan asing yang ditandatangani antara Indonesia dengan negara lainnya mengenai hal tersebut.

Prinsip teritorial menekankan pada akibat pernyataan pailit, maka proses dan pengakhiran kepailitan terbatas pada wilayah negara tempat pengadilan uang menangani kepailitan tersebut berada. Sehingga putusan pailit suatu negara hanyalah berlaku di negara tempat putusan pailit tersebut dijatuhkan.

Di Indonesia, jika pengadilan niaga Indonesia menyatakan seorang debitor pailit, maka untuk dapat memastikan dia dapat dinyatakan pailit di negara lain, harus dilaksanakan relitigasi atau repitisi. Begitu juga, jika suatu putusan pengadilan asing akan diberlakukan atau dieksekusi di Indonesia, harus dilakukan relitigasi atau repitisi. Sehingga putusan asing yang telah di peroleh tidak sia-sia sebab putusan tersebut dapat digunakan sebagai alat pembuktian berupa salinan surat yang bersifat otentik yang dapat menunjang pendirian pihak yang menang dalam perkara baru di Indonesia. Hal ini dikenal dengan Metode Pembuktian (*Evidentiary Method*) (Sudargo Gautama, 2007: 2).

Pada dasarnya suatu negara hanya akan bersedia untuk mengakui dan melaksanakan putusan pailit asing yang sebagai berikut (Jerry Hoff, 2000: 20):

- 1) Jika suatu pengadilan asing tersebut mempunyai kemampuan menurut standar-standar yang diterima secara internasional;
- 2) Jika terlaksananya suatu sidang tersebut adil;

- 3) Jika putusan pengadilan asing tersebut tidak melanggar ketertiban umum

Maka pengakuan dan pelaksanaan putusan kepailitan lintas batas tidak dapat secara langsung ditetapkan diluar wilayah hukum tempat tersebut ditetapkan, karena masih memerlukan proses relitigasi dan repetisi sebagai bentuk penyesuaian hukum domestik terhadap hukum asing yang dipergunakan dalam putusan pailit asing tersebut.

4. Aspek-aspek Kepailitan dalam Hukum Internasional

a. Convention Abolishing The Requirement of Legalization for Foreign Public Documents or Apostille Convention (1961).

Konvensi ini mengatur tentang syarat legalisasi terhadap dokumen-dokumen asing. Konvensi yang dibentuk pada tanggal 5 Oktober 1961 ini memiliki tujuan untuk menghapuskan syarat-syarat legalisasi terhadap dokumen asing yang dapat dibuat diluar negeri untuk dipergunakan dalam suatu perkara yang sedang berlangsung di pengadilan negara lain. Namun, sampai saat ini belum diratifikasi oleh Indonesia.

Terdapat banyak keuntungan jika meratifikasi konvensi ini, karena dengan meratifikasi konvensi ini maka akan mempermudah prosedur dalam berperkara jika menyangkut dokumen-dokumen di luar negeri. Diantara, dalam pasal 1 dirumuskan tentang *Public Document*, yang adalah sebagai berikut:

- 1) Dokumen yang berasal dari suatu instansi atau pejabat yang mempunyai hubungan dengan pengadilan-pengadilan atau *insoveny* badan peradilan dari suatu negara. Termasuk di dalamnya dokumen-dokumen yang berasal dari kejaksaan atau dari seorang panitera pengadilan atau juru sita yang dimaksudkan untuk melakukan panggilan-panggilan;
- 2) Dokumen-dokumen administrasi;
- 3) Akta-akta notaris;
- 4) Sertifikat-sertifikat resmi yang ditempelkan atas dokumen-dokumen yang ditandatangani oleh orang-orang dalam kapasitas secara pribadi, misalnya sertifikat resmi berkaitan dengan registrasi dari suatu dokumen atau fakta

bahwa dokumen bersangkutan benar berada pada suatu tanggal tertentu dan juga legalisasi dari notaris atau pejabat resmi.

Kesulitan yang dihadapi terutama dalam sengketa-sengketa hukum yang melintasi batas yurisdiksi suatu negara adalah permasalahan dalam pengurusan legalisasi dokumen-dokumen yang diperlukan oleh pihak-pihak terkait. Misalnya, dalam kasus kepailitan lintas batas, dalam mengajukan permohonan kepailitan tentunya si pemohon memerlukan surat kuasa khusus yang diberikan oleh advokat untuk mengurus permohonan kepailitan ke Pengadilan Niaga. Dalam hal kreditor sebagai pemohon berada di luar negeri dan akan mengajukan permohonan kepailitan, sebagaimana yang telah diatur di dalam pasal 7 ayat (1) UUK-PKU, ia harus memberikan surat kuasa khusus sebagai kuasa hukumnya di Indonesia, Surat kuasa tersebut harus ditandatangani oleh notaris sebagai bukti otentifikasi, dilegalisasi oleh Departemen Kehakiman di negara asalnya, kemudian disampaikan kepada Departemen Luar Negeri yang kemudian meneruskan kepada Kedutaan Republik Indonesia di negara yang bersangkutan.

Persyaratan legalisasi tersebut tidak hanya berlaku bagi surat kuasa, tetapi juga bagi dokumen-dokumen luar negeri lainnya yang akan digunakan sebagai bukti otentik dalam persidangan di pengadilan-pengadilan. Sehingga jika dilihat dari proses tersebut, tidak mudah bagi kreditor luar negeri untuk membuat surat kuasa maupun dokumen asing lainnya yang diperlukan dalam penyelesaian sengketa hukum hanya dengan menandatangani dan mengirimkan kepada kuasa hukumnya di negara lain, disamping itu syarat legalisasi tersebut memakan waktu dan biaya besar yang telah meratifikasinya.

Convention Abolishing The Requirement of Legalization for Foreign Public Documents or Apostille Convention atau *Apostille Convention* memudahkan cara melegalisasikan suatu dokumen asing hanya dengan menempelkan sertifikast “apostille” atau slip kertas yang ditempelkan pada dokumen yang bersangkutan atau dengan cara distempel di atas dokumen tersebut. Hal ini dijelaskan dalam pasal 3 *Apostille Convention* tentang kemudahan yang diterima bagi negara yang meratifikasinya, dan diperjelas dalam pasal 4 *Apostille Convention* mengenai tata cara yang bisa digunakan dalam legalisasi tersebut. Kedua pasal tersebut berbunyi

Article 3

The only formality that may be required in order to certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which it bears, is the addition of the certificate described in article 4, issued by the competent authority of the state from which the document emanates.

However, the formality mentioned in the preceding paragraph cannot be required when either the laws, regulations, or practice in force in the State where the document is produced or an agreement between two or more contracting states have abolished or simplified it, or exempt the document itself from legislation.

Article 4

The certificate referred to in the first paragraph of article 3 shall be placed on the document itself or on an "allogé", it shall be in the form of the model annexed to the present convention. It may, however, be drawn up in the official language of the authority which issues it.

Pengaturan mengenai *Public Document* mempermudah kepentingan publik yang terkait dengan masalah hukum yang bersifat lintas batas, termasuk bagi kepailitan lintas batas. Penyelesaian perkara kepailitan lintas batas akan lebih muda dan dapat pula diperoleh seiring dengan terjalannya hubungan internasional dan komunikasi negara-negara yang meratifikasi konvensi tersebut.

b. The Hague Convention on the Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (1970).

Konvensi yang mengatur tentang pengambilan bukti-bukti di luar negeri dalam perkara perdata dan dagang, bertujuan untuk mempermudah proses perpindahan dan pelaksanaan keputusan berdasarkan letters of request atau surat permintaan, dan juga mengenai penyesuaian terhadap metode-metode yang berupa perbedaan hukum yang digunakan oleh tiap negara peserta konvensi.

Dalam pasal 1 konvensi ini, tentang pengambilan bukti-bukti di luar negeri dalam perkara perdata dan dagang, hakim negara anggota konvensi tersebut memiliki kewenangan untuk meminta bukti-bukti atau tindakan hukum lain dari negara lain yang juga merupakan anggota dari konvensi. Hal ini dilakukan dengan mengajukan *letters of request* atau surat permintaan. Kemudian negara anggota konvensi harus menunjuk central authority yang ditunjuk oleh setiap negara

peserta konvensi berdasarkan hukum nasional masing-masing negara, guna mengambil alih surat permintaan yang datang dari hakim yang berwenang dari negara lain yang juga merupakan anggota konvensi ini, baru kemudian dipindahkan kepada otoritas yang berwenang untuk mengambil tindakan hukum.

Konvensi ini menjamin pengambilan bukti-bukti yang diperlukan dalam perkara perdata maupun perkara dagang tanpa ada paksaan dari negara yang diwakili anggota diplomatik, agen konsulat, dan anggota komisi diplomatik negara anggota konvensi, mulai dari proses peradilan di negara yang diwakili. Sehingga dengan meratifikasi konvensi ini suatu negara dimungkinkan untuk mengambil bukti-bukti dari negara lain berdasarkan surat permintaan dari otoritas yang berwenang untuk memudahkan dan mempercepat proses perdailan dalam perkara perdata dan dagang.

c. The Hague Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (1971) and The Supplementary Protocol of 1 February 9 to the Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters

Pengaturan mengenai pengakuan dan putusan-putusan hakim asing dalam perkara perdata dan dagang diatur di dalam konvensi ini. Disertai juga dengan protokol tambahan yang juga menegaskan masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan asing serta yurisdiksi berlakunya konvensi ini. Ratifikasi terhadap konvensi *The Hague Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* memiliki arti bahwa setiap anggota konvensi akan mendapatkan kemudahan dalam *recognition and enforcement* (pengakuan dan pelaksanaa) putusan asing yang termasuk dalam perkara perdata dan dagang, utamanya untuk putusan yang dikeluarkan oleh peserta konvensi.

Namun terdapat beberapa putusan pengadilan yang mendapat pengecualian dalam konvensi ini, yaitu terhadap yang merupakan putusan pengadilan yang berkaitan dengan:

- 1) Status atau kewarganegaraan orang-orang atau soal-soal yang termasuk hukum kekeluargaan, termasuk di dalamnya hak dan kewajiban pribadi atau keuangan antara orang tua dan anak, atau antara suami dan istri;
- 2) Mengenai penciptaan atau kelanjutan badan-badan hukum serta kewenangan dari pejabat-pejabatnya;
- 3) Kewajiban alimentasi yang tidak termasuk dalam angka (1);
- 4) Mengenai warisan;
- 5) Mengenai kepailitan, perdamaian, atau lain-lain yang serupa;
- 6) Mengenai jaminan sosial;
- 7) Persoalan mengenai kerugian atau ganti rugi dalam hal hal nuklit.

Pengecualian diatas telah jelas menyebutkan bahwa kepailitan dari suatu negara tidak dapat diakui dan dilaksanakan secara langsung di negara lain berdasarkan konvensi ini. Dapat ditarik kesimpulan bahwa konvensi ini menerapkan prinsip teritorialitas dalam perkara kepailitan, tetapi menganut prinsip universalitas terhadap perkara perdata dan dagang diluar yang dikecualikan di dalam konvensi tersebut.

Belum diratifikasinya konvensi tersebut di Indonesia, dan belum banyaknya negara-negara yang meratifikasi konvensi memicu pada munculnya pendapat-pendapat. Konvensi tersebut dirasa mengurangi kedaulatan negara yang meratifikasinya (Hikmahanto Juwana. 2002; 57) dan terhadap pelaku usaha transaksi bisnis internasional konvensi tersebut juga dirasa tidak memberikan jaminan hukum atas haknya (Yulius Ibrani, 2008: 49).

d. *UNCITRAL Model Law On Cross Border Insolvency with Guide to Enactment (1997)*

Pembentukan konvensi tersebut bermula dari tidak dapatnya suatu putusan pengadilan untuk dieksekusi di negara lain karena berbenturan dengan prinsip yurisdiksi dan teritorialitas yang ditetapkan di sebagian besar negara di dunia, menyebabkan terhambatnya perkembangan transaksi bisnis internasional, karena adanya kesulitan yang dihadapi pihak-pihak yang terkait dengan kasus yang bersifat lintas batas tidak dapat mengeksekusi putusan pengadilan yang telah ditetapkan oleh suatu negara. Oleh karena itu banyak pelaku transaksi bisnis

internasional yang merasa tidak terjamin dalam memperoleh hak-haknya. Hal tersebut juga terjadi pada kasus-kasus kepailitan lintas batas.

UNCITRAL Model Law On Cross Border Insolvency with Guide to Enactment diadopsi di tahun 1997, dirancang untuk membantu negara-negara melengkapi hukum kepailitan mereka dengan kerangka yang modern, selaras dan adil dalam menghadapi kasus kepailitan lintas batas terkait debitor yang memiliki masalah finansial dan pailit, secara lebih efisien. Konvensi tersebut memungkinkan setiap negara untuk mengakui dan melaksanakan putusan pailit oleh pengadilan asing, melalui Komisi Hukum Perdagangan (*United Nations Commissions on International Trade Law/ UNCITRAL*), yang merupakan sebuah lembaga yang berada di bawah Majelis Umum PBB yang bertugas menyiapkan contoh undang-undang atau Model Law untuk dipergunakan oleh negara-negara dalam memutakhirkan berbagai ketentuan hukum bisnis dan dagang. Model Law yang telah dihasilkan oleh UNCITRAL, diantaranya adalah UNCITRAL Model Law yang telah dihasilkan oleh UNCITRAL, yang diantaranya adalah *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, *UNCITRAL Model Law on Enforcement of Goods, Constructions and Services*, *UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers*, dan *UNCITRAL Model Law on Electric Commerce*. Sedangkan dalam memberikan solusi untuk permasalahan yang terkait dengan eksekusi putusan pengadilan asing dalam perkara kepailitan, dikeluarkan suatu Model Law atau contoh undang-undang yang bernama *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency with Guide to Enactment*.

Model Law mengenai kepailitan lintas batas yang terbentuk pada tahun 1997 tersebut menghormati perbedaan prosedur hukum nasional dan tidak mencoba untuk melakukan unifikasi substantif hukum kepailitan, melainkan menyediakan kerangka kerjasama antar yurisdiksi, menawarkan solusi sederhana yang dapat membantu menyelesaikan masalah kepailitan lintas negara secara lebih efisien dan mempromosikan pendegaka yang seragam terhadap kepailitan lintas batas. Selain itu, Model Law tersebut bertujuan agar negara-negara melengkapi hukum kepailitannya secara modern, dinamis, dan adil dalam menyelesaikan kasus-kasus kepailitan lintas batas. Juga bertujuan untuk mengurangi

ketidakpastian dalam perkara kepailitan lintas batas, untuk memperlancar penanaman modal dan arus modal antar negara.

Tujuan dari dibentuknya UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency* tersebut adalah untuk menyediakan sebuah mekanisme yang efektif dalam penanganan kasus kepailitan lintas batas dan juga tujuan lain yang tercantum dalam Preamble, yang berbunyi:

- 1) *Cooperation between the courts and the other competent authorities of this State and foreign states involved in cases of cross border insolvency;*
- 2) *Greater legal certainty for trade and investment;*
- 3) *Fair and efficient administration of cross border insolvencies that protect the interests of all creditors and other interested persons, including the debts;*
- 4) *Protection and maximization of the value of the debtor's assets; and*
- 5) *Facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.*

Keberadaan UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency* memberikan kemudahan dalam memperoleh pengakuan dan pelaksanaan putusan pernyataan pailit di negara yang telah mengadaptasi Model Law tersebut pada undang-undang kepailitan negara yang bersangkutan. Sehingga menciptakan sebuah kepastian dan manfaat bagi pelaku usaha yang melakukan transaksi perdagangan lintas batas negara di dunia (Arindra Maharany, 2011: 73).

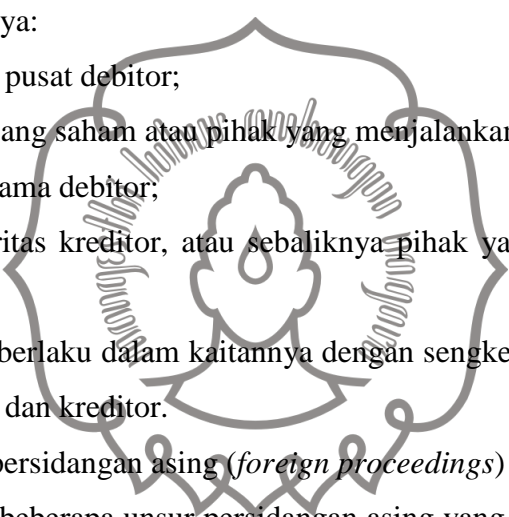
Model Law tersebut adalah upaya harmonisasi hukum, yang walaupun sifatnya tidak mengikat, namun tetap dapat menjadi acuan terhadap instrumen hukum negara yang mengikatkan diri padanya, dengan harapan terciptanya keseragaman aturan hukum di antara negara-negara yang menggunakan *model law tersebut*. Terdapat beberapa hal yang terkait dengan pengaturan kepailitan lintas batas yang diatur di dalam UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency*, diantaranya yaitu:

- 1) Titik Pusat Aset (*Centre of Main Intererest*)

Konsep titik pusat aset diartikan sebagai tempat dimana debitor melakukan administrasi kepentingannya secara teratur dan karena itu dapat diketahui oleh piha ketiga. Istilah 'aset' memiliki makna yang lebih luas, dan

tidak hanya mencakup kegiatan komersial, industri atau aktivitas profesional, namun juga termasuk kegiatan ekonomi secara umum. Penggunaan kata ‘titik pusat’ memudahkan ketika aset ataupun aktivitas ekonomi debitor terdiri dari berbagai bentuk yang tersebar di beberapa titik (A.Fadilla Jamila, 2016: 67).

Pada prinsipnya, titik pusat aset bertempat di tempat domisili badan hukum tersebut atau tempat tinggal individu tersebut (debitor). Hukum Internasional meyakini bahwa pusat aset perusahaan atau badan hukum adalah tempat terdaftar dan teregistrasi secara resminya kantor usaha tersebut atau dikenal dengan kantor pusat (*head office/ headquarters*), kecuali terbukti sebaliknya. Terdapat beberapa faktor yang menjadi penentu dari titik pusat aset tersebut, diantaranya:

- 
- a) Lokasi kantor pusat debitor;
 - b) Lokasi pemegang saham atau pihak yang menjalankan perusahaan debitor;
 - c) Lokasi aset utama debitor;
 - d) Lokasi mayoritas kreditor, atau sebaliknya pihak yang terlibat dalam kasus ini;
 - e) Hukum yang berlaku dalam kaitannya dengan sengketa yang mungkin timbul antara debitor dan kreditor.
- 2) Unsur-unsur persidangan asing (*foreign proceedings*)

Terdapat beberapa unsur persidangan asing yang ada di dalam kepailitan, unsur-unsur tersebut diantaranya yaitu (A.Fadilla Jamila, 2016: 68):

- a) *Collective judicial or administrative proceeding*, merupakan keputusan kolektif atau persidangan administrasi;
- b) *Pursuant to a law relating to insolvency*, sesuai dengan hukum kepailitan;
- c) *Subject to control or supervision by a foreign court*, merupakan subjek yang berada di bawah kontrol atau pengawasan oleh pengadilan asing;
- d) *For the purpose of liquidation or reorganization*, merupakan untuk tujuan likuidasi atau reorganisasi.

3) Prinsip-prinsip dalam *Model Law*

UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency* dalam bab *The Judicial Perspective* menyemeyebutkan beberapa prinsip-prinsip yang ada di dalam *model law* tersebut, yaitu:

a) *The “access” principle* atau prinsip akses

This principle establishes the circumstances in which a “foreign representative” has rights if access to the court (the receiving court) in the enacting State from which recognition and relief is sought. Prinsip ini menciptakan keadaan dimana perwakilan asing/kurator (*foreign representative*) memiliki hak untuk mengakses pengadilan (pengadilan penerima) di negara terkait dimana pengakuan dan bantuan diperlukan. Prinsip ini memiliki ruang lingkup, diantaranya:

- (1) Untuk memulai persidangan kepailitan di bawah hukum negara terkait (negara yang mengadopsi *model law*);
- (2) Pengakuan terhadap persidangan asing (*foreign proceeding*) di negara penerima, sehingga perwakilan asing (*foreign representative*), dapat:
 - (a) Berpartisipasi dalam persidangan kepailitan yang sedang berlangsung di negara penerima;
 - (b) Mengaplikasikan bantuan di bawah *model law*;
 - (c) Dalam hal hukum domestik mengizinkan, untuk mengintervensi proses persidangan dimana debitor merupakan pihak yang berkepentingan.

b) *The “recognition” principle* atau prinsip pengakuan

Under this principle, the receiving court may make an order recognizing the foreign proceeding, either as a foreign “main” or “not main” proceeding. Berdasarkan prinsip ini, pengadilan dapat membuat perintah untuk mengakui suatu persidangan asing sebagai persidangan asing utama (*foreign main proceeding*) ataupun bukan persidangan asing utama (*non-main proceeding*). Tujuan utama dari prinsip ini adalah untuk menghindari proses persidangan yang terlalu panjang dan menyita waktu dngan cara memberikan resolusi cepat untuk aplikasi permohonan pengakuan. Hal ini membawa kepastian hukum dan

memberikan kesempatan kepada pengadilan penerima, setelah pengakuan diberikan untuk menyelesaikan perkara dengan manajemen waktu yang singkat..

Namun untuk memperoleh pengakuan atas persidangan asing (*foreign proceeding*) ada beberapa hal yang harus dipenuhi dan dilengkapi, diantaranya:

- (1) Perwakilan asing (*foreign representative*) dapat mengajukan aplikasi kepada pengadilan atas permohonan pengakuan atas persidangan asing (*foreign proceeding*) dimana ia telah ditunjuk sebagai foreign representative.
- (2) Aplikasi untuk permohonan pengakuan harus dilengkapi dengan:
 - (a) Fotokopi putusan yang mengadakan persidangan asing dan menunjuk perwakilan asing, telah dilegalisir, atau
 - (b) Sertifikat dari pengadilan asing yang mengakui eksistensi dari persidangan asing dan penunjukan perwakilan asing, atau
 - (c) Dalam hal tidak terpenuhinya bukti yang disebutkan di atas, maka bukti apapun terkait pengakuan persidangan asing dan penunjukan perwakilan asing dapat di terima.
- (3) Aplikasi untuk permohonan pengakuan harus dilengkapi dengan pernyataan yang mengidentifikasi semua persidangan asing terkait hubungannya dengan debitor yang diketahui oleh perwakilan asing
- (4) Pengadilan dapat mensyaratkan terjemahan dari dokumen pendukung aplikasi permohonan pengakuan, ke dalam bahasa resmi negara penerima.

c) *The “relief” principle* atau prinsip bantuan

This principle refers to three distinct situations, in cases where an application for recognition is pending, interim relief may be granted to protect assets within the jurisdiction of the receiving court. If a proceeding is recognized as a “main” proceeding, automatic relief follows. Additional discretionary relief is available in the respect of “main” proceedings, and relief of the same character may be given in respect of a proceeding that is recognized as “non-main”. Terdapat tiga bantuan yang tersedia, yaitu:

- (1) Bantuan sementara (*interim/urgent relief*). Dapat diberikan kapan saja setelah aplikasi permohonan pengakuan atas persidangan asing telah diberikan. Sejak waktu pengajuan aplikasi permohonan pengakuan persidangan asing sampai

aplikasi permohonan diputuskan, atas permintaan dari perwakilan asing, dimana bantuan dsangat dibutuhkan untuk melindungi aset debitor ataupun kepentingan kreditor

- (2) Bantuan otomatis (*automatic relief*) merupakan konsekuensi nuata atas pengakuan persidangan asing sebagai foreign main proceeding. Setelah pengakuan persidangan asing sebagai persidangan asing utama.
- (3) Bantuan dikresioner (*discretionary relief*) sebagai konsekuensi atas pengakuan persidangan asing baik itu main proceeding ataupun non-main proceeding. Setelah pengakuan persidangan asing, maka diperlukan untuk melindungi aset debitor ataupun kepentingan kreditor, pengadilan, dapatm atas permintaan perwakilan asing, memberika bantuan hukum yang tepat.
- d) *The "cooperation and coordination principle* atau prinsip kerjasama dan koordinasi.

This principle places obligations on both courts and insolvency representatives in different states to communicate and cooperate to the maximum extent possible, to ensure that the single debtor's insolvency estate is administered fairly and efficiently, with a view to maximizing benefits to creditors. Prinsip ini memberikan kewajiban kepada kedua belah pihak pengadilan danperwakilan kepailitan di negara yang berada untuk berkomunikasi dan bekerja sama ssecara maksimal, untuk menjamin bahwa setiap aset harta kekayaan debitor terdafar administrasi secara adil dan efisien dengan maksud untuk menjaga kepentingannya.

4) Peninjauan Kembali atau pembatalan pemberian pengakuan

Pengadilan penerima (*the receiving court*) dimungkinkan untuk melakukan pennjauan kembali atas putusannya terhadap pengakuan persidangan asing baik sebagi persidangan asing utama maupun non-utama, ketika kelak diketahui bahwa alasan pmberian pengakuan tersebut telah berubah sebagian atau sepenuhnya.

5) Fleksibilitas *Model Law*

Penggabungan naskah *model law* ke dalam sistem hukum yang ada, negara dapat memodifikasi atau tidak mengambil sebagian ketentuan yang ada di

dalamnya. Berbeda dengan konvensi yang kemungkinan untuk mengubah naskah (*reservation*) cenderung lebih sulit dan ketat. Bahkan pada beberapa konvensi terkait hukum pedagan *reservation* sangat dibatasi dan tidak jarang juga dilarang.

Fleksibilitas yang melekat pada *model law* dibutuhkan pada beberapa kasus dimana negara ingin melakukan beberapa modifikasi terhadap model law tersebut sebelum diintegrasikan dengan hukum nasional yang ada. Beberapa modifikasi cenderung dilakukan sebelum *model law* tersebut diintegrasikan ke dalam hukum nasional yang ada. Beberapa modifikasi cenderung dilakukan pada bagian terkait pengadilan nasional dan sistem prosedural (A.Fadilla Jamila, 2016:77). Namun, karena fleksibilitas yang dimiliki oleh *model law* ini, tingkat kepastian dan harmonisasi yang dicapainya tentunya lebih rendah dibanding dengan konvensi. Maka dari itu, agar tujuan harmonisasi dan kepastian hukum dapat tercapai dengan baik, UNCITRAL merekomendasikan dalam mengintegrasikan *model law* ke dalam hukum nasional agar membuat perubahant terhadap *model law* seminimal mungkin.

6) Pengintegrasian *Model Law* ke dalam Hukum Nasional

Ruang lingkup yang terbatas pada beberapa aspek kasus kepailitan, menjadikan *model law* diharapkan dapat menjadi bagian kesatuan dari hukum kepailitan nasional yang ada. Hal ini diwujudkan dengan cara-cara sebagai berikut:

- (a) Jumlah terminologi hukum baru yang ditambahkan ke dalam hukum yang ada adalah terbatas. Istilah hukum baru secara spesifik terkait dengan kepailitan lintas batas negara, seperti "*foreign proceeding*" dan "*foreign representative*". Istilah yang di gunakan dalam *model law* tampaknya tidak bertentangan dengan istilah yang ada. Namun, istilah di berbagai negara sering berbeda. Sehingga *model law* memberi fleksibilitas terhadap menggunakan istilah tertentu yang berarti bahwa negara boleh memodifikasi istilah tersebut sesuai dengan kebutuhan dan hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan.
- (b) *Model law* memberikan kesempatan kepada negara yang bersangkutan untuk menyesuaikan bantuan yang lahir dari pengakuan terhadap persidangan asing

- dengan bantuan yang tersedia di bawah hukum nasional negara yang bersangkutan (Pasal 20 *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*)
- (c) Pengakuan terhadap persidangan asing tidak dapat menghalangi kreditor lokal untuk menginisiasi atau melanjutkan persidangan kepailitan (pasal 28 *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*)
- (d) Bantuan yang dapat diberikan kepada negara asing adalah untuk melindungi kreditor lokal dan pihak terkait, termasuk melindungi debitor dari praduga yang tidak semestinya, bantuan juga bertujuan untuk memenuhi persyaratan prosedural negara yang bersangkutan dan terhadap persyaratan pemberitahuan (pasal 22 dan pasal 19 ayat 2 *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*)
- (e) *Model Law* menjaga kemungkinan untuk mengecualikan atau membatasi tindakan dalam mendukung persidangan asing termasuk pengakuan terhadap persidangan atas dasar pertimbangan kebijakan publik, walaupun diharapkan bahwa pengecualian kebijakan publik semaksimal mungkin digunakan (pasal 6 *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*)
- (f) *Model Law* merupakan bentuk fleksibel produk legislasi yang mempertimbangkan pendekatan yang berbeda dalam setiap hukum kepailitan nasional dan kecenderungan negara-negara yang berbeda dalam membangun kerjasama dalam kondisi terkait masalah kepailitan (pasal 25-27 *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*)

e. Mutual Recognition and Mutual Enforcement of Republic of Singapore and Malaysia

Menjalin kerjasama internasional, terutama dengan mengadakan kerjasama dalam bidang kepailitan lintas batas atau cross border insolvency merupakan salah satu cara yang dapat ditempuh dalam menghadapi isu kepailitan lintas batas yang menjadi permasalahan di berbagai negara di dunia dewasa ini.

Insolvency Agreements adalah perjanjian yang dibuat dengan tujuan memfasilitasi kerjasama dan koordinasi yang bersifat lintas batas dalam hal kepailitan lintas batas, mengingat adanya perbedaan pengaturan hukum kepailitan pada setiap negara. Dalam perjanjian *Insolvency Agreements* diperlukan

pengaturan untuk mendukung dan memfasilitasi berjalannya kerjasama dan koordinasi mengenai hal-hal yang bersifat lintas negara. Berbagai kondisi harus diatur dengan baik dalam sebuah *insolvency agreement* dengan mempertimbangkan faktor-faktor yang diperlukan dan diinginkan oleh kedua belah pihak yang terlibat perjanjian. Terdapat hal-hal yang perlu diperhatikan dalam perumusan sebuah *insolvency agreement*, yaitu:

- 1) Adanya pengaturan mengenai unsur-unsur internasional, misalnya mengenai detail lokasi aset yang berada di wilayah dengan yurisdiksi yang berbeda;
- 2) Kompleksitas susunan, status, jumlah, dan hubungan para debitor apabila terdapat lebih dari satu debitor;
- 3) Perbedaan tipe pengaturan hukum kepailitan pada negara yang terlibat, misalnya seperti pengaturan pengaturan kuasa hukum yang digunakan dalam masalah kepailitan juga mengenai prosedur pengurusan harta pailit debitor;
- 4) Masalah pembiayaan pembuatan perjanjian;
- 5) Adanya pengaturan mengenai waktu negosiasi, "*insolvency agreements may not always be an option as they have require time for negotiation, this might be problematic where urgent action is required.*"
- 6) Persamaan substansi hukum kepailitan;
- 7) Adanya manajemen dalam pengaturan pengelolaan kas pada pihak.

Malaysia dan Singapura adalah satu-satunya contoh negara di wilayah ASEAN yang melakukan perjanjian bilateral dalam bidang kepailitan lintas batas dengan menyesuaikan berbagai peraturan hukum kepailitan masing-masing negara sehingga dapat diterima di masing-masing negara yang bersangkutan. Paul. J. Omar menjelaskan bahwa *the Bankruptcy Act 1883 and its successor consolidation legislation, the Bankruptcy Act 1914, were exported to a number of Commonwealth countries, including Malaysia and Singapore, incidentally ensuring the survival of the co-operation provision in these and other Commonwealth jurisdictions*. Perjanjian kerjasama dalam bidang kepailitan antara Singapura dan Malaysia tersebut dilakukan karena adanya dasar sejarah hukum yang sama, yaitu yang mana sejarah hukum kepailitan kedua negara tersebut berasal dari hukum kepailitan Inggris (Paul J. Omar, 2008: 37). Sehingga lebih

mudah untuk kedua negara tersebut untuk membentuk perjanjian kerja sama karena kemiripan hukum dan hubungan diplomatik yang baik diantara keduanya.

Perjanjian bilateral tersebut memungkinkan adanya kerja sama serta pengakuan terhadap putusan pailit yang diputus di salah satu negara tersebut untuk diakui diantara mereka. *Insolvency Agreement* yang dilakukan antara Malaysia dan Singapura tersebut merupakan perjanjian internasional bilateral karena hanya mengikat kedua negara tersebut sebagai subjek hukum yang melakukan perjanjian. Sehingga kesepakatan dari perjanjian tersebut mengikat kedua belah negara yang melakukan telah menyetujui dan meratifikasi perjanjian bilateral tersebut.

f. ***The European Union Convention on Insolvency Proceedings.***

The European Union Convention on Insolvency Proceedings merupakan perjanjian internasional multilateral bersifat regional yang pada tahun 2000 dibentuk dan disetujui oleh negara-negara anggota *European Union* sebagai solusi permasalahan kepailitan lintas batas yang muncul seiring dengan berkembangnya perekonomian regional. Diawali dengan *The European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy* yang diprakasai oleh *European Council* atau Dewan Eropa pada tahun 1990 yang menyatakan bahwa pemerintah dari pihak pailit berada, terdapat “*centre of main street*”, yaitu mempunyai yurisdiksi untuk menyelenggarakan proses kepailitan (Hikmah Mutiara, 2007: 84). Kemudian baru dibuat konvensi tentang kepailitan untuk menyeragamkan peraturan-peraturan kepailitan masyarakat ekonomi Eropa pada *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* yang berlaku sejak 31 Mei 2000.

Pada pasal 4 konvensi tersebut terdapat beberapa pernyataan sebagai berikut:

- 1) Undang-undang tentang kepailitan yang berlaku pada suatu penyelesaian kasus kepailitan adalah undang-undang kepailitan di wilayah kasus kepailitan disidangkan/diadakan (*the state of opening proceedings*).
- 2) Undang-undang negara dimana persidangan diadakan akan menentukan syarat-syarat untuk persidangan tersebut, tata cara penyelenggaraan, dan cara pengakhiran khusus mengenai:

- a) *Against which debtors insolvency proceedings may be brought on account of their capacity;*
- b) *The assets which form part of the state and the treatment of assets acquired by or developing on the debtor after the opening of the insolvency proceedings;*
- c) *The respective powers of the debtor and the liquidator;*
- d) *The conditions under which set-offs may be invoked;*
- e) *The effect of the insolvency proceedings in current contracts to which the debtor is party;*
- f) *The effects of insolvency proceedings brought by individual creditors, with the exception of lawsuits pending;*
- g) *The claims which are to be lodged against the debtor's estate and the treatment of claims arising after the opening of insolvency proceedings;*
- h) *The rules governing the lodging, verification, and admissions of claims;*
- i) *The rules governing the distribution of proceeds from the realization of assets, the ranking of claims and the right of creditors who have obtained partial satisfaction after the opening of insolvency proceedings by virtue of a right in rem or through a set-off;*
- j) *The condition for and the effects of closure of insolvency proceedings, in particular by composition;*
- k) *Creditors rights after the closure of insolvency proceedings;*
- l) *The rules relating to the voidness, voidability or inenforceability of legal acts detrimental to all creditors.*

Sedangkan dalam pasal 16 ayat (1) konvensi tersebut menyatakan bahwa, *any judgement opening insolvency proceedings handed down by a court of a Member State which has jurisdiction pursuant to article 3, shall be recognized in all the other Member State from the time that it becomes effective in the State of the opening proceedings.* Dari pengaturan yang terdapat di dalam konvensi tersebut, memungkinkan bagi negara-negara di *European Union* yang telah meratifikasi dan menjadi anggota konvensi tersebut untuk mengeksekusi putusan pailit pengadilan sesama anggota konvensi.

Wilayah ekonomi regional seperti *European Union*, yang sebelumnya menganut prinsip teritorialitas dalam hukum kepailitannya dan kemudian bergeser ke arah prinsip universalitas karena kerjasama ekonomi regional akan mendapatkan keuntungan dari administrasi terpusat yang merupakan akibat dari kerjasama ekonomi regionalnya tersebut. Keuntungan tersebut adalah (Hikmah Mutiara, 2007: 70),

- 1) Keseimbangan perlakuan untuk semua kreditor;
- 2) Memaksimalkan nilai harta kepailitan;
- 3) Pengelolaan yang dapat diharapkan dan efisien dari harta kepailitan; dan
- 4) Pengeluaran yang dapat diperhitungkan.

Keuntungan-keuntungan tersebut merupakan dampak positif dari konvensi kepailitan lintas batas di Eropa yang dapat memberikan jaminan hukum atas hak-hak kreditor dan kepastian hukum tanpa mengurangi kedaulatan yang dimiliki sebuah negara.

B. Aturan *Cross-Border Insolvency* di ASEAN

1. Pembentukan Aturan *Cross-Border Insolvency* di ASEAN

Kerjasama perekonomian diantara negara-negara dalam satu wilayah regional merupakan salahsatu cara efektif untuk membangun kepercayaan diantara para negara anggota. Ricardo Simanjuntak berpendapat bahwa *building mutual trusts related to the mutual understandings, assistances, even recognitions to their national laws and implementations* (Ricardo Simanjuntak, 2015: 184). Membangun kepercayaan diantara sesama negara anggota juga berarti membangun pengertian, gotong-royong dan juga pengakuan atas hukum nasional masing-masing negara anggota dan penerapannya masing-masing. Hal ini dapat menjadi alasan yang lebih cenderung sebagai alasan ekonomi atau motif ekonomi, yaitu untuk kepentingan ekonomi diantara sesama anggota, dibandingkan dengan alasan politik semata. Sekalipun kerjasama wilayah regional, seperti ASEAN, juga didasari alasan kepentingan politik dalam pembentukannya. Namun dengan adanya motif kepentingan ekonomi dapat membantu masing-masing negara

anggota untuk sama-sama mencapai perekonomian yang lebih baik, baik di dalam masing-masing negara maupun di dalam kesatuan wilayah ekonomi regional.

Pentingnya kerjasama di dalam penanganan perkara kepailitan lintas batas menimbulkan urgensi pentingnya pembentukan sebuah regulasi atau kerjasama regional mengenai kepailitan lintas batas tersebut. Disamping terdapat *EU Insolvency Regulation (EC) 1346/2000* yang merupakan regulasi mengenai penyelesaian perkara kepailitan lintas batas di *European Union*, belum terdapat wilayah regional lain yang mengatur secara spesifik mengenai kepailitan lintas batas dengan mewujudkan regulasi di antara mereka. Regulasi seperti *EU Insolvency Regulation (EC) 1346/2000* tersebut akan memberikan kepastian hukum bagi pihak-pihak yang terkait di dalam perkara tersebut. Mengenai *certainty* (kepastian hukum) dan *necessity* (kebutuhan hukum) juga yang mendasari perlu dibentuk regulasi serupa di ASEAN.

Douglas A. Doetsch dan Aaron L. Hammer memberikan alasan pentingnya keberadaan dari aturan kepailitan lintas batas bagi kerjasama ekonomi regional berkaitan dengan aturan yang dapat digunakan untuk menyelesaikan permasalahan kepailitan lintas batas yang akan muncul sebagai dampak dengan transaksi ekonomi yang sudah meleburkan yurisdiksi negara-negara anggota kerjasama ekonomi regional.

The growth in international business is certain to generate a corresponding growth in the number of international business failures. With these companies conducting business in multiple jurisdictions, their financial distress will create situations where assets and claimants are spread across the continent. It is important to consider what legal rules apply in these situations and how international law accomodates (or fail to accomodate) financial distress (Douglas A. Doetsch dan Aaron L. Hammer, 2012: 13).

Penelitian yang dilakukan oleh *American Law Institute* mengajukan tujuh poin yang dapat menjadi prinsip umum dalam rangka membentuk sebuah aturan kepailitan lintas batas. Prinsip tersebut diantaranya adalah sebagai berikut:

- a) *The court and the administrator should cooperate in a transnational bankruptcy case with the goal of maximizing the value of the debtor's worldwide assets and furthering the just administration of the case.*
- b) *The bankruptcy of a debtor in one country should be recognized and given appropriate effect under the circumstance in each of the other country members in addition, recognition should be granted as quickly and inexpensively as possible, with a minimum legal formalities.*
- c) *Bankruptcy cooperation requires a moratorium or stay at the earliest as possible time in each country where the debtor has assets. The moratorium must impose reasonable restraints on the debtors, creditors, and the other interested parties.*
- d) *Cooperation should include, as minimum, a free, exchange information obtained in each case concerning assets and claims. In addition, a recognized legal means to obtain information about the debtor's assets in each jurisdiction.*
- e) *General principle provides that where a court has recognized the representative of a foreign proceeding in another country member, it should be prepared to approve the sharing of the value of the debtors assets on the worldwide basis.*
- f) *There should be no discrimination against claimants based on nationality, residence, and domicile.*
- g) *Creditor should be permitted to use distribution in multiple countries to recover any country more than the percentage recovered by the other creditors of the same class in the country.*

Tujuh prinsip umum diatas, jika diterapkan sebagai dasar pembentukan aturan kepailitan lintas batas diatas akan menciptakan *fair treatments* (perlakuan yang adil) bagi seluruh negara anggota kerjasama ekonomi regional seperti ASEAN. Seperti halnya dengan bagaimana *European Union* menyusun aturan kepailitan lintas batas mereka sebagai salah satu dasar fundamental dalam membangun keteraturan dan kesetaraan perlakuan dalam transaksi bisnis transnasional di wilayah mereka.

Aturan international yang dapat menjadi acuan dalam pembentukan aturan kepailitan lintas batas di ASEAN adalah sebuah *model law* yang telah dikeluarkan oleh United Nation terkait dengan perkembangan transaksi transnasional di dunia., *The UNCITRAL Cross-Border Insolvency Regulation* dan juga *Cross-Border Insolvency Concordat* yang disusun oleh *International Bar Assosiation* (IBA). Sebagai *model law*, keduanya tidak memiliki kekuatan mengikat kepada para negara anggota, tapi model law ini lebih ditujukan untuk membangun persamaan persepsi dan pemahaman mengenai aturan kepailitan lintas batas yang akan mengembangkan kemungkinan dari harmonisasi hukum dalam kepailitan lintas batas diantara para negara anggota ASEAN dan pada komunitas internsional lainnya. Seperti juga yang dijelaskan dalam preamble atau pembukaan dalam *Cross-Border Insolvency Concordat* yang disusun oleh *International Bar Assosiation* (IBA)

It is important to note what the Concordat is not. The Concordat is not intended to be used as, or as a substitute for, a treaty or statute. The Concordat is not a rigid set of rules; indeed, it is expected to change as it is used. Rather, the Concordat is an interim measure until treaties and/or statutes are adopted by commercial nations. It is intended, in the absence of an applicable treaty or statute, to guide practitioners in harmonising cross-border insolvencies. The Concordat, as modified by counsel to fit the circumstances of any particular cross-border insolvency, could be implemented by court orders or formal agreements between official representatives or informal arrangements, depending upon the rules and practices of the particular for involved.

Aturan mengenai kepailitan lintas batas dapat dikatakan sebagai salahsatu hal yang fundamental dalam menciptakan keterikata ekonomi regional di wilayah European Union, dan begitu pula bagi wilayah ekonomi regional seperti ASEAN. Hal ini dikarenakan pertanggungjawaban hukum dari hubungan bisnis antar negara sudah tidak dapat lagi hanya bertumpu pada hukum kepailitan nasional masing-masing. Mengingat iklim transaksi bisnis yang sudah meleburkan batas negara saat ini.

Bob Wessels menjelaskan bahwa *the absesnce of a treaty on insolvency proceedings was viewed as lack in the legal protection of persons and business*

(Bob Wessels, 2007: 89). Kurang maksimalnya perlindungan para pihak yang terkait dalam kepailitan lintas batas juga disebabkan karena hanya hukum nasional yang dapat digunakan. Sementara kegiatan transaksi lintas batas terus berkembang setiap tahun, begitu pula dengan integrasi ekonomi regional yang juga terus berkembang. Sejalan dengan Bob Wessels, Jay Wrestbrook Lawrence menyebutkan bahwa *a global market requires a global market law* (Jay Wrestbrook Lawrence, 2000: 273). Maka dari itu, pembentukan aturan kepailitan lintas batas maupun harmonisasi hukum dari negara anggota ASEAN dalam kepailitan lintas batas menjadi penting, mengingat cita-cita ASEAN dalam membentuk intgrasi ekonomi wilayah telah dimulai dengan adanya ASEAN *Economic Community* pada tahun 2015.

2. Kendala dalam Pembentukan Aturan *Cross-Border Insolvency* di ASEAN

Secara teori aturan kepailitan lintas batas memang perlu dibentuk sejalan dengan cita-cita integrasi ekonomi regional di ASEAN. Namun hal tersebut tidak mudah untuk direalisasikan sekalipun melalui harmonisasi hukum diantara negara anggota ASEAN. Hal ini terkait dengan perbedaan diantara negara anggota ASEAN dan jangka waktu yang tidak singkat dalam melakukan harmonisasi hukum kepailitan di antara negara anggota ASEAN.

Untuk mencapai sebuah harmonisasi hukum diperlukan kepercayaan diantara negara anggota dan peningkatan kualitas dalam pengakuan hukum dan implementasinya. Seperti pendapat Ricardo Simanjuntak bahwa *it is needed to strengthen the mutual legal recognition and assistances in the enforcement in the legal territory reciprocally based on the International comity that wll potentially grow, among others, to the harmonization of the bankruptcy law within the ASEAN region* (Ricardo Simanjuntak, 2015: 190).

Mengenai kepailitan lintas batas dan pengaturannya sebenarnya belum menjadi perhatian khusus dan belum didiskusikan dengan serius di antara negara-negara anggota ASEAN. Jika terdapat masalah atau perkara kepailitan lintas batas di antara sesama negara anggota, sampai saat ini masih diselesaikan dengan menggunakan hukum nasional masing-masing negara. Tentu saja hal ini kelak

akan menimbulkan permasalahan. Ricardo Simanjuntak menjabarkan beberapa masalah yang mungkin timbul di masa depan berkaitan dengan tidak adanya keseriusan negara-negara anggota ASEAN dalam menangani permasalahan kepailitan lintas batas tersebut. Permasalahan tersebut diantaranya (Ricardo Simanjuntak, 2015: 190-194):

- a) Belum adanya negara anggota ASEAN yang telah membuka teritorial negaranya berdasarkan perjanjian bilateral maupun multilateral, maupun adanya pengakuan sukarela terhadap implementasi dari putusan pailit asing.
- b) Di beberapa yurisdiksi negara anggota ASEAN, hukum kepailitan belum mengimplementasikan permasalahan mengenai penyelesaian sengketa utang yang baik sekalipun tiap negara memiliki hukum kepailitannya masing-masing. Hukum kepailitan nasional masing-masing negara anggota, sekalipun sudah ada sejak lama, belum diterapkan dengan maksimal. Bahkan di Laos, hukum kepailitan nasionalnya tidak berjalan dengan baik. Padahal penerapan hukum kepailitan sangat dipengaruhi pada perkembangan ekonomi dan peningkatan aktivitas bisnis yang kompleks.
- c) Tujuan utama dari integrasi ekonomi di ASEAN adalah untuk meningkatkan dan menyamaratakan kekuatan ekonomi diantara negara anggotanya dengan bertumpu pada pendekatan hubungan baik, belum sampai kepada bagaimana integrasi ekonomi dapat berdampak pada perekonomian masing-masing negara anggota.
- d) ASEAN tidak memiliki badan peradilan regional seperti European Union dengan European *International Court of Justice*-nya.
- e) Perkembangan ekonomi di antara negara anggota masih berbeda jauh dan belum dapat disetarakan. Hal ini berdampak pada kemakmuran masing-masing negara anggota dan perkembangan transaksi bisnis di masing-masing negara yang mempengaruhi kebutuhan akan hukum kepailitannya juga.
- f) Adanya perbedaan sistem pemerintahan dan politik dimasing-masing negara anggota

- g) Adanya perbedaan sistem hukum masing-masing negara anggota, beberapa menganut *civil law* dan beberapa menganut *common law*. Sehingga harmonisasi hukum menjadi semakin sulit dilakukan.
- h) Negara anggota ASEAN tidak memiliki sejarah perkembangan bersama, padahal hal ini menjadi alasan fundamental di balik integrasi ekonomi di wilayah European Union berdasarkan Marshall Plan 1947,
- i) Setiap negara anggota ASEAN memiliki sejarah yang berbeda dan hubungan diantara sesamanya pun didasarkan pada alasan yang berbeda-beda pula. Hal ini menimbulkan prioritas pragmatis dalam membangun kerjasama diantaranya berdasarkan alasan yang berbeda-beda pula.
- j) Setiap negara memiliki kebijakan dan strategi arah perkembangan bisnis yang berbeda-beda pula.
- k) Perbedaan penggunaan teknologi diantara masing-masing negara yang berpengaruh pada perbedaan level kompleksitas transaksi bisnis di masing-masing negara.

3. Alternatif Solusi Untuk Kendala Pembentukan Aturan *Cross-Border Insolvency* di ASEAN

Pada subbab sebelumnya telah dijabarkan mengenai permasalahan yang timbul dalam membentuk aturan kepailitan lintas batas di ASEAN. Meskipun secara teori ASEAN telah mencapai titik membutuhkan adanya sebuah aturan kepailitan lintas batas di antara negara-negara anggotanya, namun hal tersebut tidak semata-mata bisa diwujudkan dengan menandatangani perjanjian kerjasama regional diantara negara-negara anggota ASEAN. Perlu adanya persiapan yang matang yang dimulai dari membangun kepercayaan diantara negara anggota dan dilanjutkan dengan pengakuan dari masing-masing negara anggota serta implementasi pada hukum nasional masing-masing negara anggota.

Hal tersebut dapat dibangun dengan diawali adanya *International comity* diantara negara anggotanya. *International comity* atau penghormatan internasional berdasarkan *Hilton v. Guyot case* 1985 memiliki arti sebagai *the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or the judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and*

convenience and to the rights of its own citizen, or other persons who are under the protection of the laws (The US Supreme Court in the case of *Hilton v. Guyot*, 1985: 64). Suatu negara yang mengakui produk hukum negara lain dengan memperhatikan baik tugas internasionalnya dan kelayakan perlakuannya serta akibat kepada hak warga negaranya sendiri maupun orang lain yang berada di dalam perlindungan hukum.

Keberadaan dari *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency Law* yang dibentuk oleh PBB sangat penting karena model law tersebut dapat menjadi acuan dalam membangun pemahaman terkait prinsip-prinsip dan penerapan hukum untuk kepailitan lintas batas. UNCITRAL juga dapat menjadi acuan bagi reformasi hukum kepailitan nasional yang lebih berpihak pada kepailitan lintas batas negara.

Jenny Cliff memberikan saran yang menyatakan bahwa *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency Law is a model that can give inputs to all stake holders, legislators, executives, academics, analysts, including judges, practioners in having the same understanding in the building and implementation of the cross-border insolvency law* (Jenny Cliff, 2007: 367). Penggunaan UNCITRAL Model Law dapat menjadi acuan pemahaman dalam implementasi dari aturan kepailitan lintas batas.

Di dalam pembukaannya, *UNCITRAL Model Law* juga menyebutkan bahwa tujuan dari pembentukan model law adalah untuk menyediakan mekanisme efektif untuk menangani kasus perkara kepailitan lintas batas dan juga untuk memenuhi tujuan-tujuan sebagai berikut:

- a) *Cooperation between the courts and other competent authorities of the state and foreign states involved in cases of cross-border insolvency*, kerjasama diantara badan peradilan dan otoritas yang berwenang dari negara asal dan asing yang terlibat pada kasus kepailitan lintas batas ;
- b) *Greater legal certainty*, kepastian hukum;
- c) *Fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the*

debtor, administrasi yang adil dan efisien dari kepailitan lintas batas melindungi kepentingan kreditor dan pihak lain yang terkait;

- d) *Protection and maximization of the value of the debtors' assets*, perlindungan dan pemaksimalan nilai aset debitor; and
- e) *Facilitation of the rescue of financial troubled business, thereby protecting investment and preserving employment*, memfasilitasi penyelamatan masalah keuangan dalam bisnis yang berarti melindungi iklim investasi dan menjamin ketersediaan lowongan pekerjaan.

UNCITRAL *Model Law* sebagai sebuah *model law* bukan merupakan produk hukum internasional yang secara otomatis menjamin ketertikatan hukum diantara negara anggota ekonomi regional seperti ASEAN. Sebagai sebuah *model law*, ia menjadi acuan dan juga memberi kebebasan dalam penggunaannya baik hanya sebagai referensi maupun adaptasi langsung ke dalam hukum nasional, maupun sebagai acuan dalam mengembangkan hukum perdata internasional dari masing-masing negara. Model law ini juga dapat meningkatkan tingkat kepercayaan dan hubungan baik diantara negara anggota ASEAN dan menciptakan strategi kebergantungan ekonomi yang lebih kuat dalam memenuhi hak dan kewajiban negara anggota. Penerapan UNCITRAL *Model Law* dapat menjadi langkah awal dalam upaya harmonisasi hukum negara anggota ASEAN.